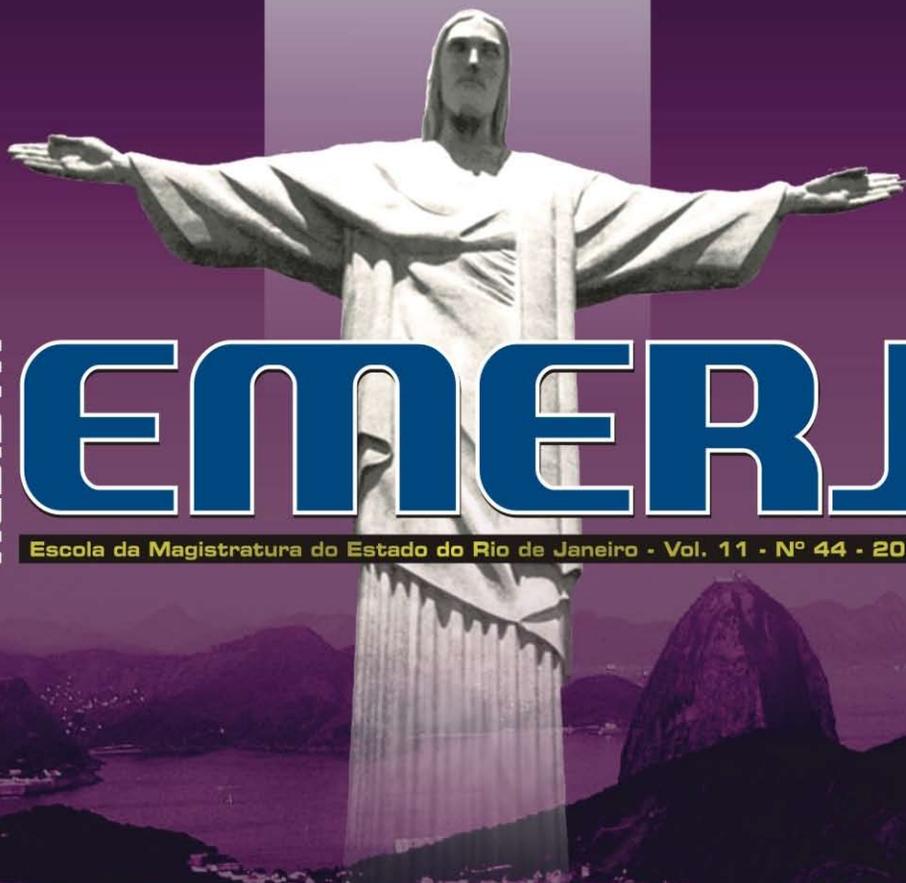


ISSN 1415-4951
(versão impressa)



REVISTA
EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - Vol. 11 - Nº 44 - 2008



ISSN 1415-4951
(versão impressa)

REVISTA DA

EMERJ

v. 11 - n. 44 - 2008
Outubro/Novembro/Dezembro

Rio de Janeiro

© 2008, EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

Min. Carlos Alberto Menezes Direito; Min. Luiz Fux; Des. Semy Glanz; Des. Laerson Mauro; Des. Sergio Cavaliere Filho; Des. Wilson Marques; Des. Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento; Des. Jorge de Miranda Magalhães; Des. Paulo Roberto Leite Ventura; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. José Carlos Barbosa Moreira; Des. Décio Xavier Gama; Des. Jessé Torres Pereira Júnior.

Coordenador Editorial: Des. Décio Xavier Gama.

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Programação Visual:** Valéria Monteiro de Andrade; **Editoreção *website*:** Jaqueline Diniz; **Capa:** André Amora; **Revisão ortográfica:** Suely Lima, Thereza Andrade e Ana Paula Maradei.

Impressão: Divisão de Artes Gráficas - TJ/RJ.

Tiragem: 3.500 exemplares.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -

Rio de

Janeiro:

EMERJ, 1998.

v.

Trimestral -

ISSN 1415-4951

V. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho 2002.

Número Especial 2004. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

Edição Especial 2007. Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

CDD 340.05

CDU 34(05)

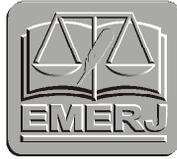
Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Av. Erasmo Braga, 115/4º andar - CEP: 20020-903 - Rio de Janeiro - RJ

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3471 / 3133-3376 - Fax: (21) 2533-4860

www.emerj.rj.gov.br - emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br



Diretoria da EMERJ

Diretor-Geral

Des. Paulo Roberto Leite Ventura

Conselho Consultivo

Des. Roberto Wider

Des. Ronald dos Santos Valladares

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des. Nildson Araújo da Cruz

Des. José Carlos Maldonado de Carvalho

Des. Antonio Carlos Esteves Torres

Presidente da Comissão Acadêmica

Des. Newton Paulo Azeredo da Silveira

Presidente da Comissão de Iniciação e Aperfeiçoamento de Magistrados

Des. Índio Brasileiro Rocha

Coordenador dos Núcleos de Representação

Des. Amaury Arruda de Souza

Coordenador da Revista da EMERJ

Des. Décio Xavier Gama

Secretária-Geral de Ensino

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

Assessora do Diretor-Geral

Maria de Lourdes Cardoso da Rocha



EMERJ

Apresentação da Revista da EMERJ, neste seu 44º Número

Desembargador Paulo Roberto Leite Ventura
Diretor-Geral da EMERJ

Aproveito este espaço da REVISTA, que está completando 11 anos e que acompanha a vida de nossa Escola e de seus estagiários, para registrar, com certo pesar, que estamos em tempos de concluir o mandato de Diretor-Geral da EMERJ. Na primeira, como na segunda gestão que está para encerrar-se em janeiro próximo, procurei realizar os programas de maior utilidade para os estagiários, com o empenho e o esforço a meu alcance, de molde a aprimorar os conhecimentos dos que projetam seguir a carreira da magistratura. Tive sempre em mente o interesse de manter elevado o nível da atividade básica da Escola.

Os cursos diurnos e noturnos, que preparam candidatos aos Concursos para a Magistratura, aliados às palestras e conferências que ocupam os nossos auditórios, atendem a uma programação adequada ao ensino, que se desenvolve em períodos semestrais, a partir do mês de fevereiro, a fim de que alunos e professores compartilhem dos debates ou das exposições sobre temas versados naqueles eventos. Os vitaliciandos são regularmente acompanhados em sua atividade acadêmica, sempre seguindo as orientações do Conselho da Magistratura, acompanhadas pelo Conselho de Vitaliciamento.

Sem prejuízo de minha função na Presidência na Primeira Câmara Criminal e no Órgão Especial, dediquei-me à Direção da ESCOLA DA MAGISTRATURA com extremo interesse, cioso de que era meu dever manter o seu alto conceito e seu nível elevado no campo do ensino jurídico.

O pesar que tenho em ver encerrar este ciclo de minha atividade de magistrado está nessa missão que enobrece quem quer que possa contribuir para o aperfeiçoamento desta obra extraordinária e ímpar instituída pelo Egrégio Tribunal de Justiça.

Com todo o meu empenho e dedicação, venho procurando deixar a Escola a nível de excelência, toda reformulada, não só na sua estrutura física, como em sua área administrativa de pessoal altamente qualificado, com seus dezoito Núcleos pelo interior do Estado, todos aparelhados para realizações de eventos, dando assim o suporte necessário básico para que a Escola cumpra o seu grande objetivo que é o de formar e aperfeiçoar, com qualidade, cada vez mais, o magistrado fluminense, tornando-o um Juiz moderno para aplicar o direito novo, uma maneira possível para acelerar a prestação jurisdicional, fazendo-a eficaz e rápida.

A REVISTA DA EMERJ, um dos mais eficientes veículos de divulgação de cultura da Escola, desde sua criação, está sob a dedicada e eficiente direção do Desembargador DECIO XAVIER GAMA, e ganha, a cada momento, mais espaço no cenário jurídico do país, pela riqueza que acumula em seus variados artigos. É um livro de presença obrigatória nas qualificadas bibliotecas de todo aquele que vê no Direito o remédio para cura e solução dos problemas sociais e jurídicos que muitas vezes causam o desequilíbrio de uma sociedade que se quer justa e humana. Digo que a REVISTA DA EMERJ é uma das grandes jóias da Escola, pois o aprendizado que nela se recolhe sempre irá, como luz, iluminar veredas.

Parto agora para outros objetivos dentro da administração do nosso Tribunal de Justiça, de tradições imensas, nesta minha longa caminhada por 36 anos de Magistratura, servindo com amor e entrega à minha instituição, honrando sempre a toga e pugnando pela justiça, pela ordem e pelo prestígio do Judiciário.

Deixo, contudo, com minha saudade, a Direção-Geral da EMERJ, onde, com toda a eficiente equipe que comigo trabalhou por todo o tempo que por aqui passei, procurei fazer o melhor, com ela dividindo as glórias das vitórias que alcançamos, tribuando exclusivamente a mim algum insucesso ocorrido em meio à caminhada.

Sumário

O Início da Vida

17

José de Oliveira Ascensão

Professor da Universidade de Lisboa. Conferencista da EMERJ e da AMAERJ.

1. Da concepção (singamia) ao nascimento; 2. A procriação medicamente assistida; 3. A reprodução pós-morte; 4. A clonagem; 5. A lei e a procriação medicamente assistida; 6. A mulher só, o par homossexual e o casal infértil; 7. A utilização de embriões para fins de pesquisa e terapêuticos; 8. A gestação em substituição; 9. Apreciação ética da proteção do embrião.

Vinte Anos da Constituição de 1988:

38

Qual Constituição?

Nagib Slaibi Filho

*Desembargador do TJ/RJ. Professor da EMERJ e da UNIV-
VERSO.*

1. A pessoa humana como titular dos direitos e não meramente como objeto do poder discricionário. 2. Sete Constituições anteriores bem diferentes. 3. A de 1988, não outorgada, após debates em quase dois anos, foi construída de baixo para cima, apesar do governo autoritário de quase duas décadas. Mas, o que se comemora, não é o seu texto de vinte anos, porque já sofreu mais de sessenta emendas constitucionais formais. 4. O alto custo político do debate no Poder Legislativo em temas mais complexos (ou passíveis de consenso geral). 5. A preferência de se deixar ao STF a responsabilidade da decisão em temas controversos como o do início da vida (*Ver artigo de J. Oliveira Ascensão a página 17.*). 6. Os princípios adotados pela Constituição? Os do Título I, os

fundamentais. 7. Os diversos sistemas (a ordenação das partes no todo). 8. O conjunto normativo, mais do que o texto. 9. Os valores ou fundamentos que se mostram intangíveis às alterações (art. 1º e as tarefas delineadas nos arts. 3º e 4º). 10. A Constituição como um todo normativo e as outras constituições (a econômica, a verde, a eleitoral, a fiscal etc.).

Pena Privativa de Liberdade (Passado, Presente e Futuro)

Álvaro Mayrink da Costa

Desembargador (aposentado) do TJ/RJ. Presidente do Fórum Permanente de Execução Penal e Professor da EMERJ, da UNIVERCIDADE e da Pós-graduação da UGF.

1. Teorias da pena. 2. Finalidade. 3. Características. 4. A crise da legitimação instrumental punitiva. 5. Fim e funções da pena. 6. Movimento descarceratório.

42

A Adesão Informada

José Carlos Maldonado de Carvalho

Desembargador do TJ/RJ. Presidente do Fórum Permanente sobre o Direito do Consumidor - EMERJ.

1. Introdução. 2. Princípios da informação e da transparência. 3. Contrato de adesão. 4. Adesão informada. 5. Nulidade contratual. 6. Conclusão.

68

A Sentença Parcial

Luiz Roberto Ayoub

Juiz de Direito da 1ª Vara Empresarial do TJ/RJ. Professor de Direito Processual Civil da EMERJ.

Antonio Pedro Pellegrino

Pesquisador - FGV.

1. Introdução. 2. Efetividade da Prestação Jurisdicional. 3. Emenda Constitucional 45/04. 4. As ondas cappellettianas.

75

5. A mitigação do princípio da unicidade da sentença. 6. A Lei nº 11.232/05 e a consagração da sentença parcial. 7. Apelação por instrumento.

Fato Típico com ou sem Pena e Jurisdição Voluntária Penal

Juarez Costa de Andrade

Juiz de Direito do X Juizado Especial Criminal no TJ/RJ.

1. Introdução. 2. Fato típico penal com ou sem pena. Desprocessualização penal. 3. Jurisdição voluntária penal. 4. Breves conclusões esperançasas.

97

A Insubsistência do Art. 366 do CPP diante da Lei 11.719/2008

Spencer dos Santos Ferreira Junior

Promotor de Justiça do TJ/MG.

1. Introdução. 2. Do art. 366 do CPP antes da Reforma. 3. Nova sistemática implementada pela reforma. 4. Do aspecto intertemporal da reforma. 5. Conclusão.

112

A Superveniência de Doença Mental no Condenado pela Prática de Crime, uma Necessária e Urgente Mudança a que Deve se Submeter o Código Penal

Cezar Augusto Rodrigues Costa

Juiz de Direito do TJ/RJ.

1. A questão da inimpunibilidade por doença mental: sua revisão por absolvição imprópria. 2. A custódia do preso, como se fosse condenado, nesse caso. 3. O critério biopsicológico da culpabilidade e as duas condições previstas no art. 26 do Código Penal. 4. A condenação depende de o réu ser imputável, ao tempo da ação. Acha-se como se fosse condenado, nesse caso. 5. Acha-se deslocado o art.

118

41 do Código Penal. Portanto, urge a revogação do Código, em face do que dispõe o art. 183 da Lei de Execução Penal.

Responsabilidade Extracontratual - Algumas Considerações sobre a Participação da Vítima na Quantificação da Indenização

124

Alessandra Cristina Tufvesson Peixoto

Juíza de Direito do TJ/RJ.

1. A relevância da figura da vítima para a quantificação do dano. Sistema de paridade. Sistema da gravidade da culpa. Sistema do nexu causal. 2. *Duty to mitigate the loss.*

O Artigo 475-J do CPC: Direito ao Julgamento em Prazo Razoável

140

André Felipe Alves da Costa Tredinnick

Juiz de Direito do TJ/RJ.

1. O direito ao julgamento em prazo razoável. Evolução do direito constitucional brasileiro para sua previsão expressa. 2. A reforma do processo executivo. Orientação conforme o direito ao julgamento em prazo razoável. 3. Divergência entre o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro acerca do tema. 4. Conclusão.

Considerações Acerca da Obrigatoriedade da Aposição do Visto de Advogado em Atos Constitutivos de Sociedades Empresárias

147

Afrânio Carlos Moreira Thomaz

Procurador do Banco Central do Brasil no Rio de Janeiro.

Professor da Pós-Graduação em Direito Empresarial da Universidade Candido Mendes

1. Exigência do visto tanto para sociedades, quanto para ato das pessoas jurídicas em geral, inclusive de fundações e associações. 2. Atos por instrumento público ou particular. 3. Contratos originais ou posteriores alterações. 4. Caso de integrante da pessoa jurídica que já se qualifica como advogado. 5. Na ADIN 1.194-4/DF em que se argúi inconstitucionalidade da lei. A liminar foi indeferida. 6. Com irregularidade do ato, mesmo se com o visto de advogado a Junta Comercial poderá recusar o arquivamento.

Retroatividade “*Secundum Eventum Probationis*” do Novo Art. 306 do CTB

154

Cássio Benvenuto de Castro

Juiz de Direito do TJ/RS.

1. Perspectiva de análise. 2. As novidades que agravaram a contumácia penal. 2.1. Mudança da classificação doutrinária do tipo. Do perigo concreto ao abstrato. 2.2. Restrição à concessão dos benefícios penais alternativos. 3. Caráter aberto do elemento normativo “sob a influência do álcool” *versus* limite objetivo da alcoolemia. **Abolitio criminis** e retroação condicionada à diligência probatória tarifada. 4. Infração administrativa. 5. Conclusão.

As Garantias do Cumprimento da Obrigação

174

José Roberto de Castro Neves

Professor de Direito Civil da PUC-RJ. Doutor em Direito Civil pela UERJ. Mestre em Direito pela Universidade de Cambridge, Inglaterra. Advogado.

1. A Garantia das Obrigações. 2. A Garantia Geral das Obrigações. 3. A Tutela da Garantia Patrimonial - Proteção do Patrimônio do Devedor pelo Credor. 4. Fraude contra Credores. 5. Fraude à Execução. 6. A Hipótese do Artigo 477

do Código Civil. 7. Arresto. 8. Garantias Especiais das Obrigações. 8.1. Garantias Pessoais. 8.1.1. Fiança. 8.1.2. Aval. 9. Garantias Reais. 9.1. Penhor. 9.1.1. Caução. 9.2. Hipoteca. 9.3. Anticrese. 10. Propriedade Fiduciária. 11. Alienação Fiduciária em Garantia. 12. Arrendamento Mercantil. 13. Penhora. 14. As Garantias no Caso de Insolvência.

Análise Paradigmática do Direito das Obrigações: Boa-fé, Deveres Laterais e Violações Positivas do Contrato

214

Raphael Manhães Martins

Advogado e Professor de História do Direito e de Direito Civil.

1. Duas Leis, Dois Tempos. 2. O Paradigma Contemporâneo do Direito das Obrigações; 2.1. A boa-fé e a revolução copérnica no Direito das Obrigações; 2.2. O conteúdo da relação jurídica obrigacional e a determinação dos deveres laterais; 2.3. A superação da dicotomia mora/inadimplemento absoluto; 2.3.1. Violações positivas do contrato; 2.3.2. Inadimplemento Antecipado da Prestação; 3. Conclusão.

Aspectos Processuais Cíveis Decorrentes da Possibilidade de Fixação de Indenização Cível na Sentença Penal Condenatória

240

Daniel Roberto Hertel

Professor Adjunto de Direito Processual Civil do Centro Universitário de Vila Velha/ES. Advogado. Autor de “Técnica Processual e Tutela Jurisdicional” e “Curso de Execução Civil”.

1. Introdução. 2. Autonomia das esferas Penal e Civil. 3. O novel art. 387, Inc. IV do CPP, com a redação da Lei nº 11.719/08. 3.1. Contextualização; 3.2. Relativização da Autonomia das Esferas Penal e Civil; 3.3. Fixação da Indenização Cível *ex-officio* pelo Juiz Criminal; 3.4. Fi-

xação pelo Juiz Criminal do Dano Moral e do Dano Material Decorrentes do Delito; 3.5. Critério de Fixação da Indenização a ser Utilizado pelo Juiz Criminal. 4. Reflexos processuais civis da modificação do art. 387, Inc. IV do CPP. 4.1 Permanência da Possibilidade de o Magistrado do Juízo Cível Fixar Indenização em Sede de Ação Civil *ex delicto*; 4.2 Liquidação da Sentença Penal Condenatória; 4.3 Execução Direta da Sentença Penal Condenatória que Fixa a Indenização Cível; 4.4. Possibilidade de Simultânea Execução da Indenização Fixada pelo Juízo Criminal e da Liquidação da Sentença Penal Condenatória; 4.5 Competência Concorrente dos Juízos Criminal e Cível para Fixação da Indenização *ex delicto*; 4.6 Competência no Caso de Interposição de Recurso da Sentença Penal Condenatória que Fixou Indenização Cível. 5. Considerações finais.

Conceito de Ofensa Direta à Constituição para Fins de Cabimento de Recurso Extraordinário **256**

Hugo Filardi

Mestrando em Direito Processual Civil. Advogado.

1. Introdução. 2. Posição do STF a ser analisada. 3. Juízo de Viabilidade e Recursos de fundamentação vinculada. 4. Conceito de ofensa direta à Constituição. Sistema de normas constitucionais abertas. 5. Princípios constitucionais de Direito Processual. 5.1. Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional. 5.2. Motivação das decisões judiciais. 6. Anacronismo do sistema recursal. Impossibilidade de estabelecimento pelos Tribunais Superiores de parâmetros para preenchimento da vagueza normativa.



Colaboraram neste Número

Afrânio Carlos Moreira Thomaz, 147

Alessandra Cristina Tufvesson Peixoto, 124

Álvaro Mayrink da Costa, 42

André Felipe Alves da Costa Tredinnick, 140

Antônio Pedro Pellegrino, 75

Cássio Benvenuto de Castro, 154

Cezar Augusto Rodrigues Costa, 118

Daniel Roberto Hertel, 240

Hugo Filardi, 256

José Carlos Maldonado de Carvalho, 68

José de Oliveira Ascensão, 17

José Roberto de Castro Neves, 174

Juarez Costa de Andrade, 97

Luiz Roberto Ayoub, 75

Nagib Slaibi Filho, 38

Raphael Manhães Martins, 214

Spencer dos Santos Ferreira Júnior, 112



O Início da Vida

José de Oliveira Ascensão

Professor catedrático da Universidade de Lisboa

1. DA CONCEPÇÃO (SINGAMIA) AO NASCIMENTO

O início da vida, no seu desenvolvimento natural, cobre um período particularmente delicado do ponto de vista da Bioética. Vai desde o encontro dos gâmetas masculino e feminino com a fusão dos núcleos (a singamia, conseqüente à penetração do espermatozóide no ovócito) até ao nascimento.

Na fase antecedente à singamia, não há ainda uma nova vida humana. Encontramos células, masculinas e femininas, que têm como única função a reprodução, mas não há ainda a matriz biológica duma nova criatura. É só com a fusão dos núcleos das células masculina e feminina que surge um novo genoma, distinto do dos progenitores, diferenciado de todos os existentes e que previsivelmente terá uma réplica no futuro. A nova vida não é assim vida de qualquer dos progenitores, mas uma vida individualizada, ainda que se vá conformando no interior do corpo da mãe. Conduzirá ao nascimento de um novo ser no seu desenvolvimento natural.

Isso não significa que antes da singamia os gâmetas não tenham relevância ético-jurídica. Os gâmetas não são coisas. Como todos os elementos que representam o suporte da vida, *são da ordem das pessoas*, o que se repercute no seu regime jurídico. Assim, é repetidamente acentuada nas convenções internacionais a proibição de *comercialização* de órgãos humanos, de produtos como o sangue e gâmetas, ou do próprio cadáver ou partes deste¹.

¹ Mesmo após o ato sexual e enquanto a singamia não opera têm relevo jurídico e poderão receber proteção específica; mas essa proteção não se confunde com a proteção da vida humana nascente. Esta só se inicia com a fusão dos núcleos, portanto, com a formação do embrião, diferenciado por um novo genoma.

No outro extremo do processo está o *nascimento completo*. É indispensável que ocorra *com vida*: sem isso não há nascimento, há um processo truncado. Já se não aceita como requisito adicional a *viabilidade*, nem ética nem juridicamente, porque o ser que nasce com vida, mesmo que não tenha condições para viver, é uma pessoa tal qual², merecendo, em consequência, o máximo de proteção como qualquer outra pessoa³.

2. A PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA

Os progressos do conhecimento científico trouxeram a procriação medicamente assistida. Surge nomeadamente a fertilização *in vitro*, que torna possível o nascimento do que se chamou bebês proveta.

Com isto, se prescinde das vias naturais de procriação e se caminha para formas cada vez mais ambiciosas de manipulação da reprodução, como vicissitude laboratorialmente dirigida.

Este ponto merece uma reflexão prévia.

A procriação medicamente assistida é, como o nome indica, um *ato médico*. Supõe, pois, que se depare ainda com uma deficiência do aparelho reprodutor de um ou de ambos os membros do casal, pois é isso que a faz cair no foro médico e lhe dá valia ética. Pelo contrário, se for usada para satisfazer preferências ou desejos que não estejam ligados a quaisquer deficiências, a legitimidade do recurso a práticas de intervenção no processo de reprodução deve ser posta em causa.

² A *viabilidade* é exigida por Direitos como o espanhol: requer-se que o recém-nascido viva por 24 horas. Mas nem isto contraria o que acabamos de afirmar. Pode a lei apenas regular aspectos civis, particularmente sucessórios, sem em nada pôr em causa a personalidade ôntica do recém-nascido. O Direito pode, se assim se entender, determinar que se não verifica a sucessão em benefício de quem não sobreviver 24 horas sem atingir com isso quaisquer princípios éticos. Mas o recém-nascido é logo plenamente pessoa. Por exemplo, pode ser vítima de homicídio ou tentativa de homicídio nas 24 horas que se seguem ao seu nascimento.

³ Surgem problemas particulares com o *anencefálico*. A questão foi debatida recentemente pelo Supremo Tribunal Federal. Não será por nós considerada, porque apenas nos ocupa o que respeita à fase inicial da vida. Observamos apenas que a discussão tem assentado em grande parte na *viabilidade* do anencefálico. É uma colocação, a nosso ver, inadequada. A *viabilidade* aprecia-se nos mesmos termos que no embrião em geral, tal como acabamos de observar. O que é decisivo é determinar se o anencefálico tem uma estrutura física que possa representar o suporte do espírito humano.

O ato de reprodução deve ser colocado sempre perante a *potencialidade de geração dum novo ser*: ou porque é intencionalmente dirigido a tal, no ideal dum ato de amor, ou pelo menos pela aceitação do coito com as conseqüências inerentes. Corresponde, na sua normalidade, a anseios profundos das pessoas, mas a sua dignidade última provém de os intervenientes serem chamados a participar num ato por natureza altruísta de propagação da vida. Os progenitores têm a responsabilidade pelo ser que trouxeram à vida. São colocados numa relação de serviço: os interesses do novo ser têm primazia em relação aos deles.

Esta diretriz ética ilumina-nos desde o primeiro momento e acompanhar-nos-á durante toda a indagação. Por isso, se as técnicas disponíveis passam a ser utilizadas para satisfazer primacial ou exclusivamente interesses dos progenitores, há um desvio de finalidade que inquina o processo.

Por exemplo, se se usarem as técnicas de procriação assistida para obter seres mais louros, mais robustos, mais inteligentes⁴, admitindo que isso se torna possível, inverte-se a ordem natural das coisas: são os interesses dos progenitores que se colocam em primeiro plano e o embrião é instrumentalizado ao serviço destes. Não há o ato de abnegação de aceitar o filho que vier, por este ser o fim e a justificação do processo, mas o ato de autocontemplanção de alguém procurar rever-se numa criatura formatada à sua medida.

Todavia, avança-se cada vez mais por este caminho. Há que não fechar os olhos à intervenção neste domínio de interesses de terceiros. São *interesses milionários*: essas técnicas saem caríssimas. A onerosidade é multiplicada por a taxa de êxito ser muito baixa e, freqüentemente, quando se obtêm resultados, é só ao cabo de várias tentativas.

Assim, tudo o que é tecnicamente possível acaba por se praticar, dentro da lei ou à margem da lei.

Com este detonador econômico, casa-se o egoísmo próprio da sociedade de massas. Cada pessoa tem todos os direitos e olvi-

⁴ Ou de um sexo determinado, salvo se houver o risco de transmissão duma doença que só afete seres de um dos gêneros.

da os deveres. Tem sobretudo o maior de todos os direitos, o *direito à felicidade*, que, só por distração, os políticos - tão generosos na atribuição de direitos fundamentais, porque sai de graça - não inscreveram ainda na Constituição. Sentem-se assim muitas pessoas autorizadas a fazer o que quiserem, sem se deter perante esse pormenor insignificante que é a valia ôntica da célula que encerra a vida humana nascente.

3. A REPRODUÇÃO PÓS-MORTE

Esta instrumentalização da vida futura ao serviço de interesses próprios atinge o máximo no planeamento da reprodução para depois da morte.

Todos temos o anseio de nos perpetuarmos. É uma tendência que pode ser filosoficamente explicada, mas que encaramos aqui como um mero fato.

Esse anseio pode encontrar um atalho na *criopreservação de embriões*, para serem dados à luz muitos anos depois. Atualmente, esse período é limitado aos anos em que o embrião mantiver sem degenerescência as suas qualidades, mas os progressos da técnica poderão levar a que o nascimento se verifique até gerações mais tarde.

É uma situação que escapa a todos os quadros em que assenta a nossa ordem legal. No ponto de vista familiar, pela confusão das gerações; no ponto de vista sucessório, porque ou põe em causa as aquisições operadas por morte, ou obriga à suspensão do fenómeno sucessório até que seja segura a ocorrência do nascimento ou pelo contrário, a sua impossibilidade. Estudamos esta hipótese⁵, tendo concluído que as leis atuais não lhe dão resposta. Não obstante, o jurista não se poderia omitir de encontrar a solução, se a situação se viesse faticamente a verificar.

Não vamos retomar essas questões. Interessa agora analisá-las do ponto de vista bioético.

Nenhuma estranheza pode causar que a implementação dum embrião criopreservado seja retardada por razões fortuitas, uma

⁵Cfr. o nosso “Problemas jurídicos da procriação assistida”, in *Revista Forense*, 328 (1994), 69; e in *Arquivos do Ministério da Justiça* (Brasília), ano 47, n.º 183, Jan-Jun/94, 95.

doença da destinatária, por exemplo. Mas sê-lo porque o progenitor se quer perpetuar, ressurgindo sob novas espécies no futuro, transforma o embrião em puro objeto. Merece uma apreciação negativa, porque representa uma instrumentalização do embrião. Juridicamente, uma cláusula desta ordem, que constasse por hipótese de um testamento, não poderia deixar de cair sob a alçada da contrariedade à cláusula geral dos bons costumes. Seria, portanto inválida, mesmo na ausência de previsão específica da lei.

4. A CLONAGEM

Um passo ainda mais grave seria dado pela clonagem.

A reprodução humana por meio de clonagem não é ainda praticável. Mas é muito de supor que o venha a ser: os progressos científicos levam cada vez mais longe a técnica nos mamíferos superiores. É de toda a prudência estarmos preparados para avaliá-la, quando e se essa técnica se tornar praticável.

Prevê-se que a vida humana possa ser formada sem resultar de singamia. Na origem, estaria um ovócito, que seria desnucleado, no qual seria introduzido o núcleo duma célula somática. Se for da mulher de quem o ovócito se extraiu, desenvolve-se um embrião (avancemos a qualificação) resultante de um só gameta, no qual todos os componentes são provenientes dessa mesma mulher. Esse embrião teria um genoma que é basicamente idêntico ao genoma da progenitora. Isso constituiria uma perturbação maior do processo de reprodução.

A questão não assenta, repare-se, em qualquer dúvida sobre a identidade pessoal do novo ser. O embrião estaria seguramente na origem duma pessoa diferente. A um genoma diferenciado corresponde necessariamente uma nova pessoa, mas pode a um genoma idêntico corresponderem personalidades diferentes. É o que se passa com os gêmeos homozigóticos, cujos genomas são praticamente idênticos: ninguém duvida que são pessoas distintas. Também o clone seria uma pessoa por si. Na realidade, mesmo do ponto de vista biológico, o genótipo ou constituição gênica estará na origem de 20% dos traços da personalidade, mas todo o resto não é dele dependente.

Os problemas jurídicos que se suscitariam seriam gravíssimos. O clone seria filho da dadora? Seria irmão? Ou não seria uma coisa nem outra?

Mas não são estas questões que nos ocupam. A clonagem feriria profundamente os princípios da reprodução humana. Representaria a sobreposição ainda mais acentuada do interesse do dador, que se quereria replicar e permanecer assim tal qual num outro ser. Desconheceria que a geração humana é naturalmente bissexuada, resultante do elemento masculino e do elemento feminino, e que, na seqüência, a formação para a vida do novo ente deve ser biparental. A clonagem condená-lo-ia a sair da normalidade, por nascer fatalmente privado de vida familiar normal.

Se não é o nascimento de novas pessoas que está hoje na ordem do tecnicamente possível, já o é a fabricação de embriões clonados para serem destruídos, extraíndo-se deles células tronco (ou estaminais) durante a fase inicial de constituição⁶. Aqui já há eticamente uma questão da maior importância.

Houve quem negasse fundamento à reserva ética a este procedimento, sustentando que nunca de um clone poderá resultar uma pessoa. Com todo o respeito, consideramos a afirmação temerária. Dizer que *nunca será possível* perante uma evolução em progresso, parece anticientífico. O mínimo que se pode fazer será estabelecer um período de espera, enquanto se não prova cientificamente se um clone poderá chegar ou não ao nascimento.

Mas, sendo assim, o princípio da *prudência*, fundamental no Direito e também na Bioética, impõe que não sejam permitidas em relação ao clone práticas que são contrárias à sua consideração como uma vida humana nascente. Para que não aconteça virmos amanhã a lamentar que se tenha aproveitado este período de incerteza para praticar violações irreparáveis da dignidade do ser humano.

Segue-se, pois, que o *estatuto a atribuir ao clone é, sem qualquer diferença, o estatuto do embrião*. O que se concluir

⁶Sabendo-se que atualmente este, no seu desenvolvimento normal, terá um desenlace que representa sempre a frustração do nascimento dum novo ser.

quanto ao embrião abrange o clone; o regime jurídico é o mesmo. Não há necessidade de criar uma disciplina específica, nomeadamente no que respeita à fabricação de clones para serem destruídos e deles se extraírem células-tronco para fins de pesquisa ou terapia, porque o clone participa do regime que se aplica ao embrião em geral.

Estes princípios poderão ser postos em causa, perante a voracidade da indústria. O precedente coreano, com o seu cortejo de fraudes e de formas de pressão sobre as mulheres para a obtenção dos óvulos a utilizar, ensina como esta ameaça deve ser tomada a sério. Acresce que o processo, exigindo a estimulação ovária da mulher para retirada de ovócitos, a penaliza gravemente.

Bem fez por isso a Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei da Biossegurança)⁷, ao proibir a clonagem humana no art. 6 IV, afastando quaisquer dúvidas. E repare-se: a *lei proíbe a clonagem humana sem mais* e não apenas a clonagem com fins reprodutivos. O legislador tinha bem consciência do que estabelecia, até porque, durante os trabalhos preparatórios, se defendeu a admissibilidade da clonagem terapêutica⁸. A posição proibitiva que tomou assenta na realidade de a clonagem ser, afinal, una. A distinção entre clonagem reprodutiva e clonagem terapêutica tem como critério um elemento extrínseco, a destinação do clone, mas não quebra a unidade do processo.

5. A LEI E A PROcriação Medicamente Assistida

A PMA (sigla representativa de procriação medicamente assistida) foi disciplinada pela referida Lei n.º 11.105, sobre biossegurança.

Esta lei prevê facetadamente várias matérias. Pessoalmente, lamentamos que os fenômenos humanos tenham sido confundidos e regulados simultaneamente com aspectos gerais da biotecnologia.

⁷ Esta lei regula também a utilização de células-tronco e outras matérias ligadas à biotecnologia, embora de maneira muito sumária. Foi regulamentada pelo Dec. n.º 5.591, de 22.XI.05.

⁸ Isso manifesta-se ainda claramente no Relatório final apresentado ao Congresso por Ney Suassuna.

logia, o que representa sempre uma degradação da pessoa: não aceitamos que o corpo humano seja assimilado ao bife.

Não tentaremos sintetizar a lei, mas simplesmente fazer a ponte para o que pesquisamos. O art. 5º refere a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento. Veremos depois o que respeita às células-tronco. Para já, resulta deste preceito a legalização da *procriação medicamente assistida*. Mas com que limites?⁹

A grande questão está em saber se é permitida a *procriação heteróloga*, ou tão-só a procriação homóloga. Ou seja, se a procriação medicamente assistida apenas é admitida em relação a casal (estável) ou se também o é com recurso a gâmetas de pessoa estranha ao casal. Assim, sendo o marido estéril, por exemplo, poderia recorrer-se a espermatozóides de terceiro.

O Código Civil de 2002 já refere esta matéria. O art. 1.597 presume concebidos na constância do matrimônio os filhos concebidos por “fecundação artificial homóloga”, mesmo que falecido o marido (inc. III); o inc. IV, falando agora em “concepção artificial homóloga”, estende esta presunção aos resultantes de embriões excedentários, havidos “a qualquer tempo”; e o inc. V, aos nascidos de “inseminação artificial heteróloga”, desde que tenha havido prévia autorização do marido.

O preceito prevê, assim, três realidades:

- a fecundação assistida homóloga, mesmo que esta seja realizada só após o falecimento do marido.
- a produção de embriões excedentários e a implantação destes a qualquer tempo.
- a procriação assistida heteróloga.

Observamos, porém, que as ilações que daqui se podem retirar são limitadas. O Código Civil não pretende disciplinar a procria-

⁹Sobre toda esta matéria cfr. Heloísa Helena Barboza, “Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida”, in *Bioética e Biodireito* (coord. Eduardo de Oliveira Leite), Forense, 2004, 153; Jussara Maria Leal de Meirelles, “Os embriões humanos mantidos em laboratório e a proteção da pessoa: o novo Código Civil Brasileiro e o texto constitucional”, in *Novos Temas de Biodireito e Bioética* (coord. Heloísa Helena Barboza *et alii*), Renovar, 2003, 83.

ção assistida em si. Como concluímos no nosso citado estudo¹⁰, o Direito, quando regula as incidências da procriação assistida sobre as relações familiares, *toma os processos relativos à procriação como meros fatos*, porque tanto tem de regular as suas conseqüências se forem lícitos, quanto se forem ilícitos. Dificilmente se extrairia, pois, daqui uma aprovação pelo Direito dos fenômenos referidos, particularmente da “inseminação artificial heteróloga”.

A procriação heteróloga suscita inúmeros problemas. Desde logo, o desconforto que provoca a intromissão de terceiro num domínio nuclear da vida do casal. Mais profundamente, o abandono da via natural da procriação. Ainda, a questão do *anonimato ou não do dador*. Por outro lado, há uma pressão muito grande no sentido da sua admissão e poderosos interesses econômicos sustentam a apologia constante destes métodos.

Os problemas jurídicos atingem uma complexidade maior. Quem são os pais? No caso da mãe, corrigimos amistosamente Guilherme de Oliveira, que intitulou um seu livro: *Mãe há só duas!*¹¹. Dizemos que *mãe há só três*: a “mãe biológica”, de quem provém o gâmeta; a “mãe de substituição”, que dá à luz; e a “mãe social”, a quem a criança que se programa se destina.

Diríamos que a lei brasileira não aborda esta questão.

Mais ainda: pela leitura do art. 5º da Lei n.º 11.105, concluiríamos que a procriação heteróloga está excluída.

O § 1.º, prevendo a utilização de embriões congelados para fins de pesquisa e terapia, dispõe: “Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores”. A lei prevê *genitores*. Usa o plural, pelo que não pode ser lida como referente a uma pessoa só. Portanto, pressupõe que o embrião resulte de casal a que se destina.

Temos como princípio fundamental neste domínio que o *mero dador de gâmetas não é juridicamente progenitor*. Atua fora de processos naturais e de qualquer projeto de paternidade. Tudo se esgota com o mero fornecimento de material de repro-

¹⁰ “Problemas jurídicos da procriação assistida” cit., sob a epígrafe “A procriação assistida como fato e os seus efeitos”.

¹¹ *Mãe há só Duas: o Contrato de Gestação*, Coimbra Editora, 1992.

dução que realiza. É esta a razão por que se reconhece que não poderá vir amanhã reivindicar a paternidade ou a sucessão do novo nato.

A lei, falando no consentimento dos genitores, não pode incluir nestes os dadores de gâmetas. Porque seria absurdo que se exigisse o consentimento do dador de gâmetas para a eventual dação posterior do embrião. Quem está fora do projeto de paternidade é completamente excluído de qualquer decisão futura sobre o embrião.

Isso não impede que o novo ser tenha o direito de conhecer aquele de quem biologicamente deriva. A questão do anonimato do dador foi discutida, prevalecendo atualmente a orientação que defende o direito do novo ser a esse conhecimento. Este direito não se limitaria às hipóteses em que há a necessidade médica de determinação de antecedentes genéticos, pois existe independentemente de “justa causa”¹².

Observe-se que a procriação heteróloga pode levar a que não haja nenhum progenitor. Pode o processo ter por destino um casal, ou pessoa só, mas em que o ovócito provenha de mulher estranha e o espermatozóide de outro homem. Isso é incompatível com a previsão legal dos “genitores”. Donde: mãe há só três - *mas no fim de contas pode não haver nenhuma*.

6. A MULHER SÓ, O PAR HOMOSSEXUAL E O CASAL INFÉRTIL

Esta base legal, logicamente, levaria a concluir que a lei brasileira só admite a procriação assistida homóloga.

Mas é claro que os interesses ligados à procriação heteróloga não silenciarão perante interpretações lógicas.

Isto, a admitir-se, abriria uma nova ordem de questões.

Haverá um *direito da mulher sozinha a ter filhos?*

Ou do par *homossexual?*

¹² Foi esta a posição unânime do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida em Portugal, no Parecer sobre procriação medicamente assistida. Mas como isso prejudica o negócio, a posição foi invertida pela Assembléia da República, ao aprovar a atual Lei n.º 32/06, de 26 de Julho, sobre procriação medicamente assistida (e, aliás, também sobre vários outros aspectos): cfr. o art. 15, que contém uma obscura teia de exceções ao anonimato.

A propensão para a paternidade em geral, e para a maternidade em especial, é um impulso positivo, que deve ser objeto de compreensão. Mas isso não pode levar a superar o princípio de que o interesse do novo ser é preponderante.

O interesse do novo ser está na integração numa família normal, que é biparental. Isso não acontece no caso em que esse novo ser surja no ambiente desviante do par homossexual, nem no ambiente carente da pessoa sozinha¹³.

A questão pode ser ampliada à própria situação do casal infértil, quando a infertilidade não puder ser superada por técnicas de procriação medicamente assistida aplicadas ao casal. A ânsia de reprodução não poderá ser satisfeita neste caso, quando desejada por um casal normalmente constituído?¹⁴

Com todo o respeito por este anseio, que enalteçemos como em si positivo, observamos que a anomalia não se elimina criando outra anomalia, que é a resultante da procriação heteróloga. Eticamente não pode deixar de se acentuar o muito maior valor que tem a *adoção*. Havendo tanta criança abandonada a reclamar acolhimento, a adoção é o meio privilegiado, pois cria através de laços de dedicação os vínculos de paternidade que naturalmente não foi possível constituir.

A Lei portuguesa n.º 32/2006, sobre procriação medicamente assistida, limita o recurso a técnicas de procriação medicamente assistida a pessoas casadas ou a casais em união de fato (art. 6). Mas admite a procriação heteróloga (art. 10/1), embora esclareça que o dador não pode ser havido como progenitor da criança que nascer (art. 10/2). Nesse caso, não há procriação medicamente assistida em sentido próprio, porque nada se cura: o fim deixou de ser tratar uma deficiência do aparelho reprodutor.

¹³ Pessoalmente, é muito diferente da situação do filho órfão de um genitor, que vive na memória e respeito dele. Está privado da presença por uma contingência, enquanto que nas hipóteses acima enunciadas fica originariamente colocado em posição psicológica e socialmente diminuída.

¹⁴ Fizemos observações críticas sobre um pretensão direito absoluto de procriar em “Problemas jurídicos da procriação assistida” cit., sob a epígrafe “O direito de procriar”.

7. A UTILIZAÇÃO DE EMBRIÕES PARA FINS DE PESQUISA E TERA-PÊUTICOS

O embrião contém, na sua fase inicial, células-tronco totipotentes, que são as que se podem diferenciar para qualquer tipo de células. Têm uma grande valia potencial (e nalguns campos já atual) para fins terapêuticos e suscitam vivo interesse por parte dos cientistas¹⁵.

Os embriões são muito cobiçados, enquanto as suas células estão indiferenciadas e podem, portanto, ter utilização universal. Mas como as obter? A forma mais à mão consiste em criar laboratorialmente embriões para depois os liquidar, aproveitando as células. As convenções internacionais proíbem porém a criação de embriões para serem objeto de destruição.

Acentua-se que no corpo humano se encontram células-tronco fora dos embriões¹⁶. Recorre-se por isso a outras fontes, como sejam as células do cordão umbilical, as de fetos abortados, quer o aborto seja espontâneo quer provocado, as constantes do líquido mitocondrial e as contidas em tumores. Além disso, conforme a função que estiver em causa, é possível o recurso às células multipotentes e unipotentes que se encontram disseminadas por todo o corpo. Muito importantes são já as da medula, para o tratamento da leucemia.

Os olhares continuam, porém, a voltar-se sobretudo para o que se chama os *embriões excedentes* ou *excedentários*.

O art. 5º da Lei n.º 11.105 permite a utilização de embriões obtidos por fertilização *in vitro* e não utilizados “no respectivo procedimento”. Aqui há, portanto, uma tomada de posição quanto à admissibilidade deste recurso.

Sujeita-o a condições:

- serem embriões inviáveis,
- estarem congelados há três anos ou mais,

¹⁵ Cfr. sobre esta matéria Walter Osswald, “Alguns aspectos éticos da investigação com células tronculares (ou estaminais)”, in *Ciência e Ética: da Célula ao Embrião - Actas do 8.º Seminário do CNECV*, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2005, 31.

¹⁶ Fala-se em células-tronco *pluripotentes*, como células do embrião que podem originar um organismo completo mas não os seus anexos embrionários; *multipotentes*, que podem dar origem a vários tecidos; e *unipotentes*, que só podem ser referidas a um tecido. Mas a terminologia não é uniforme.

- já estarem congelados à data da publicação da lei, quando passarem três anos sem serem utilizados.

Há, meio oculta, outra lacuna da lei, possivelmente intencional: não se diz se os embriões que forem congelados *após a publicação da lei* podem também vir a ser utilizados quando passarem três anos após o congelamento. Não há que raciocinar por identidade de razão, porque a regra que permitisse a liquidação de vida humana em formação seria tecnicamente uma regra excepcional, que não pode ser estendida por analogia. A conclusão a tirar é a de que a lei permite o aniquilamento de embriões excedentários do passado mas não dos que de futuro caírem nessa condição.

Em todo o caso, há o receio de que na origem desta lacuna, esteja, por parte de alguns, uma conciliação calculista de posições para fazer passar a lei e, decorridos três anos, apresentar propostas de aplicação do mesmo regime aos embriões excedentários entretanto formados, invocando razões de isonomia.

Tomam-se ainda outras cautelas. O § 1.º reclama o consentimento dos genitores, de que já falamos. A regra é de aplaudir, como é de aplaudir que se não fale de *doação* pelos genitores: doam-se coisas, e o embrião não é coisa, porque ou é pessoa ou é da ordem das pessoas. Por outro lado, os pais nunca poderiam doar em *representação* do embrião, porque a representação se faz no interesse do representado, por princípio jurídico geral, e não há maneira de admitir que é do interesse do embrião ser aniquilado. *Dação* em vez de *doação* já é melhor, porque é neutro. Mas é melhor ainda a posição adotada pelo art. 5º § 1.º, pois requer apenas um consentimento dos genitores. E este deve realmente ser sempre necessário, dada a particular ligação dos genitores ao embrião.

Pelo § 2º, requer-se ainda a aprovação pelos respectivos comitês de ética dos projetos das instituições de pesquisa e terapia que utilizem células-tronco embrionárias - o que se afigura valer muito pouco, porque não há a necessária garantia de isenção.

A razão que eticamente pode sustentar que os embriões inviáveis ou os que estão congelados há mais de três anos possam ser utilizados na pesquisa é uma razão de moral utilitária. Esses

embriões não poderiam de qualquer modo ser implantados em condições medicamente indicadas e pereceriam de toda a sorte. Mais vale então que sejam aproveitados para pesquisa ou terapia, tornando-se assim úteis¹⁷.

Mas a essa razão pragmática pode opor-se uma razão pragmática de sentido oposto: se se admite que os embriões excedentários sejam aproveitados para pesquisa e terapia, então pode-se apostar que aparecerão sempre mais embriões excedentários, ao invés da desejável não-criação destes. A tentação é demasiado forte. Quando o que há a fazer é fechar as portas a métodos fáceis, para estimular a ciência a caminhar de maneira a prescindir dos embriões excedentários, aperfeiçoando métodos de obter células-tronco por outras vias.

Nesse sentido, o que se poderia fazer?

Antes de mais, há que tomar como fator estratégico que a pesquisa é vastamente sustentada por fundos públicos¹⁸, o que permite impulsionar a ciência a dirigir-se para formas que não provoquem problemas éticos. Esses fundos deveriam canalizar-se para o desenvolvimento de outros métodos, que excluíssem o recurso a células embrionárias¹⁹. Os resultados obtidos são cada vez mais promissores.

Mas mesmo no que respeita às células embrionárias, foi noticiado recentemente um novo processo que evitaria a destruição do embrião. Nos estágios iniciais²⁰, pode retirar-se do embrião uma ou algumas células. Não se destrói o embrião, porque o blastocisto tem capacidade de reconstituição, voltando à sua composição inicial.

Não é na realidade um método novo, antes, há muito que era conhecido: o “diagnóstico genético pré-implantação” baseia-

¹⁷ Pode invocar-se mesmo o princípio do *mal menor*, que é um princípio ético. Mas utilitarismo e decisão pelo mal menor não se confundem.

¹⁸ Não esquecendo o financiamento pela indústria farmacêutica, cada vez mais significativo, que todavia traz o risco de direcionar os campos de investigação do cientista, limitando a autonomia deste.

¹⁹ Como seja o recurso a células progenitoras, que existem nos vários tecidos e recompõem as células desses tecidos.

²⁰ Portanto, quando não houve ainda a implantação no útero do embrião formado *in vitro*.

se justamente na retirada de uma ou mais células do embrião para permitir o conhecimento de anomalias ou outras características²¹. Teoricamente poderia servir como fonte de células embrionárias, mas cria também um risco para a futura implantação, em qualquer caso, pois haverá sempre o receio de que a ablação das células venha a provocar danos ao desenvolvimento do embrião: não está provado que os provoque, mas também não está provado o contrário. Não seria de supor que os interessados na procriação assistida, homóloga ou heteróloga, aceitassem para o efeito embriões de que tivessem sido retiradas células indiferenciadas²². Dificilmente poderá assentar nisso um método efetivo de proporcionar as células totipotentes que se desejam.

A solução, verdadeiramente, consiste em evitar embriões excedentários. Assim se passa noutros países, na Alemanha, por exemplo, e parcialmente também em Portugal.

Uma técnica utilizável neste sentido consiste em levar o processo até à beira da singamia mas parar então: a criopreservação asseguraria a disponibilidade dos embriões, para serem implantados no momento oportuno. Se essa oportunidade não chegasse, poderia sempre evitar-se a singamia. Com isto, não se faria nunca destruição de vida humana nascente.

Se o método é praticável com iguais condições de êxito, ou até se o fosse com uma pequena diminuição de resultados, esse método torna-se eticamente obrigatório, porque evita a realidade sempre problemática da destruição do embrião²³.

²¹ Não entramos na análise ética deste procedimento, que é igualmente contestável: implica que os embriões rejeitados passam à categoria de excedentários. Em defesa do processo, pode arguir-se que esta rejeição é um mal menor que a prática de aborto em fase posterior. Por outro lado, no ponto de vista técnico, o método padece de grandes limitações, pois poucas são as anomalias que podem ser detectadas; que as células recolhidas podem não ser indicativas; e que mesmo anomalias reveladas poderiam não conduzir afinal à doença que se receia, pela própria evolução natural do embrião.

²² Neste risco tem-se, porém, de incorrer sempre que se pratica o diagnóstico genético pré-implantação.

²³ Podem erguer-se objecções éticas ao próprio processo, como manipulação da vida. Mas a ética funciona também em termos de ponderação de mal menor e a criopreservação nesse estágio preliminar (a que alguns chamam o pré-embrião) levanta menos objecções. Seriam seguramente objecções menos graves que tudo o que possa levar ao aniquilamento do embrião.

O método não pode, porém, dar solução exaustiva ou completa, porque por outras causas pode sempre haver embriões excedentários. O destino indicado para esses embriões é a implantação. Se não puder operar a procriação homóloga, põe-se a hipótese da procriação heteróloga - que é aqui um mal menor, confrontado com o da destruição do embrião²⁴.

8. A GESTAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO

Ganhou grande ressonância pública a possibilidade de uma mulher levar a cabo a gestação para outrem. Fala-se em maternidade de substituição ou em mãe portadora. Protagonizou-se, na seqüência de novela, a designação “barriga de aluguel”. Preferimos falar em gestação para outrem com base em acordo de gestação. Evitamos falar em *maternidade*, porque, como veremos, pode não haver maternidade nenhuma.

O método é tipicamente usado em casos em que uma mulher não consegue levar a bom termo a gestação, mesmo que consiga a fertilização. Recorre, então, a outra mulher para que o faça para ela. Pressupõe-se que essa outra mulher não concorre com gâmetas próprios. O embrião é-lhe implantado no útero, para se desenvolver o processo natural até ao nascimento.

Pode haver variantes quanto à origem dos gâmetas. Se o ovócito usado no embrião é de terceira mulher, temos a situação atrás referida de “mãe há só três”.

A supor que a gestação é levada a cabo, quem é então a mãe, afinal?

Pode-se excluir imediatamente que seja a pessoa a quem o novo ser se destina: a “mãe social” ou a “mãe de destino”. Não há nenhuma pista legal ou biológica que permita afirmá-lo. Há um contrato, mas a atribuição de maternidade é feita por lei e não por contrato.

O entendimento generalizado é o de que a mãe é a gestante. Por isso se fala em “mãe portadora”. Este entendimento baseia-se

²⁴Seja a implantação em mulher de onde não provém o gâmeto feminino, seja o recurso a embrião fecundado com espermatozóide de homem estranho ao casal.

normalmente na circunstância de a lei associar a maternidade à circunstância de a mulher dar à luz.

Pronunciamo-nos sobre esta matéria em sentido oposto, no domínio do Código de 1916²⁵, e não vemos motivo para alterar a posição perante o Código novo. A lei considera a hipótese normal, aliás, a única admissível ao tempo, quer do Código anterior, quer da elaboração do Código atual. Mas a chave das relações familiares continua a encontrar-se nos vínculos de sangue: a lei baseia-se na derivação biológica para constituir a relação de parentesco. Por isso, os impedimentos matrimoniais fundam-se na relação biológica e não na gestação.

A este vínculo de maternidade fazem, como dissemos, exceção, mesmo no silêncio da lei, os casos de mera dação de gâmetas, porque, quem assim fizer, entrega um produto separado do corpo, sem participar de nenhum projeto de paternidade.

A mãe é, portanto, aquela de quem provém o ovócito, desde que esteja empenhada num projeto de paternidade. Assim, a irmã de mulher estéril que cede um ovócito para ser fecundado por espermatozóide do cunhado é, a nosso ver, juridicamente a mãe²⁶.

Isto não significa que neguemos importância ao fato da gestação. Nomeadamente, deveria a nosso ver constituir também impedimento matrimonial. Mas a lei não o prevê.

A importância não é apenas esta. A gestação provoca por natureza uma relação entre a gestante e o ser que cresce dentro dela, levando a laços de afeição profundos. Por isso é freqüente, nascida a criança, que a gestante se negue a entregá-la à mãe de destino. Isso demonstra, aliás, a artificialidade do processo, que rompe com a realidade natural da procriação.

Juridicamente, como deve a situação ser resolvida?

Há um contrato na base: o contrato de gestação.

²⁵ Cfr. o nosso “Problemas jurídicos da procriação assistida” cit., sob a epígrafe “Fundamentos actuais da paternidade”.

²⁶ O art. 1.597 V CC, que presume nascidos na constância do matrimônio os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, com autorização do marido, não só não é, logo no seu texto, aplicável a esta situação, como estabelece uma mera presunção de “nascimento na constância do matrimônio” e não um critério de atribuição de paternidade ou maternidade.

Este contrato pode ser oneroso ou gratuito. Duvidamos desde logo, em geral, da validade do contrato oneroso, pois não cremos que um processo tão importante como a gestação possa ser venalizado. Basta para tanto a contrariedade à cláusula geral dos bons costumes.

Mesmo sendo gratuito, o contrato deve ou não ser considerado válido?

O contrato atinge gravemente bens indisponíveis, pelo que o temos por nulo. Assim o estabelece o art. 8/1 da Lei portuguesa n.º 32/06, sobre PMA - seja oneroso ou gratuito.

Por isso, a mulher que leva a termo a gestação pode, no final, recusar-se a cumprir o contrato.

Mas subsiste a questão: quem é a mãe? Por que será o nexo de maternidade e não o vínculo negocial o decisivo?

A referida Lei portuguesa n.º 32/06 determina que a gestante é havida para todos os efeitos como a mãe (art. 8/3). Compreende-se a intenção do legislador: para dissuadir a prática destes negócios, impõe que produzam o efeito diametralmente oposto ao desejado por quem os celebra.

Mas, se o objetivo é compreensível, o meio é incongruente. Porque não se joga com a maternidade a título de sanção. Esta atribuição de maternidade só se utiliza para conseguir objetivos de dissuasão. Mas o critério de atribuição da maternidade deve estar acima de quaisquer outras preocupações do legislador.

E que dizer perante a lei brasileira, em que não há semelhante regra?

Temos de distinguir consoante o ovócito é da encomendante da gestação ou de terceira mulher.

Se é da encomendante, é ela a mãe. Pode assim reivindicar com esse fundamento a entrega da criança.

Se o ovócito é de terceira mulher, esta pode participar de um projeto de maternidade ou não.

Se participa, a criança é dela, porque é juridicamente a mãe.

Se não participa, há mera dação de gâmetas e não é mãe. Esclaremos então na hipótese já referida de *nenhuma das três “mães” ser, afinal, mãe*. Nenhuma pode como tal reivindicar a entrega da criança. O destino desta resolver-se-á por acordo, ou por modo de

destinação estabelecido, em geral, por lei, mas já não por força de regras sobre maternidade²⁷.

9. APRECIÇÃO ÉTICA DA PROTEÇÃO DO EMBRIÃO

Por que toda essa resistência à destruição do embrião?

Está necessariamente em causa uma visão ontológica da realidade do embrião.

O embrião não é uma coisa.

O embrião é vida.

O embrião é vida humana. Tudo isto é inquestionável.

O embrião é vida humana nascente. O seu desenvolvimento natural conduzirá a uma pessoa como nós próprios.

O embrião é vida humana diferenciada. Nomeadamente, é uma vida diferenciada da vida da mãe, no caso do embrião *in utero*.

No debate sobre o aborto, ouve-se muito o *slogan*: “do meu corpo faço o que quero”. Não tem, porém, nenhum suporte na realidade. A identidade do corpo humano pressupõe a unidade do genoma. O genoma do embrião é diferente do genoma da mãe, logo não é parte do corpo da mãe²⁸.

Isto impõe que se entre na caracterização da essência do genoma, nomeadamente na questão: o embrião é uma pessoa?

A resposta não pode ser dada pela Biologia. A Biologia dá-nos o suporte do espírito. Leva até a concluir que há uma vida humana diferenciada da vida da mãe. Todos os elementos caracterizadores do novo ser estão já presentes no embrião, nada mais lhe sendo acrescentado a partir do corpo da mulher em que se aloja durante todo o decurso da concepção. O embrião tem até desde o início o

²⁷ Recorde-se ainda que, nos termos do art. 1.606 CC, a ação de prova da filiação compete ao filho.

²⁸ Mais profundamente ainda, a pretensão de se *ser dona do corpo* exprime uma visão completamente equivocada da relação pessoa/corpo, que leva a ver este como uma coisa, sujeita a propriedade. Cfr. sobre este ponto Judith Martins-Costa, “Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do Biodireito”, *in Rev. Trim. Dir. Civil* (Rio de Janeiro), 1/3 (Jul-Set 2000), 59-78 (66), citando Aida Kemelmajer de Carlucci; bem como as várias incidências que Cristiane Avancini Alves relata em “Considerações acerca da qualificação jurídica do embrião humano no Direito Privado”, *in Rev. Trim. Dir. Civil* (Rio de Janeiro), 7/25, Jan-Mar 06, 253.

seu eixo, donde resultará o seu direcionamento, e, assim, a posição da cabeça e dos restantes pontos do corpo. Mas a Biologia não resolve a questão de saber se ao novo ente cabe ou não a qualificação de pessoa.

Também não é resolvida pelo Direito. Pode, é certo, discutir-se se o embrião tem ou não personalidade jurídica. Falo à vontade, porque entendo que a tem efetivamente²⁹. Mas isso não é decisivo num ponto de vista essencial, porque personalidade jurídica até uma sociedade comercial a tem. A questão aqui não é formal, de qualificação jurídica, mas de valoração da realidade substancial subjacente.

Porém, o Direito brasileiro é mais categórico. O art. 2º do Código Civil, após estabelecer o princípio de que a personalidade começa com o nascimento, dispõe: “mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Se tem direitos, tem personalidade jurídica: caso contrário seria *objeto* de proteção e não sujeito de direitos. E esses direitos são os direitos ligados essencialmente à pessoa. Não são direitos patrimoniais, como os resultantes de sucessão aberta, porque esses só se adquirem com o nascimento com vida.

Este debate deve abranger todas as modalidades de embrião, e portanto também o embrião produzido *in vitro*. Este é igualmente uma realidade caracterizada como vida humana diferenciada, cujo desenvolvimento natural levaria ao nascimento de uma pessoa humana.

Pode perguntar-se se a destruição do embrião é enquadrável na figura do aborto. Observa-se que o embrião *in vitro* não tem nidação, mas a verdade é que o aborto abrange também a destruição do embrião no útero antes da nidação. Em todo o caso, dado o caráter restritivo dos tipos penais, é dificilmente admissível que caiba no tipo de crime de aborto. Mas não é essa diferença de regime jurídico que impede que eticamente a situação seja análoga.

²⁹ Cfr. o nosso “Embrião e personalidade jurídica”, in *Vida e Direito. Reflexões sobre um Referendo* (obra coletiva), Principia (Cascais), 1998, 85.

A questão não é biológica nem jurídica, mas filosófica. Há que subir à caracterização da pessoa humana, como *ens distinctum subsistens*. É tema de larga indagação que não podemos sequer ensaiar resolvê-lo aqui. Basear-se-á na consideração do embrião como ser com fins próprios, diferentes dos dos seres que estão na sua origem.

Mas não precisamos sequer de ir tão longe. Basta que consideremos o que está já adquirido - o embrião é vida/humana/nascente/diferenciada/não é parte do corpo da mãe. A ética manda proteger a vida humana, no que a segue o Direito. O princípio exige que respeitemos a vida desde as suas primeiras manifestações. A primeira mas categórica manifestação dá-se com a singamia. A partir daí, tudo o que represente instrumentalizar o embrião, colocá-lo ao serviço de fins alheios, desrespeita a vida humana nascente e torna-se eticamente reprovável.

A esta luz, o Direito repercute a posição da Bioética. A Constituição Federal coloca como fundamento do Estado brasileiro a dignidade da pessoa humana (art. 1º III). No art. 5º, proêmio, proclama a inviolabilidade do direito à vida, sem fazer nenhuma restrição. A dignidade da pessoa impõe a proteção desta desde a sua constituição e o direito à vida estende-se à vida humana nascente, que é vida diferenciada.

As variantes de regime jurídico, nomeadamente em matéria de aborto e agora na utilização de embriões *in vitro* para pesquisa e terapia, não alteram o princípio-base, apenas o adaptam. No que respeita ao aborto, o princípio é o da proibição: os casos em que é admitido são exceções. Quem é protegido com essa proibição? É a mãe? Mas o embrião é protegido até contra a própria mãe. Não, o sujeito beneficiário da proteção é o próprio embrião, como pessoa. As adaptações e exceções correspondentes aos sucessivos estágios da vida não se fundam numa diversidade de natureza. ☐

Vinte Anos da Constituição de 1988: Qual Constituição?

Nagib Slaibi Filho

*Desembargador do TJ/RJ. Professor da
EMERJ e da Universo/RJ.*

Comemoramos vinte anos de vigência da Constituição-cidadã, do Estado Democrático de Direito, em que a pessoa humana é titular dos direitos, e não meramente objeto do poder discricionário a que tantas vezes fomos submetidos em quase duzentos anos de independência política.

Diferentemente das outras sete que a antecederam, a Constituição de 1988 não foi outorgada pelo governante do momento nem nasceu de um anteprojeto cerebrino enfiado goela abaixo da sociedade, mas foi construída de baixo para cima, resultado de intensos debates durante quase dois anos de Assembléia Nacional Constituinte e da ansiosa expectativa gerada por mais de duas décadas de governo de exceção.

Contudo, antes de discutirmos se a Constituição atendeu aos anseios que legitimaram a sua promulgação, que a fez recepcionada com o entusiasmo que sucedeu naturalmente a um quarto de século de Governo autoritário, e que permitiu, com até poucos solavancos, a regularidade da vida social e institucional nestas tumultuadas duas décadas, é necessário se apurar a qual Constituição estamos nos referindo.

Certamente o objeto de nossa comemoração não é o texto solenemente promulgado às dezesseis horas do dia 5 de outubro de 1988 pelo velho político conservador Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte.

Seu texto, nestes vinte anos, sofreu mais de sessenta emendas constitucionais formais, e dezenas de projetos de outras emendas estão em tramitação no Congresso Nacional, sem mencionar as tentativas de estabelecer novamente o procedimento de revisão que permite a alteração da Constituição sem o *quorum* qualificado estabelecido pelo seu art. 60.

Aliás, correspondendo a um fenômeno que também é visto em outros países, estamos todos conscientes do alto custo político do debate pelo Poder Legislativo de temas mais complexos ou menos passíveis de consenso geral, através do processo de emenda constitucional ou de elaboração de leis; preferem muitos, até mesmo a classe política, que se protege do desgaste, que os tribunais, a começar pelo Supremo Tribunal Federal, assumam a responsabilidade da decisão em temas controversos e metajurídicos, a exemplo do momento do início da vida humana como fonte de proteção jurídica.

Aliás, o legislador constituinte originário teve a grandeza de compreender a sua limitação ao esboçar o destino da nação, pois engatilhou autorizações aos agentes constituídos para não esperar a elaboração de leis na realização dos fins da própria Constituição, como se vê, por exemplo, no art. 5º, § 1º (*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*) e § 2º (*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*).

O citado § 1º firma a distinção entre o texto ou o dispositivo, o artigo ou parágrafo, e a norma, considerando esta como a regra de conduta, no caso, definidora dos direitos e das garantias, cuja aplicabilidade imediata desnecessita, para sua incidência nos casos concretos, de lei que explicita o seu alcance.

Nos regimes constitucionais anteriores, esforçavam-se os professores de Direito Constitucional em explicar aos seus ávidos alunos que a supremacia da Constituição parava, muitas vezes, na inércia do legislador, pois a maioria das normas constitucionais eram consideradas como não exequíveis por si mesmas, carentes

da orientação legislativa... Enfim, interpretava-se e aplicava-se a Constituição de acordo com a lei votada pelas maiorias temporárias das Casas Legislativas...

O § 2º refere-se a princípios, isto é, às diretrizes fundamentais do sistema constitucional, espécie de normas que se contrapõe às regras ou aos preceitos, que são as normas mais específicas.

E quais serão os princípios adotados pela Constituição?

Serão aqueles decorrentes do Título I, justamente denominado de *princípios fundamentais*, bem como todos os outros que regulam os diversos sistemas que o texto constitucional, nem sempre elogiado em sua abrangência, reputou importantes o suficiente para lhes conferir o caráter de supremacia perante as demais normas.

Tome-se a expressão *sistema* como a ordenação das partes no todo, e daí vemos que a Constituição está muito além do texto ou do escrito, apresentando-se como um conjunto de normas qualificadas pela supremacia perante as demais normas, e assim regulando os diversos aspectos do país que denominou, no seu art. 1º, de República Federativa do Brasil.

Mas as normas somente são apuradas no momento de sua aplicação, submetidas ao conjunto de elementos então vinculantes, constituindo processo típico do presente, embora vinculadas ao texto feito no passado. Neste sentido, o disposto no art. 126 do Código de Processo Civil repete, em termos similares, o que está no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: *O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.*

A Constituição não se resume ao texto, é um conjunto normativo que se apura em cada momento histórico.

Na época da Assembléia Nacional Constituinte, certamente o valor, o interesse ou a objetividade jurídica de cada tema é que conduziram os debates e levaram ao texto afinal promulgado.

Há valores ou fundamentos que se mostram intangíveis às alterações, pois são promessas duradouras das gerações anteriores às vindouras.

Entre tais valores, distinguem-se os fundamentos incluídos no art. 1º e as tarefas da sociedade brasileira delineadas nos arts. 3º e 4º, destacando-se a dignidade da pessoa humana como fundamento do individualismo filosófico, reitor do liberalismo político e da liberdade de empreendimento econômico.

São valores fundamentais que ecoam nas cláusulas de perpetuidade da Constituição, como está no art. 60, e que dirigem os outros valores explicitados nos diversos sistemas a seguir regulados, como a educação, a saúde, a ordem econômica e financeira, a organização do Estado, a família e outros.

Então, além da Constituição como um todo normativo, temos diversas Constituições, de acordo com o tema tratado, como, por exemplo, a Constituição econômica, a Constituição verde, a Constituição eleitoral, a Constituição fiscal etc. As Constituições setoriais são Constituições axiológicas, valorativas, que são consideradas pela parcialidade que instituem na perspectiva dos temas.

Não se fala mais em Constituição integral, porque a sociedade saudavelmente diferenciada é imune ao totalitarismo hegemônico das eventuais minorias que empolgam o poder. O que há de integral é a pessoa humana, a dignidade de todo e qualquer ser vivo nascido de mulher, pois, em cada um de nós, há o universo que nos foi transmitido pelo Criador.

O texto somente se modifica pelas mutações formais da Constituição (emendas e revisão); as normas são apuradas em cada momento histórico; os valores afirmados pelo legislador constituinte há duas décadas não conduzem à imutabilidade conceitual ou, o que é pior, ao engessamento das idéias e à mumificação social.

Pretender-se a rígida imutabilidade da Constituição é correr todos os caminhos para a ruptura institucional, nos ensina o mestre Paulo Bonavides.

A Constituição não foi nem será. Somente pode ser percebida como o presente, a supremacia atual das normas.

A Constituição é o que aí está. 📖

Pena Privativa de Liberdade (Passado, Presente e Futuro)

Álvaro Mayrink da Costa

*Desembargador (aposentado) do TJ/RJ,
Presidente do Fórum Permanente de Exe-
cução Penal. Professor da EMERJ, da Uni-
verCidade e da Pós-Graduação da UGF.*

1. TEORIAS DA PENA

Desde os inícios teóricos do Direito Penal nos fins do século XVIII, uma das questões mais relevantes foi a da pena, problema ligado ao caráter público do Direito Penal e que originou o denominado Direito Penal subjetivo. Por tal razão, se une a teoria da pena à concepção de Estado, pois não tem o mesmo significado a concepção da pena sob um Estado absoluto ou diante de um Estado democrático e as diversas formas evolutivas que teve em um Estado de Direito. Roxin defende uma teoria unitária ou *unificadora dialética* para a superação das críticas às teorias absolutas ou relativas da pena, fazendo distinguir cada uma das três fases essenciais (criminalização, aplicação e execução), e observa que o Estado tem o dever de garantir a vida em comum de todos os cidadãos, destacando-se a natureza subsidiária do Direito Penal.

É pacífico que, do ponto de vista jurídico, o Direito Penal constitui um sistema pelo qual se regula o injusto, como *pressuposto*, e a pena, como *conseqüência*, sendo questão central a que se inicia e se esgota no *fundamento* e no *fim* da pena (efeitos relevantes macro e microsociais). As denominadas *teorias da pena* são pontos de vista que buscam explicar, legitimando ou justificando, a existência do Direito Penal.

Há basicamente *três doutrinas* que procuram explicar a razão existencial das penas: (a) as *teorias absolutas* (retribuição

penal e jurídica), (b) *as relativas* (prevenção geral, positiva e negativa; prevenção especial, positiva e negativa) e (c) *de união ou ecléticas* (aditiva e dialética).

Tais denominadores, trazidos pela classificação de Anton Becker (1772-1843), não obstante o tempo, completados por conceitos de Bentham (1748-1832), de *prevenção geral e especial* e com a distinção atual elaborada por modernos penalistas, de *prevenção geral negativa e prevenção geral positiva*, são grupos de teorias numerosas que convivem em certos pontos fundamentais e se separam de forma profunda em outros.

Nas (a) *teorias absolutas*, globalizam-se as idéias liberais, individualistas e idealistas, impregnadas de uma forte ordem ética, que chega quase ao divino. Sustenta que a pena não é um meio extrínseco, alheio à sua própria noção, mas mera resposta ao injusto penal, transpassando os limites da intimidade caracterizada: *punitur, quia precatum est* (punido porque pecou). É a retribuição do injusto no sentido religioso (*expição*) ou jurídico (*compensação*) da culpabilidade, necessária para realizar a justiça ou restabelecer o Direito (*mal justu contra o injusto*).

As *teorias absolutas* (retribuição, expiação ou justiça) defendem que a pena é unicamente castigo ao delinqüente pelo injusto penal cometido e não persegue outra função (*preventiva ou social*) posterior. Na doutrina, é tradicional explicar as teorias da justiça (com a expiação moral se libera o culpável de sua culpa, alcançando sua dignidade pessoal) e da *expição* (restabelece-se a ordem e alcança-se a justiça) equiparando-as às *absolutas* ou *retributivas*.

As *teorias absolutas* ou de *retribuição* foram estudadas inicialmente pelos filósofos Kant e Hegel e, modernamente, por Binding (1841-1920). Kant (1724-1804), em sua *Metaphysik der Sitten*, parte da distinção entre *pena judicial (poena forensii)* e *pena natural (poena naturalis)*, e diz que se exige um digno castigo, pois a *lei penal é um imperativo categórico*, e só impondo-se a pena em sua concreta medida a justiça poderá ser alcançada. Seu pensamento, resume-se: a) a pena deverá ser efetivamente imposta; b) a pena deverá ser justa ao injusto penal cometido.

Em seu artigo “Sentido e Limites da Pena Estatal”, Roxin, ao abordar a chamada teoria da retribuição, diz que seu patamar é a culpabilidade do autor compensada através da imposição de um mal pessoal, buscando tão-só a realização da justiça (existe para que a justiça impere). Cita Kant ao formulá-la de modo expresso: “*Mesmo que a sociedade civil com todos os membros decidisse dissolver-se, teria, antes, de ser executado o último assassino que estivesse no cárcere, para que cada um sofresse o que os seus atos merecem, e para que as culpas do sangue não recaíssem sobre o povo que não haja insistido no seu castigo.*” Conclui Roxin, com três argumentos contrários: a) a teoria da retribuição deixa na obscuridade os pressupostos da punibilidade, porque não estão comprovados os seus fundamentos e como profissão de fé é irracional e contestável, não sendo vinculante; b) fracassa perante a tarefa de estabelecer um limite, quanto ao conteúdo, ao poder punitivo do Estado; c) revela não só uma debilidade teórica, mas também um perigo prático.

Os *fins da pena* só têm relevância para a vida societária, anotando-se que as *teorias absolutas* pecam pela ausência de cientificidade, arrematando Roxin que deixam na obscuridade os pressupostos da punibilidade, uma vez que os seus fundamentos não estão comprovados.

No século XIX, a atitude de Feuerbach se constitui em exceção, ao defender uma teoria pragmática de *presunção geral*, e identificar a concepção final de pena segundo sua *teoria da coação psicológica* com a *pena justa* kantiana, aproveitando, pois, o critério de Kant porque se adequava à *pena-fim* de sua proposta. Feuerbach, em seu *Lehrbuch*, sustenta que “*o fim da aplicação (da pena) é fundamentar a eficácia da ameaça legal, na medida em que sem ela tal ameaça seria ineficaz*”. Em síntese, para ele o fim último da aplicação da pena é a “*mera intimidação dos cidadãos através da lei*”. Seguindo a crítica de Naucke, se o injusto é a lesão do Direito como instituição final, a reação diante do injusto não deve ser a retribuição no sentido kantiano, mas uma atividade final que evite futuras lesões do Direito. A união da teoria absoluta de Kant com as teorias utilitaristas dominantes à época serviu para

que o conceito de pena-fim se destinasse à tutela da paz entre os cidadãos.

Salienta-se que outras teses retribucionistas foram lançadas, como a de Carrara em seu *Programma*, ao assinalar que o *fim-princípio da pena é o restabelecimento da ordem externa da sociedade*, enquanto Mezger sustenta que a pena se constitui na *irrogação de um mal que se adapta à gravidade do fato cometido contra a ordem jurídica. É, portanto, retribuição e, necessariamente, privação de bens jurídicos*. Mais recentemente, temos as posições retribucionistas dos finalistas como Welzel e Maurach (retribucionista de linguagem contraditória).

A *teoria da retribuição*, segundo diversos doutrinadores, oferta três formulações, em síntese: a) teoria da retribuição divina; b) teoria da retribuição moral; c) teoria da retribuição jurídica.

As críticas aos postulados retribucionistas partem de Roxin, que ataca afirmando que os mesmos não explicam quando o Estado deve sancionar o obrar, olvidando a *fundamentação da autorização estatal de punir* e, como tal, desprezando a *teoria da expiação*, pois *deixa sem esclarecer os pressupostos da punibilidade, porque não estão comprovados seus fundamentos*. Defende que as cominações penais só estão justificadas se objetivarem a proteção preventiva geral e subsidiária de bens jurídicos e prestações. Finaliza dizendo que o delinqüente é obrigado a suportar a pena em atenção à macrossociedade e quem não desejar aceitar a justificativa da pena, de que todos têm que responder por seus atos na medida de sua culpa e co-assumir responsabilidades por seu destino (*princípio da igualdade*), terá que negar a existência de valores públicos e, com eles, o sentido e missão do Estado.

Hassemer observa que em uma época como a nossa não se pode advogar uma *pura teoria retributiva*, o que levaria a renunciar a uma justificação da pena do ponto de vista de seus efeitos práticos (diante do delinqüente e da macrossociedade), teorizando que a justificação pelas conseqüências desejadas é uma parte de nossa racionalidade. Para Jesús - Maria Silva Sánches, no caso de retribuição, as razões de sua superação como fundamento bá-

sico da intervenção jurídico-penal sobre pessoas e bens dos cidadãos são claramente culturais (ou ideológicas). O Estado social e democrático de Direito deve garantir o bem dos cidadãos e respeitar a dignidade do condenado como pessoa humana, pois o Direito Penal não possui o escopo de realizar vingança; ao tutelar os bens jurídicos, objetiva-se integrar o condenado dentro de mútuas possibilidades. O moderno pensamento jurídico-penal de orientação preventista abandonou a idéia de retribuição, salvo no conceito de culpabilidade.

Cria-se o temor da perda da liberdade e de todos os direitos relativos à cidadania, o que é incompatível com o Estado Democrático de Direito. Porém não se pode dizer que a pena não tenha seu efeito intimidativo para a maioria de seus destinatários, pois o que se combate é a generalização de penas rigorosas para a garantia do efeito intimidatório, o que cria um contra-efeito.

O projeto alternativo ao Código Penal alemão (1962) aderiu às teses de Von Liszt, para o qual a função da pena e do próprio Direito Penal seria a proteção dos bens jurídicos através da incidência da pena na pessoa do delinqüente, com a finalidade de evitar delitos posteriores.

A pena deveria constituir-se em um instrumento de defesa da sociedade, sob uma visão pragmática e humanizadora. Como Roxin, Muñoz Conde ataca a questão da ressocialização do infrator, priorizando o questionamento da estrutura social, pois, diante do quadro da atualidade, consistiria na grande farsa montada por nossa hipocrisia, isto é, reeducar e ressocializar o condenado para o reingresso na macrossociedade; com o sistema prisional da maioria de nossos países, constitui uma flagrante contradição. Na visão de Jakobs, a pena garantidora das expectativas sociais teria como finalidade o restabelecimento da ordem externa da sociedade, objetivando a confirmação da vigência da norma, ao atuar mais sobre os outros do que sobre os culpados, a fim de tranqüilizá-los tanto a respeito dos próprios delinqüentes como a respeito de seus temidos imitadores.

As teorias unitárias consistem genericamente na luta contra a criminalidade, expressadas por noções de (a) prevenção geral

e (b) *especial*. A pena deve proteger a sociedade, e sua aplicação deve contribuir para evitar novas infrações realizadas por outras pessoas (*princípio da exemplaridade*). É o sentido básico da *prevenção geral*. Controle mínimo, mas autoritário. Como escreve Michel Foucault, os iluministas que descobriram as liberdades também inventaram a disciplina. Nas palavras de Nibert Hoerster “a *prevenção geral* é um instrumento de controle social e como tal muito *valorativa*”. Como salienta Roxin, o ponto débil da doutrina da *prevenção geral* é o compartilhamento com as teorias da retribuição e da correção, sem aclarar o âmbito do punível. Para Hoerster, a *prevenção geral* serviria para justificar a intervenção punitiva do Estado. Bustos Ramírez diz que a teoria da *prevenção geral* ou cai na utilização do terror e na transformação dos indivíduos em animais, ou na suposição de uma racionalidade absoluta do homem no balanceamento entre o bem e o mal, na sua capacidade de motivação, na qual é uma ficção como é o livre-arbítrio. Já a *prevenção especial* consiste em que a pena aplicada deve evitar a comissão de novos injustos penais por parte do condenado.

Roxin diz ser inadmissível infligir um mal como mero fim retributivo; ao contrário, é possível o estabelecimento da pena para a paz jurídica (sentido construtivo). Sustenta que não cabe eliminar completamente da fase executória o ponto de partida da *prevenção geral*.

É oportuno registrar que as chamadas *teorias unificadoras* acolhem o princípio da retribuição e da culpabilidade como (c) estratégias limitadoras da pena no sentido jurídico, buscando nos limites do injusto penal os fins de *prevenção geral* e *especial*.

A nosso aviso, consideramos que tal divisão - extremamente sumária e de conseqüências insuficientes - não atende, no plano realístico, ao escopo das sanções penais.

As (b) *teorias mistas* ou *ecléticas* são marcadas pelo *endereço retributivo*, sendo concomitantemente um meio de *educação* e *correção*. Compreendem ambos os critérios (a+b), defendendo que a pena deve observar o *passado* e o *futuro*, retribuindo o injusto penal perpetrado e prevendo em seu próprio tempo a realização de outras ilicitudes. O *caráter de intimidação* é uma característica

conjuntural. Segue-se o princípio *punitur qui peccatum est et ne peccetur*. Sem dúvida, é o apelo das legislações e posições dogmáticas modernas.

Nos segmentos modernos busca-se a *melhora do condenado*, que constitui o objetivo mais elevado da política criminal. Mediante a aplicação da pena, procura-se *influenciar* no apenado a reinserção social harmônica e, por conseqüência, a *não-reincidência*. Para os seus defensores a pena deve ter uma *função educativa*, a fim de transformar o delinqüente em um *novo homem*, respeitador da ordem social e da lei. Embora a *reinserção social harmônica e futura* esteja escrita, como já vimos, em vários diplomas legais, normativos e constitucionais, é inimaginável que a prisão possa produzir *cidadãos domesticados* pela disciplina punitiva para conviverem nos padrões ditados pela macrossociedade dominante e, ainda depois de estigmatizados e desqualificados para o labor produtivo, disputarem o mercado formal de trabalho. O discurso oficial legitimador das funções objetivas da pena não resiste à avaliação crítica.

Contudo, indaga-se sobre o critério a ser adotado para a efetivação de tal ação estratégica: *moral* ou *judicial*? A eficácia da pena está em relação direta com a estatística de reincidência. É um critério formal e superficial *em razão da cifra negra*. Por outro lado, o *critério moral* é mais difícil de se constatar, diante da imperatividade de uma nova postura, não mais freqüentando o meio desviante e aceitando os padrões da sociedade dominante.

A *(re)inserção efetiva do indivíduo exige uma base de observação técnico-operativa* durante um período relativo, não apenas na execução da pena (cumprimento da progressão dos regimes prisionais, trabalho extramuros, visita periódica ao lar (*livramento condicional*), *mas também através do apoio do serviço social ao egresso*).

Não se pode olvidar a pressão social ao egresso, *rejeitando-o e estigmatizando-o*. A macrossociedade teme que o liberado reincida e não acredita em sua mudança de postura crítica em relação a ela. *O conceito de recuperação* é sempre questionado. Há necessidade da implantação de uma mudança radical em relação ao

binômio: *sociedade dominante* ou *macro* e *egresso*, que só pode ser realizada por um Direito Penal com caráter construtivo e humano, isto é, um Direito Penal democrático, que se apóie numa nova cultura em relação ao egresso, o que se torna difícil em uma sociedade de riscos e da própria marginalização que opera a instituição total.

A *intimidação* ainda está presente dentre as estratégias universais, bem como o exercício da *exemplaridade*. Entendo que o Direito Penal moderno deverá abandonar a estratégia pura da *intimidação*, por ser injusta e inumana a medição das penas que devem sofrer uns para temor de outros. A pena deve ser sempre aplicada na *medida da culpabilidade*, evitando os exageros (proporcionalidade) e objetivando vias sociais construtivas, ao buscar o equilíbrio de todos os princípios por meio de restrições recíprocas. Como finaliza Roxin, serve à ordem comunitária, e a idéia de *prevenção especial* fica limitada à justa medida pelos princípios da subsidiariedade e culpa. Outrossim, as penas “exemplares” possuem eficácia discutível ou inexistente (v.g.: *a pena de morte*). A prevenção especial possui como ponto referencial o fato de o autor do injusto ser portador de um *desvio comportamental social*, impondo correção, que incumbe à pena diante das plúrimas características.

Repete-se na nova modelagem da *teoria da prevenção por intimidação* a velha formulação feita por Feuerbach no início do século. O Direito Penal oferece, então, contribuição para o aperfeiçoamento da macrossociedade através do fornecimento da resposta penal para os violadores do direito de terceiros, previamente anunciada, a fim de impor o desencorajamento. A desmotivação do autor do injusto penal é óbvia nos limites de uma reação humana proporcional, observadas as garantias do devido processo legal.

Winfried Hassemer, ao analisar de forma crítica, diz que a *intimidação como forma de prevenção* viola a dignidade humana, pois converte uma pessoa em *instrumento de intimidação do grupo*, cujos efeitos são duvidosos, pelas categorias imprecisas, como (a) o inequívoco conhecimento por parte de todos das penas cominadas e das condenações e (b) a obediência dos cidadãos

vassalos à ordem e à lei em decorrência da cominação de penas. Conclui que, para a relativa eficácia da *prevenção geral*, seria necessário que as citadas condições (a + b) estivessem presentes e interdependentes. Seria uma posição ilusória, não tendo a *teoria da prevenção por intimidação* ultrapassado a etapa do chamado *Direito Penal das conseqüências*.

No início deste século observamos a revolta social e a intolerabilidade zero diante do ataque aos bens jurídicos, o que alimentou o tema do *direito do inimigo*, a terceira via do Direito Penal como ferramenta emergencial em situação de guerrilha urbana que, pelo quadro fático do conflito, permitiria restrições ao *princípio da legalidade* e seus corolários e ao da irretroatividade, legitimando a intervenção, que fraturaria o modelo garantista.

Por fim, o *princípio da intimidação* é humilhante para a sociedade. Em um Estado democrático, as normas não podem ser respeitadas pelos cidadãos pelo terror. A intimidação, mediante a idéia de que existe uma lei penal e a *possibilidade de sua aplicação*, exercendo uma *função de coerção geral*, com vista à manutenção da paz social, não faz sentido em sociedade democrática. Pela intimidação, quando não pelo próprio terror, a ameaça da pena, o exemplo pela sua aplicação e a certeza por sua execução garantiriam a defesa social. É a satisfação do grupamento societário e da vítima em particular.

A justiça humana não tem patamar no absoluto, carece de fins utilitários, de ser necessária e útil para ser legítima. O fim da pena deverá sobrepor-se-lhe.

A *prevenção geral* é uma função pedagógica? O fim é *evitar* ou *prevenir* a criminalidade do autor do injusto penal ou a sua reincidência; é um fim de *prevenção especial*. A pena, se possuir o fim de *prevenção geral*, será obviamente *intimidativa*, pois deve possuir a eficácia de afastar todos em geral da futura ação delitiva. A nosso sentir, a prevenção geral é inadequada por sua generalidade, mesmo que o Estado tenha especial interesse na intervenção dos processos sociais como única maneira de remediar a questão, pois o que se cuida é de diferenciar os processos e controlá-los em sua especificidade.

Nos tempos contemporâneos, a *prevenção especial* assumiu particular relevo delegado pelo positivismo. O *fim da pena* seria evitar a futura criminalidade do apenado e, para tanto, deveria adequar-se à sua personalidade, atuante pela intimidação e pela emenda, se possível a *(re)inserção social*, ou até pela *eliminação* quando *ineficaz a (re)adaptação social*. O *fim da pena* estaria ligado à *prevenção futura* de forma a servir de exemplo aos demais, mediante a *(re)inserção* ao meio social e colocando o infrator em condições de não reincidir. Não podemos olvidar que há condenados que não necessitam ser *(re)educados*, bem como há os *incurrigíveis*.

Todavia, deve-se fazer a distinção nos tempos atuais entre (a) a *prevenção geral negativa*, que é a tradicional, que obra de forma indiscriminada sobre a macrossociedade como um freio inibitório à realização de injustos penais, e (b) uma *prevenção geral positiva*, em que a pena exerce na macrossociedade seu poder, não inibidor de tendências e impulsos delitivos, mas sim de *reforçamento*, dando confiança e adesão social, no plano normativo, devendo os participantes conduzirem-se com patamar em uma situação institucionalizada de segurança coletiva e confiança mútua. Acorda-se a consciência do indivíduo para o desvalor do atuar violador da norma e se reafirma a presunção da manutenção dos bens jurídicos. Todavia, aflora a indagação de se a prisão pode melhorar alguém, cuja resposta é sabidamente negativa, por suas características e efeitos deletérios. O que sustenta a *prevenção especial positiva* é a legitimação de uma função positiva de melhoramento do encarcerado. Zaffaroni defende a impossibilidade estrutural sob o manto das ideologias “re” (*ressocialização, reinserção, reincorporação*), deslegitimadas diante dos dados da ciência social. A pena nunca será um bem para quem a sofre.

Como já foi observado, as *teorias positivas da pena* se dividem em *absolutas* e *relativas*, sendo que estas se dividem em de *prevenção geral* e de *prevenção especial*; as de *prevenção geral*, por sua vez, se subdividem em *positivas* (mantêm a fidelidade ao direito) e *negativas* (atemorizam a população vulnerável); as de *prevenção especial* também se subdividem em *positivas* (socialização) e *negativas* (inoculação, eliminação).

Como vimos, o retorno de Von Liszt, que ressuscitou a idéia da *ressocialização* e *reeducação* do apenado, bem como a *intimidação* daqueles que não necessitam ser intimidados e a *neutralização* dos incorrigíveis, situa-se no tripé: a) *intimidação*; b) *correção*; c) *inoculação*.

A denominada *prevenção especial* objetiva visa tão-só o indivíduo que já delinqüiu, para que não volte a reincidir. Entendemos que o objetivo-alvo - o delinqüente -, embora tenha realizado injustos de grave potencial ofensivo, ocasionais diante de seu perfil, não exige reeducação ou intimidação, muito menos inoculação, pois a possibilidade de reincidência é nula. Em tal quadro, teríamos a impunidade do ato típico realizado.

Na verdade, retorna-se aos séculos XIX e XX, com a direção do programa pelo juiz penal no momento da aplicação da pena, por meio da sentença penal, o que será realizado no processo jurisdicionalizado da execução penal, com a finalidade de alcançar a imaginária *harmônica integração social do condenado*. Diante da sabida ineficácia corretiva e dos efeitos deletérios da própria pena de prisão, repete-se a farsa com a frase simplista: “*Ainda não temos nada melhor do que a prisão.*”

Nos anos 60 e 70 do século passado, a *prevenção especial* perdeu significado, como observamos na França e na denominada escola da nova defesa social, de Marc Ancel. A *ressocialização* do autor do injusto penal foi bem recebida pelo Código Penal alemão de 1966 (*ideologia do tratamento*) que dominou a doutrina até os anos 1970, quando então foi constatado não ter atingido os resultados esperados. A Reforma do Código Penal alemão de 1975 traduz as modernas tendências de política criminal, com a substituição progressiva das penas privativas de liberdade de curta duração, a redução de sentenças condenatórias, a isenção de penas e a institucionalização de estabelecimentos de *terapia criminal*.

As *teorias unificadoras* ou *mistas*, que nós chamamos de *ecléticas*, buscam a conciliação pela via unitária, isto é, o injusto é o fundamento da pena pela qual se persegue um fim que está fora de sua própria órbita. Com o fracasso das teorias *retributivas* surgem as teorias *mistas*. Seu maior mérito estava na conciliação das

exigências retributivas e preventivas, dominantes ainda no debate atual do *início do século XXI*, que unia o fundamento e o fim da pena, deixando de lado a prevenção especial com a (re)socialização do autor típico. As teorias de união (*Spielraumtheorie* e *Rahmentheorie*) procuram equacionar os princípios da culpabilidade e da prevenção, perdendo espaço a *intimidação* e a *inoculação*, propostas por Von Liszt, dando lugar à *Schmidhäuser* (teoria da diferenciação) e a Claus Roxin (teoria dialética da união).

A proporcionalidade entre o injusto e a sanção é a primeira causa que se deduz do fundamento retributivo da pena.

As teorias mistas ou de união podem ser anotadas: a) a teoria neo-retributiva-preventiva; b) a teoria diferenciadora; c) a teoria dialética da união; d) a teoria modificadora da união. A teoria mista retributiva-preventiva defende que a pena busca ao mesmo tempo punir o infrator e prevenir novos injustos penais. Não podemos deixar de registrar que as teorias ecléticas são o produto da longa controvérsia científica que objetiva unificar os fins na busca de uma solução pacificadora de equilíbrio. Critica-se na direção de que ao procurar agradar a todos, não consegue agradar a ninguém.

A teoria unificadora dialética é desenvolvida por Roxin (prevenção geral positiva de natureza relativa), para quem são fins da pena, simultaneamente, a *prevenção geral* e a *prevenção especial*, devendo excluir-se a retribuição como objetivo-alvo da pena (nível os pontos de partida individuais mediante um procedimento de limitação mútua). Para ele, a teoria unificadora dialética busca evitar exageros unilaterais e dirigir a pena para vias construtivas, conseguindo o equilíbrio de todos os princípios, mediante restrições recíprocas.

Diz que pode denominar-se *dialética* quando acentua o caráter antitético dos diversos pontos de vista reunidos em uma síntese. Uma teoria da pena deve ter por objetivo corresponder à realidade. Em Direito Penal só poderá fortalecer a consciência jurídica da generalidade no sentido da *prevenção geral*, se preservar a individualidade de quem está sujeito. A pena serve aos fins da *prevenção geral* e da *prevenção especial*, limitada na medida

da culpabilidade. A *teoria modificada* de Gössel vê entre os fins da pena, enquanto consequência jurídica de caráter retributivo, a *missão de reafirmar o Direito*, podendo “*consignar-se qualquer tipo de prevenção*”. O caráter retributivo é o elemento definidor da pena, e as sanções jurídico-penais não são clamadas a cumprir só uma função de retribuição ou de prevenção; hão de cumprir *fins corretos e adequados*.

Nos tempos atuais, os penalistas se dedicam a procurar encontrar alternativas para a teoria dos fins da pena. Acabaram por rejeitar a *tese unificadora* e a chamada *teoria da prevenção geral positiva* ou *integradora*, que é o produto das insatisfações e de um discurso dialético.

Encontramos na *teoria da prevenção geral positiva* duas vertentes: (a) a *prevenção geral positiva fundamentadora* e (b) a *prevenção geral positiva limitadora*. No que tange à *teoria da prevenção geral positiva fundamentadora*, não podemos olvidar o papel de Welzel ao afirmar que o Direito Penal, marcado pela natureza ético-social, cumpre neste campo papel mais relevante do que o da tutela dos bens jurídicos. O Direito Penal atuaria com a função de garantir a orientação das normas jurídicas, as quais procuram estabilizar as experiências sociais; enfim, uma orientação ao obrar do cidadão no campo do que deve observar em suas inter-relações sociais.

As críticas a tal vertente partem de Mir Puig. Declaram que a tese é *desnecessária* e que não explica por que a estabilização de expectativas deve ser presidida pela imposição de um *castigo*. Baratta chega a afirmar que a tese é conservadora e legitimadora do sistema atual. Para Mir Puig, a *teoria sistêmica* é um produto retributista. A questão da função de *prevenção geral positiva* gerada do Direito Penal simbólico resulta das pressões corporativistas, sindicatos, partidos políticos, organizações não-governamentais, alimentadas pela mídia na busca de “soluções imediatas”, e contemplativas no campo econômico e ecológico. Diante da insustentabilidade da *prevenção geral negativa*, que defende no plano político e teórico, sustenta Zaffaroni a legitimação das penas cada vez mais graves, o que jamais alcançará a dissuasão de uma socie-

dade em que o conflito é estrutural; desta forma, não tem efeito dissuasivo, mas estimulante a uma maior elaboração delitiva; a *prevenção geral positiva* produziria um efeito positivo sobre os criminalizados, não através da *intimidação*, mas como *valor simbólico* reforçador de sua confiança no sistema social em geral, e no penal, em particular. Conclui Zaffaroni que “*el delito seria una suerte de mala propaganda para el sistema, y la pena seria la forma en que el sistema hace su publicidad neutralizante...*”.

Para parte da doutrina, a teoria não constitui uma *alternativa* que atenda às exigências da teoria da pena.

Já no que tange à *prevenção geral positiva limitadora*, seus defensores expressam-se pelo *limitar* do poder punitivo do Estado. Para tal vertente, o Direito Penal atuaria como *forma de controle social*, caracterizado pela sua formalização. A pena deveria manter-se nos limites do Direito Penal, do ato e da proporcionalidade, e tão-só ser composta através de um procedimento presidido pelas garantias constitucionais.

Para Roxin, na aplicação da pena está inscrita a idéia de *prevenção geral* (positiva ou negativa) e *especial*, pois intimidará o apenado diante da possibilidade de reincidir e manterá a macro-sociedade mais segura durante o cumprimento da pena.

Cita-se Hassemer: *através da pena estatal não só se realiza a luta contra o delito, como também se garante a juridicidade, a formalização do modo social de sancionar o delito*. Segundo o mencionado penalista, a *prevenção geral* positiva seria a reação estatal diante dos atos puníveis, protegendo, ao mesmo tempo, a consciência social da norma. A *ressocialização* e a *retribuição* seriam esses instrumentos de realização do fim geral da pena: *prevenção geral positiva*. Hassemer abandona uma *prevenção geral intimidadora* (*prevenção geral negativa*) e se inclina para uma *prevenção geral ampla* (*prevenção geral positiva* ou *integradora*), que só venha a perseguir a estabilidade da consciência do Direito, buscando converter o Direito Penal em um dos controles sociais. Jakobs sustenta a *prevenção especial positiva* ou *integradora*, com um caráter absoluto (reafirmação da consciência do Direito) que não se diferencia do retribucionismo, pois a pena supõe o exercí-

cio na confiança na norma, na fidelidade ao Direito e na aceitação das conseqüências.

Concluindo, a *teoria da retribuição* deve ser observada tão-somente em relação ao *princípio da proporcionalidade* da pena diante da culpabilidade do autor do injusto. O critério de proporcionalidade entre o injusto e a pena, embora historicamente sempre tenha sido a *justiça*, passa a aproximar a *retribuição* da *prevenção especial e geral*. Nunca é demais reafirmar que, na aplicação feita pelo juiz, a pena não pode ultrapassar os limites do justo (culpabilidade e proporcionalidade). O fim da *prevenção especial* perdeu o seu conteúdo puramente naturalístico. A função da ameaça é de *per si* intimidativa e se dirige *erga omnes* aos destinatários da norma.

Em tema de *ressocialização*, discute-se a teoria do Direito Penal voltado para as *conseqüências*: (a) deveria questionar não só a proteção aos bens jurídicos, mas também voltar-se à tutela dos cidadãos predispostos à sua violação.

Salienta Winfried Hassemer que o Direito Penal voltado às conseqüências deveria constituir-se em um *Direito Penal da recuperação e do tratamento*, um verdadeiro *Direito Penal de ressocialização*. É óbvio que o fim da pena, em *ultima ratio*, é a *reintegração* do infrator à macrossociedade, estando a pena privativa de liberdade ligada viceralmente à *execução penal*. Portanto, a *reinserção* com sucesso para evitar a reincidência depende do binômio Estado-cidadão, depois de um correto *processo de execução penal*. Há que se *exorcizar o estilo de vida* para que o apenado fique adequado aos *modelos normativos da macrossociedade*, sob pena de prostrar o ideário da “ressocialização” (*inserção social*).

Atualmente, a *teoria agnóstica da pena* sustenta não possuir qualquer função ou justificação jurídica, sendo tão-só um *ato político de poder*, visto que não se pode justificar o injustificável. Zaffaroni, ao abordar os elementos orientadores e a teoria negativa da pena, escreve que “*um conceito negativo ou agnóstico de pena significa reduzi-la a um mero ato de poder que só tem explicação política*”. Daí “*o único exercício de poder que o Direito Penal pode programar (decisões das agências jurídicas) não deve exceder o âmbito*

do reduzido poder jurisdicional exercido sobre a criminalização secundária”. Repetindo Tobias Barreto, “o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político”.

Para Zaffaroni “as teorias manifestas da pena legitimam, junto ao poder punitivo, a orfandade da vítima e o conseqüente direito do Estado a protegê-la” (mera proteção discursiva). Conclui que isolar as funções reais da pena do poder punitivo é construir uma formalização jurídica artificial: “o maior poder do sistema penal não reside na pena, mas sim no poder de vigiar, observar, controlar movimentos e idéias, obter dados da vida privada e pública, processá-los, arquivá-los, impor penas privativas de liberdade sem controle jurídico, controlar e suprimir dissidências, neutralizar as coalizões entre desfavorecidos”.

A pena, como a guerra, não possui fundamento jurídico, é um fato real, produto de um ato de poder. Seria irracional exigir-se o impossível.

A nosso aviso, a “idéia de ressocialização” como um dos fins da pena deve ser entendida na execução penal como o exercício de *medidas de apoio* ao apenado e à *modelagem* de seu comportamento no curso de execução, buscando incentivar a autodisciplina e a redução dos fatores deletérios do próprio mal da pena, que é a prisão. É necessário que a macrossociedade não atue utilizando seus agentes de controle para manipular permanentemente o *ódio* e a *vingança* contra o apenado, estimulando o *processo de agressão recíproca* (estado de guerra). Há necessidade de ser observada a realidade de que o Direito Penal voltado às conseqüências só pode operar com a sua integração à Criminologia.

Jakobs destaca que a pena deve ser necessária para a manutenção da ordem social, pois, sem tal necessidade, seria um mal inútil. Sustenta, em resumo, que a pena é *útil* para a consecução de seus *fins sociais* se não perde a sua *funcionalidade*. A pena representaria a reafirmação do ordenamento jurídico e não as finalidades úteis da norma. Para tal segmento, a teoria da *prevenção geral positiva* não é relativa ou utilitarista, mas uma *releitura da teoria absoluta hegeliana*, punindo-se para reafirmar o conceito de justiça. De forma simbólica o fim da pena seria o restabeleci-

mento da ordem macrosocial. No modelo de Roxin há adesão à *prevenção geral positiva limitadora* e não à *prevenção geral integradora*, que é relativa, ficando a prevenção limitada pela idéia de *subsidiariedade*, uma função dentre as demais funções, excluída a *prevenção geral*, ao passo que Jakobs legitima o ordenamento jurídico e as expectativas sociais numa perspectiva puramente normativa.

No campo da modernidade, fala-se em um *Direito Penal funcional* para a edição de uma política criminal em contraponto com a dogmática abstrata. Hoje, nas bases mínimas, não podem deixar de constar as *garantias processuais* do Estado de Direito e um *correto processo de execução penal* desmistificando o ódio ao autor do injusto penal, buscando a possibilidade de futura (re)inserção do egresso, produto da marginalização macrosocial ativada pela microsociedade, à macrosociedade (ainda que utópico).

Sublinhe-se, por último, que parte da doutrina vislumbrou na *prevenção geral positiva* um retorno às concepções puramente retributivas, seguindo estruturalmente a postura kantiana. As propostas buscam uma estabilização social da norma e a confiança na mesma. Tal postura não adota as propostas iniciais retribucionistas, o limite da culpabilidade desaparece, pune-se o rebelar-se contra a norma ou a lesão a um bem jurídico, a qual pode conter qualquer conteúdo de valor. Roxin fala em *prevenção geral positiva* desde postulados garantistas, ao reconhecer a finalidade da pena como *prevenção geral positiva*, na busca da paz pública e na reafirmação das regras de convivência, sem perder sua *função integradora*, que se desenvolve com a prevenção especial, com a culpabilidade como limite da pena.

2. FINALIDADE

Não se pode limitar as finalidades da pena a um único objetivo. Todas as idéias, estudos e teorias levam à conclusão de que são três os fundamentos do direito de punir: **a) a defesa social;** **b) o ideal de reforma do infrator;** **c) a intimidação geral e especial.**

A pena tem o *caráter aflitivo* em razão de privar o apenado do efetivo exercício de seus direitos e bens fundamentais; torna-

se *retributiva* na proporção em que, na sua qualidade e quantidade, teoricamente representa o desvalor da lesão ao bem jurídico praticado pelo autor do ato punível. Aí, constitui-se em um *mal* (*resposta estatal*) que deverá ser suportado pela opção feita pelo autor diante de seu obrar reprovável perante o conjunto normativo.

É um instrumento hábil utilizado pelo Estado diante da *intolerabilidade comportamental* para garantir a *paz social*. A pena se legitimaria por seus fins privativos e tutelares e se justificaria por sua *necessidade*, sendo seu fundamento observado pelos endereços ético-social, utilitário, político e sociocriminológico.

Hodiernamente, desaparece o caráter utópico da ressocialização que, através do tratamento, objetivava a recuperação absoluta do apenado. Efetivamente, constitui-se em uma etapa romântica do penitenciarismo, partindo da própria imprecisão terminológica (penitência).

Indaga-se se o Estado *teria o direito de enclausurar pessoas para manipulá-las, tendo como escopo torná-las dóceis à sua postura*.

É certo que a *periculosidade* se constitui na possibilidade da prática de ato futuro que venha a lesionar o ordenamento jurídico. A questão vaga em um mar de imprecisões e conduz à violação do *princípio da reserva legal*. As idéias nucleares de *periculosidade* e *ressocialização* foram objeto de reparos diante dos deveres de solidariedade impostos à macrossociedade, assumindo os riscos do desviante, como a *periculosidade per si* é degradante ao não referenciar a condição da pessoa humana, adotando uma postura negativa igual à das coisas e animais.

A pena em sentido lato é sempre um *castigo* que deve ser aplicado e suportado, observados os direitos e deveres do apenado, pela violação do ordenamento jurídico, na medida e proporcional à sua culpabilidade, diante do que o infrator livremente optou por realizar, restabelecendo-se a paz jurídica. Argumenta-se que a Reforma de 1984 manteve como linhas estruturais básicas o binômio *punir e humanizar*.

A nosso aviso, a *pena* busca, mediante condicionamentos naturais e uma metodologia de informação, conscientizar o apenado

a aceitar os valores da macrossociedade, separando os questionamentos que possam traduzir um *impasse existencial* entre o delinqüente e os valores impostos e aceitos pela comunidade social dominante.

A *(re)inserção social* é a finalidade ideal da pena, e tem merecido justas críticas dos penalistas. Contudo, é inegável que é o objetivo mais importante, e desejo em relação ao fiel cumprimento da punição; propiciar a *(re)integração do condenado* ao convívio social seria a própria aspiração da macrossociedade. Submetido ao regime penal adequado, a punição representa um meio teórico de adequação do apenado aos valores sociais dominantes, isto é, cumprida a pena imposta, o condenado *deveria* estar em condições de viver em liberdade sem entrar em conflito com os valores jurídico-sociais. Infelizmente, a prisão é deletéria e não reeduca, razão pela qual a taxa de reincidência destrói a *ideologia da recuperação*.

Na verdade, nossas prisões estão desaparelhadas e pouco ou nada oferecem ao apenado para motivá-lo à mudança de atitude.

Se os indivíduos colocam em risco a proteção da massa social, o objetivo-alvo primeiro da pena é procurar preservar a segurança pública - a *defesa social* (eficácia dissuasiva). Quando os antigos penalistas usavam o clichê de que a pena tinha a *natureza retributiva* e a *finalidade preventiva*, isto equivale a repetir que seus *fins* são *retributivos* e *preventivos*. A questão carece de significação política, pois a legislação penal é expressão de uma determinada organização política. A punição se converte em uma arma de terror que petrifica os homens e perpetua o gozo e os benefícios do poder.

Os conceitos de *retribuição* e *prevenção* constituem uma verdadeira e perfeita antítese, sendo, pois, inconciliáveis.

A maioria dos tribunais ainda sustenta que a verdadeira função da pena é a *retribuição*, senão a manutenção da ordem jurídica. Em outras palavras, a proteção da sociedade dominante contra todas as condutas que coloquem em risco a sua estrutura e existência, a preservação dos bens jurídicos, com o objetivo de *defesa social*. Tal defesa atua pela *prevenção geral*, isto é, através

da chamada *eficácia dissuasiva* pertinente à *ameaça da pena*, que seria o fim especial da sanção. É uma velha postura simplista para mascarar os problemas de fundo pela fantasia das palavras.

Diante da *prevenção especial* todo condenado (portador do desvio social que demanda correção) necessita ser (re)adaptado, (re)educado, (re)inserido, (re)ssocializado, isto é, *reformado*, para ser reinserido no modelo da macrossociedade. O Direito Penal possibilita um conhecimento adequado que permite um trato inteligente, oportuno e profícuo da realidade. Mir Puig sustenta que num Estado social e democrático deve-se garantir a proteção real e efetiva a todos os cidadãos, prevenindo comportamentos lesivos para os bens jurídicos, estes entendidos como possibilidade de participação nos sistemas sociais fundamentais, à medida em que os cidadãos os considerem graves (*intoleráveis*).

Portanto, o Direito Penal orienta a função privativa dentro dos princípios de exclusiva proteção de bens jurídicos de proporcionalidade e de culpabilidade. O modelo de *prevenção especial* foi abandonado, entre os anos 1960 e 1970, em razão da ineficácia da ressocialização e da realidade das prisões no mundo (depósito de presos). Aduza-se que a pena considerada como meio de *prevenção especial* encontra dificuldades sob diversos enfoques, e Carrara já advertia, no século XIX, que os *propósitos de punir, curar, reeducar e corrigir* são absolutamente *incompatíveis*. O mito da ressocialização está findo (delinqüentes do colarinho branco).

3. CARACTERÍSTICAS

A pena é um instituto jurídico em que a resposta penal deve ser *proporcional* ao juízo de reprovação do autor pela prática do ato punível. Assim, consideramos *pena justa* aquela *oportuna e necessária*, em que o juiz penal mantiver na sua aplicação e execução a devida e racional proporcionalidade técnica em relação à *natureza, à quantidade e ao desvalor do ato*.

A proporcionalidade da pena é o grau de reprovabilidade do obrar diante dos parâmetros normativos como exigência fundamental do sistema de justiça. A pena teoricamente não se constitui intrinsecamente em um mal, pois limita a esfera jurídica dos

condenados à punição e como tal deve ser sentida e conseqüentemente suportada; porém sua essência executória está na possível reinserção futura do infrator no meio social aberto por adquirir normas de cultura e se ajustar aos padrões sociais impostos.

É quase pacífico que a justificação da pena tem seu endereço na necessidade da manutenção do controle social, objetivando a paz pública. Deste Antolisei, em que o *ius puniendi* se constitui em uma ferramenta estatal necessária para impor a vontade do Estado sobre os seus súditos, até Maurach, que sustenta que a renúncia do poder punitivo é a renúncia da própria existência.

Atualmente, Roxin defende a *necessidade da pena* quando restar justificado que o comportamento reprovável prejudica de maneira insuportável a coexistência livre e pacífica dos cidadãos, e outras medidas jurídicas ou de política criminal não sejam adequadas e satisfatórias. Aliás, a pena deve ser necessária para uma finalidade específica, cujos critérios de necessidade vão desde a “(re)integração de ordem moral através do sentido de justiça”, defendido por Petrocelli, ou no viés dos tradicionais retributivistas, como Welzel e Cuello Collón.

4. A CRISE DA LEGITIMAÇÃO INSTRUMENTAL PUNITIVA

Alessandro Baratta, ao escrever sobre *funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal*, declara que a *função de preservação quando negativa*, que visa à dissuasão dos potenciais infratores, ainda é atuante sob duas formas alternativas: **a)** a neutralização do violador da norma (*incapacitation*); **b)** a intimidação específica (*specific deterrence*). A *teoria da ressocialização* é resumida em transformar o condenado, tornando-o *apto a uma vida em liberdade sem delitos*. Conclui o saudoso professor da Universidade de Sarlando que a *impunidade* não é exceção, senão a regra da justiça penal, e que a porcentagem de violadores da norma neutralizados com a intervenção da justiça penal é baixa, razão pela qual se poderiam questionar os custos sociais de sua intervenção. É básico, senão crucial para o aspecto teórico, se ter em conta o sistema de justiça penal, e que a coexistência de um neo-retribu-

tismo constitui um símbolo de fragilidade e até de crise potencial do Direito Penal das conseqüências.

Conclui Baratta que em um modelo de Direito Penal racional haveria um equilíbrio entre a realização de funções simbólicas e funções instrumentais. Com acerto, diz, ao criticar a inutilidade das penas, que implica uma concessão instrumental do Direito Penal liberado da ilusão da instrumentalidade das penas.

O Direito Penal, como já foi por nós tantas vezes dito, não pode ser utilizado como instrumento distorcido pelo exercício do Poder, olvidando que seu papel é o de ser uma sentinela a serviço dos valores comunitários e individuais.

Na prática, no quadro brasileiro, observamos que é uma constante o Governo Federal, através do Ministério da Justiça, negar verbas aos Estados-membros da Federação para a manutenção e construção de novas unidades prisionais compatíveis com o sistema progressivo, a fim de poder recolher os condenados para o cumprimento das penas privativas de liberdade que lhes foram impostas. Seriam unidades próprias, para o regime inicial de cumprimento fixado na decisão judicial final, em condições condignas à natureza humana (na maior parte dos Estados não há casa de albergado, o que significa não se cumprir a pena em regime aberto).

Ora, tal atitude irresponsável é geradora da *cultura da impunidade* pela inexistência de recolhimento de condenados com penas transitadas em julgado, colocando em risco diário a segurança social e, naturalmente, retroalimentando o sistema de reincidência pelo *credo da impunidade*, ponto básico para a *hiperdramatização da criminalidade*. De outro lado, a própria sociedade não investe recursos pela velha mentalidade de *não jogar dinheiro público em incinerador de lixo*.

Para que a *crise da violência urbana*, nos grandes centros metropolitanos brasileiros, e rural, possa ser repensada, é necessário que haja uma conscientização popular e uma vontade política de construir um sistema prisional moderno, seguro e não-corrupto, pois são inacreditáveis as condições sub-humanas em que os condenados vivem nos depósitos de presos e xadrezes distritais, ou em estabelecimentos penitenciários superlotados, na maior promiss-

cuidade e misérias física e moral, alimentando, por meio de suas organizações criminosas de sobrevivência, planos e atos de ataque aos membros da microsociedade, para angariar *fundos* de sobrevivência carcerária (verdadeiras cooperativas de condenados). De nada valem os esforços isolados, momentâneos e não-contínuos do Poder Público para sufocar focos de criminalidade sem que exista uma *política penitenciária* séria, em que o conjunto da sociedade se conscientize e participe eficazmente para reverter o quadro negro da crise.

A nosso aviso, a pena como instrumento legal, pelo qual o Estado social e democrático de Direito impõe penas privativas de liberdade (reclusão, detenção e prisão simples), restritivas de liberdade (prisão domiciliar, limitação de fim de semana e prestação de trabalhos comunitários), restritivas de direitos (interdições e proibições), pecuniárias (multa, prestação pecuniária, perda de bens e valores) e morais (advertência e admoestação), por meio de órgão jurisdicional competente, ao autor do injusto penal, objetiva a proteção dos bens jurídicos, reafirmando regras de convivência e, por última via, a manutenção do controle social, presente a culpabilidade como limite, a fim de assegurar a paz social, através da convivência harmônica dos cidadãos.

5. FIM E FUNÇÕES DA PENA

Nos modernos Estados democráticos se questiona quais os reais *fins da pena*, isto é, o que pode legitimar um sistema punitivo. Ferrajoli distingue entre *fim* e *função* da pena; o primeiro responde à indagação “*de que serve a pena?*”, e a segunda ataca a análise empírico-social descritiva sobre os *efeitos da pena* na macrosociedade; portanto, o fim da pena opera no plano do *dever-ser*, ao passo que a *função* da pena atua no plano do *ser*.

A pena imposta não pode ultrapassar os limites do *justo*. A medida da justiça é a *utilidade*, necessidade e oportunidade do encarceramento proporcional ao juízo de reprovabilidade, desde que observado o tempo de vida útil ou do pagamento patrimonial.

Por sua vez, a *prevenção especial* perdeu seu conteúdo naturalístico puro de realização de processo de higiene social, em

razão da modificação do *conceito de homem* e conseqüentemente de *violador da norma*, nas diversas versões doutrinárias. Nos dias atuais há uma tendência de a microssociedade proteger interesses vitais, o que é difícil em razão da própria estrutura injusta da sociedade, que acarreta comportamentos desviantes. O dilema é resolvido em favor da prevenção geral, pois a sociedade é mais forte do que o indivíduo, mas também porque o Direito Penal, como sistema de controle social último, está protegendo os interesses sociais, sendo, assim, compreensível a prevalência da *prevenção geral positiva*. Não se pode olvidar que, na fase da execução da pena, seu conteúdo, justificação e função se situam na necessidade de fins preventivos, presentes a *prevenção especial* e a *prevenção geral*.

De resto, a pena quanto ao seu fim é *pluridimensional*, ficando a dificuldade do aplicador e executor em dimensioná-la na coordenação e hierarquização entre si para atingir os seus múltiplos fins.

Não é correto o aumento das penas cominadas a determinados tipos de ilicitudes penais tão-só para atender politicamente os reclamos da opinião pública, momentaneamente indignada por isolado tipo específico de criminalidade urbana (*prevenção geral negativa*). O autor não deixará de praticar um injusto penal porque o máximo e o mínimo foram aumentados, ou porque em tal tipo de injusto penal não cabe fiança ou liberdade provisória, e o seu cumprimento será em regime fechado. Tal postura mostra desconhecer as raízes da *cultura do delito*.

O que tem valor *intimidativo* é a *certeza da resposta penal*, e a instauração do inquérito policial dá o primeiro passo à eficácia intimidativa da ameaça penal.

A conclusão realística no campo de conveniências teóricas é do reconhecimento da crise da pena de prisão e das medidas reeducativas e de reinserção social. Contudo, diante da exigência de controle social e proteção dos bens juridicamente tutelados em razão da intolerabilidade do conflito em função da preservação da paz pública, para cumprir fins de *prevenção geral positiva limitadora*, não se pode ainda (*extrema ratio*) aboli-la, mas pro-

curar substituí-la, no possível, por penas alternativas à privativa de liberdade, cada vez mais conscientizada a macrossociedade, alargando o seu espectro.

Roxin, em sua conferência sobre “Transformaciones de la teoría de los fines de la pena”, propôs a diversificação dos aspectos preventivos da pena como um realístico modelo político-criminal, através da introdução de formas alternativas à pena de prisão e outras medidas que favoreçam a ressocialização, ou pelo menos reduzam os danos.

A pena justa é a que é oportuna, necessária e proporcional. A pena incerta, indeterminada, fere o critério de proporcionalidade, razão pela qual é injusta.

6. MOVIMENTO DESCARCARATÓRIO

A situação carcerária brasileira nos primórdios do século é caótica, todos estão cientes; as penas alternativas a cada dia aumentam o espectro de aplicação (*princípio da salvação do inferno*); quer para menores infratores, quer para adultos, o objetivo é encarcerar e evitar a fuga, em nome da paz pública. A sociedade usa a pena como *ferramenta do exercício do poder* e mantém-se contraditória em relação às políticas habitacionais, de saúde e educação, alimentando o trabalho informal pela crise do emprego. Assim, para o primeiro controle social, usa a pena e o cárcere. Como se falar na (re)inserção social do egresso?

Convenci-me de que nosso caminho, no terceiro milênio, será no sentido de aumentar o espectro das penas e das medidas formais alternativas à pena de prisão, ao lado de uma política social realística e eficiente de inclusão social, pois o mal da prisão é a própria prisão.

O ponto fulcral situa-se no enfraquecimento gradual da estrutura social existente e nas forças que a sustentam, sem o crescimento simultâneo de uma nova ordem. É que, sem dúvida, os miseráveis cortiços e as favelas, construídos nos arredores da cidade, desatendendo às necessidades humanas, e os arranha-céus erigidos nos grandes centros das metrópoles, não em resposta à necessidade econômica, mas como meros faróis de prestígio e alarde

de poder, visualizam que os grupos e as classes sociais tendem a tornarem-se mais rígidos e mais estratificados. A competição entre desiguais tem sempre efeitos conflitantes e desmoralizantes, continuando a população carcerária, jamais inserida socialmente, massacrada pela miséria e pela opressão.

Como a pena não *ressocializa* nem proporciona a *(re)inserção* social futura, opera parcialmente a *tutela dos bens jurídicos* e relativo *controle social*, sem conseguir reduzir o *conflito de interesses*; para *garantir a paz pública*, cabe ao Estado a *manutenção do controle social* a fim de *garantir*, diante do conflito, a *tutela dos bens jurídicos* e a *paz social*. Portanto, ainda, a *finalidade da pena* seria, em *última instância*, de *controle social*. Sabe-se que *a prisão é deletéria: não educa, não socializa, não dá condições à inserção social, almejada no passado*; portanto, *a pena de prisão deve ser substituída por restritivas de direitos em maior escala, incentivando, pelo mérito, a progressão de regime e o livramento condicional*, restringindo o inferno do cárcere tão-só em relação aos portadores de comportamentos desviantes de especial gravidade, *intolerados pela macrossociedade*, como forma de *controle direto da segurança e paz social*, através de uma *intervenção garantista*, assegurados os *direitos humanos* e as *assistências* diante de um Estado social e democrático de Direito. 📄

A Adesão Informada

José Carlos Maldonado de Carvalho
Desembargador do TJ/RJ.

1. INTRODUÇÃO

A celeridade com que o mercado de consumo vem se desenvolvendo neste Século inaugural de um terceiro milênio, fez com que as especificidades e necessidades da pessoa cidadã fossem alvo de lei especial, que, levando em conta todas as características e circunstâncias do consumidor, conferiu-lhe uma tutela bem mais efetiva, em reconhecimento de sua flagrante vulnerabilidade e hipossuficiência técnica frente ao fornecedor de produtos e serviços.

De fato, a substituição do papel-moeda por cartões de crédito e débito e a compra e venda virtual trouxeram ao mundo negocial modificações significativas, a ponto de ser desprezada a forma, até então usual, de acerto pelo “fio do bigode”, com a utilização da assinatura digital.

Bom lembrar que, em algum momento da vida em comunidade, somos todos consumidores, independentemente do grau social ou cultural em que cada um se encontre. O direito do consumidor é direito social, um direito humano de nova geração, uma vez que o novo regramento consumerista em seu art. 1º “estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

Ainda que proclamado, como assinala CRISTIANO SCHMITT, “fundamental para as relações de consumo, visto que nem o fornecedor, nem o consumidor, dispõem de tempo para discutir as cláusulas contratuais envolvendo objetos corriqueiros e neces-

sários para a vida moderna”¹, as cláusulas e condições gerais do contrato, por serem unilateralmente fixadas pelo fornecedor, não permitem uma prévia discussão acerca de seus termos, alcance e sujeição, facultando-se ao consumidor, tão-somente, a adesão, ou, diante de qualquer não-concordância, a não-efetivação do negócio.

2. PRINCÍPIOS DA INFORMAÇÃO E DA TRANSPARÊNCIA

Em trabalho anterior sobre o tema, de que, por questões de ordem prática, me permito aqui reproduzir breve passagem, dei destaque a dois princípios basilares que, dentre outros, sinalizam com maior clareza o tema que ora trago a discussão: o da informação e o da transparência.²

Com efeito, a informação, como um dos princípios norteadores das relações de consumo, tem como fundamento a educação e a harmonia de fornecedores e consumidores com vistas ao aprimoramento do mercado de consumo (art. 4º, IV, CDC).

O dever de informar, como assevera CLÁUDIA LIMA MARQUES, representa, no sistema do CDC, “um verdadeiro dever essencial, dever básico (art. 6º, inciso III) para a harmonia e transparência das relações de consumo”.³

Daí por que “a oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores” (art. 31, CDC).

Aliás, no V Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor/Brasilcon, dentre as conclusões voltadas para os contratos cativos de longa duração ou contratos relacionais, merece destaque a de

¹ SCHMITT, Cristiano Heineck. “As cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor”. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 33, janeiro-março de 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 174-175.

² CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Direito do Consumidor: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 9.

³ *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 646.

nº 7, que assim conclui: “O princípio da informação adequada nos contratos relacionais de consumo envolve o dever de informar não apenas no momento da celebração contratual, mas durante todo o período da performance ou execução contratual (aprovada por unanimidade)”.

Já a transparência, em linhas gerais, “é a clareza qualitativa e quantitativa da informação que incumbe às partes conceder, reciprocamente, na relação jurídica”, o que somente pode ser alcançado “pela adoção de medidas que importem no fornecimento de informações verdadeiras, objetivas e precisas ao consumidor, bem como ao fornecedor, por parte do destinatário final do produto e serviço”.⁴

A bem da verdade, a conjugação desses dois princípios tem por objetivo, em última análise, proteger também o consumidor contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos ou serviços (art. 6º, IV, CDC).

Do princípio da transparência decorre o dever do fornecedor de informar previamente o consumidor, de forma clara e correta, sobre as qualidades do produto, quantidade, características, composição, preço e condições da oferta (art. 6º, III, CDC), sob pena de responder pela falha da informação (art. 20, CDC) ou ser forçado, judicialmente, a cumprir a oferta nos termos em que foi transmitida (art. 35, I, CDC).

3. CONTRATO DE ADESÃO

Ainda no campo teórico, define o Código de Defesa do Consumidor como sendo de adesão o contrato “cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo” (art. 54).

⁴ LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 101.

Ao simplificar o modo de formação do vínculo, como faz ver HELOISA CARPENA, ficou o contratante “mais exposto a riscos, pois muitas vezes ele sequer tem conhecimento dos reais efeitos jurídicos decorrentes do acordo”.⁵

4. ADESÃO INFORMADA

O Código do Consumidor, ao consagrar o princípio da legibilidade das cláusulas contratuais, impõe ao fornecedor o dever de prestar ao aderente os esclarecimentos necessários sobre todas as cláusulas e condições do contrato (art. 46, CDC).

O Estado do Rio de Janeiro, de forma inovadora, editou a Lei nº 5.189, de 14 de janeiro de 2008, que, em seu artigo 1º, torna obrigatório o acesso à leitura do contrato de adesão antes de a ele o consumidor aderir, quer seja pelo endereço eletrônico da empresa, quer seja pelas cópias disponibilizadas nas agências revendedoras, em locais visíveis.

Dispõe, ainda, que “todas as dúvidas do consumidor devem ser esclarecidas antes da data da sua assinatura no contrato” (parágrafo único).

A iniciativa se, por um lado, altera substancialmente o uso e costume até aqui praticados, já que o consumidor, no mais das vezes, sequer tem acesso à cópia do contrato ao qual aderiu, traz, por outro, um importante instrumento para os operadores do direito: a possibilidade de se buscar a declaração judicial de nulidade de determinada cláusula ou da integralidade da avença.

Nesse caminho, a Lei nº 11.785, de 22 de setembro de 2008, alterando o § 3º, do art. 54, da Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor -, ao dispor que “os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor”, afastou, definitivamente, a possibilidade de serem escamoteadas cláusulas restritivas de direitos e obrigações.

⁵ O consumidor no direito da concorrência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 205.

Havendo, pois, estipulação limitativa que possa ao consumidor acarretar qualquer desvantagem, deve aquela ser pelo fornecedor imediatamente revelada, com esclarecimentos sobre o seu alcance e suas reais implicações no contrato.

Prestadas as informações sobre as condições e cláusulas do contrato, deve o fornecedor, a seguir, cercar-se de cuidados e garantias que comprovem a aceitação formal do aderente.

Na verdade, o consentimento é um processo e não uma forma, razão pela qual tem que ser obtido ao final de um indispensável diálogo, através do qual as partes trocam informações e se interrogam reciprocamente, culminando com a formalização da aderência aos termos e condições pelo fornecedor propostas.

O consentimento informado, ou consentimento esclarecido, não pode ser visto, pois, como uma simples formalidade. É, sem maiores digressões, o resultado de um diálogo em que fornecedor e consumidor, imbuídos da mais estrita boa-fé, buscam esclarecer dúvidas, e que não se encerra com o simples lançamento da assinatura do aderente no espaço pelo fornecedor no contrato reservado.

5. NULIDADE CONTRATUAL

Em conseqüência, a não-observância pelo fornecedor de produtos e serviços das normas protetivas previstas no CDC configura, em razão do caráter público do interesse protegido, nulidade absoluta da cláusula ou de todo o contrato de consumo.⁶

De fato, pode a abusividade de determinada cláusula invalidar todo o contrato, quando, por exemplo, “de sua essência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes” (art. 51, § 2º, CDC).

Há, também, previsão expressa no Código para que se promova a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (art. 6º, V, CDC).

⁶ SCHMITT, Cristinano Heineck. Ob. cit. p. 173.

Na prática, como doutrina LEONARDO ROSCOE BESSA, “o reconhecimento da abusividade e conseqüente declaração de nulidade das cláusulas inseridas em contratos de consumo podem e devem ser conhecidos de ofício (*ex officio*) pelo magistrado, portanto, independentemente da formulação de qualquer pedido na ação ajuizada pelo consumidor ou até mesmo quando o consumidor figurar como réu. Trata-se, portanto, de exceção à regra de que ‘o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta’ (art. 128 do CPC)”.⁷

6. CONCLUSÃO

Diante de tais ponderações, conclui-se que:

a) nos contratos em que as cláusulas não estejam redigidas em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte seja inferior ao corpo doze, de modo a dificultar sua compreensão pelo consumidor, a formal aceitação do consumidor não o obriga ao cumprimento das condições que em seu desfavor lhe são impostas (§ 3º, do art. 54, da Lei nº 8.078/90, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.785/2008 - Código de Defesa do Consumidor);

b) não sendo dada a oportunidade ao consumidor de tomar conhecimento prévio do conteúdo do contrato, ou se for redigido de forma a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance, o pacto é tido por inexistente (art. 46, CDC), muito embora a oferta continue a obrigar o fornecedor (art. 20, CDC);

c) existindo no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, adotar-se-á a interpretação mais favorável ao consumidor-aderente (art. 47, CDC, e 422, Código Civil);

d) o reconhecimento de determinada cláusula contratual que, dentre outras, esteja “em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor” (inc. XV), se mostre “excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao

⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 294.

caso” (§ 1º, inc. III), ou que estabeleça “obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatível com a boa-fé ou a equidade” (inc. IV), independe de prévia manifestação formal da parte aderente, já que pode ser feita de ofício pelo juiz, em qualquer grau de jurisdição;

e) por se tratar de responsabilidade objetiva (art. 12 e 14 do CDC), cabe ao fornecedor o ônus de provar que o consumidor foi devidamente informado, com correção e presteza, sobre todos os termos, condições e limitações da avença;⁸

f) a sanção pela falta de clareza ou pela ausência de destaque das cláusulas limitativas de direitos (art. 54, § 3º, CDC) é a nulidade, uma vez que se põem em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor (art. 51, XV, CDC).

São estas as propostas que ora submeto à comunidade consumerista. 📄

⁸ A inversão do ônus da prova, nesta hipótese, se dá *ape legis*, independentemente, pois, de determinação do juiz no curso do processo (*ape judicis*).

A Sentença Parcial

Luiz Roberto Ayoub
Juiz de Direito do TJ/RJ.
Antônio Pedro Pellegrino
Pesquisador - FGV.

INTRODUÇÃO

Trazido pela Lei de número 11.232, de 2005, o novo conceito de sentença operou significativas mudanças no Código de Processo Civil (CPC). Pode-se, sem receio de errar, afirmar que tais mudanças permanecem obscuras, na penumbra, a esperar que alguém, a fórceps, as tragam ao mundo jurídico.

No presente estudo, esgrimimos o entendimento de que a novel redação do § 1º do artigo 162, CPC¹, escancarou, seja à vista de um pedido cindível, seja em sede de cumulação de pedidos, a possibilidade jurídica da sentença parcial, restando mitigado o princípio da unicidade da sentença.

Nesta seara, calha ressaltar que o suso citado instituto processual foi, em verdade, originariamente trazido à baila pela Lei nº 10.444 de 2002 que, dentre outras inovações, acrescentou o § 6º ao artigo 273 do CPC². A nosso sentir, o referido parágrafo encerra uma sentença parcial por via oblíqua, isto é, a sentença se encontra, no caso *sub examen*, camuflada na tutela antecipada. Trata-se de julgamento antecipado da lide.

¹ “Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.”

² “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: § 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se inconverso.”

Exsurge, do instituto do processo civil supramencionado, questão nodal, a saber: em se tratando de sentença parcial, qual seria o recurso cabível? Por certo, a sentença travestida de tutela antecipada desafia agravo. Todavia, indispensável analisar a questão sob o enfoque decorrente do § 1º do artigo 162, CPC. Abordaremos, no correr do texto, o recurso que tal sentença reclama, trazendo à colação a figura da apelação por instrumento.

Assevere-se que a efetividade da prestação jurisdicional, bem como o seu corolário indissociável, qual seja, o princípio da celeridade processual, inspiraram nosso estudo. Isto porque a sentença parcial constitui, inequivocamente, instrumento através do qual a rapidez processual é tutelada. Assim sendo, nas linhas que se desenrolarão, mergulhamos no estudo das sentenças parciais, analisando, sob a ótica da efetividade da prestação jurisdicional, a viabilidade da prolação de tais sentenças.

EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Por ocasião da formatura, em 1921, de turma da Faculdade de Direito de São Paulo, Rui Barbosa, em inolvidável discurso intitulado *Oração aos Moços*, escreveu³ as lapidares palavras, *in verbis*: “*Mas a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente. Não seiais, pois, desses magistrados, nas mãos de quem os autos penam como as almas do purgatório, ou arrastam sonos esquecidos como as preguiças do mato.*”⁴

³ Em decorrência de problemas de saúde, não pôde Rui Barbosa estar presente à cerimônia.

⁴ BARBOSA, Rui: *Oração aos Moços*. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2003, 6ª edição, p. 40.

Não obstante terem sido proferidas no início do século XX, tais palavras permanecem atuais. Hodiernamente, salta aos olhos o fato de a morosidade da prestação jurisdicional ser, se não o principal, um dos maiores problemas do Poder Judiciário. Assevere-se possuírem, alguns magistrados, parcela da culpa. Isto porque, não raro, o juiz de direito - sujeito imparcial do processo - dispensa a utilização de instrumentos, inculpidos no CPC, que possuem por escopo emprestar celeridade ao processo. A propósito, constituem o artigo 14, parágrafo único⁵, o artigo 18, *caput*⁶, e o artigo 557, *caput*, exemplos de institutos, com assento no Código Processual Civil, que objetivam assegurar a necessária rapidez ao processo.

No tocante à importância da efetividade da prestação jurisdicional, assenta Leonardo Ferres da Silva Ribeiro: *“Assim, o processo, como instrumento de realização do direito material, deve proporcionar uma tutela célere, adequada e eficaz ou, em outros termos, simplesmente efetiva.”*⁷.

Por oportuno, assinale-se que o princípio da lealdade processual, a informar todo o direito processual civil, não se coaduna com atos das partes - sujeitos imparciais do processo - inequivocamente procrastinatórios. Neste ponto, perfeita a lição de Sergio Bermudes, a saber: *“As partes encontram-se vinculadas umas às outras, e todas ao Estado, pelo princípio da lealdade processu-*

⁵ “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.”

⁶ “Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.”

⁷ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva: “Prestação jurisdicional efetiva: uma garantia constitucional”. In: *Processo e Constituição - Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenadores: FUX, Luiz; JR., Nelson Nery; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, 1ª edição, p. 154.

al, de intenso conteúdo moral, que determina a elas observar a verdade, conduzir-se com boa-fé, não praticar atos protelatórios (art. 14).”⁸ No mesmo sentido, Cláudio Cintra Zarif, *ipsis litteris*: “A atuação das partes está intimamente ligada à duração do processo, sendo um de seus princípios orientadores a lealdade e a boa-fé dos litigantes. O que se espera das partes envolvidas numa demanda judicial é exatamente que atuem em respeito a esses princípios, o que facilitará que o processo tenha a sua duração reduzida, atingindo de forma mais ágil e rápida sua finalidade, que é a decisão atribuindo razão àquele que tem o direito.”⁹

Tal qual mencionado anteriormente, a celeridade processual é por demais cara ao sistema processual civil. Decorre tal afirmativa não só dos artigos mencionados, mas, também da Exposição de Motivos do CPC. Nesta, em se tratando do direito processual civil, é assentado que: “As duas exigências que concorrem para aperfeiçoá-lo são a rapidez e a justiça. Força é, portanto, estruturá-lo de tal modo que ele se torne efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça.”

Ora, a *mens legislatoris*, consubstanciada na sobredita exposição de motivos, foi, insofismavelmente, emprestar celeridade ao direito processual civil. A *mens legis*, por seu turno, é cristalina: depreende-se, mediante exegese dos citados dispositivos do CPC, o escopo de assegurar rapidez ao processo civil, sem comprometimento do contraditório e da ampla defesa.

Neste diapasão, suficiente seria análise da intenção do legislador e do espírito da lei para se concluir, indubiosamente, pela rejeição, por parte dos magistrados, de atos protelatórios, possuindo aqueles o dever de, perante tais atos, impor as devidas sanções. O Poder Legislativo (*rectius*: poder constituinte derivado), contudo, em 2004, emendou a Constituição da República

⁸ BERMUDEZ, Sérgio: *Introdução ao Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, 4ª edição, p. 108-109.

⁹ ZARIF, Cláudio Cintra: “Da necessidade de repensar o processo para que ele seja realmente efetivo”. In: *Processo e Constituição - Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenadores: FUX, Luiz; JR., Nelson Nery; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, 1ª edição, p. 142.

de 1988, no que se convencionou chamar de *reforma do Poder Judiciário*.

A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004

No ordenamento jurídico pátrio, cediço é que reina, soberana, a *Lex Mater*, de 1988. Vigem entre nós sistema jurídico escalonado, piramidal, no qual é indispensável que a legislação infraconstitucional esteja arrimada na Carta Magna de 1988. Assim sendo, o Congresso Nacional, na qualidade de poder constituinte derivado, instituiu, no ano de 2004, a Emenda Constitucional de número 45. Tal emenda alçou à condição de direito fundamental o princípio da celeridade processual.

Com efeito, acrescentado foi, ao artigo 5º da Magna Carta, de 1988, o inciso LXXVIII, *verbis*: “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*”

Neste ínterim, José Afonso da Silva assinala: “*De fato, o acesso à Justiça só por si já inclui uma prestação jurisdicional em tempo hábil para garantir o gozo do direito pleiteado - mas crônica morosidade do aparelho judiciário o frustrava; daí criar-se mais essa garantia constitucional, com o mesmo risco de gerar novas frustrações pela sua ineficácia, porque não basta uma declaração formal de um direito ou de uma garantia fundamental para que, num passe de mágica, tudo se realize (...). É nesse contexto que entra o outro aspecto da norma em análise, qual seja: a organização dos meios que garantam a celeridade da tramitação dos processos.*”¹⁰ Insta salientar que a Emenda Constitucional 45, em verdade, tão-somente colocou às claras o direito à razoável duração do processo. Isto porque tal direito está, a nosso ver, implícito no devido processo legal.

Urge ressaltar que, na seara dos direitos fundamentais, incide o que preceituado está no parágrafo primeiro, do artigo 5º, da Magna Carta de 1988, a saber: “§ 1º - *As normas definidoras dos*

¹⁰ SILVA, José Afonso da: *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, 27ª edição, p. 432.

direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Sendo assim, tem-se que, fora de dúvida, a celeridade processual reclama imediata aplicação. Nagib Slaibi Filho, no que toca ao inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição, ressalta: “Poder-se-ia dizer que a norma declara o direito fundamental de todos à eficiente realização do processo pelo qual se leva o pedido à cognição judicial ou administrativa: é, assim, direito ao processo eficiente, muito além do simples direito ao processo. (...). Se, de um lado, a norma declara direito fundamental, de outro, pelo princípio da lateralidade do Direito, declara, mais uma vez, o correspectivo dever do juiz e do administrador.”¹¹ Em se tratando do dever dos magistrados, a emergir do princípio da celeridade processual, salienta Robson Carlos de Oliveira: “A EC 45/2004 explicitou, em nosso sistema jurídico, o princípio constitucional da razoável duração do processo, não deixando mais dúvidas sobre a legitimidade de toda e qualquer conduta adotada pelo juiz com vista a otimizar o procedimento e precipitar o julgamento da lide.”¹²

Ao ser acrescentado, no rol dos direitos fundamentais, o direito à razoável duração do processo - ou, como preferem alguns, celeridade processual, - colocou-se pá de cal em eventual dissídio acerca dos atos protelatórios que, porventura, ainda permanecessem no âmbito do direito processual civil. Tem-se, com o advento da Emenda Constitucional de número 45, a consagração da celeridade, da rapidez processual. Sendo assim, chega-se à seguinte conclusão: o CPC constitui um poderoso instrumento para a concretização do referido direito fundamental.

Leciona Luiz Guilherme Marinoni, no tocante à razoável duração do processo, *verbis*: “Esse direito fundamental, além de

¹¹ FILHO, Nagib Slaibi: “Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo Judicial e Administrativo”. In: *Acesso à Justiça*. Coordenador: Raphael Augusto Sofiati de Queiroz. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002

¹² OLIVEIRA, Robson Carlos de: “Breves reflexões sobre o princípio constitucional da razoável duração do processo tendo como paradigma os Juizados Especiais Federais Cíveis: Como a frutífera experiência desse sistema pode ser aproveitada pelo processo civil comum?” In: *Processo e Constituição - Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenadores: FUX, Luiz; JR., Nelson Nery; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, 1ª edição, p. 264.

incidir sobre o Executivo e o Legislativo, incide sobre o Judiciário, obrigando-o a organizar adequadamente a distribuição da justiça, a equiparar de modo efetivo os órgãos judiciários, a compreender e adotar as técnicas processuais idealizadas para permitir a tempestividade da tutela jurisdicional, além de não poder praticar atos omissivos ou comissivos que retardem o processo de maneira injustificada.”¹³

Em se tratando da efetividade da prestação jurisdicional, destaque-se o célebre livro **Acesso à Justiça**, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Em tal livro, os autores identificaram, nos países do mundo Ocidental, três distintos momentos históricos, nos quais se tentou assegurar o acesso efetivo à Justiça. Tais momentos, citados, amiúde, por doutrinadores de grande vulto, foram taxados de *ondas cappelletianas*.

AS ONDAS CAPPELLETTIANAS

É mister, no contexto das ondas de Mauro Cappelletti e Bryan Garth, ressaltar a primeira delas, qual seja, a assistência judiciária à população de baixa renda. Tem-se, como nas demais *ondas*, o acesso à Justiça a título de direito inafastável de todos os seres humanos. Na primeira onda, para permitir tal acesso, Estados remuneravam advogados, franqueando o acesso ao Poder Judiciário às pessoas desprovidas de recursos para contratar patronos.

Na década de 1970, diversos países (França e Suécia, por exemplo), mediante sistema denominado *judicare*, constituíram o termo inicial do que, *a posteriori*, os autores taxaram de *primeira onda*. Assinale-se que os honorários advocatícios, tal qual sobre-dito, eram suportados pelo Estado, havendo, contudo, problema cardeal, a saber: os sistemas *judicare* tratavam os pobres não como classe, mas como indivíduos. Isto dificultava, sobremaneira, a tutela de direitos difusos, à vista do fato de os advogados pleitearem em juízo tão-somente o deslinde de problemas pessoais dos

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme: **Teoria Geral do Processo**, volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, 2ª edição, p. 225.

indivíduos. Não havia, à época, a proteção de interesses ínsitos à classe dos sujeitos de baixa renda.

Assim sendo, surge, na esteira dos direitos difusos, a *segunda onda*, a saber: representação jurídica para interesses difusos. Por não constituir objeto do presente texto, não iremos mergulhar no estudo de direitos transindividuais (nestes, ínsitos estão os direitos difusos).

Sendo assim, para os fins deste trabalho suficiente é compreender que, no momento histórico ao qual a *segunda onda* se refere, houve, junto ao Judiciário, a tutela de direitos comuns a um grupo, ou à população *lato sensu*. A tutela de tais direitos exigiu significativas mudanças no processo civil. Verificou-se, em verdade, uma evolução do direito processual civil, tendo-se, em decorrência de reclames dos novos tempos, flexibilizado institutos processuais. A propósito, Mauro Cappelletti e Bryan Garth, *verbis*: “*Centrando seu foco de preocupação especificamente nos interesses difusos, esta segunda onda de reformas forçou a reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais. (...) a proteção de tais interesses tornou necessária uma transformação do papel do juiz e de conceitos básicos como a ‘citação’ e o ‘direito de ser ouvido’.*”¹⁴

Sucedeu a *segunda onda* uma nova abordagem acerca do acesso à Justiça. Tal nova abordagem, que incorpora as duas primeiras *ondas cappelletianas*, corresponde à *terceira onda*.

Com efeito, tanto a remuneração de advogados por parte do Estado quanto a representação jurídica de interesses difusos persistem nos dias atuais. Todavia verificam-se, hoje, outras inúmeras soluções para o acesso à Justiça. As duas primeiras *ondas* constituem, inequivocamente, armas para a batalha suprema, qual seja, a ampliação do acesso ao Poder Judiciário. A *terceira onda*, contudo, advém da consciência de que tais armas são, de *per si*, insuficientes para assegurar a vitória. É preciso ir além.

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant: *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 49-50. Tradução de Ellen Gracie Northfleet.

No tocante à última *onda cappellettiana*, avulta mencionar Cappelletti e Garth, *ipsis litteris*: “(...) a enorme demanda latente por métodos que tornem os novos direitos efetivos forçou uma nova meditação sobre o sistema de suprimento - o sistema judiciário. (...). Inicialmente, como já assinalamos, esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento (...). Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas (...).”¹⁵

No que tange à *terceira onda*, a celeridade processual figura como um dos instrumentos do acesso ao Judiciário. Isto porque, em sendo o provimento jurisdicional lento em demasia, os indivíduos, por certo, tenderão a não provocar o exercício da função jurisdicional. Sendo assim, resta patente caminharem, *pari passu*, o acesso à Justiça e a rapidez da atividade jurisdicional.

No Brasil, em se tratando do processo civil, para atender ao princípio da celeridade processual (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna de 1988) é necessária a transformação, a mudança. Neste íterim, uma vez mais, Cappelletti e Garth: “*Sem dúvida, uma verdadeira ‘revolução’ está-se desenvolvendo dentro do processo civil.*”¹⁶

Revolução, talvez, não seja a palavra mais adequada. Isto porque implica ela em implosão dos alicerces, da estrutura. O que exige a celeridade processual é não mudança drástica, mas, isto sim, flexibilização de institutos outrora formulados.

Impende, nesta seara, salientar a existência, no seio do Código de Processo Civil pátrio, de uma novidade, cujas consequências permanecem na penumbra. Trata-se do novo conceito de sentença, conceito este que foi introduzido pela Lei de número 11.232, de 2005. Com o advento de tal lei, restou assim redigido o parágrafo primeiro, do artigo 162 do CPC, *verbis*: “§ 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.”

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant: *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 70-71. Tradução de Ellen Gracie Northfleet.

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant: *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 49. Tradução de Ellen Gracie Northfleet.

Em apertada síntese, pode-se, com propriedade, afirmar que a nova definição mitigou o princípio da unidade da sentença, tendo sido, em substituição ao critério topológico, adotado o critério substancial de sentença. Desponta assim, no horizonte, a possibilidade de prolação de sentença parcial. Aprofundaremos, nas linhas que se seguem, tal possibilidade, bem como as suas conseqüências e implicações.

A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA UNICIDADE DA SENTENÇA

A Lei Processual Adjetiva, tal como consignado nos parágrafos precedentes, em decorrência da Lei de número 11.232, de 2005, sofreu, dentre outras modificações, significativa alteração da conceituação de um dos atos do juiz, qual seja, a sentença. Assim, assevere-se que o novo conceito de sentença, como se demonstrará no desenrolar do presente texto, está em consonância com a efetividade da prestação jurisdicional, efetividade esta que consiste no fim colimado pelas reformas que, nos últimos anos, operaram mudanças no Código de Processo Civil.

Com efeito, foram, na esteira do princípio da celeridade processual, flexibilizados institutos processuais que, desbotados pela pátina do tempo, estavam a exigir meditação. Cite-se, a título de exemplo, a coisa julgada, o *non reformatio in pejus* e a indivisibilidade da sentença. A mitigação de dogmas processuais, contudo, não possuiu o condão de operar uma revolução. Isto porque, a nosso julgar, as modificações introduzidas no mundo jurídico ficaram adstritas à superfície, não havendo que se falar em implosão dos alicerces do direito processual pátrio.

Importado da Itália, o princípio da unidade da sentença, desde que no Brasil aportou, esteve acima de qualquer controvérsia. Alfredo Buzaid, autor do Código de Processo Civil de 1973, fora deveras influenciado pelo italiano Enrico Tullio Liebman, tendo materializado, no Código Processual Civil, as idéias perpetradas pela doutrina italiana. Assim sendo, a consagração da indivisibilidade da sentença, no Brasil, foi tributária do influxo dos conceitos advindos da Itália.

Avulta salientar que, por força do princípio ora em comento, a sentença deve comportar todas as questões de direito e de fato

aventadas no processo. A propósito, Cândido Rangel Dinamarco, ferrenho defensor do princípio da unicidade da sentença, assinala: “Quando o objeto do processo é complexo, ou composto, em relação a cada um dos pedidos feitos no processo corresponderá um julgamento e todos estes se incluem na unidade formal de uma sentença só, como partes delas, ou seus capítulos (...)”¹⁷. Não se afigura possível, neste íterim, a cisão do julgamento em sede, por exemplo, de cumulação objetiva simples de pedidos. Sendo assim, sob a égide do princípio em tela, defesa seria a prolação de uma sentença que não apreciasse todos os pedidos inseridos na petição inicial. A propósito, as palavras de Humberto Theodoro Júnior: “Para o ato judicial cognitivo ser tratado como sentença é preciso que todo o pedido ou todos os pedidos da inicial tenham sido resolvidos, positiva ou negativamente. Se o pronunciamento não os abrange em toda extensão, deixando questões para solução no decisório final do processo, não pode ser havido como sentença. Sua natureza, dentro da lógica do sistema, é a de decisão interlocutória, ou seja, a de ato que, no curso do processo, ‘resolve questão incidente’ (art. 162, § 2º).”¹⁸

No presente estudo, ousamos, *rogata venia*, discordar do processualista mineiro. Isto porque, tal qual aclararemos nas linhas próximas, a figura da sentença parcial, mesmo antes da Lei de número 11.232 de 2005, já era admitida no ordenamento jurídico brasileiro. A referida lei, contudo, ao modificar o parágrafo primeiro do artigo 162 do CPC, tão-só escancarou a existência de tais sentenças, restando mitigado o princípio da indivisibilidade da decisão judicial (*rectius*: sentença).

Traga-se a lume, por oportuno, a pretérita redação do parágrafo único do artigo 162 do CPC, *in verbis*: “Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.”

Impende assinalar que tal definição encerrava um critério topológico de sentença, isto é, a sentença possuía, à guisa de ca-

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel: *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III, São Paulo: Editora Malheiros, 2005, 5ª edição, p. 666.

¹⁸ JÚNIOR, Humberto Theodoro: *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, 2ª edição, p. 5-6

racterística cardeal, o fato de constituir o ocaso do processo. A definição era dada não pelo conteúdo, mas pela localização do ato do juiz. Sendo assim, imputou-se a denominação de decisão interlocutória à resolução de questões incidentes, questões estas resolvidas no curso do processo¹⁹.

Jean Carlos Dias, na seara do critério topológico, assevera que: *“Como se observa, o conceito gravitava em torno da idéia de extinção do processo, sendo o julgamento do mérito apenas um fator qualificativo, isto é, que categorialmente diferenciava as formas de extinção”*²⁰.

Com efeito, o traço distintivo das formas de extinção do processo residia no mérito. Enquanto o artigo 267 do CPC trazia à ribalta as hipóteses de extinção, sem julgamento de mérito, o artigo 269 elencava, em seus incisos, os casos de extinção decorrente do julgamento de mérito. Por isso, pertinente é a observação de que, não obstante o *caput* do artigo 269 ter lançado mão da palavra “julgamento”, nem todos os incisos pressupunham o pronunciamento do magistrado (cite-se, à guisa de exemplo, a renúncia do autor ínsita no inciso V). Depreende-se, de tal constatação, conclusão nodal, a saber: o ato sentencial do juiz implicava, a título de condição *sine qua non*, no ocaso da lide. Em outras palavras: uma vez realizado o julgamento, o processo estaria, insofismavelmente, fadado à extinção. Assim sendo, a pronúncia do magistrado acerca do direito em litígio acarretava o fim do processo. Assinale-se, porém, não ser a recíproca verdadeira. Neste sentido, Jean Carlos Dias, textualmente: *“De todo modo, a redação anterior, a despeito da diversidade de pesos, previa uma relação inexorável entre esses dois pólos do conceito, isto é, a apreciação do pedido (julgamento do mérito) levava forçosamente à extinção do processo.”*²¹

¹⁹ “Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentença, decisões interlocutórias e despachos. § 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.”

²⁰ DIAS, Jean Carlos: “A Reforma do CPC e o Fim da Teoria da Unidade da Sentença”. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. Nº 40 - julho - 2006 p. 79.

²¹ DIAS, Jean Carlos: “A Reforma do CPC e o Fim da Teoria da Unidade da Sentença”. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. Nº 40 - julho - 2006 p. 81.

Saliente-se o fato de o supramencionado conceito de sentença padecer de equívoco. Sobre o tema, importantes as palavras de Alexandre Freitas Aragão: *“Basta dizer, para demonstrar a impropriedade da definição, que a sentença não é capaz de extinguir o processo, eis que é possível a interposição de recurso contra a mesma, o que fará com que o processo continue a se desenvolver.”*²²

Salta aos olhos haver, em se tratando da definição ora analisada, incongruência sistêmica. Isto porque, tal qual cediço é, por ocasião das ações mandamentais e executivas *lato sensu*, a sentença não possui o condão de extinguir o processo (o juiz, por exemplo, nas ações mandamentais deve providenciar de ofício, após prolatada a sentença, a ordem).

Cumprе ressaltar, por amor ao debate, que a definição topológica de sentença sucumbia perante hermenêutica sistemática do *Codex Processual Civil*. Isto porque, no bojo do CPC, existem ações a desafiar mais de uma sentença. Nesta senda, tem-se, para ficar apenas em dois exemplos, a ação de prestação de contas (artigo 915, § 2º²³, e artigo 918²⁴, ambos do CPC) e a ação de demarcação (artigos 955²⁵ e 966²⁶ do CPC). Fábio Milman, no tocante à pretérita definição de sentença, salienta: *“Adequadas e pertinentes as críticas que se avolumavam em torno da definição de sentença estampada no Código. Em primeiro lugar, havia no sistema - e ainda há - processos de conhecimento com mais de uma sentença, não*

²² CÂMARA, Alexandre Freitas: *Lições de Direito Processual Civil*. V. I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, 16ª edição, p. 445.

²³ “Art. 915. Aquele que pretender exigir a prestação de contas requererá a citação do réu para, no prazo de 5 (cinco) dias, as apresentar ou contestar a ação. § 2º Se o réu não contestar a ação ou não negar a obrigação de prestar contas, observar-se-á o disposto no art. 330; a sentença, que julgar procedente a ação, condenará o réu a prestar as contas no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar.”

²⁴ “Art. 918. O saldo credor declarado na sentença poderá ser cobrado em execução forçada.”

²⁵ “Art. 955. Havendo contestação, observar-se-á o procedimento ordinário; não havendo, aplica-se o disposto no art. 330, II.”

²⁶ “Art. 966. Assinado o auto pelo juiz, arbitradores e agrimensor, será proferida a sentença homologatória da demarcação.”

*sendo a primeira apta a pôr fim ao processo, mas sim, a resolver determinada porção de controvérsia.*²⁷

Ora, em havendo sentença a enfrentar, tão-somente, parcela da controvérsia, forçoso é reconhecer que o princípio da unicidade da sentença jamais esteve em um pedestal, tendo sempre convivido com institutos processuais que lhe limitaram o poderio. Assim pode-se, sem embargo, afirmar que a sentença parcial, mesmo antes da Lei nº. 11.232 de 2005, já ensaiava, tímida, seus primeiros passos rumo ao reconhecimento da comunidade jurídica.

Tal qual mencionado na introdução, ínsita está no § 6º do artigo 273 do CPC uma sentença camuflada de tutela antecipada. Isto porque, em se tratando de pedido incontroverso, tem-se não cognição de verossimilhança e probabilidade (cognição sumária), mas cognição exauriente, isto é, o direito é tido por declarado. Pode-se, com propriedade, afirmar que, ao invés de antecipação dos efeitos da tutela, é a própria tutela que, na hipótese em tela, é antecipada. É dizer: tem-se julgamento antecipado da lide.

Ao se afirmar que há, no caso sob exame, declaração do direito, forçoso é reconhecer que não se aplica, *in casu*, a revogabilidade própria das tutelas de urgência. O legislador, em verdade, foi infeliz ao inserir, no artigo 273, o § 6º. A propósito, Pedro Luiz Pozza, *in verbis*: *“Desta forma, o bom seria que o legislador tivesse posto o citado parágrafo 6º em artigo separado, logo após o 273, ou então ressalvado expressamente que, para a sua efetivação, não seria observado o disposto, nem no caput do artigo 273 (...). Em verdade, o legislador deveria ter avançado ainda mais, permitindo que a decisão de que trata o citado § 6º fosse tratada como verdadeira sentença (...)*²⁸.

Inolvidável é, contudo, que, no caso ora em exame, tem-se um parágrafo do artigo 273. Assim sendo, há, formalmente, uma

²⁷ MILMAN, Fábio: “O novo conceito legal de sentença e suas repercussões recursais: primeiras experiências com a apelação por instrumento”. In: *Revista de Processo*. V. 150, Editora Revista do Processo, 2007, p. 161.

²⁸ POZZA, Pedro Luiz: *As novas regras dos recursos no processo civil e outras alterações: Leis números 10.352 e 10.358, de 2001, e 10.444, de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 1ª edição, p. 99.

decisão interlocutória que, todavia, possui força de mérito. Tal decisão interlocutória com força de mérito, por assim ser, desafia não apelação, mas agravo. Por materialmente se assemelhar a uma sentença e, também, por ter sido instituída pela Lei de número 10.444 de 2002, a “modalidade” de antecipação dos efeitos da tutela supramencionada consiste em exemplo de mitigação do princípio da unicidade da sentença, mesmo antes do advento da nova conceituação de sentença.

A LEI Nº 11.232/05 E A CONSAGRAÇÃO DA SENTENÇA PARCIAL

Editada em 11 de dezembro de 2005, a Lei de número 11.232 jogou holofotes sobre um instituto que estava, tal qual mencionado anteriormente, há muito implícito no ordenamento jurídico pátrio, qual seja, a sentença parcial.

Por força da referida lei, restou assim redigido o parágrafo primeiro do artigo 162 do CPC, *in verbis*: “§ 1.º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.”. As cabeças dos artigos 267 e 269, ambos do CPC, também sofreram modificações, *ipsis litteris*: “Art. 267. Extingue-se com julgamento de mérito:”; “Art. 269. Haverá resolução de mérito:”.

Desnecessário afirmar que a alteração do conceito de sentença fulminou de vez o critério topológico. Basta uma leitura perfunctória do parágrafo segundo do artigo 162, CPC, para se concluir, como diria Nelson Rodrigues, o óbvio ululante, a saber: não prospera a alegação de que a sentença encerra, necessariamente, o processo. Assim sendo, falece razão àqueles que, não obstante a indigitada reforma, perfilham o entendimento segundo o qual a decisão sentencial²⁹ representaria, em todos os casos, o termo final do ofício do magistrado. Ora, se assim o fosse, a modificação ora analisada careceria de *ratio*, tendo sido fruto de um frívolo capricho do legislador. Nesta seara, concluir-se-ia que, ao suprimir a expressão “põe termo ao processo”, o fez o legislador por mero deleite, desprovido de intenções.

²⁹ Na seara dos atos do juiz, podem ser taxados de decisões tanto os atos interlocutórios como as sentenças.

Tal, contudo, não é o caso. Isto porque, como preceitua o brocardo, *in claris cessat interpretatio*: sentença, em decorrência da cristalinidade emanada da lei, consiste nos casos enquadráveis nos incisos dos artigos 267 e 269, todos do CPC. Sendo assim, aplicando, ou não, o golpe de misericórdia ao processo, os incisos dos mencionados artigos trazem à colação as hipóteses de sentença.

Alexandre Freitas Câmara, em se tratando da reforma do conceito de sentença, aduz: *“É preciso, porém, que se compreenda que essas alterações legislativas foram feitas apenas para que se adaptasse o texto do CPC (especialmente do seu Livro I) ao novo modelo teórico adotado para a execução de sentença, em que esta não é mais tratada como processo autônomo, mas como mera continuação do mesmo processo em que a sentença tenha sido proferida. A não ser assim, ter-se-ia de considerar (...) que é sentença qualquer ato judicial de resolução do mérito, ainda que se tenha uma resolução meramente parcial.”*³⁰

Concessa venia, o ilustre processualista, a nosso entender, incorreu em erro. Inexiste, em se tratando do parágrafo primeiro do artigo 162 do CPC, palavra alguma que cinja a sua aplicabilidade à execução de sentença. Nada obsta que o referido parágrafo tenha os seus efeitos espalhados para todo o Direito Processual Civil. Assim, aplica-se, à espécie, corolário indissociável do ordenamento jurídico pátrio, qual seja, onde o legislador não excepcionou, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Em se tratando do novo conceito de sentença, assevera Fábio Milman³¹: *“(...) mesmo sem encerrar o processo, haverá sentença se ato judicial implicar algum dos casos previstos nos arts. 267 e 269 do CPC (...)”*. No mesmo sentido, José Maria Rosa Tescheiner, **verbis**: *“Sentença, agora, não mais se define como ato do juiz que extingue o processo. (...) Agora, sentença é o ato do juiz*

³⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas: *Lições de Direito Processual Civil*. V. I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, 16ª edição, p. 447.

³¹ MILMAN, Fábio: *“O novo conceito legal de sentença e suas repercussões recursais: primeiras experiências com a apelação por instrumento”*. In: *Revista de Processo*. V. 150, Editora Revista do Processo, 2007, p. 165.

que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 do CPC.”³²

Necessário assinalar que no afã de municiar o processo civil de celeridade, o legislador positivou, no dispositivo ora em exame, o critério substancial de sentença. Esta é definida não mais pela sua localização, mas, tão-só, por seu conteúdo.

Como assinalado supra, os artigos 267 e 269, ambos do CPC, sofreram alterações por ocasião da Lei nº. 11.232 de 2005. Imperioso, nesta senda, mencionar que, apesar de ter assento, no *caput* do artigo 267 do CPC a palavra “extinção”, há ocasiões nas quais a sentença processual - ou, como preferem alguns, terminativa - não constitui o termo final do processo. Neste sentido, José Maria Rosa Tescheiner observa: “*Mesmo nos casos do art. 267 do CPC, em que o juiz profere sentença meramente processual ou de carência de ação, o processo pode prosseguir, com vistas à execução de eventual condenação do autor em honorários advocatícios.*”³³ Em sentido oposto e, a nosso julgar, desprovido de razão, Humberto Theodoro Júnior, *ipsis litteris*: “*Nas hipóteses do art. 267 não há complicação alguma com o sistema recursal, visto que o dispositivo cuida sempre da extinção do processo (...)*”³⁴.

Enquanto o artigo 267³⁵ do CPC prescreve os casos de sentença processual, o artigo 269³⁶ da Lei Instrumental elenca, em

³² TESCHEINER, José Maria Rosa: Nova sistemática processual civil. Caxias do Sul: Editora Plenum, 2006, 2ª edição, p. 41-42.

³³ TESCHEINER, José Maria Rosa: Nova sistemática processual civil. Caxias do Sul: Editora Plenum, 2006, 2ª edição, p. 41-42.

³⁴ JÚNIOR, Humberto Theodoro: As novas reformas do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007, 2ª edição, p. 4.

³⁵ “Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: I - quando o juiz indeferir a petição inicial; II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada; VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; VII - pela convenção de arbitragem; VIII - quando o autor desistir da ação; IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal; X - quando ocorrer confusão entre autor e réu; XI - nos demais casos prescritos neste Código. (...)”.

³⁶ “Art. 269. Haverá resolução de mérito: I - quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor; II - quando o réu reconhecer a procedência do pedido; III - quando as partes

seus incisos, as hipóteses de sentença de mérito. Com a hodierna redação do *caput* do artigo 269, facultado é às sentenças de mérito assumirem a qualidade de parciais, eis que podem não encerrar o processo. Digno de nota o fato de inexistir, na novel redação, as palavras “extingue-se” e “julgamento”. Tal supressão, inequivocamente, inclina o hermeneuta às seguintes conclusões: a) o mérito poderá ser atingido sem, necessariamente, uma decisão do magistrado (averbe-se, por oportuno, que o juiz decide, tão-só, na hipótese do inciso I do artigo 269, CPC); b) a apreciação do mérito pode, ou não, acarretar o termo do processo.

Cite-se, para elucidar a questão, um exemplo, a saber: o juiz acolhe, em havendo acúmulo de pedidos, a prescrição e decadência do direito contido em um deles, seguindo o processo no que toca aos outros pedidos.

Jean Carlos Dias, discorrendo acerca do tema, salienta: “*O novo dispositivo, assim, exclui do conceito de sentença a dependência do elemento que representava a relação necessária com a correspondente extinção do processo. (...) Isso quer dizer que, pela atual redação, a análise do mérito poderá ou não levar à extinção. Pode-se afirmar, assim, que o atual sistema parte do pressuposto de que qualquer ato judicial que dedica as matérias fixadas pelo art. 269 deve ser considerado como sentença de mérito. No mesmo sentido, o atual sistema estabelece que a sentença de mérito não determina inexoravelmente a extinção do processo. Desse modo, havendo multiplicidade de pedidos, por cumulação ou mesmo por cisão de um pedido singular, a resolução de um deles não determinaria a extinção do processo, sendo possível o seu prosseguimento até que houvesse o julgamento integral de todos os demais.*”³⁷. Neste sentido, Felipe Camilo Dall’Alba, textualmente: “*(...) a sentença parcial tem por característica a possibilidade de decidir definitivamente umas das ações cumuladas,*

transigirem; IV - quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição; V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.”

³⁷ DIAS, Jean Carlos: “A Reforma do CPC e o Fim da Teoria da Unidade da Sentença”. In: *Revista Dialética de Direito Processual* n° 40 - julho - 2006 pg. 82.

ou seja, um dos pedidos que estão prontos para serem julgados, inexistindo razão para procrastinar sua resolução.”³⁸.

Averbe-se que, em se tratando de sentença, a definitividade figura como ponto cardeal. Não há a que se falar em ato sentencial que, a posteriori, seja modificado pelo mesmo magistrado que lhe deu a luz. Com efeito, nada obsta que a parte se insurja contra a sentença mediante o recurso de apelação. Todavia, inequívoco é o fato de que, com o advento da decisão sentencial, tem-se a última manifestação jurisdicional acerca de uma determinada questão. Por isso, o adjetivo provisório jamais poderá acompanhar a palavra sentença. Não obstante haja, no curso do processo, uma sentença parcial, será ela definitiva, estando, inclusive, apta a gerar coisa julgada. Assim sendo, deve-se reconhecer que tal decisão poderá ensejar a ação rescisória. Nesta hipótese, subscrevemos o entendimento de Ovídio Baptista, *ipsis litteris*: “Sentença é o ato pelo qual o juiz ‘diz o direito’, pondo fim ao procedimento, ou pelo menos encerrando a controvérsia a respeito de uma das ações cumuladas (v.g., a primeira sentença na ação de prestação de contas), embora o procedimento continue para tratamento da porção da lide não apreciada pela sentença parcial. Deste conceito, extrai-se a conclusão de que não poderá haver uma sentença que se ‘pronuncie’ sobre o direito e que seja, ao mesmo tempo, provisória. (...). Como a sentença definitiva, esta a que se dá o nome de sentença parcial também produz coisa julgada e apenas da primeira se distingue por não encerrar inteiramente o procedimento. Tanto na sentença definitiva quanto na sentença parcial o juiz pronuncia-se sobre o *meritum causae* de tal modo que o ponto decidido não mais poderá ser controvertido pelas partes naquela relação processual e nem o julgador poderá sobre ele emitir um julgamento divergente, nas fases posteriores do procedimento.”³⁹.

³⁸ DALL’ALBA, Camilo: “Comentários”. Porto Alegre: Revista da Ajuris n° 99, Ano XXXII, 2005, p. 366.

³⁹ BAPTISTA, Ovídio: Da sentença liminar à nulidade da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 1ª edição, p. 20-21.

Saliente-se, por oportuno, que, trazida pela Lei nº. 11.232 de 2005, a nova conceituação de sentença é consectário lógico da efetividade da prestação jurisdicional. Isto porque, à vista, por exemplo, de cumulação objetiva simples de pedidos, o juiz de direito, perante um pedido maduro, lançará mão da sentença parcial, seguindo o processo o seu curso no tocante aos demais pedidos (estes pedidos, à guisa de exemplo, exigem dilação probatória). Ao assim proceder, está o magistrado arrimado na Constituição da República (artigo 5º, inciso LXXVIII, CR/88).

Não obstante os argumentos ora trazidos à colação, abalizada doutrina resiste em reconhecer a existência da sentença parcial. Tal doutrina, não raro, sustenta que, em sendo prolatada uma sentença parcial, cabível seria o recurso de apelação, recurso este que, por reclamar a remessa dos autos do processo ao tribunal, não se coadunaria com o princípio da efetividade da prestação jurisdicional.

Nas linhas próximas, traremos a lume a figura da apelação por instrumento, respondendo à seguinte questão formulada por Humberto Theodoro Júnior, *in verbis*: “*Se resolve qualquer dessas matérias, o ato judicial, sem dúvida, terá enfrentado situação prevista ou no art. 267 ou no 269 do CPC. Mas seria compatível com o sistema de efetividade e celeridade do processo qualificar como sentença, e permitir a interposição de apelação, antes que o mérito da causa tenha sido completamente decidido?*”⁴⁰

APELAÇÃO POR INSTRUMENTO

Ao instituir a nova conceituação de sentença, a Lei nº. 11.232 de 2005 não operou, na seara dos recursos, nenhuma modificação. Após a promulgação de tal lei, manteve-se incólume o sistema segundo o qual enquanto a decisão interlocutória desafia agravo, a sentença reclama apelação.

Com efeito, prescreve o artigo 513 do CPC: “*Da sentença caberá apelação (arts. 267 e 269)*”. Este dispositivo legal é cristalino: em havendo sentença, o recurso cabível é a apelação.

⁴⁰ JÚNIOR, Humberto Theodoro: *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, 2ª edição, p. 4-5.

Indispensável, na hipótese de sentença parcial, perquirir acerca de qual seria a maneira apropriada para se guerrear o ato sentencial. Há quem, perante as situações previstas nos artigos 267 e 269, todos do CPC, advogue pelo cabimento do agravo de instrumento. A nosso sentir, contudo, não há que se ventilar a possibilidade de agravo pelo simples fato de que, tal qual demonstrado supra, os artigos 267 e 269 do CPC comportam hipóteses de sentenças, ensejando, nos termos do artigo 513 do CPC, o recurso de apelação. Sendo assim, cai em contradição aquele que sustenta que a sentença parcial desafia agravo. Uma vez reconhecida a existência de sentença, não há que se aventar a possibilidade de agravo: o recurso, *in casu*, não é outro senão o de apelação. Neste sentido, traga-se a lume o elucidativo silogismo de Fábio Milman: “*Primeira premissa: mesmo sem encerrar o processo, haverá sentença se o ato judicial implicar algum dos casos previstos nos arts. 267 e 269 do CPC; segunda premissa: na forma do art. 513 do CPC, ‘Da sentença caberá apelação (arts. 267 e 269)’; conclusão lógica: independentemente ou não do encerramento do processo, haverá sentença se o ato judicial implicar algum dos casos previstos nos arts. 267 e 269 do CPC, cabendo ao sucumbente exercer direito ao recurso pela via da apelação.*”⁴¹

Pois bem. Assentado ser cabível, em havendo sentença parcial, a apelação, passa-se para outra etapa, qual seja, a aplicabilidade, à espécie, da apelação por instrumento.

Ao centrar fogo na sentença parcial, autorizada doutrina assevera, no mais das vezes, que a apelação constituiria óbice ao desenrolar do processo, uma vez que os autos, com a interposição do recurso, subiriam ao tribunal. Tal argumento, todavia, não merece prosperar. Isto porque o magistrado pode (*rectius*: deve), à vista de uma apelação deduzida de uma sentença parcial, ordenar a extração de peças, de modo a formar um instrumento próprio. Tal instrumento, em verdade, seria formado mediante fotocópias de parcela dos autos, parcela esta que seria indispensável à

⁴¹ MILMAN, Fábio: “O novo conceito legal de sentença e suas repercussões recursais: primeiras experiências com a apelação por instrumento”. In: *Revista de Processo*. V. 150, Editora Revista do Processo, 2007, p. 165.

compreensão da matéria. Ter-se-ia, nesta senda, a formação de autos suplementares parciais, permanecendo os autos originais no primeiro grau de jurisdição para que o processo pudesse prosseguir no tocante aos demais pontos ainda não decididos. Neste sentido, José Maria Rosa Tesheiner, *verbis*: “*Por se tratar de sentença definitiva, mesmo que parcial, sugerimos, de nossa parte, a interposição de apelação, processada em autos apartados, devidamente instruída com as cópias necessárias à compreensão da matéria (...)*”⁴².

Assinale-se que a apelação por instrumento não consiste em um novo recurso. Trata-se, sem embargo, do recurso de apelação acrescido, contudo, de um detalhe, a saber: a sua remessa ao segundo grau é realizada na forma de um instrumento próprio. Assim sendo, não é violado o princípio da taxatividade, restando inalterados todos os pressupostos da apelação inculpada no CPC. Fazemos nossas as palavras de Fábio Milman: “*Óbice comumente articulado está no fato de que a apelação por instrumento feriria o princípio da taxatividade. Com a devida vênia, não há criação de recurso novo, mas sim, emprego da apelação consagrada no Código de Processo Civil com estreita observância a toda sorte de seus pressupostos (...). Apenas o que se agrega ao ritual ortodoxo é a remessa do recurso na forma de fotocópias em caderno próprio, condição que em nada descaracteriza a apelação.*”⁴³

Saliente-se, por fim, que o *iter* procedimental mencionado é, a nosso julgar, o que melhor se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio, devendo ser, o quanto antes, adotado pelos magistrados Brasil afora. 📄

⁴² TESCHEINER, José Maria Rosa: *Nova sistemática processual civil*. Caxias do Sul: Editora Plenum, 2006, 2ª edição, p. 44.

⁴³ MILMAN, Fábio: “O novo conceito legal de sentença e suas repercussões recursais: primeiras experiências com a apelação por instrumento”. In: *Revista de Processo*. V. 150, Editora Revista do Processo, 2007, p. 169.

Fato Típico com ou sem Pena e Jurisdição Voluntária Penal

Juarez Costa de Andrade

Juiz de Direito do TJ/RJ. Mestre em Direito - UGF. Professor da UNESA.

I- INTRODUÇÃO

A Lei 11.343/2006 trouxe em seu bojo a possibilidade de ser o usuário de substância entorpecente advertido pelo Juiz Penal dos malefícios do uso. Forte corrente doutrinal passou a pregar que o uso teria sido descriminalizado, ao passo que outra corrente passou a sustentar, ao reverso, que há fato típico penal.

Propomo-nos a traçar estas linhas com o intuito de levar a questão para ângulo ainda não descortinado pela doutrina, com o escopo de fomentar o debate, sem a pretensão de solucionar a intrincada questão trazida pelo artigo 28 da Lei citada, já que pensamos que, se de um lado, não houve descriminalização, de outro, reconhecemos que a advertência não pode ser considerada sanção penal.

Afinal, a professora Ada Pellegrinni Grinover já teve oportunidade de acentuar que a sociedade brasileira, em profunda transformação, demanda operadores jurídicos que sejam, ao mesmo tempo, técnicos e críticos, de um lado, a técnica, com a função primordial de com ela encontrar as finalidades que o direito se propõe alcançar; de outro, a formação sociopolítica, que consinta ao operador visão ampla, sensibilidade e discernimento para a participação ativa no processo social.

Os textos legislativos devem ser interpretados à luz dos grandes princípios e aspirações da sociedade. E os operadores jurídicos não podem ficar indiferentes às escolhas axiológicas ou apegados

a um exagerado literalismo legislativo, sem atentar para o fato de que o profissional do direito deve estar preparado para apreender os problemas contemporâneos, em constante evolução, e tratá-los como verdadeiros engenheiros sociais. Não se pode deixar de lado, em momento algum, a tridimensionalidade do direito, tão cara ao inultrapassável Miguel Reale. O direito deve ser vivificado com o oxigênio da realidade.¹

E, no extrato social, temos de um lado aguerridos defensores da liberação das drogas:

“Os adeptos da Marcha da Maconha, programada para a tarde do próximo domingo no Arpoador, já têm até um guia com as principais recomendações para quem vai estar na passeata. No site do evento na internet, há uma lista de orientações básicas, como não usar nem levar drogas ou marchar ‘sem sair do armário’, ou seja, ir fantasiado para não ser reconhecido”

E do outro, não menos aguerridos opositores à liberação:

“Se na Marcha da Maconha está proibida a presença de menores, na Caminhada do Rio em Defesa da Família, também chamada de Marcha contra a Maconha, a idéia é atrair desde crianças a idosos. A vereadora Silvia Pontes (DEM), presidente da Comissão de Prevenção às Drogas da Câmara de Vereadores, uma das organizadoras do evento, ganhou ainda o reforço de atletas para o evento...” (O Globo - Sexta-feira, 2 de maio de 2008 - p.16 - Rio).

Substância entorpecente, álcool, jogo de azar, prostíbulos, e hoje, até a tecnologia representada pelo uso da grande rede de computadores, possui o condão de levar o usuário ao vício, produtor, invariavelmente, de conseqüências desastrosas.

¹ Dircurso aos formandos de Direito da Universidade Federal de Goiás. *Apud.* O processo em evolução. p. 505.

Rui Barbosa, como verdadeiro engenheiro social, teve oportunidade, em sua época, de analisar o vício sob o enfoque do jogo:

*“Permanente como as grandes endemias que devastam a humanidade, universal como o vício, furtivo como o crime, solapado no seu contágio como as invasões purulentas, corruptor de todos os estímulos morais como o álcool, ele zomba da decência, das leis e da polícia, abarca no domínio das suas emanções a sociedade inteira, nivela sob a sua deprimente igualdade todas as classes, mergulha na sua promiscuidade, indiferente até os mais baixos volutabros do lixo social, alcança no requinte das suas seduções as alturas mais aristocráticas da inteligência, da riqueza, da autoridade; inutiliza gênios; degrada príncipes; emudece oradores”*²

A sociedade segue o modelo neoliberal, na qual, na aguda percepção de Mario Quintana, não basta ter saúde, dinheiro e amor, o que já seria um pacote louvável.

Possuímos desejos muito mais complexos; mais do que saúde, devemos ser magérrimos, sarados, irresistíveis. Dinheiro? Não basta termos para pagar o aluguel, a comida e o cinema: queremos a piscina olímpica e uma temporada no *spa* cinco estrelas. É o que dá ver tanta televisão. . .³

Parece inequívoco que expectativas frustradas de um lado, aliadas ao acesso virtual, televisivo ou cinematográfico a padrões inacessíveis de realizações, remete o comum dos mortais, de modo inexorável, para uma infelicidade que exige válvulas de escape: tóxico, álcool, jogo, internet. Qualquer manual dos narcóticos anônimos, jogadores anônimos, alcoólatras anônimos parte da incontestável verdade de que o viciado possuía um problema, uma angústia, um tormento, e fugindo dele, encontrou o torpor prazeroso que rapidamente descambou para o vício, e, ao final, acaba sendo este o grande problema.

² *O jogo* - Ed. Nacional. p. 135.

³ Felicidade Realista.

Visando a acabar com a pulga, o viciado mata o cachorro, pois presa da vasa, que nunca mais o larga, rola, e emerge nela, de decadência em decadência, cada vez mais saturado, cada vez mais infeliz, cada vez mais afundado no infortúnio, até que a piedade infinita do termo de todas as coisas lhe recolha ao seio do eterno esquecimento os restos inúteis de um destino sem epitáfio.⁴

Noutras palavras, droga, álcool, jogo, podem ser fonte de prazer ou desgraças, daí parte considerável do extrato social pugnar pela liberação irrestrita do prazer, e, parte contrária, temendo as conseqüências, segue a tese diametralmente contrária: a proibição. *Fato, valor e norma.*

II - FATO TÍPICO PENAL COM OU SEM PENA. DESPROCESSUALIZAÇÃO PENAL

Instado a se manifestar sobre a questão das drogas, não se sabe se o Congresso Nacional ingressou na Marcha da Maconha ou na Marcha contra a Maconha, já que o artigo 28 da Lei 11.343/2006 criou uma tipicidade penal inusitada, ao prever a imposição de advertência, verdadeira mistura de cobra d'água com jacaré, de natureza jurídica enigmática, verdadeiro quebra-cabeça jurídico, deixado a cargo da doutrina e jurisprudência.

O ímpeto doutrinal parece, até aqui, ter impedido a reflexão densa e, assim, o novel instituto foi interpretado à queima roupa, de forma estanque e isolada. O Divulgador alvissareiro, deixou de lado a expressiva advertência de Pontes de Miranda, no sentido de que *“o que se muda nas leis não destrói sempre, os princípios, e as alterações revelam o que se teve por fito, acertada ou erradamente”*.⁵

Assim, forte corrente doutrinal pregou que o uso de substância entorpecente teria sido descriminalizado:

“Para nós, ao contrário, houve descriminalização formal (acabou o caráter criminoso do fato) e, ao mesmo tempo,

⁴ O jogo. Idem.

⁵ Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo I, Forense.

*despenalização (evitou-se a pena de prisão para o usuário de droga). O fato (posse de droga para consumo pessoal) deixou de ser crime (formalmente) porque já não é punido com reclusão ou detenção (art. 1º da LICP). Tampouco é uma infração administrativa (porque as sanções cominadas devem ser aplicadas pelo juiz dos juizados criminais). Se não se trata de um crime nem de uma contravenção penal (mesmo porque não há cominação de qualquer pena de prisão), se não se pode admitir tampouco uma infração administrativa, só resta concluir que estamos diante de infração penal *sui generis*”⁶*

Noutro giro, de modo oposto, temos:

*“Pelo fato de o crime de porte de drogas inserir-se no capítulo “Dos crimes e das penas” e o conceito de crime, adequado ao novo texto constitucional, conceber qualquer pena, além de reclusão, detenção e multa, o agente que portar droga receberá punição estatal”.*⁷

Nesta altura, parece relevante ressaltar que, em sede de Juizados Especiais, nas duas Turmas Recursais Criminais do TJ/RJ, seguindo orientação do *Supremo Tribunal Federal*, restou assentado que o uso de substância entorpecente é fato típico.

Registre-se, ainda por oportuno, com José Carlos Barbosa Moreira, que em direito existem poucos espaços para absolutos e muitos para interação recíproca de valores, que não deixam de ser apenas porque relativos, na medida em que nem os mais altos princípios devem ser arvorados de idolatria. Nada pior em direito do que um bom princípio mal aplicado, e parece inequívoco que aplicamos mal um princípio quando deixamos de levar em conta

⁶ Gomes, Luiz Flavio; SANCHES, Rogério Cunha. “Posse de drogas para consumo pessoal”: <http://www.lfg.com.br>.

⁷ Freitas, Jayme Walmer de. “A questão da descriminalização do crime de porte de drogas e o novo conceito de crime”. www.damasio.com.br.

outros princípios que lhe surgem em contrapeso. Parece inaceitável descrever o mundo em preto e branco, ignorando os matizes variadíssimos que medeiam entre esses dois extremos⁸.

Diante desta perspectiva, se de um lado, a cabeça do artigo 28 da Lei 11.343/2006 descreve uma conduta apontando para a tipicidade, de outro, as conseqüências da conduta descrita nem sempre apontam para a eclosão de uma sanção, soando-me equivocado o baralhamento interpretativo, açodado e de afogadilho das três hipóteses versadas nos incisos do art. 28 da Lei 11.343/2006, já que, na réstia não tem só cebola.

Rigorosamente, enquanto o intérprete estiver enfrentando o dispositivo multicitado, como quem adquire nabos em sacos, sem aferição distinta das conseqüências jurídicas dispostas pelo legislador, não conseguirá desvendar o deliberadamente apontado por ele, que disse de modo truncado, para que o juiz diga de modo claro, e assim, assuma a responsabilidade do que o legislador quis, mas não teve coragem de dizer, aguardando que a jurisprudência diga.

Aliás, de uns tempos para cá, o legislador vem baralhando o que antes era disposto de forma estanque isolada. A dicotomia entre o direito público e o privado, tornou-se página virada da história, como resquício do sólido Direito Romano no Direito contemporâneo. O que se detecta é a mistura entre o Civil-Administrativo, Penal-Administrativo, Constitucional-Processual (Civil e Penal), bastando lépida leitura de Leis extravagantes, como o Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e Adolescente, Estatuto das Cidades, para se verificar a inexorável constatação.

Voltando-se à questão, ninguém em sã consciência pode negar o caráter punitivo da medida, passível de imposição constante do inciso II do art. 28, vale dizer, *prestação de serviços à comunidade*, ou ainda, dizer que não existe sanção, agora em sede de execução, na multa constante do mesmo art. 28, § 6º, II da Legislação, cuidando-se de crime com *astreintes*, como inclusive já percebeu Luiz Flávio Gomes.

⁸ José Carlos Barbosa Moreira - *Miradas sobre o processo civil contemporâneo*.

Porém, ainda em sã consciência, não se pode negar que a hipótese do inciso I não é de pena. Convenhamos, *advertência* não pode ser considerada sanção penal, até pelo intransponível princípio da “*realidade das coisas*”, que valem por sua essência e não pela nomenclatura dada. Não adiante chamar o cravo de rosa, ou a rosa de cravo, porque este não terá a cor e nem a essência daquela.

Aliás, o Legislador, em passado não muito recente, já teve oportunidade de cuidar da *advertência*, e também da *inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos*, no Estatuto da Criança e Adolescente, de onde os institutos foram mutuados.

Com efeito, o art. 129 do ECA prevê referidas medidas, e pasmem-se, não são aplicadas pelo Juiz, mas sim pelo Conselho Tutelar. *Não são penas.*

Acresça-se que o art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, dentre as medidas impostas ao adolescente infrator, a advertência, porém, enquanto para a aplicação das outras medidas dispostas na mesma réstia, o Legislador exige *provas suficientes de autoria e materialidade da infração*, a imposição de *advertência exige apenas indícios de autoria*, ao que se extrai do disposto no art. 114 e parágrafo único da Lei 8.069/90.

Escrevendo sobre a matéria, Paulo Lúcio Nogueira acentuou:

*“... imposição de advertência dispensa perfeitamente a sindicância ou o procedimento contraditório, já que deve ser imposta mediante o boletim de ocorrência elaborado pela autoridade policial ou informação do comissariado, é que a advertência é a primeira medida prevista a ser aplicada ao adolescente que pratique ato infracional, mas independe da prova da autoria e da materialidade para ser imposta...”*⁹

⁹ Estatuto da Criança e Adolescente Comentado: Lei n. 8.069, Saraiva, 1991, p. 141 e 145.

Logo se percebe que a advertência e a internação para tratamento; quer aqui, vale dizer, Lei 11.343/2006; quer lá no ECA, não são penas, mas medidas socioeducativas, de caráter pedagógico.

Não sem razão, o insigne Magistrado Luis Gustavo Grandinetti apregou, já desvendando a ponta do iceberg:

“O atual momento da política criminal brasileira é bastante delicado em razão de uma sucessão de leis penais e processuais penais das quais não se consegue extrair uma clara e segura diretriz da política criminal.

As sucessivas leis criminais, que estão sendo feitas à margem dos códigos, e que, na maioria das vezes, rompem com as diretrizes neles consagrados, acabam por esgarçar, desfigurar o sistema, demandando um intenso trabalho da doutrina e, sobretudo, da jurisprudência, para recriar um sistema operativo capaz de resolver adequadamente os casos submetidos aos tribunais de uma maneira isonômica”¹⁰

Na mesma oportunidade, acentuou o talentoso magistrado e catedrático:

“Embora o artigo 48, § 5º possa pretender fazer alusão à transação penal, ao utilizar a expressão aplicação imediata de pena prevista no artigo 28, não parece ser o caso daquele instituto.

Na transação penal, as duas partes cedem alguma coisa. O Ministério Público abre mão da imposição de pena de prisão (artigo 72 da Lei nº 9.099/95) e da reincidência (artigo 76, § 6º da mesma Lei), e o autor do fato dispensa um processo com todas as garantias processuais.

No caso do artigo 28 da lei em comento, em que estará cedendo o Ministério Público? A transação penal teria o mesmo objeto que a condenação penal.

¹⁰ “Controle Jurisdicional da Intituição de Tipos Penais - Análise do Artigo 28 da Lei nº 11.343/2006”. - Revista da EMERJ - v. 10, nº 38. 2007.

Além disso, se for para somente advertir ou admoestar, o processo penal não parece ser o meio adequado e proporcional para fazê-lo, bastando que se o faça como já se faz nos maços de cigarro e nos rótulos de bebidas alcoólicas. O processo penal, assim, seria um excesso, que violaria o princípio da proporcionalidade”.

A advertência, com o perdão do trocadilho, que saiu da pena do arguto magistrado não pode ser desconsiderada, pois o pior cego é aquele que não quer ver.

Supor que tenha o Ministério Público que ofertar denúncia, seguindo-se espaço para a defesa técnica, com a contratação de advogado, ou nomeação de Defensor Público, colhendo-se a prova, para que, ao fim e ao cabo, o juiz preste a atividade jurisdicional em sentença, absolutória ou condenatória para impor advertência verbal, é algo inominável.

Afinal, por amor à realidade das coisas, repise-se, advertência não é pena, notadamente no sentido penal, e não se combate insetos com arma de fogo, o que representaria a utilização do processo penal para imposição de advertência. Verdadeiro exagero, desproposital, oneroso, sem razoabilidade.

Então, está-se diante de quê? Descriminalização, como pretende Luiz ou o Luis, o Flávio Gomes e o Gustavo Grandinetti, ou estamos diante de crime, como quer Jayme Walmer de Freitas.

Nem tanto ao mar e nem tanto à terra. A questão não pode ser tratada com este absoluto antagonismo, que decorre exatamente da disposição normativa baralhada pelo legislador, cabendo ao aplicador a árdua tarefa de separar o joio do trigo.

Não se diga que faltou coragem ao legislador para “*liberar geral*”, para se usar uma expressão em voga, daqueles que marcham em favor da maconha. Mas Direito, volta-se a Reale, é fato, valor e norma e, convenhamos, as passeatas demonstram a “valorativa” divisão social da questão, e o legislador nada mais fez do que se pautar com as cautelas exigidas. O Fato é crime, mas o usuário, de regra, não merece pena, eventual e excepcionalmente poderá ser apenado. Foi o que disse o legislador, ainda que de modo truncado,

depositando imensa carga de confiança em seus juizes, a quem cabe encontrar o fio da meada para desatar o embolo.

III - JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA PENAL

Como já deixamos escapar, a advertência não é pena, mas quem a aplica é o juiz penal, e se não é razoável a utilização do processo penal, que seria um manifesto exagero, desproporcional, como acentuou o Luis, agora com “s”, já que, refiro-me ao nosso Professor Grandinetti. O que fazer?

A questão, no ponto, desemboca na *Jurisdição Voluntária*.

Noutras palavras, o Legislador confiou ao Juiz penal a relevante tarefa de advertir o usuário, e, para tanto, somente poderá se valer da jurisdição voluntária, *ad instar*, do que já ocorre com o juiz da infância, na advertência do Estatuto da Criança e Adolescente, que não depende de *culpabilidade formada e processo contraditório*.

José Frederico Marques, que sem favor, entre nós foi quem mais se dedicou ao tema, acentuou:

“Filia-se a jurisdição voluntária à denominada administração do direito privado, ou à tutela administrativa de direitos privados.”

E, de modo relevante, adverte o ilustrado jurista bandeirante:

*“Relativamente à forma ou **modus procedendi**, a jurisdição voluntária dá origem, tão-somente, a um procedimento e não a um processo, visto que este se origina de uma situação contenciosa e é conceito correlato ao de jurisdição propriamente dita.”*

E, arremata:

“Inexistindo lide, a jurisdição voluntária é, por isso mesmo, um procedimento que se desenvolve sem partes.”¹¹

¹¹ Manual de Direito Processual Civil, Saraiva.

Como se vê, para advertir o usuário, age o juiz penal como administrador público de um interesse privado, via procedimento de jurisdição voluntária, sem partes, mas, apenas interessados, de um lado o usuário ou viciado que vai ser advertido (*não penalizado*), que deve estar acompanhado de profissional com habilitação técnica, o que se exige mesmo na jurisdição civil graciosa, e do outro, o Ministério Público, que possui interesse em ajudá-lo.

Outro sintoma de que, na espécie, não há processo penal reside no fato de intuitivamente ter sido editado pelo XXII FONAJE o seguinte Enunciado, que ganhou o número 83:

“Ao ser aplicada a pena de advertência, prevista no art. 28, I, da Lei nº 11.343/06, sempre que possível deverá o Juiz se fazer acompanhar de profissional habilitado na questão sobre drogas” (Aprovado no XX Encontro/São Paulo).

Ora, fosse pena, qual a razão do apoio do profissional da área de saúde? Precisa o Juiz do aparato para impor sanção penal? Por óbvio, a advertência não é pena.

Logo, parece forçoso reconhecer que se pena não é, a advertência imposta uma, duas, três ou quantas vezes se fizer necessária não vai *impedir a obtenção de futura transação penal ou suspensão condicional do processo penal*, notadamente se o advertido vier a praticar outro fato não relacionado com o uso de drogas e que viole a Lei Penal ou Lei de Contravenções Penais.

Acrescente-se que eventuais *“recaídas”* fazem parte da luta do dependente, que, *“preso da vasa”*, não logra *“vencer um dia de cada vez”*, causando-lhe imensa *“ressaca moral”*. *“Quem sabe a morte, esperança do viciado”*, nesta altura, com o equilíbrio da alma gasto, seus ideais arruinados, sem energia, fé ou juízo, o que não pode ser desconhecido pelos operadores do direito, que não podem receber a recaída com surpresa, pois deles se exige, além da formação técnica jurídica e sociopolítica, a imensa sensibilidade para aquilatarem o justo valor das coisas, como profundos conhecedores dos dramas humanos.

Rigorosamente, no máximo, nas hipóteses de reiteradas advertências, pode apenas o Ministério Público concluir que as mesmas não vêm surtindo os efeitos esperados, quando então, poderá ser necessária imposição de pena, o que desafiará o processo penal, caso não se esteja diante de doença crônica.

Somente neste segundo instante, passa a ter o Ministério Público, interesse em deflagrar a jurisdição penal para eventual aplicação de pena e não de advertência.

Ressalte-se que, a partir de agora, impõe-se que os Juizes dos JECRIMs e o Ministério Público passem a atentar e fiscalizar rigorosamente o disposto no art.76 § 6º da Lei 9.099/95, já que a advertência imposta não pode constar em certidão para efeitos de antecedentes criminais, mas apenas para que o juiz penal, prestador da jurisdição voluntária, tenha exata dimensão da situação do usuário, nada mais. Não pode a advertência servir de obstáculo penal ou para criar embaraços outros para a vida do usuário, v.g., ingresso no mercado de trabalho.

Seria inclusive oportuno que, por ato administrativo vinculativo dos Juizes, a administração superior de nosso Tribunal editasse norma tendente a uniformizar os ofícios expedidos pelos magistrados aos respectivos distribuidores criminais.

Noutro giro, parece oportuno acentuar que somente incidirá o § 5º do art. 48 da Lei 11.343/2006, e assim, o Processo penal, quando houver a possibilidade, de igual modo, de aplicação de pena, e não de advertência.

IV - BREVES CONCLUSÕES ESPERANÇOSAS

Não sei quando e nem quem teve a genial idéia de colocar passas no arroz, adocicando o que era então genuinamente salgado, mas percebo que o tripé do direito penal (fato típico, antijurídico e culpável) foi renovado. Adocicaram o vetusto Direito Penal, que agora possui fato típico e antijurídico *com ou sem pena*.

Ganhou, assim, o Juiz dos JECRIMs importante tarefa no combate ao uso de substância entorpecente, e, no ponto, ousou divergir de Luis Gustavo Grandinetti, que asseverou:

“A hipocrisia da lei fica patente quando se observa que todos os artigos que impunham prestações positivas do Estado em prol do tratamento efetivo do uso de drogas foram vetados, livrando-se, o Executivo, de qualquer responsabilidade. Mas ao Judiciário não se poupou a responsabilização, impondo-se não só a implementação de curso educativo - que não existe na rede pública -, até a incômoda tarefa de advertir sobre os efeitos das drogas, para a qual não tem preparo técnico e científico”

Não se pode dizer, como já deixamos escapar alhures, que o Juiz não tem preparo para orientar ou advertir. Afinal, podia muito mais, vale dizer, mandar para a prisão o usuário, exatamente para “orientá-lo”, ou retirá-lo do mau caminho, no paradoxal sentido pedagógico da prisão.

Considere-se, ainda, o local onde deve ser imposta a advertência, qual seja, no ambiente judicial, dotado de simbologias, seriedades e formalidades. No ponto, o usuário pode ter uma ímpar oportunidade de ingressar no “*fundo do poço*”, e aquilatar, que o uso das drogas começa a repercutir negativamente em sua vida.

Aliás, se para a Marcha da Maconha poderia ter ido “sem sair do armário”, vale dizer, utilizando-se de máscara, na presença do Juiz, deve vir com a cara limpa, “dando-a a tapa”.

Cuida-se, na verdade, de oportunidade única para o Juiz analisar a situação socioeconômica do usuário, a forma incipiente ou reiterada do uso, a ciência ou não dos familiares, a existência ou não de apoio familiar, vale dizer, se os familiares já possuem conhecimento do ingresso do usuário no mundo das drogas, e, até que ponto podem auxiliá-lo, considerando-se a estruturação ou não do núcleo familiar, que por vezes foi flagelado exatamente pelo ingresso de um de seus componentes no mundo das drogas.

Quantas vezes os pais são surpreendidos com seus filhos ingressando no perigoso mundo das drogas, ao receberem telefonemas de delegacias de polícia? Quando então cai a “máscara” do usuário, com a abertura de novas perspectivas, notadamente, se estivermos diante de família estruturada.

Seguramente, uma boa advertência ou conversa do Magistrado poderá reverter o curso de uma vida, quando o juiz, inclusive, poderá analisar os motivos de oportunidade e conveniência de trazer para os autos mais um interessado, vale dizer, um familiar próximo do usuário, tudo dentro do procedimento de “jurisdição graciosa”.

É óbvio que várias advertências serão efetivadas para “ouvidos de mercador”, o que também não é problema. Afinal, não há como se negar que, em determinadas hipóteses, a droga consumida nenhum malefício trouxe ou trará, tendo sido apenas o ímpeto como fruto fugaz da típica curiosidade juvenil; ou quem sabe, hipótese de uso controlado, por pessoa madura, estruturada, equilibrada, cujos mistérios dos alucinógenos não produz surpresas ou abalos emocionais, o que também deve ser objeto da percepção e análise dos operadores jurídicos, mais uma vez, separando o joio do trigo. Afinal, o legislador concede a régua, mas o juiz precisa utilizar a fita métrica, apreciando detidamente cada vicissitude do caso subjetivo posto em suas mãos.

O tempo dirá, sendo evidente, que a oportunidade é única para a Magistratura Pátria, que obteve da sociedade uma imensa responsabilização, pois os valores foram repensados ante a falibilidade do sistema penal de repressão inflexível diante do uso de drogas.

A sociedade renovou suas esperanças, valendo-se do princípio do *meio termo*, que data de *Justiniano*, e também, contando com o poder persuasivo de seus bons juízes no combate ao uso das drogas.

Ressalte-se, que no combate ao uso do álcool (fato atípico), e mesmo, das drogas, antes ainda da Legislação atual, os JECRIMs já vinham encontrando relevantes resultados com o apoio de órgãos públicos e parte da sociedade civil, em parcerias fecundas.

Neste contexto, não se pode abortar as justas expectativas sociais inseridas com a nova Legislação, perdendo-se oportunidade única, sem ao menos tentarmos vigorosamente, o que exige dos protagonistas jurisdicionais - Ministério Público, Advocacia Pública e Privada e Juízes com seu aparato jurisdicional, desprendimento

hercúleo para vencer ou ao menos golpear fortemente, enfraquecendo-se o flagelo.

Afinal, não se pode deixar de provar o arroz com passas pela simples visão preconceituosa de que a mistura é inviável. 📄

A Insubsistência do Art. 366 do CPP diante da Lei 11.719/2008

Spencer dos Santos Ferreira Junior
Promotor de Justiça em Minas Gerais

1. INTRODUÇÃO

Recentemente, a resistente legislação processual penal brasileira, vigente desde os idos da ditadura (3 de outubro de 1941), quando ainda era concebível autorizar ao chefe do Poder Executivo decretar lei¹, foi objeto de reforma.

A tônica principal das alterações foi impingir à legislação tesitura constitucional, harmonizando-a com as diretrizes da Magna Carta, sobretudo com as vertentes do devido processo legal, cujas principais perspectivas são a da ampla defesa e a do contraditório.

Obviamente, tratando-se o direito de ciência eminentemente subjetiva, todo reclame de imunidade à crítica no que tange à pretendida reforma ressaí indesejado. Aliás, é exatamente no campo caloroso da dogmática que se extraem as melhores exegeses, aperfeiçoam-se as interpretações, tudo calibrado a partir da imprescindível análise crítica.

Nesse desprezioso trabalho, apenas desejamos estimular diminuta discussão que inexoravelmente emergirá da leitura acurada do que até agora ficou consolidado no Código de Processo Penal: a ab-rogação implícita do seu art. 366, com alteração levada a efeito pela Lei n.º 9.271/1996.

¹ Art. 12 - O Presidente da República pode ser autorizado pelo Parlamento a expedir decretos-leis, mediante as condições e nos limites fixados pelo ato de autorização.

2. DO ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ANTES DA REFORMA

Assim dispõe o mencionado dispositivo legal, *in verbis*:

Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

Pretendia-se com a previsão de suspensão do processo e do prazo prescricional oferecer ao acusado e à sociedade tratamento igualitário.

“O acusado tem certeza de que, não tendo tomado conhecimento de uma acusação contra si, não haverá o curso do processo com eventual condenação sem a sua presença para poder se defender. Ao mesmo tempo, a sociedade sabe que, enquanto o processo estiver suspenso (medida vantajosa ao réu), o curso do prazo prescricional também estará, impossibilitando, assim, a impunidade com a prescrição da pretensão punitiva estatal (medida de proteção à sociedade).”²

Cotejando o mencionado artigo com sua matriz legal anterior, verifica-se que a ***mens legis*** daquele não fora outra senão re-dimensionar *“o princípio da ampla defesa, de pouquíssima valia (quando de nenhuma) nos processos de réus citados por edital. Na sua maioria, a defesa dativa exercida em tais processos quase nunca passou do simples comparecimento aos atos instrutórios, sem uma contribuição efetiva à causa defensiva.”³*

Ocorre, todavia, que, diante da superveniência da novel legislação reformadora, o art. 366 subsiste apenas como letra morta, vagando moribundo dentro do sistema do CPP.

² RANGEL, Paulo - *Direito Processual Penal* - p. 594, Lumen Juris, 6ª edição, 2002.

³ DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli - *Curso de Processo Penal* - p. 488, Lumen Juris, 10ª edição, 2008.

É que a menção que se fazia ao comparecimento do acusado, citado por edital, focalizava o seu interrogatório. Nesses casos, não comparecendo o imputado no momento desse ato processual, suspendia-se o processo e o prazo prescricional, assegurando-se apenas a produção antecipada daquelas provas reputadas urgentes.

A lógica que respaldava essa previsão rolou como se em ladeira abaixo. O acusado já não mais é citado para conhecimento das imputações e da data designada para o seu interrogatório. Hodiernamente, essa importante oportunidade de autodefesa foi transplantada para a audiência de instrução e julgamento, sendo o denunciado citado apenas para apresentar sua defesa prévia (art. 396, *caput*, do CPP).

3. DA NOVA SISTEMÁTICA IMPLEMENTADA PELA REFORMA

A sistemática vigente no atual contexto processual penal é outra: oferecimento da denúncia ou queixa, decisão de recebimento, citação, defesa prévia, possibilidade de absolvição sumária e AIJ. O interrogatório, que no passado era realizado antes da defesa prévia, agora foi içado para a audiência de instrução e julgamento, sendo o último ato a ser realizado antes dos debates orais pelas partes.

Sendo assim, não há mais falar-se em não comparecimento do acusado citado por edital, pelo simples fato de que ele não mais comparecerá, mas apenas apresentará sua defesa prévia, ou melhor, como prefere o legislador, responderá à acusação.

Mas o projeto que culminou na Lei n.º 11.719/2008, a despeito das inúmeras críticas de que vem sendo alvo, previa solução para tanto, dispondo o art. 363, em seu § 2º, inciso I, que o não comparecimento do acusado ensejaria a suspensão do prazo prescricional pelo correspondente ao da prescrição em abstrato do crime objeto da ação. Em outras palavras, a ausência de defesa prévia determinaria a suspensão do prazo prescricional.

Contudo, sua Excelência, o Presidente da República, acolhendo parecer do Ministério da Justiça, vetou o aludido parágrafo, justificando que, *in verbis*⁴:

⁴ Razões de veto, mensagem n.º 421, de 20 de junho de 2008, encaminhada ao Presidente do Senado Federal.

“A despeito de todo o caráter benéfico das inovações promovidas pelo Projeto de Lei, se revela imperiosa a indicação do veto do § 2º do art. 363, eis que em seu inciso I há a previsão de suspensão do prazo prescricional quando o acusado citado não comparecer, nem constituir defensor. Entretanto, não há, concomitantemente, a previsão de suspensão do curso do processo, que existe na atual redação do art. 366 do Código de Processo Penal. Permitir a situação na qual ocorra a suspensão do prazo prescricional, mas não a suspensão do andamento do processo, levaria à tramitação do processo à revelia do acusado, contrariando os ensinamentos da melhor doutrina e jurisprudência processual penal brasileira e atacando frontalmente os princípios constitucionais da proporcionalidade, da ampla defesa e do contraditório (...).”

Lamentavelmente, equivocou-se. A imprescindível leitura sistemática da reforma foi olvidada.

Diz-se isso porque, conforme dispõe o art. 396, parágrafo único, do CPP, também alterado pela Lei n.º 11.719/2008, no “*caso de citação por edital, o prazo para a defesa começa a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído*”, inviabilizando-se, por óbvio, seja-lhe nomeado defensor dativo.

Na verdade, pretendia-se, com a costumeira falta de lógica legislativa, congregando dois dispositivos legais (art. 363, § 2º, I, e art. 396, parágrafo único, ambos do CPP) dispostos desconexamente, em substituição ao art. 366 do CPP, que não mais soaria harmonioso com a nova sistemática instituída.

Agora, no atual passo do processo penal, subsiste apenas o art. 396, parágrafo único, do CPP, já que o art. 363, § 2º, inciso I, foi vetado e o art. 366, *caput*, perdeu sua *ratio essendi* - o comparecimento para o interrogatório como o primeiro ato do processo após a citação.

Noutras palavras, o denunciado ou querelado que, citado por edital, não apresentar defesa prévia⁵ - comparecendo ou consti-

⁵ Fixe-se: hoje não se cita para interrogar, mas para apresentar defesa prévia.

tuindo advogado - terá seu processo suspenso, prosseguindo, todavia, o prazo prescricional, já que equivocadamente vetada a previsão da sua suspensão em casos tais.

Ex: Aquele Fulano, denunciado por ter matado Ciclano, que fugiu para não ser responsabilizado, será citado por edital (afastada a hipótese do art. 362, *caput*, também alterado pela Lei n.º 11.719/2008), mas, como não apresentará defesa prévia, seu processo ficará suspenso, por força do art. 396, parágrafo único, do CPP, enquanto que o prazo prescricional continuará seu curso, até que, seu crime prescreverá, ele retornará, matará novamente e fugirá...

Interessante porque, no passado, existiam, pelo menos, duas exegeses muito bem definidas sobre o art. 366, *caput*, do CPP, no que tange ao lapso temporal máximo em que o processo poderia ficar suspenso. A primeira, sufragada no Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual o processo ficaria suspenso pelo prazo da prescrição da pena em abstrato⁶. A segunda, oriunda do Supremo Tribunal Federal, para a qual o processo poderia ficar suspenso indefinidamente, sem que isso importasse em tornar o crime imprescritível⁷.

4. DO ASPECTO INTERTEMPORAL DA REFORMA

Pois bem, além dessa controvérsia sucumbir, exsurge inelutável a necessidade de retroagir os efeitos do que ficou assentado. E por uma razão simples: tratando-se a prescrição de questão afeta ao direito penal, de repercussão no *status libertatis*, em se tratando de lei *in mellius*, impõe-se sua retroação, à luz do que dispõem o art. 3º do Código Penal e art. 5º, XL, da Constituição Federal, a *contrario sensu*.

Aliás, logo quando o art. 366, *caput*, do CPP foi alterado pela Lei n.º 9.271/1996, intenso debate doutrinário e jurisprudencial foi travado acerca do seu aspecto intertemporal, logrando-se exitosa a linha de entendimento que preconizava a sua incidência aos fatos posteriores à sua vigência.

⁶ HC 24.986/RJ, julgado em 09.02.2006; HC 39.125/SP, julgado em 17.05.2005.

⁷ RE 460971/RS, Julgamento: 13/02/2007, Primeira Turma.

Nesse sentido era a posição tranqüila do STF, *in verbis*⁸:

“O art. 366, com redação dada pela Lei 9.271/96, é uma disposição complexa, ou de natureza mista, porque traz norma de natureza processual, a suspensão do processo, que seria, em princípio, de aplicação imediata, e também norma de direito material, e a suspensão da prescrição, que só pode ser aplicada aos atos praticados após a sua vigência, formando, assim, um todo indecomponível, sendo impossível criar um terceiro sistema, em que se suspende o processo sem se suspender o prazo prescricional”.

É inegável, diante do que antes se assentara, que, na medida em que se afastou a possibilidade de se suspender o curso do prazo prescricional, por tudo o que acima se disse, imperiosa será a retroatividade da lei.

5. CONCLUSÃO:

Salvo melhor juízo, com a entrada em vigor da Lei n.º 11.719/2008, o *caput* do art. 366 do CPP perdeu sua razão de ser: a uma, porque o acusado não é mais citado para o interrogatório; a duas, porque a previsão de suspensão do processo nos casos em que o citado por edital não apresenta defesa prévia, hoje, encontra-se inserta no art. 396, parágrafo único, do CPP; a três, porque a previsão de suspensão do prazo prescricional nos casos de citação por edital foi vetada pelo Presidente da República.

Enfim, esperamos que, com esse singelo trabalho, descomprometido em apresentar verdade absoluta, tenhamos contribuído para ampliar novos debates sobre o assunto, evocando a comunidade jurídica à reflexão sobre um dos muitos aspectos trazidos pela reforma. 

⁸ RT 762/493.

A Superveniência de Doença Mental no Condenado pela Prática de Crime, uma Necessária e Urgente Mudança a que deve se Submeter o Código Penal

Cezar Augusto Rodrigues Costa
Juiz de Direito do TJ/RJ

A reforma penal que se faz necessária deve incluir, obrigatoriamente, a revisão da questão da inimputabilidade por doença mental e, conseqüentemente, das medidas de segurança, posto que, fundado o direito penal moderno na culpa, que acabou no centro da reformulação da parte geral do Código Penal de 1984, não é razoável que ainda se mantenham aprisionados os doentes mentais que venham a praticar fatos típicos e ilícitos sob o esdrúxulo rótulo da absolvição imprópria. Destarte, na prática a situação hoje é que, instaurado o processo penal e havendo dúvida sobre a integridade mental do acusado, a lide é interrompida com a instauração do incidente de insanidade mental que, se positivo, impõe a absolvição do autor do crime sujeitando-o, no entanto, a uma medida de segurança, que o manterá custodiado por prazo indeterminado em uma instituição integrante das agências de cumprimento de pena, por se tratar de uma absolvição imprópria.

Assim, afastados os casos de sentenças declaratórias, o processo penal pode ser encerrado com a absolvição, que se traduz na garantia de liberdade; com a condenação, que enseja uma das modalidades de pena previstas no artigo 32 do Código Penal e, como se adiantou, com a absolvição imprópria, que fica no meio termo em que o agente é absolvido, mas deverá permanecer custodiado em situação semelhante à do condenado que cumpre pena em penitenciária, conforme previsão

expressa da combinação decorrente dos artigos 99, parágrafo único, e 88, parágrafo único, ambos da lei de execução penal.

É importante lembrar que, para se chegar à medida de segurança, o legislador criou um caminho cuja explicação dogmática está na adoção do critério biopsicológico da culpabilidade, que permite, de forma excepcional ao princípio da culpabilidade, submeter o doente mental à privação da liberdade por tempo indeterminado em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, desde que conjugadas as duas condições previstas no *caput* do art. 26 do Código Penal, ou seja, que ao *tempo da ação* (aqui o destaque é importante) seja portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado e, como segunda condição que, *ainda ao tempo da ação*, seja incapaz de entender o caráter ilícito do fato.

Deste modo, o agente só será considerado inimputável, como se disse acima, se conjugar as duas condições, de modo que, estando em um intervalo de lucidez, ainda que doente mental, não será mais tido como inimputável, pois não estará caracterizado o requisito da doença mental ou do desenvolvimento mental incompleto ou retardado, o que se mostra absurdo, diante de princípios mais elevados que justificam a criação do próprio Estado Democrático de Direito em que vivemos, que são o da humanidade e o da dignidade, conforme art. 1º, III, da Constituição Federal.

A esta altura faz-se mister de plano destacar outros princípios que funcionam como filtro normativo do estado democrático de direito e, sobretudo, balizam a elaboração e aplicação das normas jurídico-penais, como o do bem jurídico; o da lesividade; o da fragmentariedade e o da intervenção mínima, que, no concernente à segregação do agente, que de concreto é o que acontece com a execução da medida de segurança, só a admitem se corresponder à imposição de uma pena privativa de liberdade, situação incorrente na hipótese descrita pelo artigo 26 do Código Penal.

Sem um maior aprofundamento sobre a questão da inimputabilidade propriamente dita, os parágrafos anteriores só serviram para introduzir o tema central, além de mostrar, ainda que de uma forma perfunctória, completo inconformismo com a manutenção do *caput* do artigo 26 do Código Penal em nosso ordenamento jurídico. Passa agora

para o objeto deste trabalho, que é a superveniência da doença mental. Desta forma, se o aprisionamento do doente mental, que é considerado inimputável, já se mostra como exceção ao sistema vigente, que é o da culpabilidade, este sim gerador de pena, a superveniência de doença mental surge como uma exceção a esta exceção ou, em outras palavras, é uma exceção a toda a teoria da medida de segurança que, como também já mencionado, repousa no critério biopsicológico da culpabilidade. Aqui se faz importante destacar que o momento de aferição tanto da doença mental quanto da incapacidade de entender a ilicitude do fato é o da prática do crime, de acordo com a teoria da atividade, agasalhada pelo art. 4º do Código Penal.

Cumprindo então lembrar que para reconhecer a culpabilidade e sujeitar o agente a uma condenação é preciso que ele seja culpável, logo imputável, posto ser a imputabilidade um dos elementos da culpabilidade. Destarte, se alguém é condenado e, *posteriormente*, no curso da execução da pena, vem a ser acometido de doença mental, como submetê-lo à medida de segurança, visto apoiar-se esta no critério biopsicológico da culpabilidade, aferido no momento da ação, *quando o fato, ao contrário, se deu em data anterior à doença mental*, tanto que foi o agente condenado? A solução adotada pelo legislador, como se observa, afronta e desequilibra o sistema adotado pelo moderno Direito Penal ocidental.

É curioso que, no direito positivado, o artigo 183 da Lei de Execução Penal (7.210/84) admite a substituição da pena por medida de segurança que, segundo dispõe o § 1º do artigo 97 do Código Penal, será por prazo indeterminado. Assim, num caso hipotético, se o agente for condenado a cumprir a pena de cinco anos e quatro meses pela prática de roubo com emprego de arma e, no segundo ano de cumprimento da pena, com a perspectiva de obtenção de um livramento condicional - portanto de uma vida extramuros - é acometido de uma doença mental, o juiz, inclusive de ofício, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança, artigo 183 da Lei de Execução Penal combinado com 41 do Código Penal, transformando uma pena por prazo determinado em uma medida de segurança por prazo indeterminado. Deste modo, a situação do então condenado, imputável, que por circunstâncias alheias à sua vontade se tornou inimputável, foi ex-

tremamente piorada, sendo ele submetido a uma reação estatal muito mais grave do que a pena, simplesmente porque sobreveio uma doença mental, ou seja, a punição já não é mais pela prática do crime, mas pela superveniência da doença, seguramente indesejada pelo próprio condenado. Pune-se a doença e o corpo que a abriga. Adota-se, enfim, o direito penal do autor e não do fato, quando se sabe que este ramo do direito se ocupa do delito.

É muito simples e de fácil explicação técnica a afirmação de que na realidade se opera uma absolvição; no entanto, é absolutamente inexplicável para o condenado, e não se coaduna com o princípio da culpa a qual, insista-se, está no centro da ciência penal, que alguém possa ser privado de sua liberdade quando não preenche todos os requisitos do crime, em especial o da imputabilidade, que compõe a culpabilidade, ou seja, a condenação se restringirá ao campo da tipicidade e da ilicitude.

O art. 41 do Código Penal, reafirme-se, está completamente deslocado de todo o sistema criado por este diploma legal, pois não tem o tratamento que no artigo 26 o legislador dá ao doente mental nem se insere na teoria do crime, que está permeada entre os artigos 13 a 28.

Convém frisar que uma das funções mais importantes do tipo penal é a garantidora que, além de limitar o *iter criminis* limita, também, os períodos mínimo e máximo de cumprimento da pena. Esta função, mais do que todas as outras, se inspira no contrato social, de modo que aquele que não se adapta às regras que deste contrato decorrem já sabe, previamente, o preço a pagar, no caso a sanção penal que deverá suportar. Se no exemplo antes dado o autor do roubo já sabe previamente que em abstrato poderá ser segregado por quatro a dez anos e, em concreto, por até cinco anos e quatro meses, nada justifica a violação desta função para que a privação passe a ser por prazo indeterminado (parágrafo único do art. 97 do Código Penal).

Urge, portanto, na reforma penal por alguns pleiteada, a imediata revogação do art. 41 do Código Penal, pois na realidade este, juntamente com o art. 183 da Lei de Execução Penal, ressuscitam, disfarçadamente, o sistema do duplo binário, pois, embora não cumulativas, na realidade o condenado experimentará por um período a pena e

por outro a medida de segurança, como em um direito penal dualista, quando este deve se preocupar apenas com a imposição de pena, de forma monista.

Entretanto a reformulação deve ser mais abrangente, a fim de incluir o conceito de periculosidade, que justifica a medida de segurança, inicialmente com o estudo etiológico de casos, uma vez que, entendendo a periculosidade como a probabilidade futura de prática de novo delito, é preciso que se analise o nível de reincidência nestas hipóteses, que a *praxis* demonstra ser muito pequena, ao contrário dos que cumprem pena, colocando em xeque a própria causa justificadora da medida de segurança. De outro lado, suprimir a liberdade de alguém por mera probabilidade de prática delitiva - da qual os estudos técnicos, por mais respeitáveis, não têm como garantir a efetiva ocorrência - importa em manter alguém preso cautelarmente, todavia por prazo indeterminado, em razão de fato futuro e absolutamente incerto, fazendo *tabula rasa* do princípio da dignidade que fundamenta a república democrática brasileira, insculpido no artigo 1º, III da Constituição Federal.

É óbvio que se deve dar uma solução para a situação do condenado a quem sobrevém doença mental, entretanto esta solução, tal como a da própria inimputabilidade, deve ser buscada em outra ordem jurídica, que não a criminal, pois envolve questão de saúde pública em que o Estado repressor não pode ter qualquer interesse ou ingerência. É possível até que sob a ótica da saúde a internação seja adequada, mas esta, se for o caso, deve se dar em instituição comum, ordinária, com finalidade pura e unicamente terapêutica, sem a característica de custódia que os hospitais psiquiátricos do sistema penitenciário ostentam, nosocômios onde a expressão custódia aparece na frente da expressão tratamento, destacando, sobretudo, a força e o predomínio da privação da liberdade sobre a terapia.

A propósito das medidas de segurança, encerro este trabalho com lições de Muñoz Conde e Hassemer¹, no sentido de que, através de proposta do suíço Carl STOSS, foram estas tomadas, no final do século

¹ Muñoz Conde, Francisco e Hassemer, Winfried. *Introdução à Criminologia*. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2008, p. 289. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves.

XIX, como complementos da pena, acolhidas em seguida e de braços abertos pelo regime nacional-socialista na Alemanha que, chegando ao poder em 1933, apressou-se em introduzir no Código Penal uma lei sobre o delinqüente habitual e perigoso, cuja internação era prevista em casas de trabalho e campos de concentração que, teoricamente, perseguiam sua reeducação; na verdade, porém, converteram-se em cemitérios dos quais nunca voltariam a sair.☐

Responsabilidade Extracontratual - Algumas Considerações sobre a Participação da Vítima na Quantificação da Indenização

Alessandra Cristina Tufvesson Peixoto
Juíza de Direito. Mestranda em Direito Ci-
vil na UERJ.

1. A RELEVÂNCIA DA FIGURA DA VÍTIMA PARA A QUANTIFICAÇÃO DO DANO

A *ratio* e consequência do instituto da responsabilidade civil é a fixação de indenização a favor da vítima. Como estabelece o artigo 944 do Código Civil, *a indenização mede-se pela extensão do dano*. O dispositivo demonstra uma preocupação do legislador em que a indenização reflita efetivamente os danos sofridos pela vítima. Neste sentido é que a fixação do *quantum* indenizatório, seja no caso de dano material ou no de dano moral, pode ter que considerar, para adequada reparação, condições subjetivas relativas à vítima.¹

¹ Nesse sentido, o parágrafo único do artigo 944. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização. Nas Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal, estabeleceu-se a interpretação do dispositivo através do Enunciado 46: “A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente

Para fins deste estudo, impõe-se prévia análise da questão relativa ao estabelecimento da reparação, para melhor compreensão das condições e circunstâncias relativas à vítima que se podem validamente considerar para estabelecimento do **quantum**, ressaltando-se que o momento em apreço é posterior ao do reconhecimento da obrigação de indenizar, portanto, do **an debeatur**.

Com relação à fixação da indenização e à distribuição do **quantum** devido entre os causadores do dano, foram estabelecidos três sistemas, a saber:

- 1 - sistema da paridade
- 2 - sistema da gravidade da culpa
- 3 - sistema donexo causal

Nesses sistemas, também a atuação da vítima, seja através de comportamento que influa no evento danoso, seja através de atuação omissiva, será de especial relevância.

1 - Sistema da paridade

Com base na Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais, propõe-se a divisão do dano em partes iguais, razão pela qual a teoria em apreço é conhecida como sistema da paridade. Assim, se quatro agentes causaram um dano injusto, mesmo que diante da vítima sejam solidariamente responsáveis pelas perdas e danos, nas relações internas tudo resolve-se pela quota-parte dos responsáveis, sendo todos considerados igualmente responsáveis. Neste sentido, a contribuição da vítima para o evento causa a redução da indenização para metade do prejuízo sofrido. Ignoram-se, desta forma, as circunstâncias concretas da ocorrência do dano, em que cada agente poderá ter contribuído de forma distinta para a implementação do dano. É atualmente utilizada apenas nas hipóteses em que há dificuldade para precisar a proporção em que cada agente contribuiu para a produção do dano.

estabelecida no parágrafo único do artigo 944 do CC, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva”.

2 - Sistema da gravidade da culpa

Representa evolução em comparação ao sistema anterior, estatuidando-se que o prejuízo verificado deverá ser rateado na proporção da gravidade da culpa de cada um dos agentes. Se, ao lado do agente, a vítima também contribuir para o resultado danoso, a indenização deve sofrer uma redução proporcional à culpa do lesado. No Brasil, a jurisprudência costumava impor a divisão da indenização de acordo com o sistema da paridade. A indenização seria rateada entre os agentes ou reduzida à metade quando a vítima concorresse com culpa na produção do dano. Pouco a pouco, a jurisprudência passou a adotar o critério da gravidade da culpa, com base na aplicação analógica do Decreto nº 2.681/12, que tratava da responsabilidade civil das estradas de ferro. O artigo 2º deste diploma estabelecia que se houvesse concorrência de culpa da estrada de ferro com a do remetente ou destinatário da mercadoria nas hipóteses ali referidas, a responsabilidade deveria ser proporcionalmente dividida. Embora caso típico de responsabilidade contratual, a regra foi estendida, por analogia, aos demais casos de responsabilidade aquiliana.

Ocorre que nem sempre o agente que atuou com maior grau de culpa foi o que teve maior participação no evento danoso. A principal crítica que se faz, portanto, é quanto à possibilidade de a culpa mais grave ter sido a de menor influência na produção do prejuízo. E o sistema que considera o grau de culpa não é exato.

Entende-se que a reparação não pode ser dividida com justiça sem se ponderar essa diversidade no grau de causalidade. Mas esse sistema pode cancelar injustiças, pois, por exemplo, os atos dirigidos a prejudicar seriamente podem se frustrar e gravíssimas imprudências podem não provocar dano algum. A culpa não deve servir como medida da indenização, papel que cabe ao nexu causal. Os agentes devem responder solidariamente diante da vítima, mas, entre eles, é a eficácia causal de cada conduta que deve definir as parcelas do prejuízo que ficarão por conta dos mesmos. Do contrário, estaríamos punindo o agente que agiu com culpa mais grave, e a responsabilidade civil não tem esta função.

3 - Sistema do Nexo Causal

Cada um dos agentes deve suportar o dano na medida em que o tenha produzido, lembrando-se que há muito o direito civil abandonou a distinção, própria do direito romano, entre os diversos graus de culpa. Como afirma Mario Julio de Almeida Costa², o nexu causal exerce dupla função: elemento da responsabilidade civil e medida da obrigação de indenizar. Da mesma forma, se a vítima concorreu para o resultado danoso, a indenização deve sofrer uma redução proporcional à eficácia causal de sua conduta.

O sistema da paridade, portanto, deve ser levado em conta apenas quando as ações que provocaram o dano tiverem a mesma eficácia causal ou quando for impossível precisar com exatidão a incidência causal de cada conduta. E este sistema pode ser utilizado em ambos os sistemas de responsabilidade civil, subjetivo e objetivo.

O CDC, no artigo 13, estabelece que “aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso”.

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino³ assevera que, frente ao consumidor, aplica-se a regra da solidariedade passiva em relação a todos os responsáveis. Nas relações internas entre os fornecedores responsabilizados, a extensão da responsabilidade individual será definida com base na medida da causação do dano por parte de cada um.

Passando-se à análise dos danos a indenizar propriamente ditos, especificamente ao papel da vítima nesta seara, tem-se que o dano material, como ensina Antonio Lindbergh C. Montenegro⁴, tem por ponto de partida para estabelecer o montante do ressarcimento a remuneração da vítima. A remuneração serve para

² COSTA, Mario Julio de Almeida. *apud* CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexu Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *apud* CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexu Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁴ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C.. **Ressarcimento de Danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

expressar apenas a renda laborativa da vítima, consideradas todas suas atividades. Deve-se considerar no cálculo da indenização a provável melhoria que está para acontecer na atividade laborativa da vítima, segundo o curso normal dos fatos. Assim, o Min. Barros Monteiro⁵ já decidiu que, no cálculo da indenização, deve-se incluir a promoção de funcionário público por antiguidade e não por merecimento, já que a primeira é decorrente de um decurso temporal e a segunda depende de aferições de teor subjetivo. Mas a recíproca é também verdadeira: se a vítima estava prestes a suportar uma *capitis deminutio* em sua vida funcional, essa situação deve ser considerada na indenização. Nesta linha, afirma-se na jurisprudência tendência de considerar, no cálculo da indenização, apenas os salários percebidos no último ano de trabalho, e não a média dos anos pretéritos.

Para estabelecer a vida provável do homem, já que este é um elemento necessário para verificar sua expectativa laborativa, socorre-se o operador do direito de estudos especializados de Medicina Legal e Matemática Atuarial, considerando o sexo, idade, profissão e peculiaridades de cada região. Neste sentido já se manifestou reiteradas vezes o Superior Tribunal de Justiça, arrolando-se, por todos, o acórdão proferido no julgamento do REsp 698.443/SP, da relatoria do Ministro Jorge Scartezzini, indicando os precedentes jurisprudenciais pertinentes, julgado em 01/03/2005: “*O decisum recorrido não se afastou do entendimento desta Corte, consoante o qual a longevidade provável de vítima fatal, para efeito de fixação do tempo de pensionamento, deve ser apurada em consonância com a tabela de sobrevida adotada pela Previdência Social, de acordo com cálculos elaborados pelo IBGE*” (Precedentes: REsp. nº 268.265/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ 17.06.2002; REsp. 72.793/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 06.11.2000).

Despesas com tratamento da vítima, nas hipóteses em que a morte não se consumou após a prática do ato ilícito, funeral e luto da família são enquadráveis nos denominados danos emergentes.

⁵ Decisão referida na obra de Antonio Lindbergh C. Montenegro. Id.

Aliás, no que refere ao tema, o Superior Tribunal de Justiça, com base nas regras de experiência ordinária, vem entendendo prescindível a comprovação das despesas havidas com funeral, presumindo o sepultamento.⁶ Para estabelecer estas despesas com funeral e luto da família, tomam-se por base dois princípios:

- condição social do morto - o autor do dano não tem obrigação de pagar um enterro pomposo e nem a construção de um mausoléu, quando a pessoa falecida pertencia a uma condição social humilde.

- usos e tradições do lugar.

Um dos outros momentos em que a condição da vítima sobressai, e é relevante na definição do dano, é o da verificação da capacidade laborativa do indivíduo. Assim, o direito comum da maioria dos países estabelece o sistema de reparação com base na capacidade específica da vítima, considerando a atividade efetivamente exercida. Desta forma, o dedo esquerdo de um violinista tem uma importância muito maior que o de uma pessoa comum, justificando-se uma reparação mais avantajada. Adverte-se que o critério da capacidade específica deve andar de mãos dadas com os princípios da readaptação profissional, sob pena de agravar-se injustamente o montante do ressarcimento. No terreno da readaptação, não se pode perder de vista a natureza da lesão e a posição social da vítima.

Tem-se que o dano é avaliado em função da vítima, porque a vítima tem direito à reparação integral do prejuízo sofrido. O autor do dano não pode sustentar que outro indivíduo teria sofrido menos. Firmou-se a tese da ressarcibilidade do dano que produz incapacidade permanente no menor improdutivo, aquele que ainda não exerce atividade lucrativa, porque não poderá fazê-lo, ao menos não de forma plena. Assim, trata-se ainda de dano patrimonial. A redução da capacidade laborativa é a chave da questão.

⁶ Por todos, veja-se o acórdão proferido no julgamento do REsp 506.099/MT, Relator Ministro Castro Filho, julgamento ocorrido em 16/12/2003: *“No tocante às despesas de funeral, a jurisprudência desta Corte tem-se inclinado no sentido de inexigir a prova da realização dos gastos, em razão da certeza do fato do sepultamento.”*

Para previsão da profissão que exerceria, leva-se em conta a classe social da vítima, a tradição de sua família e outras circunstâncias do caso concreto. No Brasil, entretanto, adotamos o critério do salário mínimo. Este critério é criticável, uma vez que não permite o exercício da justiça no caso concreto. Sobre o menor, ainda é controvertida a fixação do termo inicial do pensionamento, se aos 14, 16 ou 18 anos, em razão da redução da maioridade civil realizada pelo Código Civil de 2002.

Há julgado da 5ª Câmara Cível do TJ-SP⁷ que, além da pensão indicada no artigo 1.539 do CC de 1916, correspondente à incapacidade laborativa em potencial do menor, fez incluir no cálculo da condenação uma verba para o excesso nas despesas de educação do mesmo menor. Já em decisão da 3ª Câmara Cível do TJ-SP em relação ao uma menina que, em razão de acidente automobilístico, sofreu ruptura no períneo e no hímen, entendeu que, em razão das repercussões futuras nas relações sociais da menor, a indenização deveria se concretizar em um dote, isto é, através de uma pensão vitalícia, estabelecida de acordo com as posses do ofensor e a condição da ofendida, ao fundamento de que a situação equiparava-se a de uma mulher agravada em sua honra.⁸

Com relação à dona de casa, quando vitimada por danos que afetem sua integridade psicofísica, era controvertida a afirmação de existência de prejuízo econômico. Entretanto, a tutela da capacidade laborativa da mulher tornou-se uma realidade inconteste do mundo moderno. De toda forma, com relação à dona de casa, a jurisprudência ainda não encontrou um critério uniforme para estabelecer o *quantum debeatur*. O critério da consideração das despesas a que ficará obrigado a fazer o cônjuge supérstite para substituí-la nos trabalhos caseiros revela-se insuficiente a todo leitor.

No caso dos idosos, são considerados valor negativo no direito argentino, partindo-se do pressuposto de que quem não trabalha dá trabalho aos demais membros da família. De toda forma, à mín-

⁷ RT 179/725.

⁸ RT 198/151.

gua de previsão específica no direito brasileiro, para poder fazer jus à indenização correspondente à real perda de sua capacidade laborativa, comprometida com a ofensa, deverá comprová-la, vez que a presunção é de que se tenha aposentado após ter alcançado idade suficiente para fazê-lo.

Considerando a indenização moral, a professora Gisela Sampaio observa que a “fórmula da equivalência”, própria do dano patrimonial, enseja uma série de controvérsias quando se trata de reparar o dano moral. Em face da dificuldade quase insuperável de se precisar a extensão do prejuízo moral, somada à preocupação excessiva dos tribunais brasileiros de evitar o enriquecimento da vítima, a reparação do dano moral passou a se guiar, na prática, por mecanismos estranhos à concepção clássica de responsabilidade civil que proporcionam também a punição do ofensor.⁹

Luiz Antonio Rizzato Nunes e Mirella D’Angelo Caldeira¹⁰, ao tratar do dano moral, afirmam que a indenização não tem base objetiva nem pretende o retorno ao *status quo ante*, mas tem objetivo satisfativo-punitivo. Os referidos autores, através do exame das decisões judiciais, arrolam os critérios de que têm se valido os juízes no arbitramento do dano moral:

- a natureza específica da ofensa sofrida;
- a intensidade real, concreta, efetiva do sofrimento do ofendido;
- a repercussão da ofensa no meio social em que vive o ofendido;
- a existência de dolo por parte do ofensor na prática do ato danoso e o grau de sua culpa;
- a situação econômica do ofensor;
- a *posição social do ofendido*;
- a capacidade e a possibilidade real e efetiva de o ofensor voltar a praticar e vir a ser responsabilizado pelo mesmo fato danoso;

⁹ DA CRUZ Gisela Sampaio. O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro. Renovar. 2006

¹⁰ NUNES, Luiz A. Rizzato, CALDEIRA, Mirella D’Angelo. O Dano moral e sua interpretação jurisprudencial. São Paulo: Saraiva, 1999.

- a prática anterior do ofensor relativa ao mesmo fato danoso, ou seja, se ele já cometeu a mesma falha;
- as práticas atenuantes realizadas pelo ofensor com vistas a diminuir *a dor do ofendido*.

Afirmam os autores que o benefício do dinheiro é trazer privilégios à pessoa, ao amenizar e anestesiar a dor, suavizando-a. Porém, jamais a indenização restabelecerá o estado anterior da vítima, como ocorre com a indenização por danos materiais. Entendem que a justificativa para ampliação do valor indenizatório não é a dor sofrida pelo lesado, mas a qualidade do infrator. O **quantum** deve ser suficiente para desestimulá-lo a insistir na prática lesiva. Afirmam que a Constituição afastou a possibilidade de tarifamento¹¹ do valor indenizatório ao determinar que a indenização seja proporcional ao agravo¹². Entendem que o estabelecimento de valores ínfimos serve de estímulo ao infrator, especialmente se este for economicamente poderoso.

Já o professor Sergio Cavaliere afirma que a indenização deve ser proporcional ao dano sofrido pela vítima, pois o objetivo da indenização - tornar indene - é reparar o dano o mais completamente possível. Indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto.¹³

Na lição de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk,¹⁴ a fixação do **quantum** indenizatório é um dos momentos em que a responsabilidade civil pode atuar como instrumento para efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, na hipótese em que o dano à dignidade da pessoa for produzido por conta do exercício de ati-

¹¹ Cabe ressaltar a inconstitucionalidade do Projeto de Lei nº 150/1999 aprovado na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, pretendendo o tabelamento da indenização moral, conforme fosse leve, médio ou grave.

¹² Nesse sentido, o art. 5º, inciso V da Constituição: “V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”

¹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores. 2003.

¹⁴ RUYK Carlos Eduardo Pianovski. “A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente”. In RAMOS, Carmen Lucia Silveira et al. (Org.), *Diálogos de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

vidade econômica. Afirma o autor que todo e qualquer benefício econômico que o agente tenha obtido com a produção do dano, seja pelo fato de não expender recursos para preveni-lo (ato omissivo), seja por ter sofrido um efetivo acréscimo patrimonial pelo exercício da atividade danosa (ato comissivo), deve ser acrescido ao cômputo da indenização. Não deverá restar ao agente econômico qualquer dos benefícios obtidos com a produção ou com a omissão em sua prevenção.

Destaca, ainda, que, no cálculo do valor da indenização, no caso de dano gerado por omissão, dever-se-á levar em consideração o montante que teria sido necessário antes da produção do dano para eliminar, ou ao menos minimizar esse risco, de tal modo que o valor a ser pago ao ofendido permita que, no cálculo de custos e benefícios realizado pelos agentes econômicos, a prevenção de novos danos seja potencialmente mais competitiva do que sua produção. Na hipótese de dano comissivo, considera como critério o acréscimo patrimonial obtido pelo agente ofensor. Deve-se tornar ineficiente e até mesmo economicamente inviável a produção de danos.

Aponta o risco de legitimar-se a constante violação da dignidade da pessoa humana por parte de agentes econômicos, haja vista que, segundo a racionalidade instrumental, a violação será sempre mais eficiente e competitiva que a sua prevenção. Também não pode chegar a indenização a levar a ruína à empresa, porque traria prejuízo social grave; defende, desta forma, a utilização da ponderação de princípios. Mas ressalta que não se pode olvidar também o aspecto reparador da indenização. Defende a existência de uma racionalidade reprodutiva do sujeito, com a efetiva proteção da dignidade humana.

Em sentido oposto, Maria Celina Bodin de Moraes e Anderson Schreiber defendem a impossibilidade de se computar fatores econômicos para punição da empresa através do arbitramento da indenização moral, à míngua de previsão legal que determine a punição do agente causador do dano e à luz do artigo 5º inciso XXXIX da Constituição da República, que estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação

legal”¹⁵. A gravidade da culpa e capacidade econômica do ofensor referem-se ao dano causado e têm nítida função punitiva, interferindo na liquidação do prejuízo para aumentar o valor da indenização. Ocorre que, ao contrário da responsabilidade criminal, a responsabilidade civil tradicionalmente não tem caráter punitivo.

A responsabilidade civil, após o advento da Constituição da República de 1988, passou a preocupar-se com a vítima. A superação da ótica patrimonialista impõe a verificação do dano injusto, e não do ato ilícito. A reparação passa a se fundar na condição pessoal da vítima, e a primazia da pessoa humana impõe a reparação integral do dano sofrido, devendo-se considerar como lesão moral apenas a lesão que atinja um dos aspectos do direito da personalidade, quais sejam, a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar ou social¹⁶, afastando-se, para este fim, mesmo a consequência extrapatrimonial de dano patrimonial.

Ressalte-se que a consideração da dor causada à vítima não deve ser tomada como elemento da caracterização do dano moral, pois se refere a momento posterior ao momento da causação do dano, é consequência deste. Na lição do professor Anderson Schreiber, *“A melhor doutrina brasileira tem defendido abertamente este caminho. Neste sentido, afirma Maria Celina Bodin de Moraes: De fato, não será toda e qualquer situação de sofrimento, tristeza, transtorno ou aborrecimento que ensejará a reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficiente para afetar a dignidade humana em seus diversos substratos materiais, já identificados, quais sejam, a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar ou social, no plano extrapatrimonial em sentido estrito.”*¹⁷

¹⁵ Afirma: *“Do ponto de vista prático, o caráter punitivo do dano moral cria muito mais problemas do que soluções. Nosso sistema não deve adotá-lo, entre outras razões, para: evitar a chamada loteria forense; impedir ou diminuir a insegurança e a imprevisibilidade das decisões judiciais; inibir a tendência hoje alastrada da mercantilização das relações existenciais.”* MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 328.

¹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

¹⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas. 2007.

Ressalte-se que, ao contrário do que quer fazer crer parte da doutrina, o artigo 944 do Código Civil de 2002 não autoriza afirmar que a indenização seja medida pelo grau de culpa do agente. O fato de o artigo 944 permitir que eventualmente a reparação não seja integral, em razão da desproporção entre o grau de culpa do agente e a indenização, não autoriza afirmar que a indenização tenha caráter punitivo. A regra estabelecida no parágrafo único do artigo permite ao juiz que julgue por equidade e tem caráter excepcional, limitando-se à redução do *quantum* indenizatório, razão pela qual não pode fundamentar majoração deste. Como afirma Anderson Schreiber, “*A ninguém, com efeito, passa despercebido o fato de que o legislador não autorizou a elevação da indenização com base na culpa grave ou no dolo do agente, mas exclusivamente permitiu a redução equitativa da indenização quando a culpa for desproporcionalmente tênue frente ao dano provocado*” (grifo no original).¹⁸ É a teoria da gradação da culpa a autorizar a redução do *quantum* indenizatório.

Assim, como regra, o grau de culpa do agente não influi na estimativa das perdas e danos, mas o legislador, por meio da regra do parágrafo único, autoriza que seja considerado, para que a regra não se torne excessivamente dura. O magistrado, entretanto, não está autorizado a aumentar o valor da indenização.

2. DUTY TO MITIGATE THE LOSS

Vista a relevância da vítima para o estabelecimento da indenização adequada, trato de instituto que vem sendo desenvolvido no direito estrangeiro e que começa a ser estudado no direito brasileiro. Trata-se do *duty to mitigate the loss*, ou mitigação do prejuízo pelo próprio credor¹⁹. O fundamento para esse dever está

¹⁸ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas. 2007, p. 43.

¹⁹ Sobre essa tese, foi aprovado o Enunciado n° 169 da Jornada de Direito Civil, que estatui: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”. Fala-se em dever de colaboração, que vai ao encontro das situações

diretamente ligado ao dever de boa-fé que deve existir entre os contratantes e entre os indivíduos, em geral.

Tem-se como conceito de boa-fé o dever de agir, nas relações sociais, de acordo com certos padrões mínimos de conduta socialmente recomendados, de lealdade, correção ou lisura, aos quais correspondem expectativas legítimas das pessoas.

Vera Maria Jacob Fradera²⁰ entende que o artigo 422 do CC aproxima-se da idéia de impor certos comportamentos a ambos os contratantes, defendendo a recepção do *duty to mitigate the loss* pela norma. Afirma que o dever de mitigação pode ser considerado um dever acessório, derivado do princípio da boa-fé objetiva, pois nosso legislador adota uma concepção cooperativa de contrato. Como se trata de um dever e não de uma obrigação, sua violação corresponderia à culpa delitual.

Informa que o dever de mitigar tem origem no direito anglo-saxão, mas tem maior amplitude e positivação no âmbito das Convenções Internacionais, como por exemplo a Convenção de Haia de 1 de julho de 1964 a respeito da lei uniforme sobre a venda internacional de bens móveis corpóreos.

No sistema jurídico alemão, o dever de mitigar tem natureza de *Obliegenheit* (dever de menor intensidade, no interesse da própria pessoa, cujo descumprimento implica apenas na perda de uma posição jurídica favorável) e no sistema suíço, de *incom-bance* (incumbência). Na doutrina francesa, Béatrice Jaluzoe, em seu estudo sobre a boa-fé, reconhece nas situações analisadas a

subjetivas complexas tratadas pelo professor Pietro Pierlingieri. O enunciado está inspirado no artigo 77 da Convenção de Viena de 1980 sobre venda internacional de mercadorias, no sentido de que “A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída”. Para a autora da proposta do enunciado, Vera Maria Jacob Fradera, professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, haveria uma relação direta com o princípio da boa-fé objetiva, uma vez que a mitigação do próprio prejuízo constituiria um dever de natureza acessória, um dever anexo, derivado da boa conduta que deve existir entre os negociantes.

²⁰ FRADERA, Vera Maria Jacob. “Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?” In *Revista Trimestral de Direito Civil*, nº 19. 2004.

existência de uma culpa, muito próxima da culpa delitual, que dá lugar a uma ação por perdas e danos por parte do devedor, e conduz à compensação entre as somas devidas contratualmente e aquelas surgidas da responsabilidade.

A jurisprudência francesa tem adotado o dever de mitigar com fulcro no princípio da boa-fé objetiva, utilizando-se, ainda, da proibição do *venire contra factum proprium* como justificativa para sancionar o comportamento do credor faltoso em relação a *l'obligation de mitigation*. Exemplifica-se com o caso *Bailleux versus Jaretty*, em que o locador permaneceu 11 anos sem cobrar os aluguéis e, ao invocar a cláusula resolutória, acaba sendo privado de exercer o seu direito, com fundamento na proibição de *venire contra factum proprium*. Também invocam a ocorrência de abuso de direito.

Na *Common Law*, o dever é uma decorrência do próprio sistema, em que aquele que viola um contrato é responsável pelos danos, sem consideração à culpa ou à negligência. Pode-se concluir, portanto, que a natureza do dever de mitigar tem variado de acordo com o sistema jurídico enfocado.

A. Von Thur²¹ fala da agravação de dano já produzido, afirmando que o prejudicado não deve omitir as precauções para reduzir o dano. Exemplifica citando o inquilino que percebe ameaça de ruína no imóvel e não a informa ao locador, o que o torna responsável pelo dano que se origine quando, se tivesse advertido a tempo o locador, poderia - o dano - ser evitado. Não nos parece um bom exemplo. O autor elucida sua posição quando se vale de um segundo exemplo, o do comprador que é prejudicado por não lhe ser entregue a tempo a coisa vendida; se o prejuízo aumenta com o passar do tempo, e ele sabe que o vendedor não está em condições de cumprir o contrato, deve adquirir a coisa por outro contrato, resguardando-se. Difícil será saber, no caso concreto, quais medidas podem ser exigidas do prejudicado para redução e contenção do dano. Somente se poderiam exigir as medidas que

²¹ THUR, A. Von. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Réus, 1934.

uma pessoa medianamente razoável adotaria em seu próprio interesse. Não se podem exigir medidas perigosas.

Aliás, com relação ao custeio, as medidas tomadas pelo prejudicado para evitar ou reduzir o dano, sempre que razoáveis, devem ser indenizadas pelo obrigado, como partes integrantes do dano produzido. É indiferente, para este fim, que as precauções adotadas, desde que corretas, resultem ineficazes, ou mesmo que aumentem o dano. O direito que assiste ao prejudicado de adotar medidas de defesa é maior que o dever de fazê-lo. Pode-se imputar ao obrigado os gastos originados por uma medida defensiva racional ainda nos casos em que sua omissão não implique co-culpabilidade, como, por exemplo, nos casos em que haja um perigo que o prejudicado não tem que assumir.

Sobre esse tópico, H. G. Beale, W. D. Bishop & M. P. Furmston, no livro **Contract, Cases and Material**, estudando o caso *Gebruder Metelmann GmbH & Co versus NBR (London LTD. (1984))*, afirmam que se há duas formas de mitigar o dano, ambas razoáveis diante das circunstâncias conhecidas pela parte no momento em que a ação de mitigação é exigida, não é possível dizer que a parte agiu desarrazoadamente escolhendo uma das formas porque, à luz dos eventos posteriores, resultou que o prejuízo seria menor se escolhesse o outro método.

Afirmam, ainda, com relação ao ressarcimento pelo devedor, que todas as reduções de prejuízo obtidas devem ser consideradas no momento da indenização, porque a vítima não pode ser indenizada por mais danos do que sofreu.

Sobre o tema cabe, finalmente, destacar as lições de Antonio Lindbergh C. Montenegro²², que afirma que doutrina e jurisprudência são acordes em que à vítima se impõe o dever de evitar o aumento do dano ou minorar o já realizado, por atos positivos ou omissões. Das omissões, cita-se o caso do motorista que, depois de sofrer colisão, abandona o seu veículo no local do acidente, permitindo com isso que lhe furtem peças e acessórios ou experimente

²² MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de Danos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

considerável desgaste pelo simples fato de tê-lo deixado ao sabor das intempéries. Com relação às ações, aparece frequentemente nos casos de lesões corporais, quando a vítima se descuida no tratamento médico prescrito ou se recusa a submeter-se a pequenas cirurgias que poderiam dar lugar a uma recuperação do órgão afetado. Há manifesta agravação do dano emergente e do lucro cessante.

Não obstante, ponderações sistemáticas fizeram prevalecer, na jurisprudência, o entendimento de que a vítima pode se recusar a fazer toda operação, desde que se manifeste a presença de considerável risco, ou mesmo a tratamento doloroso. Fora destas hipóteses, sua negativa constitui culpa e rompe o vínculo entre a causa inicial do dano e a continuação deste. A inércia da vítima é concausa e faz com que ela passe a responder por si mesma. Esta, em síntese, a idéia do dever que se quer reconhecer. 

O Artigo 475-J do CPC: Direito ao Julgamento em Prazo Razoável

André Felipe Alves da Costa Tredinnick
Juiz de Direito do TJ/RJ.

1. O DIREITO AO JULGAMENTO EM PRAZO RAZOÁVEL. EVOLUÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO PARA SUA PREVISÃO EXPRESSA

A Constituição da República, refletindo diversas normas previstas em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, adotou na Emenda Constitucional 45/2004 como regra o princípio do julgamento em prazo razoável.

Assim estabelece, por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969:

“Art. 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

Essa Convenção foi objeto de adesão pela República Federativa do Brasil em 1992 (Decreto Legislativo 678), recebendo como única ressalva a declaração interpretativa sobre os artigos 43 e 48, alínea “d”, pelos quais para inspeções estrangeiras é necessária a prévia anuência do Governo brasileiro.

A referida Emenda Constitucional n. 45/2004, portanto, inseriu dispositivo que estabeleceu a identidade de hierarquia entre as normas da *Charta Magna* e dos Tratados e Convenções, superando divergência doutrinária:

“§ 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Já está o Supremo Tribunal Federal a sinalizar a desnecessidade desse quorum qualificado de ratificação para convenção pretérita, como se vê no caso da prisão civil do depositário infiel, afastada por maioria em qualquer hipótese no HC 90.172-7/SP.

Assim, ainda que fosse totalmente prescindível a modificação, segundo melhor doutrina, hoje é indiscutível que existe o direito fundamental do indivíduo ao julgamento em prazo razoável e os recursos necessários a sua garantia:

“LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Há, portanto, regra de direito fundamental em vigor, a exigir a conformidade de todos os pronunciamentos judiciais em seu favor.

2. A REFORMA DO PROCESSO EXECUTIVO. ORIENTAÇÃO CONFORME O DIREITO AO JULGAMENTO EM PRAZO RAZOÁVEL

Seguindo tal orientação, o Poder Legislativo editou a Lei 11.232/2005, sepultando o bizantino processo de execução civil, para transformá-lo em mera fase do processo de conhecimento.

Reduziram-se assim curiosas medidas como as que permitiam, na prática, a quem dispusesse de um conhecimento mínimo, reduzir quase ao infinito a data final do pagamento de obrigação líquida oriunda de decisão judicial transitada em julgado.

A medida que mais controvérsias tem gerado foi a interpretação do artigo 475-J do CPC, que possui a seguinte redação:

“Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.”

Para os processualistas tradicionais¹, aferrados à beleza do sistema processual em vigor até a reforma, a disposição exigia a intimação pessoal do devedor para efetuar o pagamento da dívida.

Para aqueles que observavam a vigência no direito pátrio da Convenção internacional e agora a vigência de direito fundamental ao julgamento em prazo razoável, que exigem a redução de atos não essenciais para a condução do processo, especialmente se se está diante de cobrança de decisão judicial transitada em julgado, o prazo flui a partir do próprio trânsito em julgado, prescindindo de qualquer publicação ou intimação do devedor.²

A interpretação histórica já demonstraria que a melhor interpretação é outra. No sistema revogado, quando havia um “processo de execução” autônomo para o título executivo judicial, o primeiro ato, admitida a inicial, era justamente a “citação” do executado.

Verifica-se aí que a necessidade de “intimação pessoal” do devedor é na verdade reinstalar o sistema revogado.

Mas a nova hermenêutica pós-positivista exige a interpretação da lei em harmonia com os princípios, valores e normas do sistema.

¹ Alexandre Câmara, *Lições de Direito Processual Civil*, v. II, 12ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Lumen. Juris, 2006.

² No mesmo sentido: Athos Gusmão Carneiro, “Nova Execução...”, REPRO 123/118, e Araken de Assis *Cumprimento da sentença*, Forense, Rio de Janeiro, 2006, p. 212.

Não é permitido ao hermenêuta estabelecer atos processuais não previstos em lei, especialmente aqueles que importam na violação do direito fundamental ao julgamento em tempo razoável, e, como mais claramente estabelece o inciso LXXVIII do artigo 5º, “os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

É certo que podem existir incontáveis motivos para defender a necessidade da permanência da velha ordem processual, como a suposta dificuldade de acompanhar o julgamento de um recurso.

Porém é evidente que o sistema entrou em colapso, que os processos não têm um andamento razoável e que é preciso mais para que os devedores, especialmente os detentores do grande poder econômico, se aprimorem na contratação dos seus profissionais para honrar com seus pagamentos.

A lógica da modificação foi estabelecer um ônus para o devedor, notadamente o réu no processo de conhecimento: o de acompanhar o julgamento do seu recurso, e se preparar para pagar seu débito que muitas vezes já se delinea na sentença de primeira instância.

3. DIVERGÊNCIA ENTRE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO ACERCA DO TEMA

O Superior Tribunal de Justiça reiteradamente tem entendido dessa forma, desde o lapidar julgamento do RECURSO ESPECIAL Nº 954.859 - RS, STJ, 3ª Turma, Relator Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, j. em 16/08/2007, publicado em 27/08/2007, com propriedade colocou o tema:

“...Transitada em julgado a sentença condenatória, não é necessário que a parte vencida, pessoalmente ou por seu advogado, seja intimada para cumpri-la. Cabe ao vencido cumprir espontaneamente a obrigação, em quinze dias, sob pena de ver sua dívida automaticamente acrescida de 10%...”

Em seu voto, o Ministro Humberto Barros assim estabeleceu:

“Há algo que não pode ser ignorado: a reforma da Lei teve como escopo imediato tirar o devedor da passividade em relação ao cumprimento da sentença condenatória. Foi-lhe imposto o ônus de tomar a iniciativa de cumprir a sentença de forma voluntária e rapidamente. O objetivo estratégico da inovação é emprestar eficácia às decisões judiciais, tornando a prestação judicial menos onerosa para o vitorioso. Certamente, a necessidade de dar resposta rápida e efetiva aos interesses do credor não se sobrepõe ao imperativo de garantir ao devedor o devido processo legal. Mas o devido processo legal visa, exatamente, ao cumprimento exato do quanto disposto nas normas procedimentais. Vale dizer: o vencido deve ser executado de acordo com o que prevê o Código. Não é lícito subtrair-lhe garantias. Tampouco é permitido ampliar regalias, além do que concedeu o legislador (...) A Lei não explicitou o termo inicial da contagem do prazo de quinze dias. Nem precisava fazê-lo. Tal prazo, evidentemente, inicia-se com a intimação. O Art. 475-J não previu, também, a intimação pessoal do devedor para cumprir a sentença. A intimação - dirigida ao advogado - foi prevista no § 1º do Art. 475-J do CPC, relativamente ao auto de penhora e avaliação. Nesse momento, não pode haver dúvidas, a multa de 10% já incidiu (se foi necessário penhorar, não houve o cumprimento espontâneo da obrigação em quinze dias). Alguns doutrinadores enxergam a exigência de intimação pessoal. Louvam-se no argumento de que não se pode presumir que a sentença publicada no Diário tenha chegado ao conhecimento da parte que deverá cumpri-la, pois quem acompanha as publicações é o advogado. O argumento não convence. Primeiro, porque não há previsão legal para tal intimação, o que já deveria bastar. Os Arts. 236 e 237 do CPC são suficientemente claros neste sentido. Depois, porque o advogado não é, obviamente, um estranho a quem o constituiu. Cabe a ele comunicar seu cliente de que houve a condenação. Em verdade, o bom patrono deve adiantar-se à intimação formal, prevenindo seu constituinte para que se

prepare e fique em condições de cumprir a condenação. Se o causídico, por desleixo omite-se em informar seu constituinte e o expõe à multa, ele deve responder por tal prejuízo. O excesso de formalidades estranhas à Lei não se compatibiliza com o escopo da reforma do processo de execução. Quem está em juízo sabe que, depois de condenado a pagar, tem quinze dias para cumprir a obrigação e que, se não o fizer tempestivamente, pagará com acréscimo de 10%.”

Assim, não é a melhor a decisão adotada por maioria pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na busca da solução de divergência jurisprudencial, pelo qual se entendeu pela necessidade de intimação pessoal do devedor nessa hipótese, conforme acórdão na Uniformização de Jurisprudência n. 07/2007.

Tal decisão valeu-se de interpretação do artigo 240 do CPC, segundo o qual os prazos para as partes contam-se da intimação. Contudo, já há intimação como forma de comunicação do dever de pagar o débito quando o acórdão (condenatório) é publicado, surgindo daí livremente os prazos para que o réu interponha os recursos cabíveis que, ao não serem articulados, levam ao trânsito em julgado da decisão e a partir daí tornam líquida a obrigação, grosso modo.

O que se fez na Uniformização de Jurisprudência 07/2007 foi restabelecer a revogada citação do devedor, nominando-a como intimação.

A lei só previu intimação no artigo 475-J no seu parágrafo primeiro, quando então fez expressa menção aos artigos próprios³. Logo, não há regra estabelecendo intimação, nem pelo diário oficial, nem muito menos pessoalmente.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgados recentes, tanto em sua Terceira Turma (AgRg no REsp 1018172/SP n. 2007/0299686-

³ “§ 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias.”

9, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 04/09/08), quanto em sua Quarta Turma, tem mantido o entendimento de que não há necessidade de intimação pessoal do devedor para efetuar o pagamento da dívida na cobrança de título executivo judicial:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEI N. 11.232/2005. ARTIGO 475-J. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. INTIMAÇÃO PESSOAL DA PARTE VENCIDA. DESNECESSIDADE. 1. A intimação da sentença que condena ao pagamento de quantia certa consoma-se mediante publicação pelos meios ordinários, a fim de que tenha início o prazo recursal. Desnecessária a intimação pessoal do devedor. 2. Transitada em julgado a sentença condenatória, não é necessário que a parte vencida, pessoalmente ou por seu advogado, seja intimada para cumpri-la. 3. Deve a parte vencida cumprir espontaneamente a obrigação, em quinze dias, sob pena de ver sua dívida automaticamente acrescida de 10%. 4. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no Ag. 1046147/RS n. 2008/0098846-7, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Órgão Julgador, T4 - QUARTA TURMA, Data do Julgamento, 09/09/2008, Data da Publicação/Fonte: DJe 06/10/2008).

4. CONCLUSÃO

Assim, em síntese, para cumprir o artigo 8º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos e o artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, o prazo para pagamento voluntário da dívida na hipótese do artigo 475-J do CPC se inicia automaticamente a partir do trânsito em julgado da decisão, sem necessitar de qualquer publicação ou intimação para que o devedor efetue o pagamento.

Não o fazendo, caberá ao credor dar andamento à fase de cobrança, também em prazo razoável, elaborando os cálculos do débito e neles incluindo a multa de 10% e os honorários advocatícios, não excluído pela multa, porque senão não haveria qualquer sanção ao devedor recalcitrante. ☐

Considerações acerca da Obrigatoriedade da Aposição do Visto de Advogado em Atos Constitutivos de Sociedades Empresárias

Afrânio Carlos Moreira Thomaz

Procurador do Banco Central do Brasil no Rio de Janeiro. Professor da Pós-Graduação em Direito Empresarial da Universidade Candido Mendes.

O Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94), que dispõe sobre o exercício da profissão de advogado, e, portanto, constitui diploma que não se insere no âmbito do Direito Empresarial, possui preceptivo que produz reflexos nessa disciplina, especificamente no que diz respeito às sociedades. Trata-se do art. 1º, § 2º, que assim estatui:

Art. 1º, § 2º - “Os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados”.

No mesmo sentido reza o art. 36 do Decreto 1.800/96, que regulamentou a Lei 8.934/94 (Lei do Registro de Comércio).

Note-se que a cominação de nulidade pela não aposição do visto do advogado refere-se não apenas aos atos e contratos constitutivos de sociedades, mas aos das pessoas jurídicas em geral. Assim, os atos constitutivos das fundações e associações

também requerem, para a sua validade, a assinatura daquele profissional.

Tal exigência se aplica igualmente às hipóteses em que o ato constitutivo é celebrado por instrumento público ou particular, indistintamente.

Ademais, o visto de advogado se faz necessário tanto para os contratos em suas respectivas concepções originais, como também para posteriores alterações de seu texto, as quais, por isso mesmo, também passam a integrar o ato constitutivo das sociedades.

Se um dos integrantes da pessoa jurídica em constituição já se qualifica como advogado, claro se afigura que a exigência estará sendo cumprida com a assinatura desse mesmo indivíduo, não parecendo razoável que se interprete ser necessária a intervenção de um outro profissional para também apor o seu visto.

Quando do advento da Lei 8.906/94, o dispositivo em apreço foi criticado por criar uma suposta “reserva de mercado” para os advogados, dando ensejo à criação de uma suposta categoria que já se chamou de “advogados de porta de Junta”, que ficavam de plantão diante daquelas repartições, aguardando o aparecimento de desavisados que não conseguiam efetuar o arquivamento de contratos sociais em razão da ausência do requisito em apreço.

Foi inclusive intentada uma ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, perante o STF (ADIn 1.194-4/DF), por parte do CNI - Conselho Nacional da Indústria, sob o argumento de que tal dispositivo legal ofenderia o princípio constitucional da igualdade, “eis que outras pessoas que praticam atos da mesma significação, ou de maior abrangência, ficam dispensadas da observância de tal exigência”. Foi também argumentado que o art. 1º, § 2º da Lei 8.906/94 traria “restrições à liberdade de associação”.

Tal ação, entretanto, teve seu pedido de liminar indeferido pela Corte Suprema, que ressaltou a existência de norma similar no anterior Estatuto da Advocacia (art. 71, § 4º da Lei 4.215/63, acrescentado pela Lei 6.884/80), sem que nunca tivesse havido qualquer impugnação ao longo de sua vigência - o que descaracterizaria o *periculum in mora*. Em outubro de 2006, o STF, em decisão majoritária, julgou em definitivo a referida ADIn, tendo

considerado improcedente o pedido nela formulado em relação ao preceito legal sob comento.

Mas o art. 1º, § 2º da Lei 8.906/94, ao estatuir a exigência em apreço, não pretendeu simplesmente propiciar aos advogados o exercício privativo de uma atividade através da qual pudessem auferir lucros no desempenho da profissão, pelo que se afigura exagerada a alegação de que tal dispositivo teria criado uma odiosa reserva de mercado para esses profissionais.

Na qualidade de profissional que lida diretamente com o Direito, e em sintonia com o art. 1º, II da própria Lei 8.906/94, o advogado é, em tese, a pessoa mais credenciada para confeccionar o contrato social - o que fará com base nas informações recebidas dos sócios. Mas, quando não for assim, na hipótese de os sócios lhe apresentarem um contrato redigido previamente por eles mesmos, ou por outrem, é claro que o advogado sério e responsável somente assinará esse ato constitutivo após acurada leitura, na qual deverá se certificar acerca da legalidade de seus termos, e se estes realmente expressam com fidelidade os desígnios e interesses dos sócios, recomendando eventuais alterações e acréscimos que se fizerem necessários. Daí a importância da exigência contida no art. 1º, § 2º da Lei 8.906/94.

Porém o mau profissional, aquele que apõe o seu visto sem adotar as devidas cautelas na análise do ato constitutivo e encara essa atividade como simples meio de auferir lucros, corre o risco de chancelar um contrato social eivado de irregularidades, ou com cláusulas redigidas de modo impróprio ou confuso, que dificultam a correta interpretação do documento.

Mesmo com o visto do advogado, a Junta, de acordo com o art. 40 da Lei 8.934/94 e com o art. 57 do Decreto 1.800/96, não está dispensada de aferir a adequação das cláusulas do contrato social cujo arquivamento lhe fora solicitado, devendo recusar o registro se detectado algum vício de legalidade não percebido pelo profissional que firmou o ato constitutivo. Em ocorrendo isto, haverá ensejo, inclusive, para a eventual responsabilização administrativa do advogado subscritor do contrato social junto à OAB, a teor do art. 34, XXIV da Lei 8.906/94.

Imagine-se, por exemplo, o advogado que apõe seu visto em ato constitutivo de sociedade cujo objeto seja ilícito ou impossível. Ou que se trate de uma sociedade leonina. Ou ainda que o contrato social atribua a gerência à pessoa impedida de exercê-la, como seria o caso de um servidor público federal.

Em qualquer dessas hipóteses, tendo em vista a existência de cláusula manifestamente irregular, restará caracterizada a imperícia do advogado que apôs seu visto no contrato social, ou, no mínimo, a negligência no exercício da profissão, por ter assinado documento sem as necessárias verificações.

Deparando-se com uma dessas situações, é evidente que a Junta Comercial recusará o arquivamento do ato constitutivo, ainda que dele conste o visto do advogado. Ademais, haverá ensejo para que a Junta Comercial oficie à OAB para dar conhecimento do fato, possibilitando a esse órgão de classe a adoção de providências administrativas contra o profissional inapto ou desidioso.

Portanto, se por um lado o art. 1º, § 2º da Lei 8.906/94 pode ser criticado por ter criado uma suposta “reserva de mercado” em favor dos advogados, é inegável, por outro lado, que esse dispositivo proporciona maior segurança aos sócios, na medida em que o contrato social por eles concebido passa a contar com a chancela de profissional especializado, que será o avalista da legalidade e da adequação dos termos pactuados.

Conforme oportunamente afirmado pelo Conselho Federal da OAB na referida ADIn 1.194-4/DF, “a assessoria e a presença dos advogados na orientação e feitura de atos e contratos de pessoas jurídicas representa a mais contemporânea participação preventiva de um profissional especializado, em face da complexidade tecnológica moderna”, tendo sido aduzido que “a experiência demonstrou que, antes do advento desse ato normativo, profissionais sem qualificação jurídica (despachantes, contadores, *experts*) assomavam a essa condição, com irreparáveis prejuízos aos interessados”.

Entretanto, a Lei Complementar 123/06, que instituiu o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, e prevê tratamento diferenciado, favorecido e simplificado às sociedades

como tal qualificadas, abriu uma exceção à exigência de serem os contratos sociais visados por advogados. Com efeito, dispõe o seu art. 9º, § 2º:

Art. 9º (...).

§ 2º “Não se aplica às microempresas e às empresas de pequeno porte o disposto no § 2º do art. 1º da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994”.

Mandamento semelhante já se continha no art. 6º, parágrafo único da revogada Lei 9.841/99 (antiga lei das microempresas e empresas de pequeno porte).

Assim, se a sociedade em constituição for enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte, a teor do art. 3º da Lei Complementar 123/06, seu contrato social poderá ser arquivado na Junta Comercial independentemente de estar ou não visado por advogado.

Tal disposição legal pretendeu baratear e simplificar a constituição de sociedades, ao dispensar os sócios de uma formalidade que, normalmente, lhes traria o ônus de arcar com os honorários profissionais do advogado subscritor do contrato social.

Embora louvável a preocupação do legislador do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte em tornar menos onerosa a constituição de sociedades abrangidas por esse conceito, a verdade é que o fim obtido com a dispensa do visto do advogado pode, muitas vezes, surtir efeitos indesejados, fazendo com que o barato se torne caro.

Com efeito, os sócios de grandes sociedades em constituição são, na maioria das vezes, pessoas dotadas de elevada formação intelectual, e que, além disso, normalmente contam com uma eficiente assessoria técnica e jurídica. A princípio, é de se supor que nesses casos a possibilidade de terem seus empreendedores incorrido em alguma irregularidade quando da elaboração do ato constitutivo é reduzida, em razão do aparato que, em geral, se faz presente nas tratativas preliminares à criação dessas sociedades não enquadradas como microempresas ou empresas de pequeno porte.

Já nas sociedades de menor vulto econômico, e que estariam enquadradas no conceito de microempresas ou empresas de pequeno porte, a situação costuma ser diversa. Nesses empreendimentos, nem sempre os sócios possuem elevada formação intelectual, e nem sempre contam com uma assessoria qualificada para orientá-los técnica e juridicamente.

Por conseguinte, a incidência de erros, distorções, contradições e vícios nos contratos das sociedades enquadradas na Lei Complementar 123/06 tende a ser bem maior, em razão da dispensa prevista no art. 9º, § 2º desse mesmo diploma.

Então, pode-se concluir que a aposição do visto de advogado nos atos constitutivos das microempresas e empresas de pequeno porte seria até mais essencial do que nas sociedades de maior expressão empresarial e econômica, pelo que a dispensa de tal formalidade pela Lei Complementar 123/06, na verdade, não se revela em sintonia com o tratamento favorecido que lhes é assegurado pelo art. 170, IX da Constituição.

Mesmo em se tratando de microempresas ou empresas de pequeno porte, é de se imaginar que as pessoas que se propõem a constituir uma sociedade e contribuir para a formação de um capital social disporão de recursos suficientes para arcar com os honorários de um advogado incumbido de analisar o contrato e apor seu visto. A menos que o advogado lhes cobre uma quantia extorsiva, o pagamento de seus honorários seria, com certeza, uma das menores despesas em que os sócios incorreriam para constituir e viabilizar a sociedade.

Se, no entanto, a exigência contida no art. 1º, § 2º da Lei 8.906/94 de algum modo dificulta ou encarece a constituição de micro e pequenas sociedades, devido aos honorários que seriam despendidos com a orientação realizada por profissional habilitado, que então o ordenamento jurídico admitisse a concessão de visto por advogados dativos ou por defensores públicos, se acaso efetivamente demonstrada a hipossuficiência econômica dos sócios para arcar com tal ônus.

O que se afigura incompreensível é o fato de a legislação impor aos grandes empreendimentos a assessoria de um advogado, e,

simultaneamente, permitir o desamparo dos sócios das sociedades enquadradas como microempresas e empresas de pequeno porte - o que leva à conclusão de que a dispensa em apreço, diversamente do que foi concebido quando de sua introdução em nosso ordenamento jurídico desde o advento da Lei 9.841/99, em nada contribui para o estímulo e fortalecimento dessas pessoas jurídicas no cenário econômico e social. 

Retroatividade *Secundum Eventum Probationis* do Novo Art. 306 do CTB

Cássio Benvenuti de Castro
Juiz de Direito do TJ/RS

1. PERSPECTIVA DE ANÁLISE

A recente Lei 11.705, de 19 de junho de 2008, atribuiu nova redação ao delito de conduzir veículo automotor após a ingestão de álcool, dentre outras modificações. Importantes setores da sociedade civil têm discutido e polemizado acerca da efetividade dessa norma que procura implantar a ‘tolerância zero’ aos crimes de trânsito na sistemática penal brasileira.

Atenta ao caos em que se avolumam as tragédias nas vias públicas do país, a legislação é bem intencionada e até certo aspecto pedagógica, a despeito do cunho simbólico-punitivista que inflaciona a legislação penal. Todavia, são constitucionalmente inseguros os limites estipulados pelo legislador para a caracterização do crime, face o critério objetivo descrito no tipo e à luz do contexto probatório tarifado.

O novo art. 306 do CTB não apresenta atributos jurídicos para ser festejado. A opinião pública alardeou-se frente a uma norma similar à anterior. Comina a mesma sanção prevista no passado. Aparentemente, teria sido formulado para enrijecer a reprovação criminal sem, contudo, imaginar os reflexos possíveis no cotejo entre as redações que se sucederam no tempo.

O presente ensaio questiona o caráter meramente prognóstico de particularidades criminais da reforma estudada. Na perspectiva do processo constitucional penal, uma vez respeitada a incolumidade física do indivíduo para não produção de prova contra si

mesmo, indaga-se sobre a extinção do ilícito praticado sob a égide do anterior regramento. Examinar-se-á o fato de conduzir veículo após a ingestão de álcool.

Imaginemos o exemplo de uma pessoa outrora condenada por direção perigosa sob influência do álcool. No processo encerrado, não se aferiu pelo exame de sangue (ou sequer pelo etilômetro) o nível de substância química no seu organismo. Essa pessoa ainda deve permanecer no rol dos culpados? Entendemos que não. Os efeitos penais devem ser afastados. A inovação da Lei 11.705/08 tratou de uma *abolitio criminis* condicionada ao acervo probatório até então recolhido.

A taxatividade objetiva, aferindo por indesejável a dosagem de 6 decigramas de álcool por litro de sangue, reserva uma novidade benéfica ao réu ou suspeito condenado ou em vias de ser processado pelo antigo art. 306 do CTB. Segundo o acervo probatório outrora analisado, quando da apreensão em flagrante, caso não se tenha submetido aos exames técnico, inviável se cogitar da consumação do crime pela norma atual.

O novo delito do art. 306 do CTB reflete conseqüências processuais tanto para os expedientes findos como para aqueles em curso ou em via de serem instaurados. Cuidou-se de uma extinção da punibilidade que retroage em benefício do réu. Estudaremos sumariamente algumas questões, imbuídos do espírito dialético das Ciências Sociais e Jurídicas, sem a pretensão de exaurir ou firmar posição definitiva às matérias.

2. AS NOVIDADES QUE AGRAVARAM A CONTUNDÊNCIA PENAL

A contundência punitivistâ¹ da Lei 11.701/08 já se apresenta no artigo primeiro: “Esta Lei altera dispositivos da Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, com a finalidade de estabelecer alcoolemia 0 (zero) e de impor penalidades mais severas para o condutor que dirigir sob a influência do álcool, e da Lei 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre

¹ BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 38.

as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para obrigar os estabelecimentos comerciais em que se vendem ou oferecem bebidas alcoólicas a estampar, no recinto, aviso de que constitui crime dirigir sob a influência de álcool.”

Na ideologia política de cuidar como questão delituosa uma patologia social, registramos a intolerância manifestada pelo legislador. Tão-somente na aparência e no discurso experimentou-se um enrijecimento normativo penal no trato da problemática. Casuisticamente, profligamos que a reforma tributou uma *lex mitior* em matéria criminal.

2.1. Mudança da classificação doutrinária do tipo. Do perigo concreto ao abstrato

A preocupação com a segurança viária não é novidade no ordenamento jurídico. O Decreto-Lei 3.688/41 (Contravenções Penais) previa delitos de trânsito (arts. 32 e 34).

Com o advento da Lei 9.503/97 (redações originárias dos arts. 306 e 309), dirigir veículo de forma anormal (risco concreto) em determinadas condições irregulares (sem habilitação ou sob influência do álcool) passou a ser crime. Diferentemente das contravenções, o pretérito art. 306 impescindia da exposição da incolumidade de outrem a dano potencial. Não se tratava de colocar em perigo segurança ‘alheia’, mas de alguém, ofendido determinado, mesmo que plúrimo, carecendo da prova no caso sob análise. Estipulou-se um crime de perigo concreto².

Além do torpor físico-químico resultante da ingestão da bebida, era indispensável a condução do veículo de maneira trans-tornada. Exemplos disso são o ziguezague, cavalo-de-pau, subir a calçada, tirar fino, na contramão etc. (situações objeto de prova). À míngua das divergências doutrinárias, os pretórios³ profligavam a

²NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 2 ed. Editora RT, 2007, p. 1032.

³Contra, afirmando que a anterior redação do art. 306 tratava de crime de perigo abstrato: “O artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro prevê crime de perigo abstrato, bastando a

embriaguez no volante como infração de perigo sensível. De acordo com o STJ: “O delito de embriaguez ao volante previsto no art. 306 da Lei nº 9.503/97, por ser de perigo concreto, necessita, para a sua configuração, da demonstração da potencialidade lesiva” (Resp 608.078/RS Recurso Especial 2003/0181007-0, Quinta Turma, Rel. Ministro Felix Fischer, 23/06/2004, DJ 16.08.2004 p. 278).

Em meio à epidemia nacional, que vitima inocentes em estradas e ruas do Brasil, o legislador consagrou um desenho típico com características próprias, mas sanção idêntica ao anterior. Comparem-se as descrições legais (grifamos as alterações):

Redação anterior.

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Nova redação, conforme a Lei 11.705/08.

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de 6 meses a 3 anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.⁴

condução em estado de embriaguez, o qual foi atestado por prova testemunhal bem como pelo laudo de exame químico toxicológico” (TJSP, Apelação Criminal 993080489084 [1198235360000000], Relator Aloísio de Toledo César, 15ª Câmara de Direito Criminal, DJ 03.06.2008.

⁴ Decreto 6.488, de 19 de junho de 2008. “Art. 2º Para os fins criminais de que trata o art. 306 da Lei nº 9.503, de 1997. Código de Trânsito Brasileiro, a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia é a seguinte:

A nova redação do dispositivo, ao suprimir o elemento normativo ‘expondo a dano potencial a incolumidade de outrem’, pretendeu transmutar o caráter do perigo para configuração do ilícito. Dispensou-se o risco concreto, a ser comprovado faticamente (em regra, por testemunhas), mas se presumiu em absoluto que um motorista, ao ingerir determinada quantidade de álcool, representa uma insegurança nas vias públicas. Foi considerado um inimigo⁵ da segurança viária.

Numa tendência utilitarista, a nova tipificação antecipou⁶ a repressão, justamente, para o fim de prevenir (ou tentar fazê-lo) a iminência de um acidente. Supôs-se, com base em estatísticas e em critérios punitivistas de política criminal⁷, que a mera conduta de dirigir um automóvel com os sentidos alterados expõe a sociedade a um risco não permitido.

A classificação da infração assumiu contornos mais rigorosos. Tornou-se desnecessária a prova da exposição do perigo, facilitando o sucesso da pretensão acusatória, desde que observado o limite objetivo de alcoolemia cunhado na reforma.

Privilegiando o postulado da ofensividade, vetor da intervenção mínima criminal na ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, há estudos que insistem pela natureza concreta⁸ do perigo tipificado no art. 306, sob pena de inconstitucionalidade. Os argumentos são de duas ordens: pela interpretação sistemática dos arts. 1º e 7º da Lei 11.705/08 e do art. 291, § 1º, I, do CTB, que

I - exame de sangue: concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue; ou

II - teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro): concentração de álcool igual ou superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.”

⁵JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal Del Enemigo*. Tradução Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003, p. 56.

⁶GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. “Direito Penal do inimigo e os inimigos do direito penal”. *Revista Última Ratio*. Coord. Leonardo Sica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 006, ano 1, p. 329-356.

⁷ Critérios absolutamente legítimos, mas com os quais não concordamos, já que na contramão do minimalismo preconizado desde 2006 com a Lei de Drogas e Maria da Penha.

⁸GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 375.

positivam a ‘influência do álcool’ e não podem ser desprezados bem como a própria estrutura do artigo, segunda parte; pela análise da infração administrativa do art. 165 do CTB, um *minus* em relação ao crime, mas que prevê o elemento normativo ‘influência do álcool’.

A independência entre as esferas administrativa e penal infirma esta última conclusão. Por vezes, a voracidade do direito burocrático é mais⁹ incisiva que a da própria modalidade extrema, desvinculando-se uma sanção da outra, o que se justifica até pela subsidiariedade do Direito Criminal.

Outrossim, é notória a compactação de normas de cunho penal, civil, consumerista, administrativa bem como de ordem sancionadora e promocional, na Lei 11.705/08. A leitura dos institutos cerceadores da liberdade alinhavados excepciona-os dos demais e indica uma nítida tendência ideológica do punitivismo simbólico¹⁰ que grassa nos reclames públicos e se individualiza no art. 1º da indigitada Lei e na mensagem¹¹ de veto presidencial.

Finalmente, a letra do art. 306 evidencia a preocupação contra o álcool, droga de maior intercorrência nos acidentes. A conjunção alternativa que separa os elementos normativos - concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, OU sob a influência de qualquer outra substância psicoativa - não sugere espaço a uma interpretação equivalente às

⁹ Vale referir caso em que a conduta de importação é atípica, mas não afasta a perda administrativa das mercadorias, no caso do descaminho insignificante: “Havendo prática de descaminho com a ilusão de impostos em valor não superior ao patamar de R\$ 2.500,00, previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/02, é possível a aplicação do princípio da insignificância penal. - A alteração promovida pela Lei nº 11.033/04 - que elevou aquele patamar para R\$ 10.000,00 - não merece ser adotada sob pena de tornar inócua a norma do art. 334 do Diploma Repressor. - Os bens tutelados pela norma jurídica não ficam desprotegidos em casos como este: o processo administrativo de perda das mercadorias, por resultar efetivo prejuízo ao indiciado, constitui medida suficiente para garantir a preservação do setor econômico nacional. - Recurso a que se nega provimento” (TRF4, RSE 2004.70.02.005503-8, Sétima Turma, Relatora Maria de Fátima Freitas Labarrère, DJ 17/05/2006).

¹⁰ CALLEGARI, André Luiz; LYNETT, Eduardo Montealegre; JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal e Funcionalismo*. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 93.

¹¹ “Embora objetivando aumentar o rigor do tratamento dispensado àqueles que atuam de forma irresponsável no trânsito, a proposta pode ensejar efeito colateral contrário ao interesse público.”

duas ordens de elementos químicos. Mero consumo de bebida etílica a certos índices consoma o tipo.

Respeitando a solução doutrinária em contrário, refletimos que o novo art. 306 alinha uma diversa classificação acadêmica. Mesmo que a pena cominada seja idêntica à anterior, a norma não retroagiria em vista do agora caráter presumido¹² do perigo estipulado e julgado, nos pretórios¹³, conforme os princípios reitores do ordenamento. Isso, se há comprovação da ingestão de, no mínimo, 6 decigramas de álcool por litro de sangue.

2.2. Restrição à concessão dos benefícios penais alternativos

A redação originária do art. 61, da Lei 9.099/95, considerava de pequeno potencial ofensivo o delito cuja pena máxima não ultrapassava 1 ano de privação da liberdade. Naquele cenário, o art. 291, parágrafo único, do CTB, estipulou a incidência dos arts. 74 (composição civil), 76 (transação penal) e 88 (representação do ofendido) aos crimes de embriaguez ao volante, participação em competição não autorizada e lesão corporal culposa. Ou seja, a Lei 9.503/97 ampliou, pontualmente, a abrangência de alguns institutos desprisonalizadores¹⁴ da Lei dos Juizados Especiais, consoante autorização constitucional¹⁵ (art. 98, I da CRFB), que

¹² Contra o atual caráter de perigo abstrato tipificado no art. 306 do CTB: GOMES, Luiz Flávio. “Lei seca: fiscalização e menos mortes”. *O Estado de São Paulo*, 08-08-08, A2. O autor sufraga o caráter fundamental da garantia da ofensividade ao bem jurídico como indispensável no Direito Penal contemporâneo.

¹³ Os Tribunais reputam legítima a previsão de crimes de perigo abstrato: “Ao legislador é que compete atribuir valor em abstrato a condutas, criminalizando-as e prevendo as sanções respectivas, seara na qual ao Judiciário, de regra, não é dado se imiscuir. Assim, não há inconstitucionalidade na postura mais severa do legislador em relação à questão das armas, que tem desencadeado amplas campanhas de desarmamento. E se trata de crime de perigo abstrato, sem a necessidade, pois, para o seu reconhecimento judicial, de situação especial e caracterizada de perigo” (Apelação Crime nº 70010456598, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 28/04/2005).

¹⁴ Doutrina utiliza o termo despenalizadores. Penso que os delitos persistiram, até se fomentou a persecução, apenas tornou menos provável a privação da liberdade em prol das medidas alternativas.

¹⁵ A jurisprudência entende constitucional o alargamento dos institutos despenalizadores para além da Lei 9.099/95: “Embriaguez ao volante. O art. 291, parágrafo único, do CTB,

remete a definição da competência e a abrangência dos benefícios à legislação inferior.

A Lei 11.313/06 modificou o conceito de infração de menor potencial ofensivo, açambarcando delitos cuja privação da liberdade não exceda 2 anos. Retirou-se muito da significação tangencial da pelo então art. 291 do CTB. Atualmente, quase todos delitos de trânsito estariam, naturalmente, submetidos às normas do Juizado Especial (seja no que toca ao procedimento ou demais benefícios legais, *sursi*, etc.), salvo o homicídio culposo no trânsito (dentre outras, pena de 2 a 4 anos de detenção). Por expressa remissão da legislação do tráfego, a embriaguez ao volante facultaria ao sujeito o favor da transação penal.

Perpetuou-se o entendimento de que as medidas alternativas então previstas no art. 291 (representação, composição civil e criminal) seriam aplicáveis, na íntegra, apenas às lesões corporais. Ora, não havia vítima imediata (mesmo que se tratasse de perigo concreto) nos delitos de embriaguez e de racha. A coletividade seria a maior prejudicada. Apenas indiretamente algum indivíduo poderia se julgar sob a iminência de algum risco de dano.

Assim, para os crimes vagos¹⁶ dos arts. 306 e 308 do CTB, no indigitado art. 291, unicamente se interpretava a possibilidade da transação¹⁷ penal. Estariam prejudicados fática e juridicamente os institutos da composição civil dos danos e da representação. Como o bem jurídico tutelado é a segurança viária e, por isso, indisponível, o entendimento se sufragou nos julgados do E. STJ: “interpretar o disposto no art. 291 do Código de Trânsito Brasileiro e no art. 88 da Lei n. 9.099/1995, entendeu que a ação penal pro-

determinou a aplicação de apenas três dispositivos da Lei 9.099/95 (ARTS. 74, 76 E 88) aos delitos de lesões culposas, embriaguez ao volante e competição não autorizada. Os institutos da composição civil e transação penal não transformam delitos com pena carcerária máxima acima de um ano, automaticamente, em infrações de menor potencial ofensivo. Inexistência de vedação constitucional a aplicação de ambos os institutos mencionados a infrações comuns” (Conflito de Competência nº 699248647, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo, Julgado em 11/08/1999).

¹⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Volume 1. 12 ed. São Paulo: Saraiva, p. 267.

¹⁷ Contra, não admitindo a transação à embriaguez ao volante nem sob a égide da anterior redação. JESUS, Damásio de. *Crimes de Trânsito*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 43.

posta pela prática do crime de embriaguez ao volante prescinde de prévia representação, pois se revela de ação pública incondicionada. O Min. Paulo Medina, em seu voto-vista, aduziu que isso se deve à natureza daquele crime, em que há perigo de dano e inexistência de vítima concreta, visto que o bem tutelado é a segurança viária, bem coletivo e indisponível, quanto mais se recomendável adotar essa interpretação em prol da própria política criminal, para se buscar coibir a impunidade e corrigir essa deficiência do legislador” (RHC 13.485-SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 9/12/2005).

A nova redação do art. 291 do CTB, conforme a Lei 11.705/08, agravou a situação do condutor acometido de embriaguez. Agora excluiu-se-lhe o benefício do acordo penal, *in verbis* (grifo nosso):

Redação anterior.

Art. 291. Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber.

Nova redação, conforme a Lei 11.705/08.

Art. 291. Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber.

Parágrafo único. Aplicam-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante, e de participação em competição não autorizada o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.

§ 1º. Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, exceto se o agente estiver:

I - sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determina dependência;

(...) § 2^a. Nas hipóteses previstas no § 1^o deste artigo, deverá ser instaurado inquérito policial para a investigação da infração penal.

As medidas alternativas da Lei 9.099/95, para os crimes de trânsito, excepcionam-se nas hipóteses do condutor alcoolizado. A inovação foi implacável, tanto nos casos dele se envolver em delitos de mero perigo (arts. 306 e 308) como se ocasionar danos a outrem (art. 303).

A contundência persecutória, desde o momento investigativo, exige a instauração do inquérito policial. Por evidente que, afastada a Lei do Juizado Especial, dispensa-se o termo circunstanciado em prol do expediente administrativo ordinário.

A nova legislação retirou do acusado pelo delito de embriaguez ao volante bem como do que pratica lesões culposas sob efeitos do álcool, as medidas alternativas da jurisdição consensual, previstas na Lei 9.099/95. Face o cunho despenalizador da transação, a nova disposição é prejudicial e não retroage.

De outra sorte, permanece cabível aos acusados como incurso no art. 306, a suspensão condicional do processo.

3. CARÁTER ABERTO DO ELEMENTO NORMATIVO “SOB A INFLUÊNCIA DO ÁLCOOL” VERSUS LIMITE OBJETIVO DA ALCOOLEMIA. ABOLITIO CRIMINIS E RETROAÇÃO CONDICIONADA À DILIGÊNCIA PROBATÓRIA TARIFADA

A antiga redação do art. 306 do CTB não exigia que o sujeito estivesse, de fato, embriagado segundo sua compleição física, sexo e histórico médico. O crime consumava-se pela condução de veículo em via pública, de forma anormal (gerando perigo à incolumidade alheia) e sob a ‘influência do álcool’. Como definir esse elemento normativo ‘influência de álcool’?

Sob o ponto de vista probatório, duas¹⁸ orientações abalizaram o debate. Num primeiro momento, sistemática, topológi-

¹⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Legislação Especial*. Volume 4. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 302.

ca e harmonicamente, a interpretação autenticou-se no bojo do próprio CTB. O art. 276¹⁹ prestou-se ao suporte de tipificação. O dispositivo reputou o montante de 6 decigramas de álcool por litro de sangue como impeditivo à condução de veículo sob condições normais. A partir dessa aferição, nos termos da lei, o indivíduo estaria sob os efeitos do álcool.

No influxo da estrita legalidade e atento aos pressupostos constitucionais delineadores do Direito Penal, caracterizava-se a embriaguez com recursos interpretativos legitimados positivamente. Os 6 decigramas de álcool para a determinação da ‘influência’ alinhados no art. 276 do CTB evitaram o laconismo então desenhado no tipo, mas acabou por vincular eventual acusação e/ou condenação à prova técnica.

Ora, apenas a coleta de sangue ou o bafômetro forneceriam subsídio verossímil para medição do teor de substância indesejada no organismo. Nenhum outro indício disporia de precisão casuísta ou mesmo fidedignidade para tal aferição. Por conseqüência, a absolvição escorava-se na ausência de provas da elementar, como refletido por algumas decisões do E. TJRS: “Ausente prova técnica atestando o número de decigramas de álcool por litro de sangue e ausente prova da autoria do delito é de se absolver o apelante do delito tipificado no art. 306 da Lei 9.503/97, com fundamento no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal” (Apelação Crime nº 70012342804, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genacéia da Silva Alberton, Julgado em 27/09/2006).

Todavia, a submissão do imputado ao exame não é compulsória no Estado Democrático de Direito. Ninguém é obrigado a produzir evidências contra si mesmo. Nos pretórios, sufragando-se o direito constitucional de permanecer em silêncio (muito mais abrangente que o mero silêncio propriamente dito) e a presunção da inocência, praticamente inviabilizou-se o sucesso da acusação contra quem não se submetia voluntariamente à prova técnica. O

¹⁹ “Art. 276. A concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue comprova que o condutor se acha impedido de dirigir veículo automotor”.

E. STJ reconheceu, iterativamente, por “inconstitucional qualquer decisão contrária ao princípio *nemo tenetur se detegere*, o que decorre da inteligência do art. 5º, LXIII, da Constituição da República e art. 8º, § 2º, g, do Pacto de São José da Costa Rica” (STJ, 6º Turma, RMS 18017/SP, Ministro Paulo Medina, DJ 02/05/2006, p. 390).

O aspecto probatório imprescindível à medição da influência de álcool no sangue vulnerou o delito em sua materialidade. A leitura sistematizada do CTB já não atendia à rigidez expansionista almejada pelo clamor social, cedendo passo à relativa indeterminação indiciária construída subseqüentemente e com supedâneo na teleologia concedida pela verdade real e amalgamada pela CRFB (art. 5º, LVI).

Permeado à discussão imediatista do punitivismo, tangenciou-se a celeuma do art. 276, com a promulgação da Lei 11.275, de 7 de fevereiro de 2006, acrescentando-se o parágrafo segundo²⁰ ao art. 277 do CTB. A partir de então, a mera comprovação testemunhal ou exame clínico do que se entendia por ‘influência de álcool’ bastava à punição. A sorte do condutor fadou-se ao humor das testemunhas ou à discricção do médico plantonista (constatação pelo hálito, motricidade, funções vitais, entre outras pesquisas, cuja realização independia da colaboração do condutor do veículo automotor), além dos demais testes periciais referidos.

Possibilitou-se que, no caso de recusa do motorista à realização dos testes físico-químicos (bafômetro ou exame de sangue), a infração pudesse caracterizar-se mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas. Ao próprio agente público fiscalizador de trânsito facultou-se testemunhar a existência da infração²¹ - e não de embriaguez - em razão da situação fática que presenciasse.

²⁰ “Art. 277, parágrafo segundo. No caso de recusa do condutor à realização dos testes, exames e da perícia previstos no *caput* deste artigo, a infração poderá ser caracterizada mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas pelo agente de trânsito acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor, resultantes do consumo de álcool ou entorpecentes, apresentados pelo condutor”.

²¹ SILVA, Davi André Costa; EBERHARDT, Marcos. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, volume I. 1 ed. Porto Alegre: Ed. Verbo Jurídico, 2008, p. 261.

Não se tratava de atestar o grau de alcoolemia do condutor, já que impossível, com segurança, sem os indigitados exames periciais, mas de recorrência aos lindes periféricos do estado de torpor em sua inteireza, apreciáveis *ictu oculi*.

A amortização dos sentidos, desde que visivelmente detectada por testemunhas (agente público ou mesmo um transeunte qualquer), prestou-se à concretização do delito. O E. STJ emprestou legitimidade a essa temerária aferição: “Hipótese na qual é atribuída ao paciente a prática, em tese, de crime de trânsito, consistente em direção sob a influência de álcool, sendo que, diante da recusa do réu de ser submetido a teste de alcoolemia, os policiais militares lavraram Auto de Constatação de Embriaguez. Compete às polícias civis a função de apuração de infrações penais e às polícias militares a preservação da ordem pública. Caso o condutor do veículo supostamente embriagado se recuse a ser submetido ao teste de alcoolemia, os agentes de trânsito poderão obter outros tipos de provas em direito admitidas, tais como a documentação dos seus sinais de embriaguez, excitação e torpor resultantes do consumo de álcool. Descabido o argumento de inconstitucionalidade do § 2º do art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro, pois a lavratura do Auto de Constatação de Embriaguez não configura apuração de infração penal, servindo, na verdade, como prova a legitimar a ação dos policiais civis” (RHC20190/MS, Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 04.06.2007, p. 377).

Doutrina e jurisprudência acolheram a modificação normativa imposta, amplificando os lindes verificadores da ‘influência do álcool’.

O estudo do crime previsto no então art. 306 do CTB nos remete, em sua evolução (cronológica, que seja), a praticamente duas infrações que retratam o sentimento maximalista crescente. À perspectiva da comprovação do delito, num primeiro momento, imprescindiu-se da prova técnica; posterior e recentemente, dispensaram-se os exames de aferição e, mais gravemente, facultou-se à leitura testemunhal a observação da prática do crime.

Àquela época, mantiveram-se os benefícios desprisionalizadores, a pena consolidou-se a mesma, apenas se generalizou a

criminalização sob o ponto de vista probatório, o que não deixa de exacerbar o caráter punitivo idealizado pelo CTB em sua inteireza. E numa contra-ordem evolutiva, reformulou-se o delito, agora com a redação elencada pela Lei 11.705, de 19 de junho de 2008.

A inédita previsão trouxe para o bojo do tipo a quantificação do grau de alcoolemia indispensável para aferição da embriaguez. Nada mais louvável sob o ponto de vista garantista e da legalidade taxativa, não abrindo possibilidades aos humores testemunhais ou meramente clínicos (consulta médica) de alargar o conteúdo penal.

Ocorre que (imagino sem se dar conta), o legislador retrocedeu a semelhantes intempéries verificadas anteriormente à Lei 11.275/06. Ou seja, apenas a prova técnica (bafômetro²² ou exame de sangue) seria capaz de medir os 6 decigramas de álcool no sangue de um indivíduo.

Não haverá condenação ou quiçá processo sem a indispensável aferição pericial. Evidente o retrocesso normativo sob o aspecto probatório, limitando-se a constatação do grau de alcoolemia ao sistema tarifado²³ de apreciação dos elementos sensíveis. A norma é benéfica pela criação de um obstáculo à configuração do delito, à persecução penal e à própria condenação. Deve retroagir para beneficiar o réu (art. 5, XL da CRFB e art. 2º do Código Penal).

A conclusão exsurge não apenas no plano abstrato. As normas podem e devem ser comparadas no caso concreto²⁴ para se verificar qual seria o resultado e a consequência da aplicação de uma ou de outra - imagine-se uma pessoa condenado sob a égide da anterior redação do art. 306 do CTB. Ela teria sido flagrada em ziguezague e a influência do álcool foi atestada pelos policiais militares que o autuaram em flagrante. Na ocasião, não se dispunha do etilômetro. Por não fazer jus à transação, sobreveio a denúncia e a sentença condenatória que transitou em julgado. A nova redação

²² Caso da validade do Decreto 6.488, de 19 de junho de 2008, a seguir comentado.

²³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 14 ed. Ed. Saraiva. São Paulo: 2007, p. 313.

²⁴ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; JÚNIOR, Roberto Delmanto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. 7 ed. Ed. Renovar. São Paulo: 2007, p. 21.

da infração de embriaguez no volante não retroage para afastar os efeitos dessa reprovação criminal? Evidente que sim.

Ausente a constatação técnica do grau de alcoolemia àquela decisão judicial, persecução ou mesmo investigação, a norma recente é mais benéfica e, automaticamente, deve retroagir. Sob a perspectiva concreta recolhida, ou melhor, sem a comprovação da materialidade pelo montante de álcool no organismo do indivíduo, estipulou-se uma *abolitio criminis*²⁵. Conseqüências da causa extintiva da punibilidade (art. 107, III do CP): o inquérito ou processo são imediatamente trancados²⁶ e extintos; se já houve sentença, cessam a execução e todos os efeitos penais; apaga-se a pretérita condenação e afasta-se o nome do réu da relação dos culpados.

O legislador vinculou o sucesso da pretensão acusatória e da própria coisa julgada condenatória aos midiáticos exames de alcoolemia (sangue) ou teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro, conhecido por bafômetro). Segundo as provas coligidas no caso concreto, a lei da ‘tolerância zero’ é deveras mais benéfica.

Em vista da contração de direitos fundamentais com a tipificação de um delito, há quem sustente a leitura ainda mais estrita do crime. Com efeito, profundo é o despreço à possibilidade de o Poder Executivo outorgar ‘equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado’ (parágrafo único do art. 306 do CTB). Um decreto mitigaria indevidamente o art. 5º, XXXIX, da CRFB. Sequer por Medida Provisória (art. 62, § 1º, I, b, da CRFB), que tem força de lei, seria permitida a regulação do Direito Penal. Inviável que um mero ato do executivo, não sujeito à chancela legitimadora congressional, regulasse a questão do grau de alcoolemia acarretando efeitos criminógenos.

Outrossim, a cabeça do dispositivo é expressa ao indicar o limite de ‘6 decigramas por litro de sangue’. Dessa forma, apenas o exame do próprio tecido sanguíneo poderia registrar esse teor.

²⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 34.

²⁶ FELDENES, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação Criminal e Ação Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005, p. 35.

O etilômetro (bafômetro) utiliza matéria-prima gasosa e não comprova alteração no e do sangue. Apenas examina caractere armazenado no tecido alveolar pela via oral. Os resquícios de ar expirados, o bafo, o exame de mucosa, a análise de fio de cabelo etc., contrariam a exigência típica imediata delineadora do objeto sensível a ser analisado - o sangue. São meros vestígios periféricos, mas não elementos de prova inspirada no tipo.

Assim, pela interpretação estrita do art. 306, afastando-lhe das presunções, sejam de matiz jurisprudencial ou mesmo executiva (Decreto 6.488, de 19 de junho de 2008), haverá quem sustente ser apenas o exame de sangue a perícia apta a comprovar a embriaguez no volante. Sequer o etilômetro (bafômetro), atual protagonista das páginas policiais, mereceria esses holofotes.

O novo crime fomentará essa discussão probatória - se apenas o exame de sangue ou também o etilômetro (bafômetro) é (são) apto(s) à medição do teor alcoólico. A única certeza é que, inviável se consubstanciar a materialidade delitativa através da consulta médica (exame clínico) ou pelo depoimento de testemunhas.

4. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA

Como estudado, a divulgada tolerância zero não atine ao crime de embriaguez ao volante. Adstringe-se à infração administrativa do art. 165 do CTB, com as alterações da Lei 11.705/08, nesses termos:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 meses;

Medida Administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.

(...)

Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código.

Parágrafo único. Órgão do Poder Executivo federal disciplinará as margens de tolerância para casos específicos.

Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado. (Redação dada pela Lei nº 11.275, de 2006)

(...)

§ 2º A infração prevista no art. 165 deste Código poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor. (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008).

Racionalmente, consagrou-se a *influência* do álcool no organismo. A sorte da infração está diretamente relacionada aos meios de prova, cuja liberdade se positivou no art. 277, § 3º do CTB. Não se tarifou o sistema de apreciação valendo, em princípio, qualquer evidência para aferição da embriaguez: o exame de sangue, o etilômetro (bafômetro), o exame clínico, as testemunhas, indícios etc.

Outras interpretações podem exsurgir em relação ao citado parágrafo. Em primeiro, no sentido da inconstitucionalidade integral do art. 277, § 3º, já que a ninguém é ordenada a auto-accusação no Estado Democrático de Direito.

Noutro giro, pela efetivação parcial do dispositivo, apenas no que toca à negativa do exame clínico (consulta médica), não dependente da voluntariedade do paciente. Ora, o sujeito pode se furtar às perícias do bafômetro, exame de sangue ou demais atua-

ções que recolham resíduos corporais, mas não se lhe é permitido afastar da mera consulta médica. Nesta, a sua passividade clínica é observada por um profissional, sem fornecimento de provas contra a vontade do suspeito.

Finalmente, haverá quem sustente a integral aplicação das indigitadas normas, obviando a ideologia punitivista e mitigadora dos direitos fundamentais como racional ao controle social do tráfego.

Sem embargo, são legítimas e defensáveis as interpretações colidentes que a infração facultou ao aplicador. A única certeza é que a incisividade da pena administrativa ensejará uma avalanche de ações judiciais discutindo a regularidade do Poder de Polícia estatal ora positivado.

5. CONCLUSÃO

Ao vincular, no bojo do tipo penal, o patamar de tolerância na ingestão de substância alcoólica, o legislador correu o risco de beneficiar todos que respondem a processos, estão sendo investigados ou chegaram a ser condenados por embriaguez no volante, mesmo anteriormente à vigência da Lei 11.705/08, caso não tenham se submetido ao exame de sangue (ou bafômetro) para comprovação do grau de alcoolemia. Ainda que se pudesse constatar a (in)sanidade físico-química do condutor por testemunhas ou exame clínico, a determinação objetiva da nova redação vincula a consumação do crime à tarifa probatória observada no tecido sanguíneo. A modificação do art. 306 do CTB não expressa a tolerância zero divulgada.

Passaremos a conviver com paradoxos interpretativos, naturais à dialética conceitual do Direito. Em algumas oportunidades, pensar-se-á que na matéria criminal não há espaço para presunções ou vinculação de medidas punitivas a atos normativos do Poder Executivo. Apenas a lei em sentido estrito disporia de legitimação constitucional para tipificar e delimitar infrações máximas. Ou seja, seria inválido o Decreto 6.488, de 19 de junho de 2008, que equipara o exame de sangue à medição pelo aparelho de ar alveolar do pulmão. O art. 306 do CTB é unívoco ao individualizar

o tecido 'sangue'. Os demais resquícios corporais seriam vestígios periféricos e não objeto material do torpor alcoólico preconizado no tipo. Noutros casos, permitir-se-á a medição do grau de alcoolemia pelo etilômetro, integrando a tipicidade pelo suporte questionável do indigitado Decreto executivo.

De uniformes são apenas os alardes midiáticos que se divulgam em todas as estações bem como o afã punitivista inflacionador e desfragmentador da legislação penal. Por ora, verifica-se no contexto sensível do processo criminal uma relativização da propalada 'tolerância zero', na contramão dos apelos reclamados. Respeitado o direito de permanecer em silêncio, a presunção de inocência dos indivíduos e o devido procedimento legal, o novíssimo art. 306 apresenta-se como uma *novatio legis in melius (abolitio criminis)* condicionado à pesquisa das provas quando da autuação em flagrante. O sucesso da pretensão acusatória subordina-se à voluntariedade do suspeito na produção de provas.

O apanágio de 'tolerância zero' da corrente 'lei e ordem' adotada pela ideologia momentânea adstringiu-se às infrações administrativas, como verificado nos arts. 165, 276 e 277, todos do atual CTB. A jurisprudência enfrentará esse disparate legislativo. Síntese dos delitos e do contexto probatório indispensável à comprovação da materialidade (existência) das infrações torna-se esclarecedora:

Infração.

Administrativa: Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.

Criminal: Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.

Provas indispensáveis à comprovação da materialidade.

Exame de sangue, aparelho de medição do ar alveolar (etilô-

metro ou bafômetro), exame clínico (constatação pelo hálito, motricidade, funções vitais, entre outras pesquisas, cuja realização independe da colaboração do condutor do veículo automotor), testemunhas, todos meios de provas que não sejam contrários à lei.

Apenas exame de sangue - para quem entende inconstitucional a previsão do Decreto 6.488, de 19 de junho de 2008.

Exame de sangue e bafômetro (etilômetro), para os que considerarem válido o referido Decreto.

Apenas o indivíduo voluntário à provação do próprio corpo sujeitar-se-á ao processo criminal. Jamais poderá ser obrigado a fornecer uma parte de seu organismo vivo (sangue ou ar do pulmão) para a produção de uma acusação contra si. Canhestra, por autoflagelatória, a materialidade indispensada ao crime.

A partir das reformas, ainda que uma pessoa seja flagrada conduzindo veículo, em via pública, sob influência de álcool (concentração acima dos 6 decigramas), não poderá ser repreendida pela infração penal caso não se submeta ao exame de sangue ou ao etilômetro para aferição da dosagem alcoólica. A lei deve interagir, observar a Constituição e, por isso, apenas condenar e algemar o sujeito que voluntária ou eventualmente se submeter à prova técnica. ☐

As Garantias do Cumprimento da Obrigação

José Roberto de Castro Neves

Professor de Direito Civil da PUC-RJ. Doutor em Direito Civil pela UERJ. Mestre em Direito pela Universidade de Cambridge, Inglaterra. Advogado.

1. A GARANTIA DAS OBRIGAÇÕES

Conta Cícero, que, no século VI antes de Cristo, havia um tirano em Siracusa, na Sicília, chamado Dionísio. Naquela cidade, viviam dois grandes amigos: Damon e Pítias. Este último começou denunciar os excessos do tirano. Insatisfeito com as críticas, Dionísio condenou Pítias à morte. Pítias, então, solicitou ao tirano que lhe permitisse alguns dias de vida, pois precisava fazer uma pequena viagem, a fim de avisar a situação aos seus familiares e acertar algumas contas. Dionísio riu de Pítias. Ora, se ele permitisse ao condenado visitar sua família, Pítias jamais voltaria para cumprir a pena. Foi então que Damon, o amigo figadal de Pítias, afirmou que morreria no lugar deste, caso o condenado não retornasse. Dionísio aceitou. Pítias viajou e Damon ficou preso, aguardando a volta do amigo, com o risco de morrer por ele, se não voltasse. No último dia do prazo dado pelo tirano Dionísio, Pítias retornou. Contou que sofreu todo o tipo de problema: foi assaltado, não havia vento, tudo conspirou contra, mas Pítias foi implacável e chegou para morrer e salvar seu amigo. Conta-se que Dionísio, impressionado com a manifestação de amizade, acabou revogando a pena de morte e todos se salvaram.

A edificante história acima mostra, além de outros aspectos, a importância da garantia. O tirano Dionísio apenas admitiu a viagem de Pítias porque este deixou uma forte garantia de que

cumpriria seu dever de voltar: a vida de seu querido amigo Damon. Muitas vezes, as partes admitem contrair certas obrigações porque se sentem seguras de que elas serão cumpridas, ou há uma boa proteção ao seu patrimônio, exatamente pela garantia oferecida pelo devedor.

A partir de agora vamos estudar precisamente as garantias da obrigação.

A palavra credor vem do latim. Significa aquele que crê, pois o credor acredita¹. Ele acredita no devedor. Crê que receberá a prestação. “Crer” e “crédito” têm a mesma origem etimológica. Entretanto, essa crença não é absoluta e cega. O credor deve proteger-se do inadimplemento. Daí ser relevante reforçar a certeza do pagamento, o que se faz por meio das garantias. Eis aí a relevância do estudo das garantias, como meio eficaz de proteção do crédito.

Grande parte das obras relativas ao direito das obrigações não trata das garantias das obrigações. Isso pode ser explicado porque o exame destas garantias envolve, necessariamente, diversas áreas do Direito. Há matérias atinentes à parte geral, ao direito contratual, real, comercial, de família, tributário e processual. O estudo das garantias não está, portanto, contido apenas no Direito das Obrigações, muito pelo contrário.

Veja-se, por exemplo, a fiança: trata-se de um contrato específico no qual uma pessoa se compromete a pagar a dívida do devedor, se este falhar. A fiança encontra-se regida pelos artigos 818 a 839 do Código Civil, geograficamente alocado na parte da lei civil que trata dos contratos em espécie. A hipoteca, por sua vez, é um direito real regulado pelos artigos 1.437 a 1.505 do Código Civil. Ela se dá nos casos em que um bem imóvel é oferecido para garantir uma dívida. Tome-se, ainda, a penhora, um instituto do direito processual, que, igualmente, funciona como garantidor de uma dívida cobrada judicialmente em execução. Os seus princípios se encontram regulados no Código de Processo Civil, como logo

¹ Em termos jurídicos, a palavra aparece, primeiro, nos contratos de empréstimo: *credere pecuniam alicui*, emprestar dinheiro a alguém. Credor era aquele que emprestava. A partir daí o termo passou a designar aquele que tinha algo a receber.

adiante será exposto. O fato é que, como se observou desse rápido apanhado, a matéria das garantias não se acha de forma ordenada na lei, mas os diversos meios de proteger um crédito vêm-se espalhados nos mais diversos campos do Direito.

A dificuldade de sistematização da matéria não pode servir como desestímulo à sua análise, pois, afinal, o tema tem fundamental importância. Muitas vezes, é justamente em função da existência da garantia que a obrigação será efetivamente adimplida. Daí o interesse em conhecer mais detidamente as garantias de uma obrigação, o que passamos a fazer.

Cabe ao devedor oferecer a prestação ao credor, na forma, no lugar e no momento adequado. O devedor é, portanto, responsável pelo pagamento. Se falhar, o credor tem o poder de exigir do Estado que adote medidas para assegurar o adimplemento do devedor, acrescido de perdas e danos, ou simplesmente que o devedor repare o prejuízo advindo do inadimplemento.

Se a fonte da obrigação é um ato ilícito, os responsáveis pelo ato respondem por ele perante o lesado (quem responde pelo pagamento, em regra, é o devedor, ou, do ponto de vista prático, o seu patrimônio).

O artigo 942 do Código Civil, que trata especificamente da responsabilidade decorrente do ato ilícito, diz que “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado”. Atente-se em que a lei registra: respondem os “bens” do responsável. Isso porque as dívidas não são indenizadas com trabalhos corporais, nem se pode falar em prisão por dívida, salvo nos casos excepcionalíssimos do inadimplente por obrigação alimentícia ou do depositário infiel - esta última, inclusive, já vedada pelo Pacto de San José da Costa Rica.

Os casos de prisão civil são mesmo excepcionais, tanto que as suas hipóteses são referidas pela Constituição Federal, na parte das garantias individuais. Eis o dispositivo:

“Art. 5º, LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”

No caso da pensão alimentícia, o artigo 733 do Código de Processo Civil limita o prazo temporal dessa prisão:

“Art. 733. Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

§ 1º - Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de um (1) a três (3) meses.”

Para a hipótese de depositário infiel, o artigo 652 do Código Civil também ajusta o período máximo da prisão:

“Art. 652. Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos.”

Nem sempre foi assim. O devedor, no passado, respondia com seu corpo e sua vida. No antigo Direito Romano, havia a ***legis actio per manus iniunctionem***. Eis a situação: uma pessoa era condenada a pagar uma indenização à outra. Ela tinha 30 dias para efetuar o pagamento. Se não honrasse a dívida, o credor poderia conduzir o devedor a juízo. Se o réu não pagasse em 60 dias, o credor poderia ir à casa do devedor, amarrá-lo e vendê-lo como escravo. O credor tinha poder, até mesmo, de matá-lo. Se fossem muitos os credores, o corpo do devedor era dividido entre eles. A perna para um, o braço para outro e a cabeça ao maior dos credores.

Um grande passo, para o Direito Romano e para toda a civilização, em relação aos meios de cobrar dívidas, foi a promulgação, em 326 a.C., da ***Lex Poetelia Papiria de nexis***. Ela aboliu a possibilidade de o devedor ser morto ou vendido como escravo, para saldar sua dívida. Havia, porém, o poder de o credor manter o devedor como um tipo de servo (chamava-se ***addictus***), para que pagasse sua dívida com trabalho.

Hoje não se discute: é do patrimônio do devedor, do conjunto de seus bens, que, em regra, sai o objeto corresponden-

te à prestação. Em função disso, se o devedor deixa de cumprir seus deveres obrigacionais e não tem bens que possam ressarcir o credor, este vai amargar um prejuízo. Portanto, ao contrair uma obrigação, compete ao credor ficar atento à solidez do patrimônio do devedor. Afinal, em última análise, é esse patrimônio que vai garantir a entrega da prestação (ou uma eventual indenização pelos danos decorrentes do inadimplemento). O Código Napoleão já preconizava no seu artigo 2.093 que “*les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers*”, pois, de fato, os bens do devedor constituem a garantia comum de seus credores.

Será um negócio de altíssimo risco emprestar dinheiro a pessoa insolvente, com patrimônio negativo, cujas dívidas superam os seus ativos. Isso porque, caso não seja feito o pagamento, o credor não terá como reclamar pelo descumprimento da obrigação.

Denomina-se garantia exatamente essa proteção patrimonial do credor que, em última análise, permitirá o adimplemento ou a reparação.

Numa determinada passagem da ópera de Mozart, **Um Bailie de Máscaras**, o personagem Renato, para mostrar seu propósito de cumprir certa obrigação, indica a vida de seu filho como garantia. Se não cumprisse com o que prometera, seus credores poderiam matar seu filho. Queria, com isso, demonstrar seu propósito de cumprir com o que ajustara e apenas dessa forma convenceu os demais de suas boas intenções. Evidentemente, essa oferta é totalmente ilícita, mas a passagem demonstra a importância do oferecimento de garantias para proteger o negócio, até mesmo porque isso deixa transparecer o bom intuito do devedor.

Em toda relação obrigacional, o patrimônio do devedor serve como garantia geral do adimplemento. Caso o devedor deixe de entregar a prestação, o credor irá atrás do patrimônio do devedor para obter a sua satisfação.

Excepcionalmente, permite-se ao credor buscar o adimplemento no patrimônio de um grupo de pessoas, se os devedores ajustaram que responderiam pela obrigação de modo solidário. Essa situação, como antes se examinou, ocorre apenas se as partes

assim dispuseram expressamente ou se houve determinação legal nesse sentido (artigo 265 do Código Civil).

A solidariedade passiva, do ponto de vista prático, representa o aumento da garantia de adimplemento, pois o patrimônio de mais de uma pessoa fica vinculado ao pagamento da dívida. Nestes casos, qualquer dos devedores está sujeito ao pagamento da totalidade da dívida (artigos 275 a 285 do Código Civil). Assim, embora exista uma proteção do credor, não há, do ponto de vista técnico, uma garantia, pois o reforço da obrigação não reside em um terceiro elemento, seja pessoal ou real, externo ao sinalagma, porém no aumento do número de devedores, dos quais é possível, indistintamente, exigir a prestação. A solidariedade é a garantia da dívida pelos próprios devedores e pela relação entre eles estabelecida.

Admite-se, também, que as partes de uma relação obrigacional ajustem outras formas de garantia, nas quais bens – não necessariamente do patrimônio do devedor – fiquem vinculados ao negócio, protegendo o credor no caso de um eventual inadimplemento.

Essas garantias podem ser de natureza pessoal, se outra pessoa (isto é, o patrimônio dela) fica conjuntamente responsável por indenizar o credor se houver inadimplemento; ou de natureza real, caso se destaque determinado bem, que ficará afetado pelo negócio, de sorte que se o devedor falhar, este bem poderá ser vendido e o resultado de sua venda servirá para garantir a reparação.

A análise das garantias tem enorme importância prática. Muitas vezes, a avaliação cuidadosa fará a diferença entre o ressarcimento e a desgraça do credor. Se o credor ajustou uma obrigação com pessoa desprovida de bens, terá o risco de nada receber. Ao contrário, se a dívida foi contraída com pessoa de enorme patrimônio, o credor terá sempre como se ressarcir pelos danos que sofreu no caso de inadimplemento.

Assim, a medida da qualidade da garantia se afere pela solidez do patrimônio do devedor. O devedor que tem bens livres garante a obrigação, ao passo que inexistirá garantia idônea na dívida do devedor sem patrimônio positivo.

2. A GARANTIA GERAL DAS OBRIGAÇÕES

O devedor está obrigado a entregar certa soma em dinheiro, mas deixa de fazer o pagamento. O credor, então, reclamará o adimplemento, primeiro diretamente ao devedor, mas caso este se recuse a cumprir seu dever, o credor irá requerer ao Poder Judiciário que condene o devedor a lhe entregar a quantia, objeto da dívida. Pode o Judiciário, por solicitação do credor, enviar uma ordem à instituição financeira, onde o devedor tem seu dinheiro depositado, a fim de promover a transferência do montante ao credor e, assim, satisfazer o crédito. Evidentemente, isso apenas pode ocorrer se o devedor tiver dinheiro. Caso ele apenas possua outros bens, restará ao credor a opção de solicitar que se promova a venda de um ou um grupo desses bens, em leilão público, e receber o que for apurado com a alienação, até o limite de seu crédito.

Essa satisfação, de um modo mais rápido ou vagaroso, contudo, apenas pode ocorrer se o devedor tiver bens. Na hipótese de o devedor encontrar-se absolutamente desprovido de bens, seu credor nada receberá.

O artigo 391 do Código Civil diz que pelo inadimplemento respondem todos os bens do devedor. Não havia dispositivo semelhante na Lei de 1916, pois, afinal, decorre da própria essência do direito obrigacional a noção de que o devedor responde com seu patrimônio pela obrigação que contraiu.

Não há uma referência expressa no artigo 391, mas essa responsabilidade abrange os bens presentes e futuros, que venham a ser incorporados no patrimônio do devedor mesmo depois do nascimento da obrigação. O artigo 591 do Código de Processo Civil, vale citar, refere-se, expressamente, ao fato de que o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros. Assim, pode ser que o devedor, no momento em que deveria pagar sua dívida, não possua bens e, por isso, não possa pagar.

Caso, portanto, esse mesmo devedor, no futuro, recomponha seus ativos e passe a ter meios de arcar com as suas obrigações, seu credor terá como exigir o pagamento da dívida antiga.

O artigo 391 do Código Civil trata da regra geral, indicando que todos os bens do devedor responderão pela sua dívida. Entretanto, existem várias exceções à regra; situações nas quais os bens deste não servem como garantia de dívidas, simplesmente porque não podem ser alienados. De fato, os bens úteis a proteger o credor são aqueles “livres” para venda. Com os frutos dessa venda, satisfarão o credor.

Com razão, o artigo 601 do Código Civil português indica que “pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora, sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de patrimônio”. Em igual sentido, a última parte do artigo 591 do nosso Código de Processo Civil, que, depois de fornecer o conceito de que os bens do devedor respondem pela dívida, ressalva, ainda que genericamente, as restrições estabelecidas em lei.

Tenha-se presente que o devedor não pode ficar totalmente despojado da integralidade de seus bens. Não se admite que uma pessoa seja impelida a entregar todo o seu patrimônio para arcar com as suas dívidas para ir morar, digamos, dentro de um barril, como o filósofo grego Diógenes, sem mais nada.

No direito romano, havia a *beneficium competentiae*, cuja finalidade consistia em impedir que alguém experimentasse a mais completa indigência². Com efeito, o ser humano não pode ficar despojado de tudo, sem meios de subsistência, o que fatalmente afetaria a sua dignidade.

Com base nisso, o legislador romano contemplou uma série de situações nas quais certos devedores, como os soldados, o doador em relação ao donatário, entre outros, ficam excluídos da execução pelo credor que importasse na perda total de seu patrimônio.

No nosso sistema, há bens que não podem ser penhorados, como, para citar o mais relevante caso, o bem de família, referido pela Lei nº 8.009, de 29.3.90.

² José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, v. II, 6ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1997, p. 34.

Segundo o artigo 1º dessa Lei, o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar, onde eles vivam, é impenhorável (salvo as hipóteses referidas no artigo 3º da Lei³).

Também não se admite a penhora de bens indispensáveis ao exercício da profissão do devedor. Um médico não pode perder seu estetoscópio por causa de uma dívida, porque, sem seu instrumento de trabalho, jamais conseguirá obter a receita para arcar com suas obrigações. Além disso, o trabalho é um meio de garantir a dignidade da pessoa. Se o credor recolher o instrumento de trabalho de seu devedor, estará, ao mesmo tempo, retirando-lhe sua dignidade, o que não se admite.

Também são impenhoráveis os bens que guarnecem a casa do devedor⁴, salvo as obras de arte e adornos suntuosos, informa o artigo 2º da mencionada Lei do Bem de Família.

³ “Art. 3º. A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;

II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função de respectivo contrato;

III - pelo credor de pensão alimentícia;

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel, oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou impedimento de bens;

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.”

⁴ “Processual civil. Embargos à execução. Penhora. TV. Piano. Bem de família. Lei 8.009/90. Art. 649, VI, CPC.

I- A Lei 8.009/90 fez impenhoráveis, além do imóvel residencial próprio da entidade familiar, os equipamentos e móveis que o guarneçam, excluindo veículos de transporte, objetos de arte e adornos suntuosos. O favor compreende o que usualmente se mantém em uma residência e não apenas o indispensável para fazê-la habitável, devendo, pois, em regra, ser reputado insuscetível de penhora aparelho de televisão.

II- In casu, não se verifica exorbitância ou suntuosidade do instrumento musical (piano), sendo indispensável ao estudo e futuro trabalho das filhas da Embargante.

III- Recurso conhecido e provido.” (REsp. nº 207762/SP, 3ª Turma do STJ, Relator Ministro Waldemar Zveiter, julgado em 27.03.00)

“Execução. Impenhorabilidade. Motorista. Ônibus escolar. Microempresa.

Em algumas hipóteses, admite-se que bens de terceiro, que não se obrigou, fiquem sujeitos à execução do credor. O artigo 592 do Código de Processo Civil cuida de alguns desses casos.

O inciso II do referido artigo do Código de Processo Civil, por exemplo, trata do sócio, que, por vezes, responderá pela dívida da sociedade que integra, como no caso das dívidas tributárias na liquidação de sociedades de pessoas (artigo 134, VII, do Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25.10.1966). Principalmente, os diretores, gerentes e representantes de pessoas jurídicas de direito privado respondem pelas obrigações tributárias se agirem com excesso de poderes ou em infração da lei (artigo 135 do Código Tributário Nacional). O sócio, contudo, tem, consoante o artigo 596 do Código de Processo Civil, direito a exigir que, primeiro, sejam executados os bens da sociedade.

Nesse passo, cite-se a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica. Em regra, o patrimônio das sociedades não se confunde com a de seus sócios. O fato de uma sociedade ter uma dívida não significa que seu sócio seja também devedor. Essa regra, contudo, cede se houver um abuso com a divisão entre os patrimônios. Denomina-se desconsideração da personalidade jurídica a quebra desse princípio que preconiza a divisão entre os patrimônios da pessoa jurídica de seus membros.

O artigo 50 do Código Civil aumentou consideravelmente o escopo da desconsideração, admitindo que se houver desvio da

É absolutamente impenhorável o ônibus escolar que serve para o exercício da profissão de motorista (art. 649, V, do CPV), não obstante registrado em nome de firma individual, da qual o devedor é titular. *A microempresa é forma de atuação do profissional no mercado de trabalho e deve ser ignorada quando tal desconsideração é necessária para fazer prevalecer a norma instituída em benefício do profissional.*” (REsp. nº 84756/RS, 4ª Turma do STJ, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 25.03.96)

“*Processo Civil. Penhora. Veículo de representante comercial.*”

1. *Na dicção do art. 649, VI, do CPC, para ser considerado impenhorável um bem, não se faz necessária a sua indispensabilidade no exercício da profissão. A simples utilidade é suficiente para mantê-lo fora da constrição judicial.*

2. *Divergência na jurisprudência do STJ, que se resolve em favor impenhorabilidade.*

3. *Recurso especial provido.*” (REsp. nº 442128/RS, 2ª Turma do STJ, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 18.03.04)

finalidade da pessoa jurídica ou confusão patrimonial, pode haver determinação judicial para que obrigações da pessoa jurídica sejam estendidas para bens particulares de seus sócios e administradores. Com isso, aumenta-se a proteção do credor.

O inciso IV do artigo 592 do Código de Processo Civil faz referência aos bens do cônjuge. Evidentemente, a eventual comunicação da responsabilidade pela reparação decorrente do inadimplemento das obrigações do outro cônjuge depende, em primeiro lugar, do regime de bens adotado pelo casal.

Ao se casarem, os cônjuges têm a opção de escolher um regime de bens para reger a sua relação patrimonial (artigo 1.639 do Código Civil). No Brasil, os nubentes não podem criar um regime específico para regular a sua relação. Ao contrário, devem optar pelos regimes existentes.

O mais abrangente desses regimes é o da comunhão universal de bens. Neste (artigos 1.667 a 1.671 do Código Civil) há plena comunhão dos bens presentes e futuros do casal, inclusive das dívidas, que se comunicam.

No regime da comunhão parcial (artigos 1.658 a 1.666), de um modo geral, comunicam-se os bens adquiridos a partir do casamento. Fundamental, assim, que se averigüe o momento em que a dívida de um dos cônjuges foi adquirida: se antes ou depois do casamento.

No regime da comunhão parcial, os cônjuges seguirão possuindo bens particulares, sendo certo que as dívidas contraídas na administração desses bens não se comunicam (artigo 1.666 do Código Civil).

Entretanto, um cônjuge responde pelas dívidas do outro, ainda que particulares deste, em razão do proveito que a obrigação trouxe ao casal. Imagine a situação do marido que contrai um enorme empréstimo no banco e compra as cotas de uma fábrica. Com o dinheiro decorrente da exploração da fábrica, o casal adquire muitos bens. Depois, contudo, no momento de pagar a dívida ao banco, o marido não tem o dinheiro. Nessa hora, ele deve entregar seus bens, mas a sua mulher também pode responder com os dela, caso se demonstre que ela teve algum proveito com o

empréstimo feito pelo marido (nesse sentido o § 1º do artigo 1.663 do Código Civil).

Mencione-se, por fim, o regime da separação total de bens, no qual, como o próprio nome indica, o patrimônio do casal não se confunde, mantendo-se cada um isolado (artigos 1.687 a 1.688). Em regra, nesses casos, cada cônjuge responde pelas suas dívidas, salvo se o credor demonstrar que houve benefício do casal com a obrigação contraída por um dos dois. Nessa hipótese, o credor poderá buscar reparação também no patrimônio do outro cônjuge.

3. A TUTELA DA GARANTIA PATRIMONIAL - PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO DO DEVEDOR PELO CREDOR

O devedor não fica com seu patrimônio congelado. Entre os momentos nos quais ele contrai a dívida e aquele no qual efetua o pagamento, o seu patrimônio pode alterar-se. O devedor não tem o dever de manter seus bens na mesma situação na qual estavam quando nasceu a obrigação. Se alguém vende o seu carro, haverá uma substituição: entra o valor em dinheiro do patrimônio do vendedor do carro (devedor da coisa) e sai o automóvel. Ao fim e ao cabo, economicamente, o valor do patrimônio permanece igual, dando-se apenas a troca dos bens que o compõem.

O devedor pode alienar seus bens, contrair novas dívidas e não deve prestar contas de seus negócios aos credores. Com efeito, em regra os negócios não geram um desfalque no patrimônio das partes. Entretanto, isso pode ocorrer. Um negócio jurídico é por vezes, do ponto de vista econômico, altamente prejudicial para uma das partes. Logo se vê que a garantia geral, decorrente do patrimônio do credor, é volúvel e traiçoeira.

Tome-se, por exemplo, um negócio jurídico realizado com uma pessoa abastada, contando que o patrimônio desta responderá pela dívida. Antes, entretanto, da data do pagamento, a tal pessoa perde seus bens, a ponto de comprometer o adimplemento. Lá se foi a certeza de que não haveria desfalque no pagamento.

O ordenamento jurídico oferece ao credor, portanto, meios de se proteger dessa diminuição patrimonial do devedor. Com isso, o credor visa a garantir a sua satisfação.

4. FRAUDE CONTRA CREDORES

A maldade não foi inventada recentemente. Ela existe e é, por desgraça, exercida há muito. Os romanos já se tinham dado conta de que eventualmente um devedor mal intencionado poderia alienar (ou seja, tornar alheio por qualquer forma) seus bens, de modo a frustrar o credor. Poderia, ainda, o devedor contrair dívidas, de modo a tornar negativo seu patrimônio, também com o intuito de impedir que o credor recebesse pela obrigação. Nesses casos, os romanos imaginaram uma ação, denominada “Pauliana” (porque, diz-se, o jurista Paulo teria feito referência a ela), cuja finalidade consistia em anular o ato gratuito do devedor - neste incluído aqueles em que a liberalidade reside na renúncia a aumento patrimonial, como a renúncia à herança ou a remissão de dívida - que comprometeu seu patrimônio. O nome “ação Pauliana” foi preservado até os nossos dias.

Os artigos 158 a 165 do Código Civil tratam da fraude contra credores, qualificando a situação como vício do negócio jurídico. A fraude a credores ocorre nos casos em que o devedor diminui seu patrimônio colocando em risco o pagamento da dívida⁵.

Segundo os artigos 158 e 159 do Código, os atos, para ensejarem a fraude, devem ser realizados por devedor insolvente ou o próprio ato impugnado deve levar o devedor ao estado de insolvência.

Uma vez verificada a fraude, o credor prejudicado propõe a ação Pauliana (também conhecida como ação revocatória) contra o devedor e o terceiro que ficou com o bem - alienado em fraude -, para que esse terceiro restitua a coisa adquirida ao patrimônio do devedor, acrescida de seus frutos. Com isso, o patrimônio do devedor volta, recomposto, a garantir o pagamento dos créditos pendentes.

De acordo com o artigo 158 do Código Civil, apenas os credores quirografários (ou seja, aqueles sem uma garantia real) podem suscitar o vício. Entretanto, o § 1º do mesmo artigo atribui legitimidade para os credores com garantia real reclamarem a fraude contra credores, desde que a garantia deles se torne insuficiente.

⁵Sobre fraude contra credores, José Roberto de Castro Neves, *Uma introdução ao Direito Civil - Parte Geral*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2007.

Dá-se ao credor, dessa forma, o poder de anular um negócio se nele for verificado um escopo fraudulento para, com isso, impedir a dilapidação do patrimônio do devedor - que representa a garantia da satisfação do credor.

Um primeiro requisito da fraude contra credores consiste em que o débito seja anterior ao do negócio a que se visa a anular. Nesse sentido a regra do § 2º do artigo 158 do Código Civil.

Compete, ainda, ao credor demonstrar que o negócio realizado pelo seu devedor impede ou restringe o pagamento da dívida. Essa demonstração é relevante porquanto o devedor pode, até mesmo, doar muitos de seus bens se isso em nada comprometer a sua condição financeira (e, logo, não afetar o adimplemento de suas obrigações).

Para que se verifique a fraude contra credores, o negócio deve resultar em perda do patrimônio do devedor a ponto de impedir o pagamento da dívida, isto é, torná-lo insolvente.

Antes, a doutrina emprestava considerável importância ao aspecto subjetivo na fraude, isto é, a intenção de as partes envolvidas no negócio fraudulento lesarem o credor de uma delas. A essa intenção lesiva das partes do negócio chamava-se *consilium fraudis*, expressando o acordo entre as partes do negócio visando a lesar o credor de uma delas.

Nos negócios gratuitos, que prejudicavam o credor, presumia-se a presença do *consilium fraudis*. Nos negócios onerosos, para reconhecer o vício, devia-se caracterizar esse propósito de fraudar. Atualmente, contudo, a ênfase na análise da fraude contra credores recai fundamentalmente sobre o aspecto objetivo: observa-se o efetivo prejuízo dado ao credor com o negócio feito entre o seu devedor e terceiro (*eventus damni*).

A conseqüência do julgamento de procedência da ação pauliana é a anulação do ato lesivo. Com isso, o bem transferido em fraude retorna ao patrimônio do devedor. Dessa forma, em última análise, o credor restabelece o patrimônio do devedor e solidifica, conseqüentemente, a garantia para o cumprimento da obrigação.

Tecnicamente, a fraude a credores é uma hipótese de ineficácia relativa, pois os efeitos do ato são ceifados apenas em rela-

ção ao credor prejudicado, que fica autorizado a exigir o desfazimento do negócio para proteger a garantia da obrigação.

5. FRAUDE À EXECUÇÃO

Caso o negócio lesivo ao credor se dê depois de este ter ajuizado ação para receber a obrigação, haverá fraude à execução. Entende-se que a fraude à execução é mais séria do que a fraude contra credores porque, na primeira, o devedor não apenas buscou lesar seu credor, mas também afrontou o Poder Judiciário, uma vez que seu ato visa a frustrar a atuação jurisdicional. O artigo 600, I, do Código de Processo Civil registra que se considera “atentatório à dignidade da justiça o ato do devedor que: I - frauda a execução;”.

O artigo 593 do Código de Processo Civil trata da fraude de execução, oferecendo um tipo aberto para defini-la. Segundo a mencionada norma, haverá fraude sempre que a alienação ou a oneração de bens ocorrer quando, ao tempo do ato, havia ação judicial que pudesse levar o devedor à insolvência.

Forçoso reconhecer que o nome “fraude à execução” encontra-se equivocado. Afinal, haverá a fraude não apenas se o devedor se desfizer de seus bens, de modo a prejudicar o pagamento, no curso de uma ação de execução, como também se o ato viciado ocorrer quando estiver em curso qualquer outra demanda de cobrança daquele crédito. Com efeito, segundo a regra do inciso II do artigo 593 do Código de Processo Civil, haverá fraude sempre que, “ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência”. Assim, melhor seria denominar a situação de fraude ao processo, ou algo similar.

Na fraude à execução é completamente irrelevante discutir o *consilium fraudis*. Não se perquire se houve má-fé do alienante. Suficiente que se demonstre a alienação ou a oneração do bem.

6. A HIPÓTESE DO ARTIGO 477 DO CÓDIGO CIVIL

Um conceito jurídico bastante conhecido é o da exceção do contrato não cumprido. Segundo ele, ninguém pode ser obrigado a cumprir a sua prestação enquanto a outra parte, que deveria cumpri-la primeiro, ainda não efetuou a sua contraprestação. Nor-

malmente, se alguém pretende adquirir um imóvel, deve, para receber o bem, efetuar, antes, o pagamento. O vendedor do imóvel pode recusar-se a entregar o bem até que seja efetuado o pagamento, que é a prestação do adquirente.

Esse conceito encontra-se cristalizado no artigo 476 do Código Civil. O dispositivo exatamente seguinte, do artigo 477, cuida da hipótese de a parte temer um futuro - e ameaçador - inadimplemento.

A lei deve ser inteligente. Cumpre ao legislador antecipar-se à situação fática, regulando a hipótese para que, se e quando ela ocorrer, já exista a norma pertinente. Imagine-se a seguinte situação: depois de celebrado um contrato, no qual cada uma das partes deva cumprir certas obrigações, uma delas tem seu patrimônio duramente afetado. A parte que manteve sua situação financeira, então, encara o dilema de cumprir a sua prestação, e não receber a contraprestação, ou, de outro lado, ficar inadimplente, mas, ao menos, proteger seu patrimônio (pois se cumprisse a sua parte, há o risco de jamais receber a contraprestação, ou mesmo uma reparação pelo inadimplemento da contraparte).

Pensando nessa situação, o legislador estabeleceu a regra do artigo 477 do Código Civil, segundo a qual, em casos como o narrado acima - de uma das partes sofrer sensível decréscimo patrimonial -, a parte interessada possa pedir a outra que cumpra, desde logo, a sua prestação, ou forneça garantias de que irá satisfazê-la.

Trata-se, claro, de uma medida acautelatória. A parte de uma relação obrigacional, antes de cumprir a sua prestação e antes de receber seu pagamento, invocando o artigo 477 do Código Civil, requer da contraparte o pagamento antecipado, ou o oferecimento da garantia, quando tiver aquela sofrido considerável perda patrimonial, que torne duvidosa a sua solvência.

7. ARRESTO

Imagine-se a seguinte situação: o credor toma conhecimento de que seu devedor está alienando os bens dele, de modo a comprometer o futuro pagamento da dívida. Do ponto de vista material, o credor tem como questionar a eficácia do negócio, alegando

fraude a credores. Entretanto, o credor pode necessitar de uma medida mais enérgica, que, de imediato, impeça a alienação dos bens. Há um remédio processual que ampara o credor com esse problema: o arresto.

O arresto, assim, é uma medida processual regulada pelos artigos 813 a 821 do Código de Processo Civil, que visa a proteger o pagamento da futura cobrança de um crédito. Em última análise, com o arresto ampara-se a garantia geral da obrigação, mantendo-se a integridade do patrimônio do credor.

Evidentemente, a medida apenas tem lugar se o credor demonstrar a certeza de seu crédito e a existência de risco de o devedor adotar atitude que prejudique o futuro pagamento (confirase, a propósito, o artigo 814 do Código de Processo Civil). Com o arresto, o credor busca conservar o patrimônio do devedor, a fim de que ele possa receber seu crédito.

O arresto não se resume à alienação ruínosa dos bens ou à oneração deles, mas também incide nos casos nos quais o devedor tenta ausentar-se furtivamente. A jurisprudência, aliás, entende que os casos referidos no artigo 813 do Código de Processo Civil são apenas exemplificativos, ou seja, deve-se admitir o arresto em qualquer situação, desde que se vislumbre o risco do inadimplemento futuro. Em outras palavras, admite-se que o credor reclame uma medida enérgica do Poder Judiciário nos casos em que se entender prudente proteger algum bem do devedor, para garantir o futuro pagamento.

Caso o juiz defira o arresto, o devedor não poderá alienar o bem referido na ordem judicial. Esse bem fica reservado ao pagamento futuro da obrigação. Por óbvio, o montante dos bens arrestados deve ser compatível com o valor da obrigação.

O juiz pode determinar ao devedor que deposite o bem em algum lugar, ou que o próprio devedor seja designado como depositário, ficando o devedor, neste caso, com a posse do bem.

8. GARANTIAS ESPECIAIS DAS OBRIGAÇÕES

Antes se tratou da garantia geral de qualquer obrigação, fornecida pelo patrimônio do devedor. Admitem-se, contudo, para

reforçar a obrigação, outras garantias, ditas especiais para distingui-las da geral. Essas garantias podem consistir na indicação de outra pessoa, cujo patrimônio ficará vinculado ao pagamento; ou na apresentação de determinados bens, vinculados ao adimplemento da específica obrigação. São, portanto, garantias que, muitas vezes, extrapolam o patrimônio do devedor.

8.1. Garantias pessoais

Um terceiro pode oferecer seu patrimônio como garantia de uma dívida de outrem. Com isso, a proteção do credor aumenta, mormente se o terceiro tem recursos. Caso o devedor falhe no dever de pagar, o credor pode reclamar a reparação do terceiro. Com o ajuste dessa garantia, não será mais apenas um patrimônio a assegurar a obrigação, mas dois.

Essas garantias são também denominadas de fidejussórias, uma palavra cujo radical “*fides*” significa, em latim, fé, porque, afinal, confiou-se em que um terceiro irá arcar com o adimplemento.

Os casos de garantia pessoal são a fiança e o aval.

8.1.1. Fiança

A fiança é a mais comum das garantias pessoais. Nela, ajusta-se, por meio de um contrato, que um terceiro, inicialmente estranho à relação entre o credor e o devedor, irá garantir a dívida com o seu patrimônio, de sorte que se o devedor falhar, o credor poderá reclamar a prestação desse terceiro, denominado fiador.

A fiança, portanto, é um contrato, por meio do qual o fiador se compromete a assegurar o cumprimento da obrigação, que, a rigor, lhe é estranha.

Esse tipo específico de contrato encontra-se regulado pelos artigos 818 a 839 do Código Civil. O primeiro dispositivo citado define o negócio:

“Art. 818. Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra.”

Se o devedor falhar, o credor pode, então, procurar o fiador e reclamar o adimplemento. O fiador, entretanto, possui o direito de exigir que, primeiro, se executem os bens do seu afiançado, ou seja, do devedor principal (artigos 827 do Código Civil). Chama-se a isso o benefício da ordem, pois o fiador pode requerer que seus bens sejam executados apenas num segundo momento. Para isso, o Código de Processo Civil, no artigo 595, garante que o fiador, uma vez citado para pagar a dívida, pode indicar à penhora bens do devedor. Caso esses bens se revelem insuficientes, o fiador, então, fica impelido a apresentar os seus.

A fiança é uma proteção do credor, um acessório da obrigação, tanto que ela pode ser estabelecida mesmo contra a vontade do devedor, como admite o artigo 820 do Código Civil.

Depois de pagar a dívida, o fiador cobra, regressivamente, do devedor principal o que despendeu. Afinal, o fiador não tem o *debitum*, mas apenas o *obligatio*.

A fiança é uma obrigação acessória da obrigação principal, isto é, da relação que existe entre credor e devedor. Se a dívida deixa de existir, extingue-se a fiança. Se o titular do crédito deixa prescrever a dívida principal, porque, por exemplo, não toma as medidas necessárias contra o devedor, tem fim também o direito de reclamar o pagamento do fiador. Em suma, a relação que existe com o fiador segue o destino da relação principal, estabelecida entre credor e devedor, até porque não se admite que o acessório subsista sem o principal.

Tamanha a relevância dessa acessoriedade que não se admite que o conteúdo da obrigação contida na fiança seja superior ao da obrigação principal. O fiador não pode ter uma situação mais onerosa do que a do devedor principal, nem mesmo se admite que ele dê coisa diversa⁶.

Exceto no regime de separação absoluta de bens, não se pode dar fiança sem o consentimento do cônjuge (artigo 1.647, III, do Código Civil). Essa matéria, aliás, encontra-se sumulada pelo Superior

⁶ Nesse sentido e fornecendo exemplos Robert Joseph Pothier, *Tratado das Obrigações Pessoas e Recíprocas*, Tomo I, Rio de Janeiro, Garnier, 1906, p. 272/278.

Tribunal de Justiça (Súmula nº 332: “A anulação de fiança prestada sem outorga uxória implica a ineficácia total da garantia.”).

8.1.2. Aval

Comumente, obrigações são expressas e corporificadas em documentos denominados títulos de crédito (artigo 887 do Código Civil). Estes documentos registram uma dívida certa. Munido de um título de crédito, o credor pode exigir do devedor, cujo nome consta do documento, o pagamento da dívida constante do título. Há, portanto, uma autonomia do título, conceito fundamental no direito comercial. Essa autonomia acarreta a segurança do título. Aliás, enquanto o título estiver em circulação, apenas ele pode ser executado, informa o artigo 895 do Código Civil.

Há diversos títulos de crédito, como o cheque, as notas promissórias e a duplicata. Os emitentes desses títulos são os devedores da obrigação cristalizada no documento.

Admite-se, aqui também, um reforço à segurança do pagamento constante do título. O artigo 897 do Código Civil indica que “O pagamento de título de crédito, que contenha obrigação de pagar soma determinada, pode ser garantido por aval.” O aval encontra-se regulado pelos artigos 30 a 37 da Lei Uniforme (Decreto nº 57.663, de 24.1.66).

No aval, um terceiro se compromete a pagar a dívida expressa no título. Para isso, ele escreve, no verso do documento, que será seu avalista (artigo 898 do Código).

Na fiança, como acima se viu, há uma relação contratual, que vincula, principalmente, o fiador e o credor. No aval, o avalista garante o título de crédito. Não há uma relação contratual, porém uma situação na qual o avalista ocupa a posição de um devedor solidário ao devedor principal (artigo 899 do Código Civil e artigo 47 da Lei Uniforme, o Decreto-Lei nº 57.663 de 24.1.66).

Nesse passo, sublinhe-se uma importante alteração trazida pela nova Lei civil. Segundo o artigo 898 do Código Civil, não mais se admite o aval parcial. Antes, enquanto a Lei Uniforme regulava a matéria, admitia-se o aval parcial. O avalista, agora, apenas pode garantir a totalidade do valor expresso no título e

não mais apenas parte dele. Neste passo, há interessante discussão relativa à antinomia normativa, porquanto, embora especial em relação à Lei Uniforme de Genebra, o novo Código Civil é mais recente. Assim, prevaleceria este quanto à vedação do aval parcial.

Os títulos de crédito são transferíveis. A garantia estabelecida com o aval acompanha o documento. A obrigação do avalista, já se disse, é estabelecida a partir do título. Ao contrário do que acontece na fiança (uma relação acessória da obrigação principal), há, no aval, uma certa autonomia entre a obrigação original (que foi a causa da dívida) e a obrigação do avalista, consistente em pagar a dívida constante do título. O avalista não pode suscitar a nulidade da obrigação inicial, onde se criou o título, para fugir do pagamento (artigo 899, § 2º, do Código Civil).

Imagine-se a situação de uma pessoa que emitiu uma nota promissória para pagar certa dívida. Um terceiro serviu como avalista. Depois, esse título passou para outra pessoa, que, de boa-fé, o recebeu (é muito comum a circulação de títulos de crédito. Não raro, uma pessoa faz pagamentos com cheque recebido de terceiro). Adiante, esse título passa de mão em mão, até chegar a uma pessoa que procura o avalista para cobrar o montante expresso no documento (no caso, a nota promissória). O avalista não pode suscitar vício algum na relação inicial da obrigação que justificou o título, para escapar do dever de pagar a dívida, oriundo do aval. Há uma autonomia do título, sem a qual não seria possível sua transferência sem que isso implicasse um enorme risco, o que comprometeria seu valor comercial.

O avalista apenas pode opor as nulidades formais: dizer, por exemplo, que não foi ele quem assinou o aval, ou que o título é falso. Não há, contudo, como alegar que a obrigação inicial, que originou o título, é nula. O título, como se disse, ganha vida própria e assim também o aval.

Há, portanto, uma distinção fundamental entre a fiança e o aval. Na fiança existe uma obrigação acessória, do fiador em relação ao afiançado, ao passo que no aval a obrigação é autônoma.

Evidentemente, o avalista que paga a dívida expressa no título pode, depois, cobrar do devedor – o emitente do título – o ressarcimento do que desembolsou.

Salvo no regime da separação absoluta de bens, tanto o aval como a fiança, como acima se deu notícia, são apenas admitidos se houver a autorização do cônjuge (artigo 1.647, III, com a ressalva dos casados pelo regime da separação total de bens). Com isso, impede-se que um dos cônjuges coloque o patrimônio do casal em risco sem o consentimento do outro.

No Código de 1916, não havia necessidade de o cônjuge consentir com o outro para que o aval fosse concedido. Essa inovação da Lei de 2002 sofreu muitas críticas da doutrina que se ocupa do Direito Comercial. Segundo muitos comercialistas, essa necessidade da vênua do cônjuge cria obstáculos inconciliável com a agilidade e praticidade que deveriam distinguir o direito cambiário, pois tornava suspeitos os títulos.

Caso tenha havido a concessão da garantia sem a autorização, o cônjuge lesado pode reclamar a anulação do ato (artigo 1.650 do Código).

9. GARANTIAS REAIS

A palavra real vem do latim *res*, que significa coisa. Nas garantias reais a obrigação fica protegida por uma coisa: um determinado bem se vincula ao cumprimento da obrigação (artigo 1.419 do Código Civil). Se o devedor falhar, o credor pode exigir que se promova a venda, em leilão público, da coisa específica, dada em garantia, para que, com o fruto dessa venda, ele receba seu crédito.

Evidentemente, se o valor obtido no leilão for superior ao da dívida, o credor apenas fica com o que era devido e o restante, a sobra, é entregue ao devedor. Caso não se consiga arrecadar com a venda o valor da dívida, o credor recebe a quantia e segue com o crédito no remanescente (artigo 1.430 do Código Civil).

Os bens oferecidos em garantia devem estar aptos a ser alienados. Não se concebe que se dê em garantia um bem que não se possa vender, sob pena de não haver uma efetiva proteção do crédito, frustrando-se o propósito da garantia.

Não será necessariamente do devedor a coisa oferecida em garantia. O bem oferecido em garantia pode ser de terceiro. A única exigência é a de que quem forneceu a coisa tenha poder para dela dispor. O artigo 1.420 do Código diz que apenas pode dar coisa em garantia quem puder aliená-la.

Atente-se ser proibido ajuste que dê ao credor o poder de se assenhorear, em caso de inadimplemento, do bem dado em garantia. O artigo 1.428 veda expressamente esse negócio, independentemente do momento em que ele é fixado. Trata-se da cláusula compromissória, vedada pelo nosso sistema, porque abriria uma porta para o abuso ao devedor em necessidade. Dessa forma, é nulo o pacto segundo o qual o credor ficaria com a coisa dada em garantia se o devedor falhar com seu dever de oferecer a prestação.

Não se impede, contudo, que o credor e o devedor ajustem uma dação em pagamento, na qual o devedor entregue a coisa (antes oferecida em garantia) para quitar a dívida, como prevê o parágrafo único do artigo 1.428.

A admissão, feita pelo novo Código Civil, de que o credor fique com a coisa, por meio da dação, é escolha do legislador que não pode fugir a críticas. Essa possibilidade, veja-se, era feita pela doutrina⁷, bem antes do advento da nova lei civil. A restrição que se faz relaciona-se à possibilidade de o devedor ser constrangido. Afinal, o credor estará normalmente em uma posição mais forte e poderá impor a dação, embora o valor da coisa seja inferior ao da dívida.

Não é difícil intuir que as garantias reais são mais eficazes do que as pessoais. O fiador pode morrer ou ficar insolvente e, com isso, tornar inútil a garantia. Nas garantias reais, por seu turno, a coisa fica perenemente vinculada à obrigação e apenas em situações raras o valor do bem dado em garantia será reduzido.

As garantias reais são o penhor, a hipoteca e a anticrese. Há outras duas figuras bem próximas: a alienação fiduciária em garantia e o *leasing*. Eis as características principais de cada uma dessas garantias reais.

⁷ Tito Fulgêncio, *Direito Real de Hipoteca*, v. I, Rio de Janeiro, Forense, 2ª ed., 1960, p. 111.

9.1. Penhor

No penhor, o credor recebe a posse de um bem móvel, que fica com ele, para garantir o pagamento de uma obrigação (artigos 1.431 a 1.472 do Código Civil). Diante da inadimplência, o credor cobra a dívida e promove a venda judicial da coisa empenhada, ficando com o valor obtido com a alienação suficiente para ressarcilo.

A coisa móvel, entregue ao credor, garante, pois, a dívida. Em caso de inadimplemento, o credor tem a posse daquele bem, cujo saldo da venda servirá para pagá-lo.

O credor pignoratício é aquele cuja garantia é consubstanciada no penhor. Este termo simboliza a possibilidade de “tomar” a coisa em caso de inadimplemento do devedor. De fato, *pignus* vem do latim “punho”, porquanto o credor toma o bem, dando origem à garantia do penhor.

Pignus, contudo, também pode ser “prova”, acepção adotada por Virgílio na Eneida: *pignus amoris*, isto é, prova de amor (tema que, depois, foi usado como título de um lindo poema de Byron). O penhor também funciona como prova de que o credor será protegido pela garantia.

Tenha-se presente que, para ter efeito perante terceiros, o instrumento, no qual se ajustou o penhor, deve ser levado ao registro (artigo 1.432). Apenas aí haverá a necessária publicidade. Somente depois de registrado, o penhor terá efeito perante terceiros.

Uma importante característica dos Direitos Reais de garantia - e o penhor, claro, se insere nessa categoria - é a necessidade de publicidade do ato de sua constituição. A rigor, a garantia apenas se efetiva a partir do momento no qual é adotada uma atitude que promova a sua publicidade, isto é, torna o ato público, de forma que terceiros tomem conhecimento dele (ou, ao menos, possam tomar).

No caso específico do penhor, o ato que o instituiu, se for um contrato, deve ser levado ao registro, indica o artigo 1.432 do Código Civil. No penhor comum, o registro será o do Cartório de Títulos e Documentos. Além disso, no penhor, deve haver a efetiva tradição, a entrega física, da coisa empenhada.

Havendo o adimplemento, o credor devolve o bem móvel ao devedor. Caso contrário – se houve descumprimento do dever obrigacional –, o credor pode exigir a venda pública, por leilão, do bem dado em garantia. Com o valor obtido no leilão, o credor obtém ressarcimento.

A forma comum de constituição de penhor se dá por meio de contrato, no qual se indica a coisa que servirá de garantia e, em seguida, o devedor transfere a sua posse direta ao credor. Assim, embora seja um direito real sobre coisa alheia, não é errado afirmar que o penhor também é um contrato, porque ele se estabelece por meio do acordo entre credor e devedor.

A rigor, revela-se fundamental ter presente a característica de contrato acessório do penhor, que visa a assegurar outra obrigação, esta principal. Caso a obrigação principal seja encerrada por algum motivo, o contrato acessório segue o mesmo destino. Na hipótese de se entender pela nulidade do contrato principal, o penhor ficará prejudicado. Igualmente, diante do pagamento da obrigação principal, o penhor se extinguirá, pois o acessório segue o destino do principal.

Há, porém, hipóteses de penhor legal, referidas no artigo 1.467 do Código Civil. Nos casos mencionados na Lei, o penhor se dará por ordem legal. Isso ocorre, por exemplo, nos casos dos hospedeiros ou fornecedores de alimentos, sobre os bens dos seus fregueses que estiverem com estes nos estabelecimentos, pelas despesas que deram.

Se uma pessoa vai a um hotel e deixa de arcar com a sua conta, o hoteleiro pode ficar com algum bem do seu hóspede, a título de penhor, para garantir o pagamento. Uma vez paga a dívida, o hoteleiro devolve o bem que tomou em garantia.

No penhor legal, deve o credor, assim que tomar o bem, requerer ao Judiciário a homologação do ato. Os artigos 874 a 876 do Código de Processo Civil tratam da homologação do penhor legal. Como se vê, é uma interessante hipótese de autotutela, ao menos até a correspondente homologação judicial do ato, que lhe dá respaldo legal.

Recebida a coisa, o credor pignoratício passa a ocupar a posição de depositário do bem, com os deveres daí inerentes.

O Código Civil regula o penhor rural, que pode ser agrícola ou pecuário (artigos 1.438 a 1.446). No agrícola, admite-se o penhor de bens relacionados à agricultura, como máquinas, colheitas, lenha etc. Já no pecuário, o penhor recai sobre animais que integram a atividade pastoril, principalmente o gado.

Inovando, em relação ao Código anterior, a Lei de 2002 regula o penhor industrial e mercantil (artigos 1.447 a 1.450). Os penhores de direitos e títulos de crédito (artigos 1.452 a 1.458) são oferecidos em garantia de direitos sobre coisas móveis, que podem ser cedidas. Os penhores industrial e mercantil se referem às máquinas, aparelhos e tudo mais usado nas indústrias.

Como na cessão de crédito, o penhor de títulos de crédito só ganha eficácia quando notificado o devedor (artigo 1.453). Somente a partir daquele momento, o devedor fica ciente de que seu débito garante uma outra obrigação (artigo 1.460).

No penhor de títulos de crédito, o credor pignoratício fica com a posse do documento. Esse tipo de penhor era, no Código Civil de 1916, denominado de “caução de título” (antigo artigo 792).

O Código de 2002 inovou, ainda, ao tratar do penhor de veículos (artigos 1.461 a 1.466). Nele, não há a transferência da posse do bem, mas a celebração de instrumento público, devidamente registrado em cartório de títulos e documentos, no qual se convencionou a garantia.

Nos penhores rural, industrial, mercantil, de direitos e no de veículos não haverá a transferência da posse direta da coisa empenhada (no penhor de título de crédito há, apenas, a entrega física do título). A posse direta segue com o devedor.

A prova do penhor se dá com o documento registrado no cartório público específico. No penhor industrial e mercantil, por exemplo, o registro do instrumento de penhor deve ser feito no Registro de Imóveis do local onde estiver situado o bem (artigo 1.448).

9.1.1. Caução

Não raro, ao celebrar um contrato, o credor solicita ao devedor: “preciso de uma caução, de uma garantia”. O credor quer

uma proteção contra um futuro e eventual inadimplemento. O termo *caução* é, assim, usado indistintamente - e de modo pouco técnico - como sinônimo de garantia. De fato, *caução* vem do latim *cautio*, que significa precaução. E isso não deixa de ser muitas vezes correto. Afinal, como acima se deu notícia, até o advento do Código Civil de 2002, chamava-se *caução de crédito* o que hoje se denomina *penhor de crédito*.

Pode-se dizer que há três tipos de *caução*: a legal, a negocial e a processual.

A *caução legal* é aquela imposta pela lei. Há diversos casos espalhados pela legislação. O artigo 1.280 do Código Civil, por exemplo, indica que o proprietário ou possuidor de um prédio pode exigir do dono do prédio vizinho que esteja ameaçando desabar, a reparação deste e uma *caução*. O artigo 1.400 do Código, por sua vez, informa que o usufrutuário, ao receber a coisa, deve, se assim exigir o dono, prestar *caução*, para garantir eventuais danos para a hipótese de não se devolver a coisa em bom estado. A *caução legal* ocorre também, por exemplo, se uma pessoa estrangeira, sem bens no Brasil, decide propor uma ação judicial neste país. Segundo o artigo 835 do Código de Processo Civil, a pessoa estrangeira deve oferecer *caução* ao juiz suficiente a cobrir as custas judiciais e os honorários dos advogados da parte contrária. Isso porque se essa pessoa estrangeira perder a ação, o réu, vencedor da demanda, e seu advogado poderão mais facilmente receber os ônus da sucumbência.

A *caução* pode ser negocial. Aqui, o termo *caução* é usado genericamente para significar uma garantia qualquer, seja ela real ou fidejussória.

Por fim, a *caução* pode ser processual. Os exemplos mais práticos talvez sejam os artigos 804 e 805 do Código de Processo Civil. Esses dispositivos se encontram na parte relativa ao procedimento cautelar, no qual a parte pretende obter do Judiciário uma decisão imediata, uma liminar, que lhe proteja numa situação de emergência. No artigo 804 do Código de Processo Civil, admite-se que a parte, que deseje receber uma medida liminar do Judiciário, garanta o juízo com uma *caução* (assim, se, depois, a liminar for

revogada, a parte prejudicada poderá ressarcir-se com a garantia). O artigo 805, por sua vez, admite que a parte, contra quem a liminar foi requerida, apresente uma caução, exatamente para garantir que, se, ao final, se entender que a liminar era justa, a outra parte, que requereu a enérgica media judicial, tenha como, rapidamente, obter reparação. Nesses casos, a caução funciona como contracautela.

O Código de Processo Civil examina a ação de prestação e requerimento de caução, nos seus artigos 826 a 838. Esse procedimento serve tanto para quem deseja prestar a caução e encontra resistência da outra parte, como para quem deseja reclamar a caução devida, mas a contraparte se recusa a oferecê-la.

9.2. Hipoteca

Hipoteca é um nome curioso. Numa primeira análise pode dar a idéia de ser a junção de duas palavras: “hipo” e “teca”. “Hipo”, em grego, quer dizer cavalo, enquanto “teca” significa “conjunto de”. Hipopótamo significa cavalo d’água, porque se imaginou inicialmente que essa era a sua natureza, daí a junção de “hipo” e “potamo”. No caso do sufixo “teca”, há os mais variados exemplos: discoteca (conjunto de discos), biblioteca (conjunto de livros) e por aí vai. Entretanto, hipoteca não tem nada a ver com um conjunto de cavalos, nem essa é a origem da palavra, embora o instituto seja muito antigo. Segundo Tito Fulgêncio, em sua obra clássica sobre o tema, a origem etimológica é mesmo grega: *hypo* significa “por baixo” e *tithermi* quer dizer “eu ponho”⁸. Assim, hipoteca é uma garantia que se põe debaixo do crédito.

A hipoteca era conhecida no Egito antigo, na Grécia e em Roma⁹.

Na hipoteca, a garantia é dada por um bem imóvel, que fica vinculado ao pagamento da obrigação (artigo 1.473). Trata-se da

⁸ Tito Fulgêncio, *op. cit.*, p. 8.

⁹ Um interessante histórico do instituto pode ser visto em *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, Henri de Page, Tome Septième, 10^a ed., Bruxelas, Émile Brylant, 1957, p. 331. Especificamente sobre o desenvolvimento do instituto em Roma: Lafayette Rodrigues Pereira, *Direito das Cousas*, 3^a ed., Rio de Janeiro, Livraria Editora Freitas Bastos, 1940, p. 386/392.

sujeição dos bens de raiz do devedor para proteção do credor. Excepcionalmente, pode haver hipoteca sobre duas coisas móveis: navios e aeronaves. De fato, embora sejam bens móveis, a constante movimentação que seria exigida caso fossem objeto de penhor traria inevitavelmente diversos problemas. Para tanto, estendeu-se a tais coisas o regime da hipoteca, muito mais consubstanciado na imobilidade, diminuindo-se consideravelmente o risco. A lista do artigo 1.473 arrola os bens suscetíveis de hipoteca.

Diferentemente do penhor, na hipoteca o bem dado em garantia segue na posse do devedor. Daí ser ainda mais importante na hipoteca que se dê o seu registro no Registro Geral de Imóveis competente, pois essa é a única forma de permitir que terceiros fiquem cientes do gravame (artigo 1.492 do Código Civil).

Caso uma pessoa deseje adquirir um imóvel, cabe a ela obter a certidão do registro de imóveis onde se situa o bem (artigo 1.492). Na certidão, haverá a referência a eventual existência de uma ou mais hipotecas. O fato de haver esse ônus real incidente sobre o bem não impede a transferência da propriedade. A hipoteca não é óbice à alienação do bem. Porém, a transferência da coisa não acaba com a garantia real. A rigor, uma das mais importantes características da garantia real é precisamente a de que ela subsiste mesmo na alteração de proprietário. A garantia segue a coisa, ficando presa a ela, como a pele ao corpo.

Caso o devedor da obrigação na qual se estabeleceu a hipoteca não pague a dívida, o credor poderá exigir a venda judicial da coisa para receber seu crédito, independentemente de quem seja o proprietário da coisa. Daí porque, em regra, deve-se evitar a compra de um imóvel hipotecado (atente-se: é nula a cláusula que impede o dono de um imóvel hipotecado vender seu bem, consoante o artigo 1.475 do Código).

O credor hipotecário tem o direito de fazer executar a coisa, objeto da garantia, para satisfazer o seu crédito, independentemente de quem seja o proprietário.

Antes se mencionou a possibilidade de constituição, sobre o mesmo bem imóvel, de mais de uma hipoteca (artigo 1.476). Desde que o valor do bem suporte, é absolutamente lícita a criação de mais uma hipoteca sobre o mesmo bem.

Se o bem for vendido para pagar alguma dívida, com o valor obtido se quitará, antes de mais nada, a dívida garantida pela hipoteca registrada em primeiro lugar. Apenas depois será paga a dívida garantida pela segunda hipoteca. Se houver outras hipotecas, sempre se observará a ordem cronológica de seu registro. A ordem se dá em função de quando a hipoteca foi registrada no registro de imóveis (e não em razão do momento no qual o seu contrato foi firmado). Diante disso, deve o credor, que ajustou uma hipoteca para proteger sua obrigação, correr no registro de imóveis para promover o registro da sua garantia. Aplica-se, aqui, o princípio segundo o qual mais forte o direito se mais antigo: *prius in tempore potior in jure*.

9.3. Anticrese

“O que há num simples nome? O que chamamos rosa com outro nome não teria igual perfume?” Nessa passagem de Romeu e Julieta, a jovem comenta com seu amado que o nome significa pouco diante da essência das coisas. Ela diz isso porque descobre que seu amado Romeu é da família dos Montéquios, desafeto dos Capuletos. Diante disso, Julieta, uma Capuleto, pergunta ao seu amado qual a diferença se ele é Montéquio, qual a diferença desse nome, pois ela seguiria apaixonada por Romeu de toda sorte, independentemente do nome que ele tivesse.

Pois vamos tratar agora de um dos mais estranhos nomes do mundo jurídico: a anticrese. Pobre anticrese. Além do nome curioso e feio, trata-se de uma garantia real sem nenhum prestígio.

Por meio dela, o credor recebe um imóvel para administrar - normalmente um negócio - e dele receber os frutos, ensina o artigo 1.506 do Código Civil. O credor vai auferindo esses frutos e os abate da dívida até receber tudo o que for devido. Ao final, devolve a coisa.

O credor, todavia, fica obrigado a prestar contas ao devedor do que recebeu e a zelar pela coisa oferecida em anticrese.

Por diversos motivos práticos, a anticrese é muito raramente utilizada. Em primeiro lugar, ela cria um ônus ao credor, que assume o dever de administrar um bem e a disso prestar contas.

Além disso, com a anticrese, o devedor fica sem a coisa, com a qual poderia auferir algum valor para pagar a dívida. Em suma, a anticrese acarreta ônus para o credor e para o devedor e daí ser uma garantia em total desuso.

10. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

A propriedade fiduciária não é tecnicamente uma garantia. Entretanto, nela, a segurança do credor é, sem dúvida, muito maior em comparação com qualquer das garantias reais mencionadas no Código Civil, o que explica o exponencial aumento de casos em que é empregada. Isso porque, na propriedade fiduciária, o devedor, embora fique com a posse da coisa móvel infungível, transfere a sua propriedade ao credor, ajustando que a propriedade será devolvida no pagamento da obrigação.

Caso se dê o inadimplemento, o credor não pode ficar com a coisa, mas deve promover a sua alienação e receber o valor obtido na venda e, assim, satisfazer seu crédito (artigo 1.364). Repete-se, aqui, o conceito que veda a estipulação de cláusula compromissória, já registrado no artigo 1.428.

Se o montante percebido com a venda da coisa for maior do que o do crédito, o credor devolve o que receber a mais; se for menor, o credor segue podendo cobrar o que faltou (artigo 1.366 do Código Civil).

O Código de 2002 passou a regular a situação, mencionando a hipótese no artigo 1.361. Exige-se, neste tipo de transferência momentânea de propriedade, que se registre o documento no qual a propriedade fiduciária foi estabelecida, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor (§ 1º do art. 1.361).

O devedor, na propriedade fiduciária, fica como depositário. Daí porque se diz “propriedade fiduciária”, pois necessário haver uma certa confiança entre as partes. A palavra fiduciária tem o radical “fides”, que, como antes se deu notícia, significa fé. Da união de “Com” e “fides” adveio o termo confiança. Afinal, como a posse da coisa segue com o devedor (§ 2º do artigo 1.361), o depositário mal intencionado pode destruir ou sumir com o bem móvel, sendo, pois, essencial a existência da relação de credibilidade entre as partes.

É fundamental distinguir a situação do penhor. Neste, a posse direta do bem oferecido em garantia é transferida ao credor, mas não a sua propriedade, que segue com o devedor. Na propriedade resolúvel, por sua vez, passa-se a propriedade ao credor, mas a posse direta se mantém com o devedor.

Interessante observar que a propriedade resolúvel deu uma nova roupagem a um meio vetusto, que existiu no Direito Romano antigo, de proteção do crédito: a *fiducia cum creditore*. Neste, o devedor transferia a propriedade (junto com a posse direta) de um bem ao credor, que ficava com o dever de restituir a coisa assim que a dívida fosse paga.

11. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

A alienação fiduciária em garantia tem grande aplicação nos dias de hoje. Para financiar a aquisição de um bem infungível, o credor adquire a propriedade do referido bem, que fica, entretanto, na posse direta do devedor. Este vai pagando o valor do bem ao credor e, uma vez quitada a totalidade do valor financiado, o credor transfere a propriedade da coisa ao devedor. Trata-se, pois, de uma espécie de propriedade fiduciária, com a diferença de que o bem é financiado.

Essa alienação fiduciária em garantia é muito comum na aquisição de máquinas e veículos. Instituições financeiras oferecem o crédito para a compra desses bens, que ficam no nome delas, porém na posse do financiado. Este paga o valor da coisa aos poucos a instituição financeira e, ao quitar a dívida, recebe a propriedade da coisa financiada.

Há uma discussão acerca de quem pode ser o credor de alienação fiduciária. Para a maioria, fiduciante é apenas e necessariamente uma instituição financeira, enquanto para outros, em minoria, não haveria essa restrição¹⁰.

O credor será o proprietário fiduciário, ao passo que o devedor recebe a designação de fiduciante. A propriedade, aqui, é

¹⁰ Sobre a discussão, vale ler os acórdãos do Supremo Tribunal Federal, RE nº 90.636-SP, do qual o Ministro Moreira Alves foi relator, e do Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1.121 - RS, no qual funcionou como relator o Ministro Cláudio Santos.

resolúvel e, como se disse, será transferida assim que o preço total do negócio for quitado.

A alienação fiduciária em garantia é regulamentada pelo artigo 66 da Lei nº 4.728, de 14.7.65, e pelo Decreto nº 911, de 1.10.69. Segundo o § 1º do artigo 66 da Lei nº 4.728/65, a alienação fiduciária apenas se prova com documento escrito que será “necessariamente” arquivado no Registro de Títulos e Documentos.

Diante do inadimplemento, o credor pode requerer a busca e apreensão da coisa (artigo 3º do Decreto nº 911/69) e a execução do valor devido. Note-se, entretanto, que, se o devedor já pagou 40% do valor da coisa, ele pode solicitar a purgação da mora, isto é, pagar o que falta para ficar com a propriedade do bem.

Uma vez com a coisa, o credor pode vendê-la da forma que lhe parecer mais conveniente. Não há necessidade de que essa alienação se dê em hasta pública (artigo 2º do Decreto nº 911/69), o que a torna mais ágil do que as garantias convencionais.

Muito comumente pessoas adquirem bens por meio da alienação fiduciária. Embora haja uma proteção ao credor, ela se caracteriza principalmente por ser uma forma de financiamento, com a vantagem de que o devedor já pode, desde logo, usar e fruir da coisa.

A razão de o termo “fidúcia” constar deste negócio é simples: o credor deve confiar no devedor, pois a coisa dada em garantia fica fisicamente (posse direta) com o devedor. Se a coisa perecer por responsabilidade do devedor, não haverá mais a “super” garantia.

A grande vantagem da alienação fiduciária em garantia reside no fato de que, num eventual concurso de credores ou de falência, o credor não precisa habilitar seu crédito, pois ele já tem a propriedade, de sorte que seu patrimônio fica protegido.

Justamente em vista desse fato, a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas (Lei nº 11.101, de 9.2.05) previu inúmeras situações nas quais serão priorizados esses credores.

12. ARRENDAMENTO MERCANTIL

Também conhecido como *leasing* financeiro, o arrendamento mercantil se distingue por ser uma mistura de locação com compra

e venda. Nele, o credor adquire um bem por indicação do devedor e, imediatamente em seguida, dá esse bem em locação ao devedor. No final do prazo ajustado de locação, o devedor pode optar por ficar com a coisa, desde que pague um determinado valor ajustado inicialmente.

O credor recebe o nome de arrendador e o devedor de arrendatário. O arrendador, por determinação legal (Lei nº 6.099, de 12.9.74 e Resolução nº 2.309, de 28.8.96 do Banco Central), deve ser forçosamente uma pessoa jurídica especializada em arrendamento mercantil ou instituições financeiras, embora o arrendatário possa ser tanto pessoa jurídica como natural.

Se não se pagar o valor da locação, o credor (arrendador) pode não apenas reaver o bem, para vendê-lo, mas exigir o valor dos aluguéis inadimplidos.

Neste caso, assim como na alienação fiduciária, há mais do que uma garantia, pois a coisa, objeto do negócio, pertence ao credor.

13. PENHORA

O direito processual é um instrumento. Por meio dele, os interessados invocam a prestação jurisdicional e buscam proteger seus direitos.

Dentre as ações disponíveis, há uma mais violenta, denominada execução. Nela, o credor solicita uma medida enérgica do Judiciário, no sentido de que recolha bens do patrimônio do devedor para satisfazer seu crédito.

Para tanto, exige-se que o credor porte um documento — chamado título executivo —, referido nos artigos 585 e 475-N do Código de Processo Civil, no qual se apresente um crédito líquido (sob o qual não paire dúvida do exato montante), certo (inequívoco quanto à existência) e exigível (já pode ser cobrado).

Apresentando esse título, o credor pode reclamar do Judiciário que cite o devedor para pagar imediatamente a dívida.

Essa ação enérgica, como se disse, se chama execução. Diz-se que o credor executa seu devedor. Esse procedimento, claro, está regulado no Código de Processo Civil. Há uma parte inteira do

Código de Processo Civil referente ao processo de execução (Livro II, que abrange os artigos 566 a 795).

No processo de execução, o devedor não responde ou contesta: ele paga e pronto.

Se o título executivo oferecido para execução for judicial (normalmente uma decisão judicial condenatória), arrolado nos incisos do artigo 475-N do Código de Processo Civil, o devedor apenas pode impugnar a execução, de forma muito limitada, pois sua irresignação somente pode versar sobre as matérias mencionadas no artigo 475-L do Código de Processo Civil. Essa impugnação, diz o artigo 475-M da Lei Processual, não terá efeito suspensivo.

Caso, contudo, o título for extrajudicial, como uma nota promissória ou um cheque, por exemplo (as hipóteses vêm referidas no artigo 585 do Código de Processo Civil), permite-se ao executado uma defesa mais ampla. Entretanto, para apresentar essa defesa, o devedor executado deve, antes, garantir o Juízo.

O Judiciário atua, rapidamente, para separar bens do patrimônio do executado, que servirão como garantia do próprio Juízo, onde tramita a execução. Essa garantia do Juízo denomina-se penhora.

Caso se execute um crédito com garantia real, a penhora recairá, de preferência, sobre a coisa dada em garantia, diz o § 1º do artigo 655 do Código de Processo Civil.

O executado de um título extrajudicial se protege de uma execução por meio dos embargos de devedor (artigo 736 do Código de Processo Civil). Estes serão autuados em apenso aos autos do processo de execução e julgados pelo mesmo juiz que examina a execução.

Estes embargos, em regra, não têm o condão de suspender o andamento da execução, salvo excepcionalmente, se houver risco de dano ao executado e se o Juízo estiver garantido pela penhora (artigo 739-A, § 1º, do Código de Processo Civil).

Os bens dados em penhora são, pois, aqueles oferecidos para garantir o juízo em um processo de execução. Segundo o artigo 655 do Código de Processo Civil, o executado deve observar uma

ordem ao fazer a nomeação de bens. A jurisprudência, contudo, entende que essa ordem não é rígida.

Se os embargos de devedor forem julgados procedentes, para decidir que não existe dívida, a penhora se resolve e os bens ficam liberados. Caso, contudo, os embargos não sejam providos, o credor executará os bens penhorados, promovendo a venda deles em leilão público.

Com a penhora, há a individualização do bem ou conjunto de bens que serão alienados para satisfazer o crédito. Trata-se, pois, de um ato processual com enormes repercussões práticas, pois compromete certo bem, que passa a garantir a dívida de modo especial.

Segundo o artigo 612 do Código de Processo Civil, a penhora dá ao credor, em cuja execução ela foi constituída, uma preferência em relação aos demais credores. Isto é, esse credor com penhora receberá o resultado da venda desse bem antes dos demais credores, que não desfrutam dessa garantia (embora isso não se aplique ao concurso no caso de insolvência, como ressalva o próprio artigo 612, ou no de falência).

Importante ressaltar que, na maioria dos casos, a penhora não retira a propriedade e a posse da coisa do devedor (ou de quem quer que seja o dono ou possua o bem penhorado). A penhora, todavia, afeta o bem, de sorte que a alienação dele é ineficaz em relação ao credor.

O Código de Processo Civil alista, no artigo 649, uma série de bens considerados impenhoráveis, com fundamento em questões de natureza humanitária, sempre com vistas a preservar a dignidade da pessoa humana. Nesse conceito se assentam todas as limitações à penhora de bens. Provisões de alimentos, o anel nupcial, salários e congêneres não podem, por exemplo, ser objeto de penhora.

14. AS GARANTIAS NO CASO DE INSOLVÊNCIA

Especial relevância será a avaliação das garantias no caso de insolvência, isto é, se o devedor não dispôr de bens suficientes para arcar com todas as suas dívidas. Isso ocorre se o devedor tiver

dívidas superiores ao seu ativo patrimonial. O Código Civil indica uma ordem de pagamento aos credores no caso de insolvência (artigos 955 a 965 do Código Civil).

Privilegia-se, na ordem de pagamento, o crédito em função de sua natureza e de sua garantia. Diz-se que há preferências. Os devedores são, por conta disso, divididos em classes. Na hipótese de haver vários credores na mesma classe, a relação entre eles e o devedor comum será presidida pela igualdade no tratamento (o artigo 962 do Código traduz um princípio, aplicável à espécie, da *par conditio creditorum*). De outro lado, não havendo preferências, todos os credores terão igual direito sobre os bens do devedor, indica o artigo 957 do Código.

O Código Civil, tenha-se presente, cuida da insolvência do devedor não-empresário. Se a insolvência for do empresário ou da sociedade empresária, aplica-se a Lei de Falência (Lei nº 11.101, de 9.2.05), que, embora guarde os mesmos conceitos e princípios, possui regras específicas.

Em linhas gerais, pode-se dizer que, num concurso de crédito há a seguinte regra de preferências: em primeiro lugar, pagam-se os créditos que derivem de indenizações trabalhistas, salários e acidentes de trabalho. O artigo 449, § 1º, da Consolidação das Leis Trabalhistas registra que esses créditos são privilegiados, mas o dispositivo legal que põe os créditos trabalhistas na frente de todos os demais é o artigo 186 da Lei nº 5.172, de 25.10.66, o Código Tributário Nacional. Diz o mencionado artigo:

“Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo de sua constituição, res-salvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente do trabalho.”

Entende-se, corretamente, que, pela sua origem e sua função, normalmente o de sustento do empregado e de sua família, esse pagamento deva ser feito antes dos demais.

Não há, como se alertou, uma referência ao privilégio do crédito trabalhista no Código Civil, embora exista na Lei de Fa-

lências, no artigo 83, que coloca esse tipo de crédito como o primeiro na ordem de pagamento, embora limitado a 150 salários mínimos. A razão desse esquecimento pode ser explicada pelo fato de que, na época de promulgação do Código Civil de 1916, não havia o privilégio trabalhista. O Código de 2002, neste particular, praticamente copiou o seu antecessor de 1916, deixando de fazer referência à questão dos créditos trabalhistas e tributários. Isso se deu propositalmente, pois os redatores da Lei de 2002 preferiram apenas fazer referência aos créditos de natureza cível, deixando os demais para as leis específicas.

Os créditos de natureza tributária, de dívidas oriundas de impostos e taxas, são pagos antes das demais dívidas (preceitua o acima transcrito artigo 186 do Código Tributário Nacional), assim como os que tenham por origem a previdência social (Lei Orgânica da Previdência Social, Lei nº 3.807, de 26.8.60, artigo 157¹¹).

Das dívidas que não tenham as naturezas acima referidas, aplica-se o artigo 961 do Código Civil:

“Art. 961. O crédito real prefere ao pessoal de qualquer espécie; o crédito pessoal privilegiado, ao simples; e o privilégio especial, ao geral.”

Assim, primeiro pagam-se as dívidas que apresentem uma garantia real, ou seja, as que foram garantidas por um bem específico, afetado para proteger o credor de um eventual inadimplemento (vale notar que, segundo a Lei de Falência, os créditos com garantia real são recebidos antes dos tributários, consoante os incisos II e III do artigo 83).

Interessante notar, nesse passo, que, em muitos países, os créditos com garantia real, nas leis de falência, são os primeiros a ser pagos, antes mesmo dos créditos de natureza trabalhista ou

¹¹ “Art. 157. Os créditos da previdência social relativos a contribuições e seus adicionais ou acréscimos de qualquer natureza por ela arrecadadas, inclusive a quota de previdência, a correção monetária e os juros de mora correspondentes, nos processos de falência, concordata ou concurso de credores, estão sujeitos às disposições atinentes, aos créditos da União, aos quais são equiparados, seguindo-se a estes na ordem de prioridade.”

tributária. Assim é, segundo as leis de falência, na Alemanha, nos Estados Unidos, na Inglaterra, no Japão e em Portugal, por exemplo.

Depois das dívidas com garantias reais, avalia-se se o crédito é privilegiado ou simples. Os créditos privilegiados receberão antes dos simples. Note-se, ainda, que, entre os privilegiados há duas sub-classes: o privilégio especial e o geral, conforme o privilégio recaia “especialmente” sobre um certo bem do devedor, ou seja, “geral” sobre o patrimônio do devedor (veja-se, a propósito, o artigo 963 do Código Civil).

As hipóteses de privilégio especial encontram-se referidas no artigo 964 do Código Civil. Relacionam-se as situações nas quais o credor tem uma vantagem de precedência ao receber seu crédito, com relação dos demais débitos, decorrente de certo fato relacionado à dívida. Por exemplo, se o credor beneficiou uma coisa, ele terá direito de receber pelas benfeitorias úteis e necessárias que fez antes dos demais (inciso III do artigo 964). Trata-se do direito de retenção: uma faculdade dada pela Lei ao credor que pode conservar a coisa, antes detida legitimamente, até o pagamento do que lhe é devido. Dessa forma, até cumprir com a sua obrigação de indenizar a benfeitoria, o proprietário fica alijado da coisa.

Situação distinta do privilégio especial é a do privilégio geral, referida pelo artigo 965 do Código Civil. Embora créditos sem garantia, estes devem ser pagos antes dos demais créditos também sem qualquer garantia. O primeiro inciso, por exemplo, trata das dívidas com o funeral do devedor falecido. Entende-se que essa dívida merece uma prevalência diante das demais dívidas sem garantia.

Embora não tenha sido contemplado pelo Código Civil, o Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906, de 4.7.94) estabelece, no artigo 24, que os créditos do advogado decorrentes de honorários constituem crédito privilegiado. Trata-se também de um privilégio especial.

Se o crédito não estiver contido em nenhum dos casos acima referidos, ele será pago por último, conjuntamente com todos os demais em igual situação.

O pagamento em caso de insolvência não é complicado. Apura-se a massa de bens do devedor e os pagamentos começam a ser feitos por classes. Como antes se deu notícia: primeiro pagam-se os credores com os créditos considerados socialmente mais relevantes (os trabalhistas e os tributários), depois, os credores com garantias reais. Passado isso, os credores com os privilégios especiais e, depois, os privilégios gerais. Por fim, recebem os credores sem privilégio. Se os bens apurados do devedor não forem suficientes para saldar uma classe, haverá entre eles um rateio proporcional ao valor de cada um desses créditos, como dispõe o artigo 962 do Código Civil, sempre respeitando a paridade de tratamento dos credores da mesma classe. 📄

Análise Paradigmática do Direito das Obrigações: Boa-fé, Deveres Laterais e Violações Positivas do Contrato

Raphael Manhães Martins
Advogado e Professor da UERJ.

“Cada época tem o Direito que merece”.
(R. C. van Caenegem)

1. DUAS LEIS, DOIS TEMPOS

Este início de século foi marcado pela promulgação de dois importantes diplomas legislativos:

Em 11 de outubro de 2001, foi aprovada, na Alemanha, a “Lei para modernização do Direito das Obrigações” (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), que, diante do atraso de seu arcabouço legislativo então vigente, propunha-se a reformular partes vitais de seu Código Civil. Poucos meses depois, em 10 de janeiro, o novo Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406) foi promulgado, tendo como principal objetivo tornar o sistema civilístico nacional mais consentâneo com a realidade socioeconômica do país.

Embora a proximidade temporal das duas leis possa sugerir uma semelhança entre seus dispositivos, o que se sobressai de um cotejamento é a certeza de que esses diplomas encontram-se em

dois momentos distintos. Enquanto o alemão é uma verdadeira consolidação de quase um século de debates doutrinários e inovações judiciais, o Código brasileiro, em diversos momentos, parece ainda envolto de um inegável sabor do início do século passado...

Essa dissonância é mais evidente quando analisada a forma como os dois diplomas regulam a Teoria do Inadimplemento. Enquanto o legislador brasileiro tratou do não-cumprimento das obrigações através das clássicas figuras da mora e da impossibilidade da prestação, a lei alemã adotou, em substituição, o conceito de “perturbação da prestação”¹ (*Leistungstörungen*), cuja base encontra-se não no incumprimento do objeto principal da obrigação - onde o binômio mora/inadimplemento aplica-se de forma mais característica - mas na violação de um dever qualquer da relação jurídica.

Essa situação, que, infelizmente não se circunscreve ao tema do inadimplemento das obrigações, é apenas uma demonstração de que nosso Código Civil encontra-se em dissonância com o atual desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, principalmente na parte do Direito das Obrigações.

Por certo, não se trata de questionar a opção do legislador brasileiro, mas de constatar a inadequação entre nosso direito positivo e o paradigma atual do direito das obrigações. Isso, principalmente, uma vez que reconhecemos na adequação ao paradigma vigente uma condição *sine qua non* para um diploma que busque alcançar legitimidade científica e social.

Afinal, já se foi o tempo em que o direito das obrigações era concebido como algo imutável e aistórico, ou melhor, como uma correnteza tranqüila seguindo seu curso sem sobressaltos. Ao contrário, percebe-se que, como todo objeto que sofre a ação da história, o Direito das Obrigações foi alvo de tensões e distensões, sendo ora objeto de releituras técnicas por parte dos operadores do direito, ora um barco carregado pela correnteza dos influxos políticos e filosóficos dominantes.

¹ Conceito formulado, principalmente, por Heinrich Stoll, em sua obra “*Die Lehre von Leistungstörungen*”, de 1936. (Cf. SESSLER, Anke. *Die Lehre von den Leistungstörungen: Heinrich Stolls Bedeutung für die Entwicklung des allgemeinen Schuldrechts*. Berlin: Duncker und Humboldt, 1994. p. 119 *et seq.*).

E, para uma compreensão destas mutações sofridas pelo Direito das Obrigações, será extremamente valiosa a referência aos paradigmas. Principalmente quando se reconhece nestes a “contraprova” da adequação de determinado ordenamento jurídico ao desenvolvimento científico atual².

O presente trabalho, portanto, busca analisar os contornos do que poderíamos chamar de Paradigma Contemporâneo do Direito das Obrigações, bem como apontar os novos problemas que este novo paradigma apresenta. Isto, claro, com o objetivo último de propor soluções interpretativas para as deficiências do Direito das Obrigações, em geral, e da Teoria do Inadimplemento, em particular, tal como foi regulada em nosso Código Civil.

2. O PARADIGMA CONTEMPORÂNEO DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

No mundo hodierno, o Direito das Obrigações não possui a sua importância simplesmente pelo tráfico ou intercâmbio de bens. Embora, em determinados casos, a relevância do instituto limite-se a uma simples relação de trocas - como seria o caso de uma compra e venda à vista - seu escopo de atuação em muito sobeja esta função.

Reconhece-se, a esse propósito, que o direito das obrigações não só repercute no plano econômico, mas também no social. Afinal, quando o Direito das Obrigações estabelece a correlação entre direitos e deveres numa relação de cooperação ou parceria (*joint venture*), ou na relação entre seguradoras e segurados, “*se pone manifiesto especialmente la ‘misión social’ del derecho privado, a saber, establecer condiciones y dictar normas que hagan posible un equilibrio razonable de las fuerzas sociales y de los intereses*”

² Mesmo porque, conforme aponta Ronald Dworkin: “O papel que paradigmas desempenham no raciocínio e na argumentação será ainda mais crucial do que qualquer acordo abstrato a propósito de um conceito. Pois os paradigmas serão tratados como exemplos concretos aos quais qualquer interpretação plausível deve ajustar-se [...]. Em decorrência desse papel especial, a relação entre a instituição e os paradigmas da época será estreita a ponto de estabelecer um novo tipo de atributo conceitual. Quem rejeitar um paradigma dará a impressão de estar cometendo um erro extraordinário” (O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 88-89).

*de un grupo humano y tomen en consideración la necesidad de protección de los económicamente débiles.”*³

Mas não se trata apenas de uma mudança de perspectiva, ocasionada por uma reavaliação do papel do Direito das Obrigações. Afinal, ainda que pensemos apenas nas trocas de bens e suas repercussões econômicas, a mesma Teoria Geral das Obrigações que regula a compra e venda de um bem móvel é aquela que estabelece os limites e regras do tráfico comercial de massa. Da mesma forma, a Teoria que se aplica à obrigação assumida por uma empresa, após longa negociação com um fornecedor, será aquela aplicável em um contrato de gaveta, em que a participação do consumidor resume-se à assinatura de um formulário pré-impresso.

Para se entender essa multiplicidade de situações, a antiga compreensão da relação jurídica obrigacional⁴ como uma correlação entre obrigação e “dever jurídico”, por meio da qual uma pessoa se sujeita a realizar determinada prestação simétrica à pretensão de outrem, não se mostra adequada.

Essa antiga correlação só desempenha um papel relevante, no estágio atual de nossa sociedade, caso se deseje destacar a relação entre direitos (*créditos*) e deveres (*dívidas*) que decorrem da relação jurídica, de forma que uma pessoa possa reclamar de outro determinado comportamento⁵.

Mas é forçoso aceitar que esses créditos e dívidas, que vêm à tona na análise do dever jurídico, se considerados isoladamente, não passam de conceitos ideais. Conceitos, aliás, frutos de um processo metodológico de abstração, em que se isola o vínculo obrigacional da causa que a produziu e do fim almejado pelas partes.

³ LARENZ, Karl. “*Derecho de Obligaciones*”. Tomo 1. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: *Revista de Derecho Privado*, 1964. p. 14.

⁴ V. nosso trabalho anterior MARTINS, Raphael Manhães. “*A teoria do inadimplemento e transformações no direito das obrigações*”. *Revista dos Tribunais*, v. 33, p. 250-289, jan.-mar./2008.

⁵ Conforme Díaz-Picazo, “*así considerada, la obligación no sólo es el deber jurídico, sino también un derecho subjetivo, perteneciente a la categoría de los derechos personales o de crédito*” (DIEZ-PICAZO, Luiz, *Fundamentos del derecho civil patrimonial: las relaciones obligatorias*, v. II. 5ª ed. Madrid. Editorial Civitas, 1996. p. 49).

Mas, mesmo reconhecendo a validade de tal método para aquela finalidade, sua utilização da forma exclusiva implica a perda de conteúdo material do instituto. Afinal, uma compreensão global da relação obrigacional só é acessível a partir do momento em que ela é posta em contato com uma realidade subjacente. Realidade esta que, por sua vez, é mais completa, complexa e cambiante do que as abstrações do jurista.

Uma vez inserido nessa realidade, o conceito ideal, abstrato e generalizante, passa primeiramente a referir-se à causa que lhe deu origem. Mesmo porque as partes não praticam negócios jurídicos aleatoriamente, mas com interesses concretos na materialização de certos objetivos, sejam econômicos, sociais, morais ou ideais⁶. Isto porque a relação jurídica entre duas partes não simplesmente existe como um fim em si, mas constitui-se num instrumento à concretização de interesses.

Em contato com a causa que a originou e as finalidades concretas das partes envolvidas, tornar-se-á perceptível a “‘tensão’ ou ‘polaridade’ [existentes] entre os aspectos voluntaristas do contrato - aspecto subjetivo - e o seu meio econômico - aspecto institucional - o que relativiza, nas situações mais dramáticas, a aludida vontade, para permitir a adaptação do contrato à realidade subjacente”⁷.

Assim, é necessário ver tais interesses traduzidos em um elemento concreto da relação jurídica, de forma que possam ser imbuídos de especial força para a própria determinação do conteúdo interno da relação obrigacional.

É verdade, entretanto, que não será qualquer finalidade que terá a força para transformar a relação obrigacional. Esse papel é atribuído apenas àquele escopo cuja relevância para a situação concreta demande que lhe seja conferido um caráter impositivo aos sujeitos.

Sendo assim, para alcançar tal qualificação, é necessário que a finalidade das partes possua objetividade e cognoscibilidade,

⁶ Cf. RIBEIRO DE FARIA, Jorge Leite Areias. *Direito das Obrigações*, v. 1. Coimbra: Almedina, 2001, p. 129.

⁷ SILVA, Clóvis do Couto e, “A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro”. *Revista dos Tribunais*, v. 655, p. 10, maio 1990.

atributos esses necessários para projetarem-se no ordenamento jurídico como reflexo da finalidade obrigacional. E, dito de outra forma, é necessário que haja uma “*ligação de causalidade-finalidade entre a necessidade económica correspondente à prestação que se efectiva e a utilidade que se visa colher da prestação*”⁸.

Daí ser compreensível que dois contratos de compra e venda de determinado bem, com a mesma estipulação de direitos e deveres, produzam relações jurídicas diversas⁹.

Nesse passo, a finalidade passa a ser compreendida como a “*missão concreta (da relação obrigacional), comum a todos os elementos singulares integrados no todo unitário (créditos, débitos, direitos potestativos, sujeições, deveres laterais etc.)*”¹⁰. E, ao assumir essa “*missão*”, a disciplina do direito das obrigações não se limitará ao mero direito de crédito, visto que do contato social surge uma série de deveres que passam a integrar a relação obrigacional, ao lado da própria prestação principal.

Sobre este ponto, Jorge Leite Areias Ribeiro de Farias já assinalava: “O que está em causa é que a relação obrigacional pode significar um ‘plano’ (legal ou contratual), que não decorre sempre de uma forma linear e precisa e que, por isso mesmo, é acompanhada de um complexo instrumentário de poderes e deveres, o qual propicia, de qualquer sorte, a realização desse plano em forma patrimonial adequada, mesmo que falhe a deslocação de bens inicialmente prevista.”¹¹

Os méritos do desenvolvimento inicial deste paradigma são devidos à doutrina alemã do início do século XX¹², que demonstrou

⁸ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 316.

⁹ Por exemplo, seria este o caso do fabricante de *softwares* de informática que vende tanto para empresas de consultoria técnica, quanto para usuários domésticos. Embora exista, em ambos os casos, um dever de informação quanto à utilização e aos cuidados com o produto, para o usuário doméstico este cuidado é, sem dúvida, maior. Assim, numa situação concreta, a falta de uma informação poderá gerar direito de indenização apenas para o usuário doméstico e não para uma empresa de consultoria técnica que se presume já possuir mínimos conhecimentos sobre o produto.

¹⁰ *Ibidib.* p. 314-315.

¹¹ RIBEIRO DE FARIA, Jorge Leite Areias. *Op. cit.* p. 120.

¹² V. CORDEIRO. António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 587-589. Ainda, conforme Wieacker: “A relação obrigacional, equipa-

que, além do supra-referido conceito clássico de obrigação (do-
ravante, designada de relação obrigacional simples), havia uma
relação obrigacional complexa que compreende, justamente, a
idéia de que “o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um
simples dever de prestar, simétrico a uma pretensão creditícia,
mas, antes, vários elementos jurídicos dotados de autonomia
bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem um realidade
composta.”¹³

Para dar conta desta multiplicidade abarcada pelo vínculo
obrigacional, diversas foram as formas encontradas pela doutrina
para designá-lo: “organismo”; “relação-quadro”; “estrutura” ou
“processo”; “complexidade intra-obrigacional”; etc.

Dada a importância de Karl Larenz para o desenvolvimento
da obrigação como uma entidade complexa, torna-se relevante re-
tomar as duas idéias apresentadas por ele, quais sejam, estrutura
(*Gefüge*) e processo (*Prozeß*).

Com a idéia de “estrutura”, Larenz sustenta que a relação
obrigacional complexa não seria a soma dos elementos que a com-
põem, tendo antes um sentido global¹⁴. A relação obrigacional
não seria composta, portanto, segundo uma possível concepção
lógico-formal própria dos esquemas matemáticos, de uma tota-
lidade passível de ser dividida em suas partes e, posteriormente,
quantificados e somados para a reconstrução do todo¹⁵. Ao revés,
a totalidade do vínculo não pode ser captada, na sua unidade e

rada pelo BGB à pretensão do credor (ou a uma multiplicidade de pretensões) foi reco-
nhecida pela prática e pela teoria como uma relação jurídica complexa (<<organismos>>)
de contornos vastos e alastrantes, a partir da qual podem ser deduzidos não só múltiplos
deveres acessórios e <<deveres de proteção>> de caráter geração, tanto do lado de uma das
partes, como do lado da outra, mas também assunções de deveres pré-contratuais (*culpa
in contrahendo*) e uma responsabilização contratual do respectivo credor (*culpa in exigen-
do*)” (WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Fundação Calouste
Gulbenkian, 1980, p. 597).

¹³ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé...* p. 586.

¹⁴ LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts: allgemeiner Teil*. 1. Band. München: Beck,
1982, p. 27.

¹⁵ Conforme António Menezes Cordeiro aponta, a compreensão da relação obrigacional como
simples soma das partes, embora favorecesse uma compreensão sistemática do termo, não
permitiria alcançar suas potencialidades dogmáticas (*Ibid*, p. 590).

funcionalidade por esses processos, eis que a relação obrigacional complexa vai além da simplicidade destas operações por causa dos seus elementos causais e finalísticos¹⁶. Seu sentido global mostra-se a partir de uma análise que evidencie não apenas os múltiplos feixes que o compõe, mas também estes elementos que lhe atribuem coerência.

Como conseqüência, exsurge o segundo conceito de Larenz: a obrigação como um processo¹⁷. Para tanto, parte-se da idéia de que toda obrigação tem um começo e um término, que não estão desconectados entre si (salvo, talvez, no aspecto temporal), mas ligados pelo seu sentido final¹⁸ (*finaler Sinn*) ou escopo, qual seja, a satisfação do interesse do credor, de forma que a relação obrigacional torne-se não um fim em si, mas - como já aludido - um meio à concretização de um interesse.

Importante esclarecer que esse sentido permanece, ainda que no trajeto - que se inicia na criação do vínculo e termina com o efetivo adimplemento -, seus elementos sofram alterações, tendo em vista que não há prejuízos à identidade base da relação jurídica.¹⁹

2. 1. A boa-fé e a revolução copérnica no Direito das Obrigações

Feitas as considerações acima sobre a estrutura do vínculo nas relações obrigacionais complexas, faz-se necessário tecer breves comentários sobre o elemento que, ao romper com o paradigma anterior, completa, integra e funcionaliza

¹⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Op. cit.* p. 321.

¹⁷ LARENZ, Karl. *Lehrbuch...* p. 27.

¹⁸ Noção que inspirou o trabalho de Clóvis V. do Couto e Silva, **A Obrigação como Processo**. Nele o indigitado autor já apontava: “Com a expressão ‘obrigação como processo’ tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência [...] K. Larenz chegou mesmo a definir a obrigação como um processo, embora no curso de sua exposição não se tenha utilizado, explicitamente, desse conceito. A obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor” (*A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 10).

¹⁹ LARENZ, Karl. *Lehrbuch...* p. 26.

o Paradigma Contemporâneo do Direito das Obrigações: a boa-fé objetiva²⁰.

Esse princípio começou a exercer sua influência a partir de estudos doutrinários do § 242, do BGB, que dispõe: “O devedor é obrigado a realizar a prestação do modo como o exige a boa-fé, levando em conta os usos de tráfico”.

Conforme Clóvis do Couto e Silva aponta, originariamente, esta cláusula não era aplicada para limitar o poder da vontade dos contratantes ou criar outros deveres às partes. Ele era um mero reforço ao § 152, que determinava a regra tradicional de interpretação do negócio jurídico segundo a boa-fé²¹ subjetiva, ou seja, segundo a crença de um sujeito na retidão de sua conduta.

Apesar dessa *mens legislatoris*, foi a partir do § 242, do BGB, que se fundamentou a construção da boa-fé objetiva.

Esta se consubstancia na obrigatoriedade da adoção de determinados comportamentos na relação jurídica específica, sendo, em última medida, uma obrigação de cooperação entre as partes²².

Isso porque a boa-fé objetiva é o que se qualifica como “cláusula geral” e, portanto, capaz de criar normas heterônomas e detectáveis pelo juiz quando diante de determinadas condutas típicas²³. A materialização dessas normas heterônomas

²⁰ Dada a complexidade que o tema da boa-fé apresenta, não será possível esboçá-la em todos os seus aspectos e funções. Neste ponto, embora reconheçamos as diversas funções atribuídas à boa-fé, quais sejam, a função hermenêutica-integrativa, a função de limitação de direitos e a de criação de deveres, ater-se-á apenas a este último aspecto (Sobre a tripartição ou tetrapartição da boa-fé, Cf. FABIAN, Chrispöth. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 61 *et seq.*). Ressalvamos, entretanto, as observações da professora Teresa Negreiros: “A tripartição das funções atribuídas ao princípio da boa-fé obedece a uma classificação em ‘tipos ideais’. Na prática, estas funções complementam-se, sendo por vezes difícil definir num caso concreto, sob que ‘tipo’ a boa-fé está sendo invocada; qual enfim a função específica que o princípio está desempenhando naquela hipótese em particular” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 140).

²¹ SILVA, Clóvis do Couto. “O Princípio da boa-fé no direito brasileiro e português”. *Estudos de Direito civil brasileiro e português: 1ª Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 46-47.

²² NEGREIROS, Teresa. *Op. cit.* p. 122.

²³ MARTINS-COSTA, Judith. “Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do Direito Privado brasileiro”. *Revista Forense*, v. 382, p. 128-129, nov./dez. 2005.

impõe um padrão de conduta às partes da relação obrigacional, de forma que, respeitando-se os interesses legítimos do outro, há a imposição de deveres ou mesmo limitações de direitos, objetivando sempre a concretização dos fins da relação obrigacional²⁴.

E mais. Por ser esta cláusula geral, sua concretização dar-se-á apenas no caso concreto, sendo inviável sua dogmatização doutrinária em abstrato²⁵. Afinal, lhe falta um conteúdo “imaneante”, a partir do qual o aplicador poderia tentar estabelecer contornos precisos. É, portanto, acurada sua qualificação como sendo um “parâmetro de conduta carente de concretização” (*konkretisierungsbedürftigen Maßstab*), uma vez que apenas é fornecida uma direção, a partir da qual deve-se buscar o que a boa-fé exige na circunstância concreta²⁶.

Por outro lado, a cláusula geral da boa-fé não deve ser entendida como um termo vazio, mas sim, como um termo vago, já que contém em si um conceito valorativo. Mas, ainda que se reconheça um conteúdo mínimo para a boa-fé, até mesmo a especificação desse conteúdo será feita, necessariamente, por meio de um exercício relacional entre os demais dados da realidade e da pré-compreensão do sujeito cognoscente²⁷.

Aprofundando ainda mais o conteúdo dos deveres da boa-fé, é necessário perceber que sua origem, diferente de outros deveres que compõem a relação obrigacional, não se encontra na lei ou na vontade das partes, ainda que essas criem disposições específicas

²⁴ NEGREIROS, Teresa. *Op. cit.* p. 123.

²⁵ “A Boa-fé é uma cláusula geral carecida de preenchimento com valorações. Desta forma, sua dogmatização é inviável, pois a concretização da sua valoração e a formação de proposições jurídicas só podem ocorrer perante o caso concreto ou em face de grupos de casos considerados típicos” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2002).

²⁶ Lehrbuch... p. 116. Isso, para desconsolo dos adeptos da técnica subsuntiva, implica no grande problema de que “não existe uma regra pronta, que nós teríamos como aplicar, em cada caso, quando diante de determinada hipótese, e com isto, encontrar a determinada solução” (*Ibid*, p. 116-117. Tradução Livre.)

²⁷ *Os campos normativos...* p. 128 (grifos no original).

tratando sobre o tema. Sua origem decorre antes do contato social²⁸.

Dessa forma, seu conteúdo deve ser analisado no caso concreto, uma vez que os contatos sociais possuem diversos graus e nuances.

E não é por outro motivo que Judith Martins-Costa apontou a boa-fé objetiva como o “topos subversivo do Direito Obrigacional”²⁹, uma vez que, enquanto no paradigma clássico o centro do Direito das Obrigações estava na vontade criadora dos sujeitos, por meio da boa-fé esse centro é deslocado para o comportamento dos sujeitos da relação.

Em suma, pode-se verificar que a boa-fé é responsável por re-introduzir, no direito das obrigações, duas noções fundamentais:

Primeiramente, a boa-fé impõe critérios éticos ao cumprimento e à atuação das partes no desenvolvimento das obrigações, em oposição ao mero dever de prestar, isto é, ao cumprimento como um mero dever formal.

Exemplo citado pela doutrina, nesse sentido, é o caso do devedor que se proponha a cumprir certas obrigações num dia em que sabe ter ocorrido uma verdadeira tragédia íntima ou familiar ao credor, com o escuso propósito de que este o libere da obrigação³⁰.

²⁸ Nas palavras da prof^a. Judith Martins-Costa: “[...] em cada caso, será preciso desvendar no universo imenso, plural, transversalizado e complexo... qual é a efetiva e concreta estrutura social que subjaz à relação jurídica, pois o conceito de estrutura importa o de função cujo papel crucial é o de fornecer o critério e a importância de fatores dinâmicos e dos processos, no interior dos sistemas. Então (e só então) será lícito determinar - no quadro geral de uma Teoria do Negócio Jurídico cada vez mais polarizada pela ética da confiança e numa idéia de licitude civil como ‘integração de liberdades coexistentes’ - qual é, naquele caso, a operatividade da boa-fé como mandamento geral de lealdade e norma impositiva de deveres de cooperação e consideração aos legítimos interesses do alter” (**A boa fé no...** p. 400-401).

²⁹ **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 409. Este papel só é possível no Direito das Obrigações, eis que, conforme Antônio Manuel Menezes Cordeiro, “Boa-fé tem, em si, os paradoxos, as conquistas e as aspirações da cultura jurídica contemporânea” (**Da Boa-fé...** p. 48).

³⁰ VARELA. João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**, v. 2. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 10-11.

Integrada à eticidade está a noção de cooperação na relação obrigacional. Os sujeitos - ativo e passivo - embora estejam numa relação polarizada, isto é, estejam em pólos diversos da relação obrigacional, de forma alguma estão numa situação de competição entre si. Ao contrário, a boa-fé atua impondo aos sujeitos que, diante dos fins da relação obrigacional, atuem em cooperação entre si. Isto ocorrerá, não apenas evitando medidas contrárias à consecução dos fins da relação, mas mesmo impondo a prática de atos necessários à consecução dos respectivos fins da relação.

2. 2. O conteúdo da relação jurídica obrigacional e a determinação dos deveres laterais

Complementando à análise deste novo paradigma do direito das obrigações, faz-se necessário examinar ainda o complexo de diversos direitos e deveres que compõem a relação obrigacional.

O primeiro elemento, a que normalmente a doutrina refere como “prestação principal”, são os direitos e deveres (créditos e débitos) que constituem o elemento central dessa relação. Além da centralidade que assume, a prestação principal é relevante para a determinação do tipo ao qual a relação contratual remete.

A prestação principal dirige-se a proporcionar ao credor um determinado benefício (seja um fazer, um não fazer ou um dar) e consubstancia-se em um direito do credor e obrigação do devedor. O seu cumprimento, na maioria dos casos, extinguirá a relação obrigacional, eis que esta atingiu o seu fim.

Além da prestação principal, existem ou podem existir deveres secundários, que a doutrina divide em: i) deveres secundários, acessórios e assecuratórios da prestação principal; e ii) deveres secundários com prestação autônoma.

Os deveres secundários, acessórios e assecuratórios da prestação principal não possuem autonomia em relação à prestação principal e estão dirigidos à realização do interesse desta. Exemplos dessa espécie de deveres secundários seriam: o dever de custodiar um objeto até a entrega, o de embalar o produto ou mesmo de transportar algo que foi comprado pelo credor, entregando no local combinado.

Os deveres secundários com prestação autônoma são aqueles deveres obrigacionais que, não se confundindo com a prestação principal, colocam-se como: i) seu sucedâneo (a indenização de perdas e danos por inadimplemento culposo do devedor); ou ii) coexistentes à prestação principal, mas nunca substituindo-a (indenização, em caso de mora, ou na hipótese de cumprimento defeituoso da prestação principal).

Esta multiplicidade (prestação principal e deveres secundários), contudo, não quebra a unidade da relação obrigacional. Afinal, a separação entre prestação principal e deveres secundários com prestação autônoma nada mais é do que um mero esforço de interpretação das fontes da obrigação. E a existência de deveres secundários, acessórios à prestação principal, decorre, em última análise, de um mero problema lingüístico, fruto da necessidade de retratar de modo composto uma operação, em si, unitária³¹.

Sem mais se deter sobre a prestação principal e os deveres secundários, é importante destacar um terceiro elemento³² que integra o vínculo obrigacional, os “deveres laterais”.

Conforme já exposto, as normas heterônomas produzidas pela boa-fé³³ no caso concreto e que implicam na imposição de deveres aos sujeitos são esses “deveres laterais”³⁴. Elas surgiram da observação de que o simples cumprimento da prestação principal e dos deveres secundários podem não ser capazes de satisfazer os interesses globais das partes, em determinada relação obrigacional, sendo necessário, para tanto, haver determinadas condutas de colaboração entre as partes.

³¹ Nesse sentido, CÔRDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé...* p. 591.

³² Não se sustenta, no presente trabalho, que a relação obrigacional limite-se a esses três elementos. Ao contrário, lado da prestação principal, dos deveres secundários e dos deveres laterais coexistem ônus, expectativas, sujeições, direitos potestativos, etc. A análise destes outros elementos fogem aos limites deste trabalho.

³³ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Op. cit.* p. 345-346.

³⁴ Não existe um consenso da doutrina sobre a denominação dos ditos deveres, sendo possível encontrar referências a: “deveres laterais”, “deveres anexos”, “deveres instrumentais”, “deveres secundários”, “deveres acessórios” etc. Com exceção de “deveres secundários” e “deveres acessórios”, que comumente são utilizados para designar os aqui denominados deveres secundários”, os demais se mostram adequados.

Nesse sentido, os deveres laterais não são orientados ao cumprimento do dever principal da prestação. Seu papel é auxiliar a realização positiva do fim da relação obrigacional, principalmente protegendo as pessoas envolvidas ou os bens da outra parte da relação contra os riscos de danos concomitantes.

Tanto o é que esses deveres laterais podem existir de forma independente à prestação principal³⁵ (e.g. deveres pré e pós-contratuais) ou se estender a terceiros (e.g. o que a doutrina alemã denomina de “contratos com eficácia em relação a terceiros”).

Também é por causa dessa independência em relação à prestação principal que os ditos deveres existem tanto para o devedor, quanto para o credor, ainda que em proporções diferentes. Afinal, seu objetivo é satisfazer os interesses globais envolvidos³⁶ na relação obrigacional: “[Os deveres laterais] Servem, ao menos as suas mais típicas manifestações, o interesse na conservação dos bens patrimoniais ou pessoais que podem ser afectados em conexão com o contrato (*Erhaltungsinteresse*), independentemente do interesse no cumprimento. Trata-se de deveres de adoção de determinados comportamentos impostos pela boa-fé em vista do fim [da obrigação]..., dada a relação de confiança que o contrato fundamenta, comportamentos variáveis com as circunstâncias concretas da situação.”³⁷

Desse excerto da obra de Carlos Alberto da Mota Pinto, surge um ponto importante: os deveres laterais possuem autonomia em relação à vontade das partes contratuais, isto é, existem de forma independente de estipulação contratual, uma vez que sua fonte é o contato social entre essas partes.

Afinal, quando os sujeitos da relação obrigacional entram em contato - não qualquer contato, por óbvio, mas apenas aquele

³⁵ Em importante estudo, Claus Wilhelm-Canaris demonstra-nos que mesmo havendo a anulação do contrato, tal fato não afeta a existência dos deveres laterais, uma vez que sua fonte não se encontra naqueles, mas no contato social. (CANARIS, Claus Wilhelm. “Ansprüche wegen, ‘positiver Vertragsverletzung’ und ‘Schutzwirkung für Dritte’ bei nichtigen Verträgen”. *Juristenzeitung*, Tübingen, p. 475-482, 1964).

³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Da boa fé...* p. 440.

³⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Op. cit.* p. 339.

contato relevante para o direito - ou praticam alguma negociação, eles devem esperar um comportamento leal da outra parte.

E quanto mais intenso esse contato social, mais relevante tornam-se os deveres decorrentes da boa-fé. Daí decorre que a importância e a força dos deveres laterais dependerão da natureza da relação entre as partes e da intensidade do contato social.

Assim, o conteúdo destes deveres pode ser determinado conforme os riscos que aquela relação gera, sendo sua extensão ampliada na proporção em que uma das partes entra na zona de interesse da outra, ou melhor, quanto mais uma delas “abre a sua esfera de interesses à outra”. E, na medida em que se criam particulares condições de dano ou de risco de dano, como se sucede nas relações pré-contratuais, contratuais e pós-contratuais, então se devem admitir os deveres laterais.

Mas note-se que esta maleabilidade quanto à forma e à eficácia dos deveres laterais não impede que possam ser determinados num dado momento temporal, visto que, estando os deveres laterais existentes, potencialmente, desde o início da relação obrigacional, eles vão atualizando-se à medida que se verificam as situações que põem em risco a consecução do interesse do contrato.

Em cada momento, portanto, é possível saber qual a resposta - qual o *standard* de conduta - que é exigido do sujeito em cada situação³⁸, sendo necessário, para tanto, apenas recorrer ao que a doutrina denominou de “chave dos deveres laterais”, isto é, o fim da obrigação.

Nesse sentido: “Não existindo, pois, desde o início, em número e com um conteúdo fixo, dependendo o seu surgimento e a sua superação da situação material concreta, como emanções do princípio da boa fé, segundo o fim do contrato, carecendo dum fim próprio, diverso do auxílio à consecução do interesse contratual e do impedimento de conseqüências laterais indesejáveis, surgimentos, segundo a sua essência, como algo de funcional, como ele-

³⁸ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Op. cit.* p. 346-347.

mentos de um processo em desenvolvimento para um determinado fim. Nesse papel instrumental, não estão, todavia, isolados, antes a sua funcionalidade deve ser transposta para o quadro ou o sistema que, em conexão com outros elementos (créditos, débitos, direitos potestativos, deveres acessórios, sujeições, ónus) integram: a relação contratual. Com efeito, também esta, produto de uma conexão de elementos ligados por uma comunidade de direcção final, deve ser caracterizada como um processo. [...] a chave dos deveres laterais é o fim do contrato [i. e. da obrigação], ao serviço do qual se encontram; a finalidade do dever de prestação, sendo imediatamente o fim do contrato, é directamente a satisfação do interesse na prestação; os deveres laterais criam as condições para uma consecução, sem estorvo, do fim visado.”³⁹

Ante esta ausência de um conteúdo fixo para os ditos deveres e a impossibilidade de determiná-los *a priori*, em *numerus clausus* e com conteúdo fixo, a doutrina não tem conseguido quantificar a amplitude destes deveres laterais⁴⁰.

Tendo o parágrafo anterior como uma espécie de ressalva, podemos, sem medo de errar por muito, adotar como base a boa síntese feita por Judith Martins Costa⁴¹, que classificou os deveres anexos em: a) deveres de cuidado, providência, segurança, proteção e cuidado com a pessoa e o património da contraparte; b) deveres de aviso, esclarecimento, informação e de prestar contas; c) deveres de colaboração e cooperação; d) deveres de lealdade; e e) deveres de segredo e de omissão.

2.3. A superação da dicotomia mora/inadimplemento absoluto

Em matéria de inadimplemento, a principal inovação do paradigma contemporâneo de obrigação é a superação da dicotomia mora/impossibilidade, que condicionou a interpretação do jurista do século XIX e início do século XX.

³⁹ *Ibidib*, p. 348-349.

⁴⁰ Basta comparar, por exemplo, as tipificações feitas por Jorge Leite Faria (*Op. cit.* p. 129), Menezes Cordeiro (*Da boa fé...* p. 603 e ss.) e Carlos Alberto da Mota Pinto (*Op. cit.* p. 339 *et seq.*).

⁴¹ *A boa-fé no...* p. 439.

Destarte, é importante esclarecer que esta rejeição ao esquema clássico não se deve a falhas na construção dos conceitos desenvolvidos por gênios como Savigny ou Pothier.

Muito pelo contrário, a deficiência que provocou a ruptura com o paradigma anterior não decorreu dos casos que se identificavam, de forma inequívoca, com os conceitos de mora ou inadimplemento absoluto, mas pelas situações que, mesmo configurando um não cumprimento da obrigação, não permitiam ao jurista adaptá-las às categorias clássicas.

Assim, a superação decorre da percepção de que a complexidade das situações criadas pelo contato social não podem ser enclausuradas nos esquemas abstratos, científicos e dicotômicos, principalmente em se tratando de algo tão mutável quanto as relações comerciais hodiernas.

Nesse sentido, surge uma miríade de situações que fogem ao esquema clássico. Se for certo que o devedor não está obrigado a apenas adimplir a prestação principal, mas deve realizá-la com o cuidado que se espera, de forma a não criar outros prejuízos ao credor com a realização da prestação, é evidente que qualquer forma de conduta em contrariedade a este *standard* representa uma falha no cumprimento da obrigação⁴². Isso, ainda que a prestação principal seja realizável (a prestação seja economicamente útil ao devedor⁴³) ou tenha ocorrido dentro do prazo devido.

Numerosas são hipóteses em que este inadimplemento “anômalo” pode ocorrer. A título exemplificativo, a doutrina que se debruça sobre o tema costuma mencionar os seguintes casos:

a) O devedor efetua uma prestação defeituosa, de forma que a obrigação principal, ainda que cumprida, é feita de forma negligente, causando danos adicionais ao credor. Por exemplo, a entrega de ração de má qualidade, ocasionando a morte dos animais do credor, ou a execução negligente de um serviço contratado causando danos à pessoa ou aos bens do credor;

⁴² VARELA, João de Matos Antunes. *Op. cit.* p. 127.

⁴³ ALVIM, Agostinho. *Op. cit.* p. 45.

b) Há uma violação a um dever de omissão ou de cooperação decorrentes de uma relação contratual, como ocorreria com o arrendador de uma loja que, embora garanta ao arrendatário o objeto do contrato, resolve abrir uma outra loja, do mesmo tipo, em frente, reduzindo em demasia seus rendimentos, ou, no caso oposto, quando o arrendatário abusa do uso da coisa arrendada e causa um dano ao seu objeto; ou

c) Quando o devedor, antes de terminado o prazo para o cumprimento da obrigação ou que a obrigação esteja vencida, já declara que não pretende cumpri-la (ainda que o motivo seja relevante, como por acreditar que não está vinculado ao contrato), pondo em risco o futuro cumprimento da obrigação⁴⁴.

E, por serem numerosas essas hipóteses, havendo mesmo uma série de peculiaridades em cada uma das manifestações do incumprimento, é necessário que a doutrina apresente soluções “personalizadas” para cada uma delas. Isto porque o cumprimento defeituoso (exemplo a), a violação a um dever de cooperação (exemplo b) e o inadimplemento antecipado da prestação (exemplo c), situações sem qualquer unidade interna, não permitem uma remissão automática às regras de “atraso na prestação” ou “utilidade para o credor”.

2.3.1. Violações positivas do contrato

Embora o reconhecimento desta possibilidade de inadimplemento por violação de um dever lateral, que não se confunde com a prestação principal, tenha suas origens na obra **Culpa in Contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen**, de Rudolf von Jhering⁴⁵, a primeira exposição sistemática do assunto deve-se a Hermann Staub, que, em 1902, publicou artigo intitulado “*Die positive Vertragsverletzungen*”.

⁴⁴ Exemplos tirados, respectivamente dos livros LARENZ, Karl. *Lehrbuch...* p 335; LARENZ, Karl. *Derecho...* p. 364; e ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho das Obligaciones. Tratado de Derecho Civil*. t. 2. v. 1. Ludwig Ennecerus, Theodor Kipp y Martin Wolf. Barcelona: Bosch, 1933, p. 279.

⁴⁵ FRADERA. Vera Maria Jacob de. “A quebra positiva do contrato”. *Ajuris*, v. 44, p. 145, 1988.

Neste trabalho, Staub tentou encontrar a fundamentação para “os incontáveis casos nos quais alguém descumpre uma relação por meio de atuação positiva, nos quais alguém pratica aquilo de que deveria abster-se, ou efetua a prestação que deveria ser efetuada, mas de forma defeituosa”⁴⁶, e que, sendo assim, fogem aos quadros da mora ou da impossibilidade. Tais casos foram designados pelo jurista como quebras positivas do contrato (no plural).

Em primeiro lugar, cumpre notar que o termo que qualifica essas situações de inadimplemento é de todo infeliz. A qualificação “positiva” é equivocada, uma vez que elas podem manifestar-se mediante comportamentos eminentemente “negativos”, como seria o caso de descumprimento de deveres laterais por omissão; e a associação deste tipo de violação a “contratos” restringe as potencialidades do instituto, cuja aplicação não se circunscreve a relações contratuais, mas a todas as relações em que se afigura um dever de prestar - motivo pelo qual a moderna doutrina alemã prefere substituir o termo “*positive Vertragsverletzungen*” por “*positive Forderungsverletzungen*”⁴⁷ [violações positivas da pretensão, ou do crédito].

Mal comparando, acreditamos que a frase atribuída a Voltaire sobre a denominação do Sacro Império Romano-Germânico aplica-se com precisão ao termo de Staub...

Em todo caso, tendo em vista sua utilização corrente e a inutilidade de propor qualquer outra nomenclatura em substituição, estar-se-á adotando-a. Mesmo porque mais importante do que propor novas nomenclaturas é, a partir da correta interpretação daquelas consagradas, delimitar a aplicação do instituto.

E a tarefa de definir o seu instituto é justamente a mais complicada, diante da multiplicidade de situações que as Violações Positivas do Contrato podem abarcar, sem que estas possuam qualquer espécie de unidade interna⁴⁸.

⁴⁶ *Op. cit.* p. 93. Tradução Livre.

⁴⁷ Cf. LARENZ, Karl. *Lehrbuch...* p. 338.

⁴⁸ Esta falta de unicidade é, aliás, o principal motivo pelo qual setores da doutrina ainda apresentam certa divergência ao reconhecimento da existência da figura das Violações Positivas do Contrato. Para uma análise das críticas formuladas, Cf. CORDEIRO. Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé...* p. 594 e ss.

Apenas para compreender tal afirmação, a doutrina costuma elencar as seguintes hipóteses como capazes de configurar uma Violação Positiva do Contrato: i) mau cumprimento de deveres de prestação, gerando danos distintos dos causados pela mora ou pela impossibilidade; ii) recusa antecipada do devedor em cumprir a obrigação; iii) descumprimento de obrigação negativa; iv) o não-cumprimento de prestações singulares em contratos de fornecimento sucessivo; v) descumprimento de outros deveres laterais⁴⁹.

E, por força dessa ausência de elementos conectando as diversas situações que caracterizam uma Violação Positiva do Contrato, a doutrina tedesca prefere atribuir ao instituto um caráter subsidiário, optando por caracterizá-la como o não-cumprimento de um dever decorrente da relação obrigacional, que não pode ser remetido nem às figuras da mora nem à da impossibilidade⁵⁰.

Embora esta definição por exclusão seja conveniente para o direito alemão - principalmente para sua jurisprudência, que vê na fluidez um frutífero campo de atuação - ela apresenta armadilhas para quem, buscando inspiração naquele ordenamento, tenta introduzir o instituto em seu país.

Isso porque, havendo uma multiplicidade de situações que podem ser enquadradas como uma Violação Positiva do Contrato, deve-se verificar no ordenamento jurídico quais as hipóteses que demandam a elaboração de um novo conceito para abarcá-los, e as hipóteses para as quais o ordenamento reserva outra solução⁵¹.

⁴⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa fé e a Violação Positiva do Contrato*. São Paulo: Renovar, 2002, p. 224-225.

⁵⁰ Este é o caso da fórmula apresentada por Harm Westermann, que, preferindo definir negativamente a Violação Positiva do Contrato, entendeu-a por “uma lesão culposa de obrigação, que não tenha por consequência nem a impossibilidade nem a mora” (*Op. cit.* p. 104).

⁵¹ Esta parece ser a preocupação do sempre profundo e cauteloso trabalho de Carlos Alberto da Mota Pinto (*Op. cit.* p. 405), que assevera sobre o direito português: “Entre nós a violação contratual positiva, se bem que não seja objecto duma divisão do Código Civil, cabe na fórmula genérica do art. 798º, como até o sugere a referência que no art. 799º se faz ao cumprimento defeituoso. Parece-nos preferível reservar para ela a genérica designação de cumprimento defeituoso, que tem assento legal, ou o cumprimento imperfeito, pois a expressão violação contratual positiva não tem, na literatura ou na prática portuguesas, uma tradição onde se flie um sentido fiduciário, apto a levar de vencida a impropriedade lógica da expressão. No seu âmbito, podem, efectivamente, distinguir-se a execução defeituosa do dever de prestação e a violação dum dever lateral.”

O primeiro passo para sua correta compreensão é entender sua finalidade. Essa é justamente a proteção da relação jurídica, nos casos em que: i) ocorre uma prestação defeituosa, e que, portanto, não atende aos interesses do credor ou, ainda que os atenda, diminui-lhe o proveito almejado; ou ii) há uma violação de deveres decorrentes da boa-fé, quais sejam, violações de deveres laterais de conduta.

Esta é, aliás, a forma trabalhada por Köpke que, em sua obra **Typen der positiven Vertragsverletzung**⁵², definiu o instituto como sendo a execução defeituosa da prestação e a violação da confiança, resultante da violação de um dever lateral.

Desta compreensão podemos sair dos esquemas de tipificação das situações de Violação Positiva do Contrato para compreender o seu âmbito de proteção. Da mesma forma, pode-se verificar que a Violação Positiva do Contrato representa a superação da antiga dicotomia mora/impossibilidade, que estava apenas voltada para o cumprimento da prestação principal.

Em relação aos efeitos da Violação Positiva do Contrato e, voltando a Staub, o indigitado defende que estes deveriam ser instrumentalizados pela aplicação analógica do § 326, do BGB, isto é, o regime da mora. Tal aplicação seria justificável porque, no regime do inadimplemento absoluto, a simples indenização ao credor não satisfaria as necessidades dos casos por ele estudado. Já pela mora, poderia o autor escolher entre: i) manter o contrato e exigir uma indenização por cada violação singular, ii) exigir uma indenização pelo incumprimento do contrato ou iii) rescindi-lo⁵³.

Essa opção, embora no caminho certo, ainda padece da forte influência do paradigma clássico. Mesmo encontrando uma brecha no antigo sistema dicotômico, o indigitado autor buscou solucionar o problema recorrendo aos efeitos da mora.

Modernamente, com o aprofundamento da separação dogmática entre a Violação Positiva do Contrato e a dicotomia clássica, defende-se que, em caso de Violação Positiva do Contrato,

⁵² *Apud. Ibidib.* p. 405.

⁵³ *Op. cit.* p. 125 *et seq.*

estar-se-á diante não de mora, mas de responsabilidade civil pelos prejuízos causados. Como tal, haverá, além do direito de perdas e danos pelos prejuízos causados, o direito de resolução do contrato, tal como se tratasse do não-cumprimento culposo do dever de prestação.

2.3.2. Inadimplemento Antecipado da Prestação⁵⁴

Na perspectiva consagrada na aludida dicotomia clássica, a obrigação era vista como uma “espada” que, pendendo sobre a cabeça do devedor, deveria ameaçá-lo em caso de não-cumprimento no termo da prestação. Até o momento em que o cumprimento seria devido, entretanto, essa “espada” nada exigia do devedor, sendo apenas esta ameaça futura. Após o termo, aí sim, a espada poderia fazer sentir toda a sua força sobre o devedor inadimplente.

Assim, sob tal perspectiva, durante o lapso temporal que se inicia com o nascimento da obrigação e termina no momento em que aquele deve satisfazer sua obrigação, nada haveria além de um vazio prestacional. O devedor que se obriga a realizar determinada conduta (seja obrigação de dar, fazer ou não fazer) de forma diferida no tempo, até o referido momento, não seria obrigado a nada.

Muito embora tal perspectiva não possa ser refutada por completo, pois é certo que toda obrigação só precisa ter seu adimplemento final no momento devido, ela equivoca-se ao considerar o fenômeno obrigacional apenas em sua perspectiva estática, na qual suas fases (nascimento, prestação, inadimplemento etc.) são tratadas de forma isolada.

Ocorre que, hoje, a relação obrigacional é analisada por um outro prisma: o dinâmico. Nesta nova perspectiva, a relação obrigacional torna-se uma presença constante e vinculante, compelindo o devedor a praticar determinados atos voltados ao desfecho daquela relação.

⁵⁴ Para uma análise mais aprofundada do Inadimplemento Antecipado da Prestação, v. MARTINS, Raphael Manhães. “O inadimplemento antecipado da prestação no Direito brasileiro”. *Revista da EMERJ*, v. 42, p. 206-226, 2008.

Assim, os dois momentos (nascimento da obrigação e adimplemento), que até então eram repletos desse “vazio prestacional”, são conectados por uma série de atos interpostos e instrumentais em relação à fase final da relação obrigacional, o adimplemento. Esses obrigam as partes a adotarem continuamente um comportamento que corresponda ao *standard* de conduta determinado pelos princípios da boa-fé e da confiança.

Nesta perspectiva dinâmica, determinados atos ou condutas são exigidos do devedor a qualquer tempo, de forma que o seu não-cumprimento deve ser caracterizado como um inadimplemento da obrigação.

Importante notar que, sob este novo enfoque, a vontade do indivíduo em cumprir, ou melhor, sua vontade de realizar os atos necessários ao adimplemento da obrigação não deve ser manifestada apenas no momento inicial ou no momento em que a prestação torna-se exigível. Toda manifestação de vontade contrária ao cumprimento da obrigação, a qualquer momento, é contrária ao modo como deve exprimir-se constantemente a vontade do devedor, bem como uma violação do dever de correção que deve marcar toda relação obrigacional. **A fortiori**, se o devedor colocar-se, por vontade, em posição que torne impossível o cumprimento da obrigação, também haverá uma violação da própria relação obrigacional, o que se configura em inadimplemento,⁵⁵ ou, mais propriamente, um inadimplemento antecipado da prestação.

Desta forma, o inadimplemento antecipado vem a ser, justamente, o inadimplemento que ocorre quando uma das partes da relação obrigacional, antes do momento em que deveria executar determinada prestação renuncia ao contrato ou coloca-se, por ato próprio, em posição que torne impossível o cumprimento da obrigação.

Caso típico de tal comportamento foi o processo **Hochster v. De la Tour**,⁵⁶ julgado pelo Queen’s Bench, em 1853, e considerado

⁵⁵ V. AGUIAR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 126.

⁵⁶ Informações sobre este processo podem ser acessadas em: <http://www.kentlaw.edu/classes/rwarner/contracts/cases/Contract_LawHochster_v_De_La_Tour.htm>. Acesso em: 20 ago. 2006.

o *leading case* na matéria. Nele, o Hochster fora contratado para prestar serviço como mensageiro do réu, De la Tour, acompanhando-o em uma viagem que deveria iniciar-se em 1.º de junho.

No dia 11 de maio, no entanto, menos de um mês antes de poder realizar a prestação combinada, o autor recebeu comunicação do réu informando-o de que seus serviços não seriam necessários. Não obstante, o réu informou que não ofereceria qualquer compensação pelo rompimento do contrato.

Inconformado, o autor entrou com uma ação, no dia 22 de maio (ou seja, 10 dias antes de a obrigação tornar-se exequível), alegando que, não obstante ainda faltassem dez dias para o cumprimento da prestação, a recusa de De la Tour já poderia ser caracterizada como um inadimplemento do contrato.

De la Tour, por outro lado, alegou que, caso Hochster não estivesse disposto a aceitar seu repúdio, então este estaria, a seu turno, obrigado a colocar-se à sua disposição, a qualquer tempo, até que fosse o momento de executar o contrato. Segundo afirmou, ser-lhe-ia proibido, inclusive, aceitar outros trabalhos para o período em que deveria prestar seus serviços ao réu. Assim, alega, apenas no momento em que, efetivamente, De la Tour não cumprisse com o que prometera, é que Hochster poderia entrar com a ação.

O tribunal não concordou com o raciocínio de De la Tour.

Na decisão final, o relator do processo, Lord Campbell, ponderou que não seria justo obrigar o autor a considerar um contrato válido e, por conseguinte, ficar obrigado a realizar todos os preparativos para a longa viagem e recusar qualquer outro serviço para o período em que deveria estar trabalhando para De la Tour, quando sabe, de antemão, que o contrato não se realizará. Com base neste raciocínio, Lord Campbell entendeu que não seria necessário esperar o termo da prestação para só então ir a juízo reclamar seus direitos.

Assim, não haveria óbices ao autor, no momento do recebimento da recusa do réu em cumprir o que haviam pactuado, para requerer sua indenização por quebra do contrato. Nas suas palavras:

“The man who wrongfully renounces a contract into which he has deliberately entered cannot justly complain if he is immediately sued for a compensation in damages by the man whom he has injured; and it seems reasonable to allow an option to the injured party, either to sue immediately, or to wait till the time when the act was to be done, still holding it as prospectively binding for the exercise of this option, which may be advantageous to the innocent party, and cannot be prejudicial to the wrongdoer.”⁵⁷

Embora este não seja o primeiro julgamento a reconhecer o inadimplemento antes do termo da obrigação, foi a partir dos reflexos deste caso que a doutrina e a jurisprudência da **Common Law** construíram a figura do inadimplemento antecipado da prestação, isto é, a forma de violação da relação contratual que ocorre quando uma das partes *“declines to continue with the contract... [depriving] the innocent part of substantially the whole benefit of the contract”*.⁵⁸ E, após sua consagração no sistema da **Common Law**, esta forma de inadimplemento foi introduzida nos sistemas da **Civil Law**, pelo já aludido trabalho de Hermann Staub,⁵⁹ que identificou no inadimplemento antecipado da prestação uma das espécies de Violações Positivas do Contrato.⁶⁰

Desde então, esta figura já foi positivada no **Uniform Commercial Code**, em seu § 2-610, na Convenção de Viena sobre Com-

⁵⁷ <http://www.kentlaw.edu/classes/rwarner/contracts/cases/Contract_LawHochster_v_De_La_Tour.htm>. Acesso em: 20 ago. 2006.

⁵⁸ ATIYAH, Patrick Selim. *An introduction to the law of contract*. 5th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 402.

⁵⁹ Cf. SILVA, Clóvis do Couto. “O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português”. *Estudos de Direito civil brasileiro e português: 1ª Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 49.

⁶⁰ Entretanto, é pertinente a observação que Jorge Cesa Ferreira da Silva faz ao autor tedesco: “A recusa antecipada do devedor em cumprir seu dever obrigacional, realizada antes do nascimento da pretensão, foi bem apanhada por STAUB como caso de inadimplemento. Contudo, a hipótese pode ser alargada. Além da recusa, declaração expressa que é, pode-se incluir a conduta concludente do devedor no sentido do inadimplemento” (*Op. cit.*, p. 256).

pra e Venda Internacional, em seu art. 72, além de disposição específica no Código Civil italiano, em seu art. 1.219.

3. CONCLUSÃO: DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES NO CÓDIGO CIVIL

Conforme já aludido, o Código Brasileiro, em seu Livro I, da Parte Especial, seria reprovado no proposto teste de adequação ao Paradigma Contemporâneo da Obrigação.

É certo que, em todo Código, existem não apenas os elementos de ruptura com o Direito até então vigente, como também tentativas de conciliação. Afinal e tendo em vista a importância que o Código assume nas relações cotidianas, um diploma que se proponha à revolução total seria fadado ao limbo da ineficácia.

Mas, mesmo reconhecendo essas limitações, é inegável que o Direito das Obrigações, tal como regulado, encontra-se ainda preso aos ranços de um paradigma anterior, onde a relação obrigacional era analisada como uma simples relação de crédito.

Basta analisar as deficiências na forma como a boa-fé, os deveres laterais, e as conseqüências de sua violação (não) foram reguladas⁶¹. O mesmo pode ser dito de suas aplicações concretas, como doutrina do *verwinkung*, o problema do adimplemento substancial, o inadimplemento antecipado da prestação etc.

É bem verdade, entretanto, que, se essa “deficiência” existe, o intérprete possui os elementos necessários para supri-la. Apenas lamenta-se que, em vez de aproveitar a oportunidade da promulgação de um novo código para atualizar o Direito Civil na matéria, preferiu-se aproveitar o modelo anterior, já consolidado. ☐

⁶¹ Para uma crítica sobre a regulação da Boa-fé no Código Civil brasileiro, vide AZEVEDO, Antônio Junqueira de. “Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos”. *Revista dos Tribunais*, v. 775, 2000.

Aspectos Processuais Civis Decorrentes da Possibilidade de Fixação de Indenização Civil na Sentença Penal Condenatória

Daniel Roberto Hertel

Mestre em Direito Processual pela FDV - Faculdades Integradas de Vitória. Professor Convidado da Escola Superior de Advocacia do Espírito Santo e do Curso de Pós-Graduação em Direito da UNIG-RJ.

1. INTRÓITO

O Código de Processo Penal foi, recentemente, objeto de profusas modificações. De fato, após um período de sucessivas reformas no Código de Processo Civil, as quais buscaram otimizar o processo civil, optou-se por modificar a legislação disciplinadora do instrumento destinado à tutela penal. Escusado dizer da importância dessas modificações porquanto o processo penal tutela interesses que, em última análise, pertencem a toda a sociedade. Há quem afirme, nessa seara, que a ação penal condenatória é uma ação coletiva¹.

¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. ZANETI JÚNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. Salvador: Juspodivm, 2007, v. 4. p. 44.

Basicamente três foram os diplomas normativos que modificaram o Código de Processo Penal: a Lei n. 11.689/08, que implementou modificações relativas ao procedimento do júri, a Lei n. 11.690/2008, que modificou vários artigos do CPP, em especial os relativos à prova, e a Lei n. 11.719/08, que modificou os procedimentos ordinário e sumário.

As modificações foram substanciais e têm por escopo adaptar o instrumento da atividade jurisdicional penal às modernas tendências, em particular ao princípio da celeridade processual e da razoável duração dos processos, que têm previsão constitucional no art. 5º, inc. LXXVIII. Busca-se, desse modo, propiciar ao jurisdicionado um processo penal moderno e em sintonia com os princípios constitucionais

De qualquer sorte, o que se pretende neste ensejo, não é realizar uma análise das reformas processuais penais. Com efeito, o que se pretende neste azo é tão-somente analisar os consectários na esfera processual civil de uma modificação em particular do Código de Processo Penal - a do art. 387, inc. IV.

O mencionado preceptivo foi modificado pela Lei n. 11.719/08 e prevê que o magistrado, ao proferir uma sentença penal condenatória, deverá fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração. Trata-se de uma inovação substancial em relação ao conteúdo da sentença penal condenatória, porquanto tal pronunciamento, antes da reforma, não fazia qualquer referência ao *quantum* indenizatório cível.

2. A AUTONOMIA DAS ESFERAS PENAL E CIVIL

A autonomia entre as esferas penal e civil é antiga e constitui matéria que não apresenta maiores divergências na doutrina². Na verdade, essa autonomia de responsabilidades nas esferas cível e criminal decorre de vários fatores. A doutrina apresenta várias diferenças³, alistadas adiante.

² Por todos, cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 3. p. 763.

³ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual de direito civil: direito das coisas e responsabilidade civil*. São Paulo: Método, 2005, v. 3. p. 208 e 209.

Primeiramente, deve-se destacar que a apuração da responsabilidade penal é, regra geral⁴, obrigatória. Por outro lado, a responsabilidade civil é facultativa, podendo o ofendido, a seu nuto, postular a reparação do dano ou não. Isso decorre até mesmo dos interesses que são tutelados nas citadas esferas.

Insta consignar, ainda, que a responsabilidade penal é pessoal, não passando da pessoa do condenado, enquanto a responsabilidade civil é patrimonial. Ademais, a primeira autoriza a prisão, enquanto a segunda, regra geral, não a permite.

A responsabilidade penal, da mesma sorte, independe do prejuízo experimentado pela vítima. Não há qualquer vinculação entre o prejuízo material e a tipificação do fato como crime. A responsabilidade civil, por outro lado, relaciona-se profusamente com a extensão do dano. Nesse sentido, inclusive, o art. 944 do Código Civil dispõe que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Destaque-se, ainda, que, em matéria de responsabilidade penal, a aferição do dolo ou da culpa do agente é de suma relevância, gerando conseqüências importantes na fixação da pena. Na responsabilidade civil, contudo, pouco importa, em princípio, a existência de dolo ou culpa. É que causado um dano, seja ele doloso ou culposos, deverá ser reparado. Imagine situação na qual alguém provoque uma colisão no veículo de outrem. Nesse caso, pouco importará se o ilícito foi doloso ou culposos. Caberá ao condutor reparar o dano da mesma forma tanto num caso como noutro.

Considerando essas especificidades dos dois campos, o Código Civil dispõe em seu art. 934 que “a responsabilidade civil é independente da criminal”. Duas exceções, contudo, são estabelecidas pela Lei Civil. De fato, quando a existência do fato ou a autoria do crime restar negada na esfera criminal, tais questões não poderão mais ser discutidas na esfera cível.

⁴ Fala-se, aqui, em “regra geral” pois nos casos de crimes de ação penal privada a responsabilização é facultativa, porquanto o princípio aplicável é o da oportunidade. De outro vértice, nos casos em que o crime é de ação penal pública a responsabilização do agente é obrigatória. Aplica-se, pois, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

3. O NOVEL ART. 387, INC. IV DO CPP, INSERIDO PELA LEI N. 11.719/08: POSSIBILIDADE DE O MAGISTRADO DO JUÍZO CRIMINAL FIXAR INDENIZAÇÃO CÍVEL

Cumpre, agora, analisar o novel art. 387, inc. IV do Código de Processo Penal que prevê a possibilidade de o juiz do juízo criminal fixar o valor mínimo do *quantum* indenizatório cível. Na verdade, para melhor compreensão da questão em exame, realizar-se-á primeiramente uma contextualização da matéria.

3.1 Contextualização

Antes da reforma realizada pela Lei n. 11.719/08 existiam duas possibilidades para o ofendido, vítima de um crime, buscar a reparação civil. Com efeito, o ofendido podia aguardar o trânsito em julgado da decisão criminal para liquidá-la e executá-la (art. 63 do CPP) ou, então, poderia, desde logo, ainda que na pendência do processo criminal, manejar uma ação de conhecimento - a chamada ação civil *ex delicto* (art. 64 do CPP).

Após a reforma realizada pela mencionada lei, contudo, em que pese a manutenção das duas possibilidades para o ofendido obter a reparação civil, ou seja, liquidar e executar a sentença criminal condenatória com trânsito em julgado ou, então, ajuizar a ação civil *ex delicto*, o juiz criminal deverá, na sua sentença condenatória, fixar o valor mínimo da indenização. Reza, com efeito, o art. 387, inc. IV do CPP:

*Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:
IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.*

Desse modo, doravante, com o advento da reforma processual penal, caberá ao Magistrado criminal, ao prolatar a sentença condenatória, fixar o *quantum* mínimo de indenização cível. O mecanismo, não há dúvidas, está alinhado ao princípio da celeridade processual. Trata-se, com efeito, de uma forma de otimizar a atividade processual relativa à reparação do dano, porquanto o

próprio juiz criminal, após regular processamento do processo criminal, fixará na sentença condenatória o mínimo indenizatório.

3.2 Relativização da Autonomia das Esferas Penal e Civil

A autonomia das esferas penal e civil foi relativizada com a inovação do art. 387, inc. IV do Código de Processo Penal. Com efeito, tal autonomia foi atenuada pelo fato de o próprio juiz criminal, em sede de processo penal, ter o dever de fixar o valor mínimo da indenização cível. O *quantum* indenizatório, antes da reforma do CPP, era de incumbência exclusiva do magistrado do juízo cível. Ao juiz criminal reservava-se tão-somente a tarefa de verificar os aspectos inerentes ao direito penal, em particular, os elementos do crime, as excludentes de antijuridicidade, de culpabilidade e a dosimetria da pena.

A modificação do art. 387, inc. IV do Código de Processo Penal, de certa forma, atenuou a independência entre as esferas cível e criminal, que era praticamente absoluta antes da reforma. De fato, a possibilidade de o juiz criminal fixar uma indenização cível vem a mesclar atividades que eram autônomas, ou seja, que eram realizadas por juízos diversos, em processos diferentes.

Adscрева-se que o novel dispositivo permite que no bojo do próprio processo criminal seja fixada a reparação cível. É bem verdade que o preceito refere-se à fixação do valor mínimo da indenização. De qualquer sorte, é inegável que o art. 387, inc. IV do CPP, ao mesclar atividades inerentes ao juízo criminal e ao cível, relativiza a autonomia das instâncias.

3.3 Fixação da Indenização Cível *ex officio* pelo Juiz Criminal

Indaga-se sobre a possibilidade de o juiz criminal fixar o valor mínimo da indenização cível de ofício. Por outras palavras: ajuizada a ação penal, seja ela privada ou pública, o juiz criminal poderá fixar o valor mínimo da indenização independentemente de pedido do autor da ação?

Parece-me que a redação do art. 387, inc. IV do CPP é por demais imperativa. De fato, o preceito determina que o juiz “fixará” valor mínimo para reparação dos danos causados pela infra-

ção. Desse modo, à luz de uma exegese literal, outra conclusão não pode ser obtida. Posto que não seja realizado o pedido de indenização cível, o juiz criminal deverá fixá-la.

Ademais, o princípio da correlação, em matéria processual penal, está muito mais ligado à causa de pedir do que ao pedido propriamente dito. É corriqueira a advertência da doutrina no sentido de que o réu defende-se, no processo penal, não da tipificação legal apresentada pelo autor da ação, mas sim dos fatos narrados⁵.

De qualquer sorte, considerando-se a imperatividade do art. 387, inc. IV do CPP, ainda que o prejuízo não tenha sido narrado na denúncia, exurgindo nos autos a sua prova, deverá o *quantum* ser considerado quando da prolação da sentença penal condenatória. Tem-se, nesse caso, uma situação de aplicação do princípio da ultrapetição. Por outras palavras: ainda que não seja feito pedido de indenização cível na ação penal, surgindo nos autos prova do valor do prejuízo, deverá o magistrado considerá-lo na sentença. Essa interpretação coaduna-se com o espírito da reforma de otimização do processo judicial.

Ressalte-se, contudo, que, não havendo prova nos autos da ação penal do *quantum* da indenização dos danos causados pela infração, por óbvio, o magistrado deverá abster-se de aplicar o inciso IV do art. 387 do CPP. É que, na ausência de provas referentes aos prejuízos obtidos, não deterá o magistrado elementos suficientes para a fixação da indenização. Tal tarefa, nesse caso, deverá ser relegada para a fase de liquidação da sentença penal condenatória, a ser realizada na esfera cível, na forma dos arts. 475-A a 475-H do Código de Processo Civil.

3.4 Fixação pelo Juiz Criminal do Dano Moral e do Dano Material Decorrentes do Delito

Indaga-se, neste azo, sobre a possibilidade de o juiz criminal fixar, com base no art. 387, inc. IV do CPP, o valor mínimo de inde-

⁵ Cf. TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar A. R. C. de. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 630. CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 371. PACHECO, Denilson Feitosa. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. Niterói: Impetus, 2005, p. 1147.

nização cível por danos materiais e por morais; ou seja, indenização que atenda aos danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

O dano material corresponde às perdas e danos, ou seja, ao somatório dos lucros cessantes e do dano emergente, na forma do art. 406 do Código Civil. Já o dano moral consiste em um valor capaz de indenizar o abalo psíquico, a angústia, o sofrimento da vítima. Por outras palavras: trata-se de uma forma de compensação dos prejuízos causado à “alma” da vítima⁶.

Não vejo qualquer óbice na possibilidade de o juiz criminal fixar o valor mínimo tanto para a indenização pelos danos materiais como para a indenização pelos danos morais. De fato, o art. 387, inc. IV do CPP não estabelece qualquer restrição. Ao revés, o preceptivo mencionado determina que o juiz fixará o “valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”.

Note-se que o dispositivo faz referência a valor mínimo “para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos”. É consabido que uma infração penal pode redundar em dano material e/ou dano moral. Nesse particular, não se pode vislumbrar qualquer impossibilidade de o juiz criminal fixar indenização tanto pelo dano material como pelo dano moral sofrido pelo sujeito passivo. De fato, os prejuízos que a vítima pode experimentar em decorrência de uma infração penal podem ser materiais ou morais.

É de bom alvitre contudo, que o juiz criminal, ao fixar o valor mínimo da indenização cível pelos danos morais e materiais, o faça de forma destacada e separada. Por outras palavras: cabe ao magistrado criminal fixar o valor mínimo da indenização pelo dano material e, em apartado, o valor mínimo para indenização pelo dano moral. Somente desse modo será facilitada a atividade

⁶ O dano moral é conceituado pela doutrina da seguinte forma: “Pode-se definir o dano moral como a lesão aos sentimentos que determina dor ou sofrimentos físicos, inquietação espiritual, ou agravo às feições legítimas e, em geral, toda classe de padecimentos insuscetíveis de apreciação pecuniária” (STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 674).

do juízo cível ao apurar eventual dano residual, seja ele de ordem patrimonial ou moral.

Não se pode, realmente, olvidar que o magistrado criminal fixará apenas o valor mínimo da indenização. E, para apuração do eventual dano restante, ou seja, do dano residual, material ou moral, o juízo cível deverá conhecer quais foram os respectivos valores fixados, até mesmo para que possam ser deduzidos do quantum indenizatório.

3.5 Critério de Fixação da Indenização a ser Utilizado pelo Juiz Criminal

Os critérios para fixação da indenização pelo dano material e pelo dano moral pelo juiz criminal devem ser os mesmos utilizados pelo juiz cível. Não há um motivo plausível para que os critérios sejam diferenciados em uma instância e outra.

O dano material deverá ser fixado de acordo com a extensão do dano (art. 944 do CC) e, por óbvio, de acordo com as provas constantes dos autos. Em relação ao dano material, deverá o magistrado considerar os danos emergentes, ou seja, o valor que efetivamente se perdeu, e os lucros cessantes, isto é, o valor que razoavelmente se deixou de ganhar.

Já em relação ao dano moral, deverá o juiz criminal considerar o binômio que tem sido adotado pela doutrina e jurisprudência: compensação - punição⁷. Ao fixar a indenização pelo dano moral deverá o juiz criminal fixar um valor que compense a dor sofrida e que também leve em conta a punição do autor do delito, de sorte a evitar a reiteração da prática daquela conduta.

⁷ A propósito, pode-se colacionar o seguinte julgado: “A indenização por dano moral tem caráter dúplice, pois tanto visa a punição do agente quanto a compensação pela dor sofrida, porém, a reparação pecuniária deve guardar relação com o que a vítima poderia proporcionar em vida, ou seja, não pode ser fonte de enriquecimento e tampouco inexpressiva” (RT 742/320). No mesmo sentido: “Em suma, a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória e, de outro lado, exercer função de desestímulo a novas práticas lesivas” (FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 842).

4. REFLEXOS PROCESSUAIS CIVIS DA MODIFICAÇÃO DO ART. 387, INC. IV DO CPP

Cumpra analisar, neste comenos, os reflexos processuais civis da modificação do art. 387, inc. IV do CPP. Na verdade, embora a alteração tenha sido feita no Código de Processo Penal, há diversos conseqüências na esfera processual civil. Enceta-se essa análise pela não exclusão da possibilidade de fixação de indenização por parte do juízo cível.

4.1 Permanência da possibilidade de o Magistrado do Juízo Cível Fixar Indenização em Sede de Ação Civil *ex delicto*

O novel art. 387, inc. IV do Código de Processo Penal determina que o juiz criminal, ao proferir sentença condenatória, fixe o valor mínimo da indenização civil a ser reparada pelo autor do crime. Importante consignar que o preceptivo deixa bem claro que o juízo cível continua com competência para fixação da indenização cível. O que se possibilitou, apenas, foi que o magistrado criminal venha a fixar o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração.

Desse modo, nada impede que o ofendido, mesmo durante a tramitação da ação penal, venha a ajuizar uma ação na esfera cível com vistas à obtenção da indenização. Note-se que, nesse caso, poderá a vítima mover uma ação civil *ex delicto* para obter a fixação de uma indenização pelos danos morais e materiais. A mencionada ação tem espeque no art. 64 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 64 do CPP. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for o caso, contra o responsável civil.

Situação completamente diferente é da liquidação da sentença penal condenatória na esfera cível. Poderá, com efeito, o ofendido, na forma do art. 63 do Código de Processo Penal, pleitear a liquidação da sentença penal condenatória e, ato contínuo,

requerer a sua execução. A regra do art. 64 do CPP, dantes citada, autoriza o ajuizamento de ação de conhecimento, mesmo na pendência da tramitação da ação penal.

De qualquer sorte, como mencionado, a inovação do art. 387, inc. IV do CPP não obsta que o ofendido ajuíze a ação civil *ex delicto*, ou seja, a ação civil para reparação dos danos. A fixação de eventual indenização cível na sentença penal condenatória, com amparo no dispositivo mencionado, não obsta o ajuizamento da ação civil *ex delicto*. É que, na sentença penal condenatória, o magistrado fixará o mínimo da indenização civil.

Recomenda-se, contudo, para evitar eventuais julgamentos antagônicos e divergência na fixação do *quantum debeatur* que o juiz da ação cível suspenda o curso desta até o desfecho da ação criminal. Essa suspensão da ação civil tem suporte no art. 63, parágrafo único do CPP, *in verbis*: “intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela”. Há quem entenda em doutrina, ademais, que tal suspensão é obrigatória⁸.

Essa suspensão do processo civil até o desfecho do criminal também tem amparo no Código de Processo Civil, nos arts. 110 e 265, inc. IV, alínea “a”. Esclareça-se, ainda, que a suspensão do processo no caso mencionado não poderá exceder a 1 ano, na forma do disposto no art. 265, § 5º do CPC.

4.2 Liquidação da Sentença Penal Condenatória

Insta registrar que a sentença penal condenatória, posto que faça referência à indenização civil, poderá ser, normalmente, liquidada na esfera cível. Nada obsta, com efeito, a instauração de

⁸ No sentido do exposto: “Cremos, sem embargo de o texto legal usar a expressão ‘poderá’, parecendo revelar simples faculdade conferida ao juízo cível, deva ele determinar a suspensão, para impedir decisões contraditórias. Cabe-lhe, velando pelo decoro e dignidade da justiça, determinar a suspensão, para evitar o conflito de decisões díspares, baseadas em um mesmo fato e na mesma ação antijurídica. E, para fugir a essas conseqüências desastrosas, pelo atrito de julgados irreconciliáveis, aquele poderá há de se transmutar em deverá” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1, p. 158.).

liquidação, na forma dos arts. 475-A a 475-H do Código de Processo Civil para apuração dos prejuízos decorrentes da infração penal.

Essa possibilidade decorre do fato de que o novo art. 387, inc. IV do CPP ter mencionado que ao juiz criminal caberá tão-somente fixar o valor mínimo da indenização. Os demais prejuízos serão apurados por meio de liquidação. Nesse sentido, ademais, a própria Lei n. 11.719/08 inseriu no art. 63 do CPP um parágrafo único, cuja parte final é demasiada elucidativa. O mencionado preceito reza o seguinte:

Art. 63, parágrafo único do CPP. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido.

Desse modo, não há qualquer óbice para que o ofendido, havendo trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mesmo que esta tenha feito referência à indenização cível, promova a respectiva liquidação. Esta será feita na modalidade por artigos ou arbitramento, dependendo da situação em particular.

Adscreva-se, apenas, que, a liquidação de sentença com a reforma processual do CPC passou a ser um incidente processual⁹. De qualquer sorte, como já registrei alhures, a liquidação da sentença penal condenatória com trânsito em julgado não é um incidente. Trata-se, na verdade, de uma ação, porquanto não existe uma base processual prévia na esfera cível¹⁰.

⁹ HERTEL, Daniel Roberto. *Curso de execução civil*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008. p. 126.

¹⁰ Nesse sentido: “Problema de relevo diz respeito ao requerimento de liquidação da sentença penal condenatória, da sentença arbitral e da sentença estrangeira. Em todos esses casos, não existe uma base processual prévia na esfera cível. (...) Ora, não existindo uma base processual na esfera cível para essas demandas, a liquidação das respectivas sentenças não pode ser considerada como um mero prolongamento do processo - a saber, um incidente processual. De fato, não existindo um processo cível já inaugurado, como poderia ser a liquidação a própria extensão de um processo que não existe?” (HERTEL, Daniel Roberto. “A nova liquidação de sentença”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 394, nov/dez., 2007, p. 501).

4.3 Execução Direta da Sentença Penal Condenatória que Fixa a Indenização Cível

A sentença penal condenatória com trânsito em julgado que fixar o valor mínimo da indenização poderá ser executada na esfera cível. Ademais, o próprio Código de Processo Civil arrola, no art. 475-N, inc. II, a sentença penal condenatória com trânsito em julgado como um título executivo judicial.

Fixado o valor mínimo da indenização civil na sentença penal, poderá o ofendido promover-lhe a execução. Essa execução também não poderá ser considerada como um mero incidente processual, a ser realizado na forma do art. 475-J do CPC.

A execução da sentença penal condenatória na esfera cível, desse modo, deverá ser feita por meio de *actio iudicati*, isto é, por meio de ação de execução. É que não há qualquer base processual prévia na esfera cível para que se promova a sua respectiva execução na forma de cumprimento de sentença. Isso significa dizer que a execução da sentença penal condenatória com trânsito em julgado não poderá ser feita nos moldes do disposto no art. 475-J do Código de Processo Civil, mas sim na forma do art. 652 do mencionado Código.

4.4 Possibilidade de Simultânea Execução da Indenização Fixada Pelo Juízo Criminal e da Liquidação da Sentença Penal Condenatória

Uma vez fixado o valor da indenização cível na sentença penal condenatória e havendo trânsito em julgado, poderá o ofendido promover-lhe a execução. Mas, como a sentença penal fixará apenas o valor mínimo da indenização, nada obsta que seja promovida também a sua liquidação.

Indaga-se sobre a possibilidade de serem promovidas simultaneamente a liquidação e a execução civil da sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Não há qualquer entrave em relação a essa possibilidade. Poderá, com efeito, ser promovida de modo simultâneo a execução da sentença penal condenatória com

a sua respectiva liquidação. O Código de Processo Civil, no art. 475-I, § 1º contempla essa possibilidade¹¹ *in verbis*:

Art. 475-I, § 1º. Quando na sentença houver uma parte líquida e outra ilíquida, ao credor é lícito promover simultaneamente a execução daquela e, em autos apartados, a liquidação desta.

Desse modo, o ofendido/credor poderá promover a execução da sentença penal condenatória no que concerne ao *quantum* indenizatório fixado e também a sua respectiva liquidação para apuração do dano residual. Essas atividades poderão ser realizadas simultaneamente, mas, registre-se, deverão ser inauguradas por meio de ações distintas - uma de liquidação e outra de execução. Realmente, não há possibilidade de serem cumuladas a liquidação e a execução, por tratarem de atividades processuais completamente distintas.

4.5 Competência Concorrente dos Juízos Criminal e Cível para Fixação da Indenização *ex delicto*

Quadra registrar que a possibilidade de o magistrado criminal fixar a indenização mínima na sentença penal condenatória, na forma do art. 387, inc. IV do CPP, não excluiu a possibilidade de fixação do *quantum* indenizatório na esfera cível. Por óbvio, não poderá ocorrer *bis in idem*, devendo eventual *quantum* indenizatório, já considerado na sentença penal, ser considerado na sentença cível.

De qualquer sorte, parece-me que a possibilidade de o juiz criminal fixar o valor mínimo da indenização cível cria mais um caso de competência concorrente. É que o juízo cível continua detendo competência para fixar eventual indenização em sede de

¹¹ Essa possibilidade também é contemplada no Código de Processo Penal no parágrafo único do art. 63: “Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido”.

liquidação ou mesmo de ação civil *ex delicto*. Assim, tem-se aqui um caso de competência concorrente em que tanto o juízo criminal como cível detêm competência para fixação de indenização pelos danos decorrentes do crime.

4.6 Competência no Caso de Interposição de Recurso da Sentença Penal Condenatória que Fixou Indenização Cível

Havendo fixação de indenização cível na sentença criminal, como previsto no art. 387, inc. IV do Código de Processo Penal e havendo interposição de recurso, qual será o órgão competente no Tribunal para apreciar a questão? Será o órgão criminal ou o órgão cível?

A questão insere-se no contexto da chamada competência funcional vertical. O Código de Processo Civil, ao tratar da competência funcional, tanto a horizontal como a vertical, o fez o no art. 93, *in verbis*:

Art. 93 do CPC. Regem a competência dos tribunais as normas da Constituição e de organização judiciária. A competência funcional dos juízes de primeiro grau é disciplinada neste Código.

Esclareça-se, inicialmente, que, na primeira parte do preceptivo, foi abordada a competência funcional vertical. Já na segunda parte, basicamente fez-se referência à competência funcional horizontal. Insta consignar que, no primeiro caso, abordou-se a solução para o problema de competência envolvendo instâncias diversas, enquanto, no segundo, a questão perpassa pela identificação do órgão competente em sede de instâncias de mesmo nível.

O Código de Processo Civil esclarece que a competência dos tribunais é regida pelas normas da Constituição e pelas normas de organização judiciária. Desse modo, a que órgão do tribunal caberá julgar eventual apelação interposta hostilizando sentença do juiz criminal que tenha fixado o valor mínimo da indenização civil? A resposta deverá ser buscada nas normas de organização judiciária e nos regimentos internos dos tribunais.

Nada obsta que as normas de organização judiciária e o regimento do tribunal estabeleçam ser da competência do órgão criminal ou cível o processamento da apelação na qual se hostiliza a sentença criminal que fixou indenização. Nada obsta, outrossim, que seja seccionada a competência de tal sorte que o órgão criminal analise a matéria relativa ao crime e o órgão cível analise a matéria relativa ao valor mínimo da indenização cível. Nesse caso, contudo, haverá uma dificuldade de operacionalização do processamento, porquanto um mesmo recurso será apreciado por dois órgãos do tribunal¹². Tudo dependerá, portanto, do disposto nas normas de organização judiciária e nos regimentos dos tribunais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inovação do art. 387, inc. IV do Código de Processo Penal encontra-se alinhada ao princípio da celeridade processual e da razoável duração dos processos, que têm previsão constitucional. Trata-se, de fato, de um mecanismo que possibilita ao juiz criminal, desde logo, fixar o valor mínimo da indenização civil. Com isso, busca-se, certamente, otimizar o instrumento judicial.

De qualquer sorte, a possibilidade de o juiz criminal fixar indenização cível é nova e acarretará inúmeros consectários processuais no dia-a-dia forense. Certamente, as situações que surgirão na praxe forense envolvendo a questão serão as mais variadas possíveis. Caberá, então, à doutrina e à jurisprudência construir as soluções para os diversos problemas que poderão surgir da aplicação do novel dispositivo.

As soluções a serem firmadas, entretantes, deverão ter sempre por suporte a concepção instrumental do direito processual. Por outras palavras: o intérprete, ao apresentar as soluções em

¹² A possibilidade de dois órgãos de um tribunal apreciar um mesmo recurso existe no caso do incidente de declaração de inconstitucionalidade, previsto nos arts. 480 *usque* 482 do CPC. Nessa hipótese, caso seja acatada a arguição de inconstitucionalidade pelo órgão fracionário do tribunal, a questão deverá ser remetida para o Tribunal Pleno. A este caberá, contudo, tão-somente a apreciação da constitucionalidade ou não da norma. Uma vez apreciada essa matéria, será o recurso devolvido para o órgão fracionário para decidir o seu mérito propriamente dito.

relação à aplicação da nova lei, não poderá jamais perder o foco de que o processo é um mero instrumento de solução de conflitos. Não se pode, realmente, sobrepor a forma ao conteúdo, sob pena de se desvirtuar a própria ontologia do instrumento judicial. 

Conceito de Ofensa Direta à Constituição para Fins de Cabimento de Recurso Extraordinário*

Hugo Filardi

*Mestrando em Direito Processual Civil.
Advogado.*

1. INTRODUÇÃO

Desde o início de meu interesse pela ciência processual, sempre me chamou atenção a política de retenção e não conhecimento dos chamados recursos excepcionais no Juízo de admissibilidade através de apegos a formalismos muitas vezes desnecessários, e à utilização de súmulas sem a existência de qualquer atenção à realidade fática trazida no bojo dos autos. Será que os óbices colocados pelos Tribunais Superiores não seriam ilegítimos e violariam o princípio do acesso à ordem jurídica justa?

Na condição de garantidores da eficácia das normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais, o STF e o STJ se encontram

* O presente estudo analítico do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no que tange à exigência de ofensa direta à Constituição para viabilidade do Recurso Extraordinário foi instigado pela aula ministrada pelo Professor Marcos Vinicius de Abreu Sampaio na disciplina coordenada pela Professora Teresa Arruda Alvim Wambier no curso de Mestrado em Direito Processual Civil na PUC/SP.

num verdadeiro dilema. Se por um lado devem atuar com órgãos aptos a darem solidez às normas jurídicas abstratas e se prestarem ao controle e padronização das decisões judiciais, por outro buscam incessantemente reduzir sua carga de julgamento de recursos em prol de uma prestação jurisdicional de relevância e pautada pela qualidade, tendo necessariamente que prestigiar um anacrônico sistema de freios recursais que em muitas hipóteses beira a negativa de jurisdição.

A tradicional e até certo ponto ultrapassada classificação dos recursos em ordinários e extraordinários, que leva em consideração o direito a ser tutelado - subjetivo ou objetivo - enseja uma distorcida avaliação de que tanto o Recurso Extraordinário quanto o Recurso Especial não devem ter como foco o jurisdicionado e sim a análise fria despida de sentimento¹. Na esteira desse raciocínio se manifestou com habitual precisão José Carlos Barbosa Moreira² ao afirmar, referindo-se ao Recurso Extraordinário, que “parece excessivo negar que sirva de instrumento à tutela de direitos subjetivos das partes ou de terceiros prejudicados”.

Muito embora o elemento de aferição preponderante nos Recursos Excepcionais seja a violação de direito objetivo, o direito subjetivo do jurisdicionado interessado jamais pode ser desconhecido, até mesmo porque serve de substrato para a manifestação das normas jurídicas. Não analisar o direito subjetivo ao proferir julgamento em sede de Recursos Excepcionais é consagrar uma cabal violação ao acesso à ordem jurídica, além de disseminar entre os jurisdicionados a sensação de desproteção e descrença na legitimidade do Poder Judiciário para subsunção dos fatos ao campo normativo.

¹ Como bem asseverou Pablo Lucas Verdú “A vivência do Direito e seu conceito relacionam-se com outros conteúdos espirituais, presentes em cada homem e em cada povo, para formar um tipo cultural unitário; por isso, o sentimento jurídico é uma expressão fiel de todo sentimento vivo” *in O Sentimento Constitucional*, Editora Forense, 1ª Edição, 2004, Rio de Janeiro, páginas 57 e 58.

² Barbosa Moreira, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 8ª Edição, Editora Forense, v. V, Rio de Janeiro, páginas 566.

O escurrito conceito de ofensa direta à Constituição tem sido muito utilizado para justificar a impossibilidade de análise de mérito do Recurso Extraordinário, entendendo o Supremo Tribunal Federal que somente o confronto direto e frontal com o texto constitucional deve ser veiculado através desse Recurso.

Ocorre que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adotou como modelo normativo preponderante o sistema de normas abertas, pretendendo que a premeditada indeterminação de conceitos venha a permitir que as normas constitucionais sejam re- vigoradas e modificadas, abarcando inclusive situações fáticas surgidas mesmo após sua edição. Teresa Arruda Alvim Wambier³ asseverou que “a interpretação dos conceitos vagos vem adquirindo cada vez mais importância no mundo contemporâneo porque o uso destes conceitos consiste numa técnica legislativa marcadamente afeiçoada à realidade em que vivemos, que se caracteriza justamente pela instabilidade, pela imensa velocidade com que acontecem os fatos, com que se transmitem informações, se alteram ‘verdades’ sociais”.

Assim, o presente trabalho visa a questionar o posicionamento consolidado do STF de que somente uma afronta incisiva à Constituição viabiliza a via recursal extraordinária. Como as normas constitucionais abertas necessitam de contornos jurisprudenciais para pautar sua zona de abrangência, e por sua natureza não comportam um questionamento mais veemente, dada sua *vaguedad*, o sistema de controle difuso de constitucionalidade pelo STF mostra-se cada vez mais anacrônico e incompatível com os ideais de efetividade do processo e de acesso à justiça.

2. POSIÇÃO DO STF A SER ANALISADA

A situação de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, quando ocorrente, não basta, por si só, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária⁴. A consolidada posição do Supremo Tribunal Federal no sentido de que somente afrontas claras

³ Wambier, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de Recursos de Es- trito Direito e de Ação Rescisória*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, página 145.

⁴ STF - Ag. Reg. RE 493.769-7 - 2ª Turma - Ministro Celso de Mello - Julgamento de 31 de outubro de 2006.

e cabais dão ensejo ao manejo de Recurso Extraordinário colide com a técnica normativa de redação constitucional principiológica, já que impede que ocorra o preenchimento e adequação da norma aberta à realidade social vigente.

O Supremo Tribunal Federal, em sua precípua função de intérprete do sistema normativo, não pode semear uma posição em que se coloca como órgão omissor na atualização e no preenchimento adequado e em consonância com a realidade atual das normas vagas que necessitam de constante subsunção com elementos fáticos e sociais. Segundo Eduardo Couture⁵, “o fenômeno de interpretação não tende a revelar o pensamento do legislador, mas sim a extensão da eficácia atual da norma. O Direito prorroga, indefinidamente, a sua vigência no sentido do futuro”.

Como paradigma de nossa tese, utilizaremos recente decisão da lavra do Ministro Ricardo Lewandowski⁶ que sustentou que as cláusulas do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa por sua *vaguedad* não ensejariam controle por meio de Recurso Extraordinário em acórdão cuja ementa se transcreve:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. I - A jurisprudência da Corte é no sentido de que a alegada violação ao art. 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição, pode configurar, quando muito, situação de ofensa reflexa ao texto constitucional, por demandar a análise de legislação processual ordinária. II - Não há contrariedade ao art. 93, IX, da mesma Carta, quando o acórdão recorrido encontra-se suficientemente fundamentado. III - Inexistência de novos argumentos capazes de afastar as razões expendidas na decisão atacada. IV - Agravo regimental improvido.”

Tal decisão reflete um posicionamento há muito consolidado pelo STF, conforme podemos verificar através da série de ementas abaixo colacionadas:

⁵ Couture, Eduardo J. *Interpretação das Leis Processuais*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 4ª Edição, 2001, página 11.

⁶ STF - Ag. Reg. RE 635590 - 1ª Turma - Julgamento de 29 de maio de 2007.

“CONSTITUCIONAL. MILITAR. PRAÇA DA POLÍCIA MILITAR: EXCLUSÃO, art. 125, § 4º. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 279-STF. I. - A análise da questão em apreço demanda o reexame de matéria fático-probatória, o que, por si só, seria suficiente para impedir o processamento do recurso extraordinário (Súmula 279-STF). II. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. III. - O disposto no § 4º do art. 125, CF, nada tem que ver com as punições administrativas relativas às praças, da competência do órgão administrativo respectivo, na forma das leis e dos regulamentos. RE 199.800/SP, Plenário, Velloso, “DJ” de 04.5.2001. IV. - Agravo não provido.”⁷

“EMENTA: Trabalhista. Processual. Liquidação de sentença. Precatório. Correção monetária. Recurso de revista: inexistência de ofensa direta à CF. Regimental não provido.”⁸

“EMENTA: - Recurso extraordinário inadmitido. 2. Hipótese de matéria infraconstitucional e conseqüente viabilidade, tão-só, de ofensa indireta à Constituição. 3. Não há ver negativa de prestação jurisdicional apenas porque a decisão foi desfavorável ao recorrente, no julgamento do recurso. 4. Quanto à fundamentação, atenta-se contra o art. 93, IX, da Constituição, quando o decisum não é fundamentado; tal não sucede, se a fundamentação, existente, for mais ou menos completa. Mesmo se deficiente, não há ver, desde logo, ofensa direta ao art. 93, IX, da Lei Maior. 5. Agravo regimental desprovido.”⁹

⁷ STF - Ministro Relator Carlos Velloso - AI em AGR 549592/MG - 2ª Turma - Julgamento de 13.12.05.

⁸ STF - Ministro Relator Nelson Jobim - AI em AGR 409803/PA - 2ª Turma - Julgamento de 25.03.2003.

⁹ STF - Ministro Relator Néri da Silveira - AI em AGR 234867/SP - 2ª Turma - Julgamento de 08.06.99.

A nova ordem estabelecida pelo pós-positivismo preconiza a importância de normas constitucionais de natureza principiológica, devendo o sistema normativo pautar-se pela defesa irrestrita dos direitos fundamentais e dos princípios materiais de justiça. O elástico contorno das normas constitucionais abertas deve ser temperado pela interpretação judicial, que de acordo com o ambiente sociocultural da época, permitirá que o sistema jurídico seja mais protetivo ao jurisdicionado e não sirva como mais um componente de exclusão social.

Não há logicidade em fundar um sistema jurídico em normas principiológicas e não permitir que o jurisdicionado comum possa questionar seu âmbito de incidência de forma individual por meio de Recurso Extraordinário. Aliás, a própria Constituição não dispõe como hipótese de cabimento para Recurso Extraordinário ofensa direta, mas apenas contrariedade ao texto constitucional.

Não obstante o posicionamento sólido do STF, encontramos brilhante decisão da lavra do Ministro Marco Aurélio Mello¹⁰, que se coaduna com a linha de raciocínio que pretendemos defender neste trabalho:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO - DEVIDO PROCESSO LEGAL - VIABILIDADE. Caso a caso, o Supremo Tribunal Federal deve perquirir até que ponto o que decidido pela Corte de origem revela inobservância ao devido processo legal. Enfoque que se impõe no que o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal remete, necessariamente, a normas estritamente legais. Cabimento do extraordinário em hipóteses em que, mesmo diante de embargos declaratórios, o órgão de cúpula do Judiciário Trabalhista deixou de examinar matéria de defesa. Não se coaduna com a missão precípua do Supremo Tribunal Federal, de guardião maior da Carta Política da República, alçar a dogma a assertiva segundo a qual a violência

¹⁰ STF - Ministro Relator Marco Aurélio Mello - RE 398407/RJ - 1ª Turma - Julgamento de 21.09.04.

à Lei Básica, suficiente a impulsionar o extraordinário, há de ser frontal e direta. Dois princípios dos mais caros nas sociedades democráticas, e por isso mesmo contemplados pela Carta de 1988, afastam esse enfoque, no que remetem, sempre, ao exame do caso concreto, considerada a legislação ordinária - os princípios da legalidade e do devido processo legal. EMBARGOS DECLARATÓRIOS - OMISSÃO. Uma vez constatado o silêncio sobre matéria de defesa, impõe-se o acolhimento dos declaratórios. Persistindo o órgão julgador no vício de procedimento, tem-se a transgressão ao devido processo legal no que encerra garantia assegurada, de forma abrangente, pela Carta da República - artigo 5º, inciso LV.”

3. JUÍZO DE VIABILIDADE E RECURSOS DE FUNDAMENTAÇÃO VINCULADA.

Considerando o Recurso necessariamente como um prolongamento do direito de ação e do direito à defesa e ao contraditório participativo, estabelecem-se diretas e objetivas correlações entre os requisitos legalmente impostos para a propositura de demandas e o Juízo de admissibilidade recursal. Como todo ato postulatório, o recurso está sujeito a uma dupla análise, uma no sentido de serem verificadas as condições para o exercício do direito recursal e outra para apreciação da questão de fundo, examinando a fundamentação que ensejou a utilização de um meio de impugnação de decisões judiciais¹¹.

Na esteira desse raciocínio, o Juízo de admissibilidade seria formado por questões preliminares à apreciação das razões de impugnação da decisão e teriam o condão de impedir o julgamento de mérito do recurso. Lembre-se que o Juízo positivo de admissibilidade em nada se correlaciona com o julgamento de fundo do recurso, servindo apenas para viabilizar sua análise mediante o preenchimento de alguns requisitos.

¹¹ Ver Barbosa Moreira, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 8ª Edição, Editora Forense, v. V, Rio de Janeiro, página 215.

Adotando a classificação proposta por Nelson Nery Júnior¹², destacamos como requisitos intrínsecos o cabimento, o interesse recursal e a legitimidade. Como requisitos extrínsecos podemos apontar a tempestividade, o preparo e a inexistência de fatos impeditivos¹³ ou extintivos do poder de recorrer.

Mesmo com todos os traços distintivos aduzidos entre Juízo de admissibilidade e Juízo de mérito, existem algumas situações de impossibilidade de empregar-se a dicotomia sugerida, tendo em vista a ocorrência de sobreposição entre esses dois juízos necessários para o julgamento dos recursos. Ressaltamos que existe uma forte tendência normativa em transformar o tradicional juízo de admissibilidade de um juízo de viabilidade recursal. Assim, mostra-se a crescente intenção do legislador de prestigiar a duração razoável do processo e impedir que recursos fadados ao insucesso tenham seu trâmite ordinário.

Apenas a título ilustrativo, faz-se conveniente mencionar que a redação dos artigos 557 e 518, § 1º, do Código de Processo Civil já demonstram que a sobreposição dos Juízos de admissibilidade e mérito tem se mostrado com frequência como uma técnica aceita para prestação de tutela jurisdicional efetiva e dentro de um lapso temporal razoável. A inserção de matéria de fundo dentro de um juízo de admissibilidade tem o condão de abreviar o *iter* procedimental dos recursos, razão pela qual se mostra mais correto e adequado ao novo espírito da legislação processual vigente a identificação de um juízo de viabilidade prévio ao juízo de mérito.

A assunção do caráter de viabilidade do Juízo de admissibilidade fica mais patente com relação aos chamados recursos de fundamentação vinculada. Além da classificação já exposta dos

¹² Nery Júnior, Nelson. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. 5. ed., Sao Paulo: RT, 2000, página 240.

¹³ Barbosa Moreira discorda da classificação adotada por Nelson Nery Júnior apenas no que concerne ao enquadramento da inexistência de fatos impeditivos ou extintivos do poder de recorrer como requisito extrínseco. O enquadramento mais adequado, segundo Barbosa Moreira, seria inserir a inexistência de fatos impeditivos ou extintivos do poder de recorrer como requisito intrínseco. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000, página 118.

recursos em ordinários e extraordinários, podemos encartá-los em de fundamentação simples e de fundamentação vinculada.

Segundo Flávio Cheim Jorge¹⁴, “o recurso é de fundamentação vinculada quando a lei exige a presença de determinados tipos de vício ou defeitos na decisão, para que tenha cabimento. Assim, não basta a existência de uma determinada decisão, para que o recurso tenha cabimento. Exige-se algo mais, exatamente o vício ou o defeito específico. Para que tenha cabimento o Recurso Especial não é suficiente a existência de um acórdão. Imprescindível também é a presença da violação à Lei Federal. Da mesma forma ocorre com os embargos de declaração, onde se torna imprescindível a existência de omissão, obscuridade e contradição na decisão impugnada. Em nosso sistema, os recursos de fundamentação vinculada são o especial, o extraordinário e os embargos de declaração”.

Nos recursos de fundamentação vinculada, existe necessariamente uma predeterminação legal das matérias que podem ser manejadas, sendo certo que o seu cabimento está intimamente ligado a uma análise do mérito recursal. Logo, vê-se claramente que a dicotomia entre juízo de admissibilidade e de mérito fica extremamente inconsistente para o julgamento dos recursos de fundamentação vinculada.

Ultrapassando os dilemas criados pela ineficiente bipartição de juízos no âmbito dos recursos de fundamentação vinculada, sugerimos que seja adotado um juízo inicial de viabilidade recursal, em que seria verificada a existência de alegações concernentes às hipóteses legalmente impostas para cabimento do recurso e, em sendo constatada credibilidade das razões, posteriormente seja feita uma análise de fundo mais aprofundada da pretensão recursal.

Utilizaríamos um raciocínio análogo ao dos juízos de cognição para provimentos jurisdicionais de mérito, tornando o manejo desses recursos menos instáveis e inseguros aos jurisdicionados.

¹⁴ Cheim Jorge, Flávio. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003, página 20.

No juízo de viabilidade - termo mais abrangente que do admissibilidade - teríamos uma cognição de grau menor do que a exercida para o julgamento de fundo do recurso em um juízo já de mérito. Assim, a possibilidade demonstrada de violação a dispositivos constitucionais, infraconstitucionais e de omissão, contradição e obscuridade ensejaria necessariamente o conhecimento do recurso para uma posterior e mais aprofundada análise da questão controversa em sede de mérito.

No que concerne efetivamente ao Recurso Extraordinário, o juízo de admissibilidade já possui uma esfera de abrangência bem ampla, corroborando esse caráter de juízo de viabilidade recursal. Com o objetivo de desobstruir o STF, o juízo de admissibilidade realizado pelos Tribunais *a quo* já vem verificando a viabilidade de provimento de mérito do recurso, mesmo que de forma subliminar. A probabilidade de reforma e credibilidade da tese desenvolvida, matérias apuráveis no mérito recursal, estão sendo englobadas pelo juízo de admissibilidade.

A impossibilidade de Recurso Extraordinário ser manejado em casos de ofensa reflexa à Constituição da República é um dos exemplos mais emblemáticos da sobreposição dos juízos de admissibilidade e de mérito. Normalmente, os Recursos Extraordinários que questionam a aplicabilidade constitucional de determinados princípios não são conhecidos - muito embora a questão seja de fundo e não de forma - em função da falta de palpabilidade da norma.

Faz-se evidente que a dicotomia entre juízo de admissibilidade e de mérito mostra um descompasso com nosso sistema recursal atual, especialmente no que pertine aos recursos de fundamentação vinculada. Diante do fenômeno jurisprudencial tratado, certamente devemos consagrar os juízos de viabilidade e de mérito, distinguindo-os por graus de cognição vertical e por questões formais em contraposição às substanciais.

4. CONCEITO DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO. SISTEMA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ABERTAS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 restabeleceu em nosso país a ordem jurídica e democrática, com

o objetivo de sempre salvaguardar os direitos fundamentais e a soberania popular, impedindo, através da compatibilização entre normas preceituais e principiológicas, a sensação de falta de proteção dos jurisdicionados ante as arbitrariedades estatais e desigualdades sociais. É evidente que o êxito da CRFB/88 é extremamente dependente da adesão emocional dos jurisdicionados às normas emanadas do poder constituinte.

Há de ser destacado que o alcance de legitimidade do Estado Constitucional perante os jurisdicionados está diretamente correlacionado com a eficácia das normas constitucionais e com a disseminação de políticas governamentais que favoreçam a atenuação das desigualdades sociais. A atuação estatal não mais deve ser pautada por atos de força, e sim por atos compreensíveis e previamente justificados.

Com o insucesso da Constituição de Weimar que, dada a abstração dos comandos constitucionais, possibilitou a ascensão de um dos mais totalitários regimes de governo - Estado Nazista - a técnica redacional das Assembléias Constituintes buscou cada vez mais se aproximar do sistema preceitual de normas. Com margem pequena para interpretação, o legislador buscou minar as arbitrariedades estatais, freando assim a utilização desvirtuada de normas constitucionais com vasto contorno de vagueza.

Contudo, as normas constitucionais necessitam sempre estar em compasso com a realidade fática da sociedade e atentas aos seus valores de momento. As normas de caráter principiológico são fundamentais para possibilitar que a Constituição seja encarada como um organismo vivo e dinâmico, sempre adequada aos anseios dos jurisdicionados. A mutação constitucional possibilitada pelo preenchimento jurisprudencial e doutrinário de normas constitucionais abertas permite que o ordenamento jurídico esteja sempre completo e atualizado.

Afinal de contas, como bem expressa Canotilho¹⁵, “o direito do estado de direito do século XIX e da primeira metade do século

¹⁵ Canotilho, J.J. Gomes. “A ‘principalização’ da jurisprudência através da Constituição”. *Revista de Processo* n.º. 98, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, página 84.

XX é o Direito das regras dos códigos; o Direito do estado constitucional democrático e de direito leva a sério os princípios, é um Direito de princípios”.

Para fins de cabimento de Recurso Extraordinário, considera-se necessária a presença de contrariedade a dispositivo constitucional. Não há qualquer menção normativa com relação à necessidade de essa ofensa constitucional ter obrigatoriamente que ser frontal e violar diretamente a Constituição da República. Apegos a formalismos excessivos, além da escancarada tentativa hercúlea de minorar os impactos do sistema litigioso incrementado pelo acesso à justiça e reduzir a apreciação de recursos pelo STF são as razões à que, *prima facie*, nos levam a compreender uma interpretação tão rigorosa para a admissibilidade dos Recursos Excepcionais.

Além do mais, nosso sistema normativo é pautado pela consagração de normas constitucionais abertas e de ordem principiológica, que devem ser constantemente atualizadas através de um processo de mutação constitucional para constante adequação à realidade social atual.

Em célebre obra sobre a Constituição aberta, Carlos Roberto Siqueira Castro¹⁶ asseverou que “nesse tipo de sistema, que é móvel, flexível e que se abre e se mantém sempre permeável para acolher novas configurações de vida, e no qual são possíveis tantas mutações na espécie do jogo concertado dos princípios, a função axial do jurista é a de traçar novas valorações, novas conexões de sentido e novas cadeias de regulação entre normas (preceptivas ou principiológicas, escritas ou não escritas). Num sistema jurídico marcado pela nota da abertura, a arte que se impõe ao profissional do direito é a de, mediante operações de pensamento, as mais variadas, encontrar, justificadamente, a solução ou a concatenação normativa mais adequada, mais consentânea com os mandamentos daquilo que a sensibilidade jurídica reconhece como pertencente à concepção de direito justo vigente em um determinado contexto histórico-social”.

¹⁶ Siqueira Castro, Carlos Roberto. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003, páginas 50 e 51.

Portanto, mostra-se um incompreensível contra-senso impedir que o STF faça o controle de constitucionalidade difuso da norma constitucional aberta, dada a sua baixa palpabilidade e concretude. Justamente pela *vaguedad*, tais normas somente serão efetivas se houver um rígido controle da legalidade de seu preenchimento pela atividade jurisdicional. As normas abertas, quando aplicadas, tendem a conseguir maior aderência ao caso concreto, possibilitando um exercício mais real dos direitos fundamentais tutelados.

5. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO PROCESSUAL

Os princípios são normas inaugurais do sistema jurídico que, por sua *vaguedad*, têm a difícil tarefa de torná-lo coerente e coeso, além de possibilitarem a constante atualização normativa sem que haja, necessariamente, uma reforma legislativa. Com muita precisão, Teresa Aruda Alvim Wambier¹⁷ analisa nosso sistema normativo como autopoiético: “Há normas que contêm conceitos “permeáveis” ou “porosos”, que se consubstanciam em “brechas” para que elementos de outros ambientes sejam juridicizados, passando a integrar o Direito (repertório de elementos que podem ser levados em conta na busca da solução normativa). Vê-se, aí, o Direito, sistema autopoiético que é fechado na sociedade, e não para a sociedade.”

Através dos princípios, o sistema normativo adquire vida e se aperfeiçoa, alimentando-se de sua própria aplicação. O Código de Processo Civil vigente em nosso país ingressou no ordenamento jurídico sob a Lei nº. 5.869 de 11 de janeiro de 1973, estando na esfera jurídica da Constituição de 1967 e de todos os totalitários atos institucionais editados àquela época. Nada mais compreensível do que a edição de um código eivado das diretrizes deste Estado opressor, supressor da liberdade dos indivíduos.

Em absoluta mudança de eixo, a Constituição de 1988 buscou abolir os desnecessários e imorais tratamentos desiguais anterior-

¹⁷ Wambier, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de Recursos de Estricto Direito e de Ação Rescisória*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2001, página 393.

mente empregados, ao adotar uma postura de proteção dos direitos fundamentais. A participação democrática na elaboração da Carta Magna foi preponderante para a amenização de um Estado opressor e no desenvolvimento de um Estado assistencialista.

Tema bastante explorado pelos civilistas é justamente a influência do Direito Constitucional na seara do Direito Civil, a saber, com a consolidação da função social da propriedade e da brutal ingerência nos direitos da personalidade. Tarefa até mais intrigante é transportar os novos conceitos e diretrizes instituídas pelo poder constituinte originário ao ramo processual.

O legislador constituinte, ao buscar atribuir efetividade às normas processuais, incluiu preceitos garantísticos no artigo 5º, destinado a assegurar os direitos fundamentais dos jurisdicionados. Podemos mencionar a inserção do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, do acesso à tutela jurisdicional e da isonomia como direitos preponderantes à vida em coletividade, restando evidentemente comprovada a necessidade de moldar o Código de Processo Civil às disposições constitucionais vigentes, sob o fenômeno da recepção.

Apenas com a adoção da constitucionalização do direito processual civil poderemos atingir o verdadeiro objeto do processo, que é a pacificação social. A tutela jurisdicional deve se pautar na cláusula *due process of law* e no pleno acesso à justiça, sob pena de completa incompatibilidade entre o Código de Processo Civil e a Constituição de 1988.

O processo não pode engessar a atividade democrática dos jurisdicionados, mas sim trazer à tona todas as pertinentes assertivas para a pacificação social. Muito se fala no direito de ação como prerrogativa cívica dos jurisdicionados, mas a pacificação social e a aplicação da vontade da lei ao caso concreto somente ocorrerão quando pusermos à disposição de todos a prestação de tutela jurisdicional participativa, em que haja influência nos provimentos, com a inexistência de óbices desnecessários. Surgiram então os ideais de declaração dos direitos com eficácia concreta, o respeito irrestrito à dignidade humana, além da democracia participativa como forma de controle e de transparência da atividade estatal.

Afinal, como brilhantemente observou Leonardo Greco¹⁸, “no Estado Democrático Contemporâneo, a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo. A tutela jurisdicional efetiva é, portanto, não apenas uma garantia, mas, ela própria, também um direito fundamental, cuja eficácia irrestrita é preciso assegurar, em respeito à própria dignidade humana. O Direito Processual procura disciplinar o exercício da jurisdição através de princípios e regras que confirmam ao processo a mais ampla efetividade, ou seja, o maior alcance prático e o menor custo possíveis na proteção concreta dos direitos dos cidadãos.”

Evidentemente que os princípios, quando não aplicados de forma correta, ensejam violação à Constituição da República, devendo essa contrariedade admitir o uso do Recurso Extraordinário, não se fazendo necessário que a afronta constitucional seja direta.

5.1. Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional

A concepção de jurisdição como aplicação do texto legal ao caso concreto deve ser encarada sempre sob o prisma da efetivação dos direitos e garantias individuais, permitindo que os jurisdicionados possam desenvolver plenamente suas atividades sem a propagação de atos autoritários e incongruentes com os valores inaugurais de direito natural e com a ordem legal instituída. Modernamente, o direito processual tem como primado a efetividade da tutela dos direitos assegurados, adotando a vertente de instrumentalidade do processo para persecução do direito material deduzido.

Assim, com a inserção do substantive *due process of law* na Constituição da República Federativa do Brasil, o direito processual passou a privilegiar os resultados efetivos e a considerar

¹⁸ Greco, Leonardo. “Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo *in Juris Poiesis*”, *Revista da Universidade Estácio de Sá*, n.º. 06, ano 07, Rio de Janeiro, 2004, páginas 3 e 4.

os demandantes como verdadeiros consumidores do serviço jurisdicional prestado pelo Estado¹⁹. A ciência e as formalidades desmotivadas foram substituídas pela instrumentalidade e busca da eficiência na prestação jurisdicional.

Não podemos mais conceber que o processo ainda conserve resquícios de autoritarismo, já que estamos sob a égide do Estado Democrático de Direito, e a democracia participativa deve quebrar as amarras do conservadorismo no emprego da relação processual. Dado o dinamismo das atividades humanas, o processo tem obrigatoriamente que acompanhar as relações de direito material, não mais sendo triangular, e sim um conjunto de relações jurídicas complexas.

A reflexão dos anseios sociais na verdadeira eclosão legislativa ocorrida a partir do início da abertura do regime ditatorial, e que teve como apogeu a Constituição de 1988, foi retratada por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro²⁰, ao afirmar que esta foi erigida “amplamente influenciada em diversas de suas partes pelos movimentos sociais e com as metas que se desenhavam na legislação ordinária antes referidos, consagrando e alargando o âmbito dos direitos fundamentais, individuais e sociais, prevendo a criação de mecanismos adequados para garanti-los, especialmente no que se refere ao acesso à justiça.”

Os profundos direitos fundamentais instituídos em nada valeriam se o ordenamento processual não evoluísse disponibilizando aos jurisdicionados um meio justo, seguro e democrático de obtenção da abstração legal ao caso concreto, transportando-se a norma jurídica para o plano de efetividade prática para os jurisdicionados.

Com toda certeza e sem qualquer medo de parecer pretensioso, constatamos que a exigência de que haja ofensa direta à Constituição para interposição de Recurso Extraordinário denota uma cabal afronta ao princípio da inafastabilidade da tutela juris-

¹⁹ Dinamarco, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Tomo II, 4a Edição, Malheiros Editores, São Paulo, página 729.

²⁰ Pinheiro Carneiro, Paulo Cezar. *Acesso à justiça. Juizados Especiais e Ação Civil Pública*. Editora Forense, 2a Edição, 2000, página 48.

dicional. Se existe uma técnica normativa que confere ao Judiciário a adequação imantada da norma ao caso concreto, a atividade jurisdicional não pode se furtar a essa incumbência.

5.2. Motivação das decisões judiciais

Princípio geral de Direito Processual, a motivação das decisões judiciais está consagrada na Constituição da República, art. 93, inciso IX. A fundamentação das decisões judiciais é impingida por nosso arcabouço jurídico tendo por escopo salvaguardar o interesse das partes, além de contribuir sobremaneira para satisfação do interesse público.

Encarando-se cada atividade estatal como uma pequena contribuição para a efetividade do Estado Democrático de Direito, a motivação das decisões judiciais deve ser concebida como elemento integrador da função jurisdicional aos jurisdicionados. Num contexto de democracia processual e do *due process of law* devemos assegurar a todos os jurisdicionados a possibilidade de influir eficazmente em todas as decisões que possam acarretar-lhes invasão em suas esferas de interesses.

A participação democrática no processo de todos os jurisdicionados interessados no deslinde da demanda é completamente preponderante na aplicação de um processo justo, capaz de propiciar a segurança dos direitos fundamentais do homem. A motivação age como instrumento de controle das decisões judiciais, e concede aos jurisdicionados a possibilidade do exercício do democrático direito de manifestação. Convém destacar que a exaustiva fundamentação dos provimentos jurisdicionais traz solidez aos julgados, visto que todos os interessados podem expor suas opiniões, e assim os magistrados adquirem legitimidade para revelar o direito.

Como a Constituição da República Federativa do Brasil é fundada justamente no nexa entre soberania popular e direitos humanos, não mais devemos assistir inertes à prolação de decisões que por sua frágil fundamentação, não podem ser questionadas. O Juiz Deus morreu, deixando aberto o espaço para o aparecimento do Juiz cidadão, sempre atento aos reais anseios populares e consciente de sua responsabilidade social.

Especialmente com a propagação da idéia de república contestadora e não consensual conseguiremos dar eficácia às normas constitucionais abertas asseguradoras de direitos fundamentais, apaziguando as claras e enormes desigualdades em nossa sociedade. Mas para que haja este engajamento, é preciso que compreendamos os atos estatais, nos propiciando oportunidade de eficazmente contestá-los. Os atos do Estado não devem se impor pela força, mas pelo convencimento e por sua congruência com o ordenamento jurídico vigente. O Poder Judiciário se legitima quando a sua decisão convence a sociedade, sendo certo, que para que isso ocorra, os interessados devem tomar pleno conhecimento dos seus fundamentos.

A ética habermasiana deliberativa²¹, que preconiza o diálogo humano como única forma de pacificação social, valendo-se da teoria do melhor argumento, deve ser amplamente aplicada no desenrolar das relações processuais, com vistas à obtenção de legitimidade dos provimentos jurisdicionais. Adotando a concepção de nexos internos entre soberania popular, direitos humanos e intersubjetivismo das relações sociais, o processo tende a se humanizar e servir como instrumento respeitado, e não meramente imposto, para a aplicação da vontade legal ao caso concreto.

Definitivamente, uma decisão que não admite Recurso Extraordinário por inexistência de violação direta à Constituição carece de qualquer tipo de motivação aceitável dentro do Estado Democrático de Direito. Mostra-se essa justificativa completamente fora do sistema e desprovida de legitimidade, causando insegurança aos jurisdicionados.

6. ANACRONISMO DO SISTEMA RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE DE ESTABELECIMENTO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES DE PARÂMETROS PARA PREENCHIMENTO DA VAGUEZA NORMATIVA

A indeterminação de uma conceituação normativa costuma, com freqüência, ser apontada como uma incorreção legal. Contu-

²¹ Habermas, Jürgen. “Sobre a legitimação sobre os direitos humanos” in *Direito e Legitimidade*, obra organizada por Jean Christophe Merl e Luiz Moreira, São Paulo, Landy Livraria Editora, 2003, páginas 74-81.

do, certamente se atinge maior perfeição e aderência com normas abertas do que com normas puramente preceituais, já que essas não são atualizáveis com o tempo.

Com a habitual maestria Teresa Arruda Alvim Wambier²², abordando a esquizofrênica e anacrônica exigência de que somente uma ofensa direta seria apta a ensejar o manejo de Recurso Extraordinário, afirmou: “Dizemos *na maioria das vezes* porque há casos em que o excesso de regras em torno da admissibilidade desses recursos leva a *contra-sensos*. Exemplo disso é a regra no sentido de que ao STF só cabe conhecer de “ofensa direta” à Constituição Federal. Isto significa dizer que, se para demonstrar que houve ofensa à Constituição Federal, a argumentação do recorrente tem necessariamente de passar pela lei ordinária (em que, v.g., se repete o princípio constante da Constituição Federal) é porque se estaria diante de ofensa indireta à Constituição Federal, que, por isso, não deveria ser examinada pela via do recurso extraordinário. Esta regra, em nosso entender, leva a um paradoxo: a Constituição Federal consagra certo princípio e se, pela sua relevância, a lei ordinária o repete, POR ISSO, o tribunal, cuja função é a de zelar pelo respeito a Constituição Federal, abdica de examinar a questão.”

Definitivamente, a interpretação ampliativa da norma de cabimento do Recurso Extraordinário para restringir suas hipóteses de incidência acarreta um sistema recursal anacrônico, que não permite que as normas constitucionais abertas sejam validadas em seu substrato fático de utilização efetiva e que não merece prosperar. Há de ser ressaltado que a incongruência sistêmica entre a Constituição aberta e a possibilidade de o jurisdicionado ter a sua pretensão de proteção através de princípios apreciada pelo STF torna a atividade desse órgão menos legítima e menos participativa na construção de um Estado verdadeiramente constitucional.

O Direito não deve ser justificado apenas pela técnica jurídica, mas pela disseminação do ideal do justo e de proteção dos mais frágeis em regime de equiparação social interna no Estado.

²² Wambier, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de Recursos de Estricto Direito e de Ação Rescisória*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2001, página 169.

A legitimidade do exercício da tutela jurisdicional deve ser o objetivo primordial do Poder Judiciário, buscando assim alicerçar o regime democrático.

Logo, o presente trabalho tem a pretensão de contribuir para que o Supremo Tribunal Federal possa corroborar com a formação de um sistema jurídico autopoietico e afinado com a realidade social vigente. A função do Supremo Tribunal Federal é zelar pela efetividade máxima das normas constitucionais, e não relegá-las ao campo da retórica, dissociado de qualquer relevância prática.

O instituto da Repercussão Geral (instrumento de freio de Recurso Extraordinário) poderia ser utilizado para viabilizar o conhecimento de determinadas questões constitucionais que não configurem uma afronta direta, possibilitando uma mais eficiente modulação do âmbito de incidência e aplicabilidade dessas normas principiológicas. 