

ISSN 1415-4951  
(versão impressa)

REVISTA

# EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - v. 13 - n. 49 - Janeiro/Fevereiro/Março de 2010



ISSN 1415-4951  
(versão impressa)

REVISTA DA

# EMERJ

v. 13 - n. 49 - 2010  
*Janeiro/Fevereiro/Março*

Rio de Janeiro

© 2010, EMERJ

## Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

### Conselho Editorial:

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

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 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.tjrj.jus.br](http://www.emerj.tjrj.jus.br) - [emerjpublicacoes@tjrj.jus.br](mailto:emerjpublicacoes@tjrj.jus.br)



# **Diretoria da EMERJ**

## **Diretor-Geral**

Des. Manoel Alberto Rebêlo dos Santos

## **Conselho Consultivo**

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

Des. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

## **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. Marcus Henrique Pinto Basílio

## **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**

## Uma Lição de Sabedoria e Honradez

Chega nossa apreciada Revista a seu 49º número, de cujas páginas é de se destacar, a par da sempre rica e utilíssima matéria de doutrina que contém, o pronunciamento de nosso querido e nunca assaz louvado (se me é permitido o lugar-comum) Desembargador Paulo Roberto Leite Ventura, feito quando da inauguração de seu retrato na Galeria dos Ex-Diretores da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Um pronunciamento marcado por emocionada gratidão e já colorido, desafortunadamente para os seus colegas e sobretudo para a Justiça, de um matiz de adeus, prenúncio de sua aposentadoria, apenas aceita, certamente, por ser imposta por lei. Que se há de fazer? A hora do adeus sempre chega, um dia, para todos e deveria constituir, por isso mesmo, uma advertência à vaidade. Mas de vaidade é que não se há de falar nem cogitar, quando se pronuncia, com a reverência devida, o nome de nosso estimadíssimo colega.

Repare-se, com efeito, que, além das cores de despedida que por seu pronunciamento se insinuam, o que nele mais se põe em relevo, em explícito e palpabilíssimo relevo, é a sua modéstia, a sua simplicidade de homem antes de tudo bom. Bom e justo. Pois não é que homem tão notável, de tantos predicados, de tanta sabedoria, de tanta dedicação à sua missão de juiz; granjeador, por sua conduta e sinceridade, da admiração da unanimidade de seus colegas e jurisdicionados, de advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público; de currículo tão invejável, em que se podem ler todas as letras de uma vida inteira de dedicação à causa do direito, da justiça e do magistério; não é que homem assim pontua todo o seu discurso com a autoindagação quanto ao porquê de merecer a honraria que lhe foi deferida?

Esta apresentação de nossa Revista pretende ser a resposta que na ocasião não lhe foi dada, apatetados que ficamos todos

ante tamanha e tão emocionada, sincera e elegante simplicidade. E não é fácil tal resposta, a exigir seguramente um extenso panegírico, tão extenso que não caberia nas páginas deste número nem de todos os números de nossa Revista.

De sorte que me vejo na contingência de curvar-me simplesmente à grandeza da tarefa e, reconhecendo-a superior a minhas humanas forças, dizer simplesmente serem do conhecimento geral as virtudes de tão grande homem, que certamente hauriu de seu pai, igualmente valoroso magistrado, as virtudes da serenidade, da ponderação e da sabedoria que nunca podem deixar de socorrer o juiz, no momento de fazer justiça. Esta, como ninguém, soube fazer e distribuir nosso ilustre homenageado, que, se quiser realmente saber por que lhe foi deferida a honraria, há de contentar-se com esta síntese: - Porque foi e é acima de tudo um homem. O homem de bem e de caráter que há de ser, antes de tudo, o grande juiz que igualmente foi.

Sua lição de sabedoria e honradez há de ficar tão imensa entre as paredes deste Tribunal, e particularmente desta Escola, que os que lhe sucederem hão de muito se esforçar para alcançarem sua estatura intelectual e moral.

Resta dizer-lhe um simples e igualmente comovido “muito obrigado”.

**Des. Manoel Alberto Rebêlo dos Santos**

*Diretor-Geral da EMERJ*

# Sumário

## **Pronunciamento do Des. Paulo Roberto Leite Ventura na Inauguração do seu retrato na Galeria dos ex-Diretores da EMERJ** **17**

**Paulo Roberto Leite Ventura**

*Desembargador do TJ/RJ.*

“Aqui eu vivi os melhores momentos da minha vida de magistrado. Aqui eu fiz amigos e solidifiquei amizades. Aqui eu convivi com funcionários leais, amigos e competentes. Aqui, juntos, contribuímos para a formação intelectual daqueles que buscaram no direito a esperança de um futuro promissor. Aqui, se me fosse permitido, ficaria para realizar aquilo que o tempo não me permitiu.”

## **Afirmção do Tribunal Pleno: A Redemocratização do Poder Judiciário Brasileiro** **21**

**Rogério de Oliveira Souza**

*Desembargador do TJ/RJ.*

1. A volta do Tribunal Pleno. 2. As atribuições do Tribunal Pleno. 3. A atuação do Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

## **Breves Apontamentos sobre a Reforma dos Crimes contra a Dignidade Sexual da Pessoa Humana** **29**

**Álvaro Mayrink da Costa**

*Desembargador (aposentado) do TJ/RJ.*

1. Introdução. 2. A liberdade sexual, entendida como uma das mais importantes expressões da liberdade humana, se constitui no direito de exercê-la. 3. A conduta sexual entre adultos, com pleno consentimento e em âmbito privado. 4. A Lei nº 11.106, de 28/3/2005, e a Lei 12.015, de 7/8/2009.

5. As alterações introduzidas pela Lei de 2009. Preservação do art. 226, com nova redação. 6. As majorantes trazidas pelo novo sistema. 7. A tipificação do “Estupro de vulnerável”. 8. O objeto jurídico da tutela é a liberdade sexual e a autodeterminação da pessoa humana. 9. Conjunção carnal é a cópula. 10. Duas qualificadoras criadas. 11. A Reforma de 2009 e a rubrica lateral de “Tráfico interno de pessoa” para o fim de exploração sexual.

## **Atualidades do Condomínio de Fato**

**Leandro Soares Lomeu**

*Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Campos - RJ. Professor de Direito Civil pela FADIVALE.*

1. Aspectos do Condomínio de fato e da Associação de moradores. 2. Rateio das cotas nos condomínios de fato. A jurisprudência dos Tribunais. 3. Considerações finais.

**51**

## **O Processo Civil Francês**

**Luiz Guilherme Marques**

*Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Juiz de Fora - MG.*

1. Introdução. 2. Noções Históricas. 3. Características do Processo Civil francês. 4. Processualistas Eméritos. 5. Conclusão.

**80**

## **As Concessionárias de Transporte Coletivo Terrestre e a Inobservância dos Princípios da Adequação, Eficiência e Continuidade do Serviço Público**

**Rodrigo José Meano Brito**

*Juiz de Direito do TJ/RJ*

1. A Ação coletiva, para a tutela de interesses individuais homogêneos. 2. O CDC e a concessionária de serviço público essencial de transporte coletivo terrestre. 3. Ineficiência na prestação do serviço. Violação dos termos

**140**

do contrato de concessão e dos princípios da adequação, eficiência e continuidade do serviço público.

## **I FONAVID - Retrospecto de um Seminário**

**145**

**Cristina Tereza Gaulia**

*Desembargadora do TJ/RJ. Presidente da COJEM.*

1. Relato sobre as principais ocorrências sobre o Seminário ocorrido entre 23 e 25 de novembro. 2. Presença da Ministra Nilcéa Freire e de várias personalidades empenhadas no combate à violência doméstica. 3. Questão não de “polícia”, mas de “política” no campo da educação, da saúde individual e coletiva, e da habitação. 4. O reconhecimento da especial vulnerabilidade da mulher vítima de violência doméstica. 5. Jurisdição mais adequada e capacitação dos magistrados brasileiros. 6. A participação da Magistrada Adriana Ramos de Mello, presidente da I FONAVID, bem como de Rogério Favreto, secretário de Reforma do Judiciário; Morgana Richa, do Conselho Nacional de Justiça; e da Procuradora Flávia Piovesan, do Estado de São Paulo. 7. A definição de violência contra a mulher pelo Conselho das Nações Unidas. 8. As críticas da Senadora Serys Silhessarenko ao anteprojeto de alteração do CPP e suas emendas no Senado. 9. Considerações expendidas pelo Promotor Marcelo Lessa Bastos e pela Juíza Andréa Pachá. 10. Controvérsias no tocante às medidas protetivas de urgência da Lei na palavra do Des. Geraldo Prado. 11. Manifestações do Doutor em Direito José Ricardo Ferreira Cunha, bem como a apresentação de controvérsias processuais da Lei nº 11.340/06 pelo Des. Alexandre Freitas Câmara e pelo Subprocurador Antonio José Campos Moreira. 12. A manifestação emocional de Maria da Penha Fernandes, sua guerra privada, suas dores, que são as de todas as mulheres, como donas de casa, operárias, ricas ou pobres, por toda parte nesse país.

## **Por um Código de Processo Coletivo em Portugal**

**Mario Frota**

*Diretor do CEDC - Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra.*

Introdução. I. De Jure Condendo: Unidade ou Pluralidade tipológica das acções. II. Do Código de Processo Coletivo. III - Das especialidades. 1. Generalidades. 2. A legitimatio ad causam. 3. Caso julgado. Em conclusão.

**155**

## **A Penologia do Estatuto de Roma e a Constituição**

**Felipe Machado Caldeira**

*Professor de Direito Penal e Processual Penal da EMERJ. Especialista em Direito Penal Econômico pelas Universidades de Coimbra (Portugal), Castilla-La Mancha (Espanha) e Milão (Itália).*

Introdução. 1. Direito Penal Internacional. 2. Da Ordem Jurídica. Direito Internacional e Direito Interno Constitucional. 3. Sistema da Pena do Estatuto de Roma e a Constituição da República Federativa de 1988. 3.1. A prisão perpétua e o princípio da humanidade. 3.2. A aplicação da pena e o princípio da legalidade. 3.3. A determinação da pena e o princípio da individualização da pena. 3.4. A imprescritibilidade e os princípios do Estado Democrático de Direito e da segurança e estabilidade das relações jurídicas. Conclusões.

**198**

## **A Possibilidade Jurídica de Exclusão do Condômino Antissocial**

**Martinho Neves Miranda**

*Advogado e Procurador do Município do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela UNESA. Professor da Universidade Candido Mendes, da ESA/ SP, da FEMAR e da ABADI.*

**211**

1. Introdução e formulação do problema; 2. A inserção do condomínio no contexto jurídico atual; 3. A visão holística do ordenamento e as regras do Código Civil que regulam a situação do condômino antissocial; 4. Argumentos eventualmente oponíveis à tese da exclusão; 5. A aplicação do Direito Civil-Constitucional in concreto e a permissibilidade de exclusão do condômino antissocial.

## **A Religião entre a Pessoa Humana e o Estado de Direito**

**228**

**Emerson Garcia**

*Membro do Ministério Público - RJ. Doutorando e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa.*

1. Delimitação do plano de estudo. 2. Liberdade de consciência e de crença. 2.1. A proteção da liberdade de crença e convicção. 2.2. Liberdade de crença e tratamento médico. 2.3. Objeção de consciência ao serviço militar. 3. As relações entre Estado e religião. 3.1. Liberdade de crença e laicidade do Estado. 3.2. A imunidade tributária dos templos de qualquer culto. 3.3. O ensino religioso nas escolas públicas. 3.4. A assistência religiosa nas entidades de internação coletiva. Conclusões.

## **Breves Reflexões sobre a Prisão Preventiva nos Crimes de Violência Doméstica e a Possibilidade de Utilização de Medidas de Apoio para Dar Efetividade às Medidas Protetivas de Urgência**

**252**

**Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva**

*Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro*

1. Introdução. 2. Das inovações legislativas instituídas pela Lei Maria da Penha. 3. Da subsidiariedade da custó-

dia cautelar na Lei Maria da penha. Da escada de gravidade das medidas protetivas como reflexo da presunção de inocência e da proibição de excesso. 4. Da homogeneidade entre o *carcer ad custodiam* e a pena ao final aplicada. 5. Da utilização de *astreintes* como degrau alternativo na escada de gravidade das medidas protetivas de urgência. 6. Conclusão.

## **Dano Moral Reflexo: A Legitimação frente ao Cenário Constitucional**

**276**

**Rosana Batista Rabello Brisolla Diuana**

*Advogada. Pós-graduada em Direito Privado pela UFF e em Direito Público e Privado pela EMERJ.*

I - Introdução. II - Dano moral reflexo. 2.1) Dano moral: contextualização até o dano moral reflexo. 2.2) Legitimidade para pleitear dano moral reflexo, indireto ou ricochete. III - Conclusão.

## **O Valor Mínimo da Indenização Cível Fixado na Sentença Condenatória Penal: Notas sobre o Novo Art. 387, IV do CPP**

**302**

**Antonio do Passo Cabral**

*Procurador da República. Professor de Teoria Geral do Processo e Processo Civil da UERJ. Mestre em Direito Público pela UERJ. Doutorando em Direito Processual pela UERJ e pela Ludwig-Maximilians Universität (Munique, Alemanha).*

1. Introdução. Incidência múltipla e sistemas de interferência entre as jurisdições civil e penal. 2. Objetivo da reforma. Celeridade. Alteração do papel da vítima no processo penal brasileiro. 3. A quantificação do dano como poder-dever do juiz, condicionado à existência de elementos probatórios suficientes. 4. Desnecessidade de requerimento. Ampliação legal da cognição. Ausência de

violação ao sistema acusatório ou à correlação entre acusação e sentença. 5. A proteção ao devido processo legal: valor mínimo e restrição da coisa julgada. 6. Necessária observância do contraditório. 7. Interesse recursal na apelação. 8. Fixação em capítulo próprio da sentença. Critérios para a fixação do valor. 8.1. Fixação nas hipóteses de coautoria. A diferença das responsabilidades civil e penal. 8.2. Crimes em que o sujeito passivo é o Estado. A execução fiscal e o conceito de dívida ativa não tributária. 8.3. A questão dos danos morais. 9. A questão dos limites subjetivos da coisa julgada. 10. Conclusão.



**EMERJ**

# Colaboraram neste Número

Álvaro Mayrink da Costa, 29  
Antonio do Passo Cabral, 302  
Cristina Tereza Gaulia, 145  
Diogo Esteves, 252  
Emerson Garcia, 228  
Felipe Machado Caldeira, 198  
Franklyn Roger Alves Silva, 252  
Leandro Soares Lomeu, 51  
Luiz Guilherme Marques, 80  
Mário Frota, 155  
Martinho Neves Miranda, 211  
Paulo Roberto Leite Ventura, 17  
Rodrigo José Meano Brito, 140  
Rogerio de Oliveira Souza, 21  
Rosana Batista Rabello Brisolla Diuana, 276



**EMERJ**

# Pronunciamento do Des. Paulo Roberto Leite Ventura na Inauguração do seu Retrato na Galeria dos ex-Diretores da EMERJ\*

Aqui eu vivi os melhores momentos da minha vida de magistrado.  
Aqui eu fiz amigos e solidifiquei amizades.  
Aqui eu convivi com funcionários leais, amigos e competentes.  
Aqui, juntos, contribuímos para a formação intelectual daqueles que buscaram no direito a esperança de um futuro promissor.  
Aqui, se me fosse permitido, ficaria para realizar aquilo que o tempo não me permitiu.

Tocado no mais profundo da minha sensibilidade, logo perguntei a mim mesmo a razão pela qual seria eu merecedor de tamanha honraria para ver o meu retrato inserido na Galeria dos ex-Diretores da EMERJ, ao lado de homens honrados e ilustres que por aqui passaram dignificando as tradições da nossa querida Escola.

Conhecendo-me o suficiente para identificar as minhas inúmeras limitações a ponto de me situar no plano de horizontalidade até sem expressão relevante, logo concluí não ser merecedor desta homenagem tão significativa, que deveria ser dispensada àquelas pessoas que se destacassem, por seu talento, cultura expressiva e espírito público na constelação social em que vivem,

---

\*Solenidade realizada no dia 30/11/2009.

sobretudo neste momento histórico em que vivemos, atravessando a mais gritante crise de ética e moral. Época da celebração da impunidade.

Mas, apesar desta ponderação, voltei a me perguntar: Por que dirigida a mim esta homenagem?

Numa retrospectiva da minha vida de homem público, não encontrei aqueles predicados que dariam suporte à outorga desta honraria, pois afinal, modestamente, nestes 37 anos de magistratura, já às vésperas da minha aposentadoria, a única coisa de extraordinário que fiz foi procurar guardar uma fé inabalável na Justiça do meu Estado, vivendo e pregando, todo dia e o dia todo, a verdadeira religião com que celebrei a mais pura e mais profunda ética do magistrado. Nos momentos mais difíceis procurei sempre ser sereno na distribuição da Justiça, porque não obstante imparcial, jamais me mantive neutro, na medida em que queria dar a cada um o que era seu. Quem sabe se por este meu proceder estaria a razão desta homenagem. Mas isto é muito pouco, por ser dever maior de todo magistrado assim se conduzir.

Então pensei mais. Quem sabe hoje estou sendo homenageado porque jamais esqueci a lição de Calamandrei, quando advertiu que “para encontrar a Justiça, é preciso ser-lhe fiel”.

Será porque sempre fui fiel à Justiça, sempre a encontrei?

E mais, será porque a ela me submeti primeiro soube submeter todos aqueles que julguei? Será porque submetendo todos a ela, sempre fui assíduo ao Pretório, dispensando atenção aos que me foram submetidos para julgar? Será que por tudo isto sou merecedor desta homenagem? Ora, isto era ou não era o meu dever como magistrado?

Pensei mais. Será que hoje me homenageiam, com a inauguração do meu retrato nesta galeria, por mera amabilidade do querido colega Manoel Alberto, hoje Diretor-Geral da EMERJ? Será porque nos dias de hoje, uma aura de heroísmo envolve a figura do magistrado, cujo desassombro é ressaltado nos instantes de crispação histórica, em que encarna os mais vibrantes anseios do povo, que nele identifica claramente o seu campeão e a ele confia as derradeiras esperanças dos perseguidos e injustiçados? Será

porque o magistrado de hoje é aquele que rompe a multidão aflita e contemplativa e, com coragem e independência, enxuga o rosto do irmão, molhado de suor e sangue, que tem sede e fome de justiça? Mas a todos indago: não é desta forma que o magistrado deve atuar?

Mas não é só por isso. Penso que esta homenagem transcende a figura apagada do homenageado, um velho magistrado que começa a se preparar para deixar a função. Penso que esta homenagem tem um alcance maior e mais longe. Penso que se projeta para estimular o juiz novo para o novo direito, com um novo papel social e político mais ativo, pois o tempo atual não mais está a tolerar que o Juiz seja um mero “devoto dos códigos”, legalista formal ou “escravo da lei”.

Compreendo esta homenagem como uma mensagem de estímulo, na medida em que adverte que, mais do que o domínio das técnicas jurídicas, o juiz de hoje e de amanhã precisa ter consciência de que ele concretiza ou sepulta valores. A homenagem deixa claro que o Juiz é o guardião das promessas do constituinte. E o implementador de tudo aquilo que o povo, mediante seus representantes, quis que a justiça propiciasse à nação. E esta tem sido a função primordial desta Escola que forma e aperfeiçoa magistrados.

Depois de muito meditar e refletir entendi a verdadeira razão desta homenagem, episodicamente a mim deferida.

Concluí que esta homenagem é direcionada, também, a todos os Juízes Fluminenses, e só assim eu a recebo, por ser exatamente o Juiz o remédio contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar satisfatoriamente a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram.

Aqui deixo o meu apelo sincero. Vocês todos são testemunhas vivas da história desta Escola, por isso, quando a posteridade, sempre curiosa, um dia perguntar, consultando os anais da nossa Escola, de tanta tradição, quem foi esse Desembargador PAULO VENTURA, querendo conhecer sua vida, obra, lutas e milagres, desde já fica informada de que, seja lá quem tiver sido, foi ele apenas um magistrado humilde, que por aqui passou uma única

vez e procurou em sua caminhada fazer todo o bem, sem adia-lo nem negligenciá-lo; pregando sempre a justiça e a bondade, foi tolerante o quanto podia tolerar, transigente naquilo que podia transigir. Homem radicalmente contrário à violência, por saber que contra esta se ergue a consciência. Amou o direito como alta expressão do bem e, a Pátria, que é a sublimação do belo. Respeitou o seu próximo, compreendeu aqueles que erraram, decidiu sempre com coragem, foi fiel aos textos legais, orgulhava-se de seus colegas e amou muito a sua família, esposa, filhos, genro, nora e netos. Amou a humanidade inteira, serviu a justiça com devotamento, porque por vocação foi sempre e apenas um Juiz.

A todos os amigos da EMERJ que aqui compareceram e que compartilharam comigo tantos momentos de reflexões, aos quais sempre procurei saber ouvir, recebam o meu afetuoso abraço, com a certeza da minha amizade, e a minha imensa saudade.

Concluo deixando no ar uma reflexão motivadora, para que prossigamos olhando sempre para a frente, cada um de nós no seu caminho, ainda que percalços surjam na caminhada, sempre firmes na busca por uma ética centrada na humanidade, este notável poema de Fernando Pessoa, quando escreveu:

*“Para ser grande, sê inteiro,  
Nada teu exagera ou exclui,  
Sê todo em cada coisa.  
Põe e quanto és no mínimo que fazes.  
Assim, em cada lago a lua toda brilha,  
Porque alta vive.”*

Muito obrigado. 📄

# Afirmação do Tribunal Pleno: A Redemocratização do Poder Judiciário Brasileiro

Rogério de Oliveira Souza  
*Desembargador do TJ/RJ.*

## 1. A VOLTA DO TRIBUNAL PLENO

A Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, trouxe profundas modificações constitucionais na organização do Poder Judiciário Brasileiro, reintroduzindo na estrutura político-administrativa dos Tribunais, o Tribunal Pleno, cujas atribuições haviam sido suprimidas com a LOMAN, editada após o “Pacote de Abril” (Lei Complementar 35, de 14.03.1979).

Dispõe a atual redação do inciso XI do artigo 93 da Constituição Federal que *“nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade, por eleição pelo tribunal pleno”*.

A norma trata de duas matérias relevantes: a volta do Tribunal Pleno como instância política e administrativa máxima do Tribunal e a composição do órgão especial através de eleição de metade de seus membros pelo Tribunal Pleno.

A mudança de parâmetro foi completa, porquanto, com a Lei Complementar 34/79, o Tribunal Pleno deixou de exercer qualquer função política ou administrativa relevante, porque a constituição do órgão especial teve como objetivo justamente retirar do tri-

bunal pleno tais atribuições. O órgão especial era um verdadeiro “representante” do Tribunal Pleno.

A partir da Emenda Constitucional 45/2004, o órgão especial voltou a ser mero órgão delegatário do Tribunal Pleno, desincumbindo-se das atribuições que lhe forem expressamente delegadas pelo conjunto dos desembargadores ou ministros que integram o próprio Tribunal, reunidos como Pleno do Tribunal. Não mais pode vingar a tese de que o órgão especial é “representante” ou “projeção” do Tribunal Pleno, pois o constituinte expressamente o designou como órgão delegatário.

A emenda constitucional tem alcance tão profundo que, ao contrário da redação anterior, deixou ao alvedrio dos próprios tribunais, decidir quanto à conveniência e oportunidade da própria delegação das atribuições do Tribunal Pleno para órgão de instância inferior, realçando a mera faculdade para tanto. A cogência anterior (“será constituído”) contrasta frontalmente com a redação atual (“poderá ser constituído”), revelando a opção democrática da Constituição.

A leitura histórica do dispositivo constitucional fecha um círculo em favor de uma maior democracia e democratização interna nos Tribunais de todo o País, pondo de lado mais um resquício da cultura autoritária e centralizadora da política de poder no Brasil.

A Lei Complementar 35/79 adotou uma opção nitidamente concentradora de poder, na medida em que fez repousar sobre uma pequena parcela gerontocrática integrante de cada tribunal (na época nomeada pelo próprio chefe do Poder Executivo local), todas as grandes decisões políticas e administrativas, com repercussões no próprio Estado, mas também mantendo a própria carreira sob o controle absoluto de uma pequena parcela dos “mais velhos” do Tribunal.

Com a modificação de parâmetro institucional, todo o poder político e administrativo volta ao seu berço original, o Tribunal Pleno, e caberá a este, como instância máxima do Tribunal, decidir pela constituição de órgão especial para tratar das matérias que entender por bem delegar, sem se despojar do poder revocatório que lhe é imanente.

## 2. AS ATRIBUIÇÕES DO TRIBUNAL PLENO

O inciso XI do artigo 93 faz referência ao “*exercício das atribuições, administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do Tribunal Pleno*”. Colhe-se da própria Constituição Federal quais seriam estas atribuições, as quais, para efeito concreto, podem ser divididas em políticas, administrativas e jurisdicionais.

O artigo 96 diz que “*compete privativamente aos tribunais*” diversas atribuições, elencando, dentre outras, “*eleger seus órgãos diretivos*”, “*elaborar seus regimentos internos*”, “*organizar suas secretarias*”, “*prover os cargos de juiz e de servidores*”, “*conceder licenças, férias*” etc., salientando o artigo 97, em conjunto com o art. 125, § 2º, o *quorum* mínimo para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

É evidente que a atribuição política de eleger seus órgãos diretivos é de fundamental importância e deve ser elencada dentre aquela mais relevante para o Tribunal Pleno.

A elaboração do Regimento Interno também se apresenta como atribuição mista (política e administrativa), mas com repercussões em toda a organização do Tribunal e da própria Justiça do Estado membro.

Todas essas atribuições, independente de sua natureza e de sua complexidade, são imanescentes ao Tribunal Pleno como instância máxima de cada tribunal, podendo ou não ser delegadas (de novo) ao órgão especial que eventualmente existir ou vier a ser criado.

A indicação do chamado “Quinto Constitucional”, das vagas existentes nos tribunais para serem providas por integrantes do Ministério Público ou relacionadas pela Ordem dos Advogados do Brasil, também é atribuição que toca diretamente ao poder decisorio do Tribunal Pleno, podendo ou não ser delegada em favor de parcela do tribunal correspondente.

A relevância da delegação reside, justamente, na definição, pela maioria dos integrantes do tribunal (e não mais por uma pequena parcela dos mais antigos) das matérias que deverão ser atribuídas, por ato do Tribunal Pleno (resolução), ao órgão especial. Depois da Emenda Constitucional 45/2004, o Tribunal Pleno reasumiu, de pronto e incondicionalmente, todas as atribuições do

tribunal que antes estavam afetas apenas ao órgão especial desde a Lei Complementar 35/79.

A reassunção da totalidade das atribuições (políticas, administrativas ou jurisdicionais) independe de ato positivo do Tribunal Pleno ou de ato negativo do órgão especial (no sentido de abdicar de suas anteriores atribuições), pois decorre do poder normativo do dispositivo constitucional, que tem eficácia plena e imediata. Eventual silêncio ou omissão de sua parte não significa que o Pleno resolveu, tacitamente, delegar suas atribuições ao órgão especial, “deixando tudo como estava antes”, pois a delegação há de ser explícita. Nos tribunais que mantinham órgão especial quando da vigência da Emenda Constitucional 45/2004 (art. 10: na data de sua publicação, que ocorreu em 31.12.2004), o órgão especial continuará exercendo suas anteriores atribuições sem solução de continuidade (inclusive para se evitar ausência de jurisdição), mas sempre sujeito à resolução do Tribunal Pleno quanto aos seus reais limites. Apenas a conformidade da maioria dos integrantes de determinado tribunal poderá ensejar a permanência da situação política e administrativa anterior, compreensível segundo nossa ancestral cultura política, mas sem vincular qualquer decisão futura do Pleno quanto à matéria constitucional da delegação.

É de se observar que a natureza da atuação do Tribunal Pleno deve se concentrar prioritariamente para as atribuições de natureza política, sem pretender assumir tarefas do dia a dia administrativo do Poder Judiciário Estadual, eis que inviável para se operar em grandes assembleias. O órgão especial deverá continuar a exercer as atribuições jurisdicionais e administrativas mais corriqueiras e, salvo se houver intervenção específica do Tribunal Pleno, sem qualquer interferência de sua parte.

As atribuições de natureza jurisdicional se revelam mais complexas para serem assumidas integral ou parcialmente pelo Tribunal Pleno. Qualquer julgamento jurisdicional é atividade que demanda tempo e análise de fatos e de provas, devendo ser atendido o imperativo constitucional da fundamentação das decisões

judiciais (CF, 93, IX e X). Em tribunais compostos por muitos membros, a atuação do Tribunal Pleno como órgão julgador não está afastada ou proibida pela Emenda Constitucional 45/2004, mas deverá ser estudada com cuidado, a fim de preservar os princípios do devido processo legal. É de se considerar, inclusive, a real possibilidade de se instalar o “plenário virtual”, servindo-se dos meios tecnológicos cibernéticos hoje disponíveis.

Quando as atribuições políticas (eleição dos órgãos diretivos, indicação de seus membros, elaboração do regimento interno, composição de outros tribunais etc.) são retiradas do órgão especial, o Tribunal Pleno, através da atuação da maioria dos membros do tribunal, volta a decidir os destinos do Poder Judiciário do Estado-membro.

### **3. A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL PLENO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Em 2008, os desembargadores do Tribunal de Justiça resolveram concretizar o comando constitucional, tornando explícitas as atribuições que estavam delegando para o órgão especial e aquelas que estavam chamando para o Tribunal Pleno. A técnica adotada foi de exclusão, ou seja, o que não está ungido ao Tribunal Pleno está delegado, até nova deliberação, ao órgão especial.

Sob esse entendimento, o Tribunal Pleno, em convocação feita pelo Presidente do Tribunal, realizou sessão plenária no dia 04.12.2008, tendo como objeto a alteração do regimento interno do Tribunal para o fim de retirar do órgão especial a atribuição política de compor as listras tríplexes para preenchimento das vagas reservadas ao Ministério Público e aos Advogados, além de eleger o Diretor da Escola da Magistratura do Estado (Resolução TP 01, de 04.12.2008)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Publicado no Diário Oficial de 12.12.2008.

Considerando que a *Constituição Federal de 1988* inaugurou um novo Estado Democrático de Direito, elegendo, dentre seus Direitos Fundamentais, a cidadania (art.1º,II); Considerando que a *Emenda Constitucional 45*, de 08.12.2004, instituiu mecanismos que visam à democratização interna do Poder Judiciário;

Em 2009, o Tribunal Pleno, mais uma vez, afirmou sua supremacia dentro da estrutura do Tribunal, aprovando, por aclamação, em sessão realizada no dia 27.04.2009, nova alteração no regimento interno, com o escopo de fazer a indicação dos membros do Tribunal de Justiça (Desembargadores e Juízes, titulares

**Considerando** que os Tribunais de Justiça poderão constituir Órgão Especial para o exercício de atribuições administrativas e jurisdicionais (CF, 93, XI);

**Considerando**, especialmente, que o Órgão Especial é órgão delegatário do Tribunal Pleno e somente poderá exercer as atribuições administrativas e jurisdicionais expressamente delegadas por ele (CF, 93, XI);

**Considerando**, ainda, que compete ao Tribunal de Justiça, através de seu Tribunal Pleno, elaborar o seu Regimento Interno (CF, 96 I, “a” e CE, 158, I, “b”);

**Considerando**, por fim, que o Tribunal Pleno, Órgão Máximo do Tribunal de Justiça, pode autoconvocar-se para tratar de assunto de interesse institucional do Poder Judiciário.

**R E S O L V E:**

**Art. 1º.** O art. 2º do Regimento Interno passará a ter a seguinte redação:

*“Art. 2º - Ao Tribunal Pleno, integrado por 180 (cento e oitenta) Desembargadores, compete eleger o Presidente, o Corregedor-Geral de Justiça, os 03 (três) Vice-Presidentes, o Diretor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e escolher os candidatos ao Quinto Constitucional do Ministério Público e da Advocacia que integrarão a lista triplíce.”*

**Art. 2º** - O art. 10 do Regimento Interno passa a vigorar acrescido dos §§ 5º e 6º, com a seguinte redação:

**Art. 10**

§ 5º - *Os nomes dos candidatos ao Quinto Constitucional serão submetidos a escrutínio, sendo indicados para compor a Lista Tríplíce aqueles que obtiveram o maior número de votos. Cada desembargador votará em três nomes.*

§ 6º - Para Diretor da EMERJ será considerado eleito o candidato que obtiver a maioria dos votos dos presentes.

**Art. 3º**

V - elaborar o Regimento Interno, emendá-lo e resolver dúvidas relativas à sua interpretação e execução, ressalvada a competência do Tribunal Pleno.

**Art. 4º** - A Secretaria do Órgão Especial também funcionará como Secretaria do Tribunal Pleno, sempre que se reunir, em sessão ordinária ou extraordinária, cabendo-lhe adotar as medidas para o seu regular funcionamento.

**Art. 5º** - O Tribunal Pleno será convocado pelo Presidente do Tribunal ou mediante autoconvocação para deliberação de assunto institucional do Poder Judiciário.

§ 1º A autoconvocação deverá ser subscrita pela maioria absoluta dos integrantes do Tribunal Pleno;

§ 2º O Presidente do Tribunal terá até 30 dias para designar a data da reunião plenária;

§ 3º A pauta especificará a matéria a ser deliberada.

**Art. 6º.** As deliberações do Tribunal Pleno serão tomadas mediante *quorum* qualificado, isto é, metade mais um do número de cargos de Desembargadores existentes.

Rio de Janeiro, 04 de dezembro de 2008.

DESEMBARGADOR MURTA RIBEIRO

PRESIDENTE

e suplentes) que compõem o Tribunal Regional Eleitoral do Estado (Resolução TP 01, de 27.04.2009)<sup>2</sup>.

Ambas as resoluções deram voz ativa e concreta ao dispositivo constitucional, trazendo de volta para a maioria dos integrantes do Tribunal de Justiça as decisões que afetam a vida profissional de todos, com repercussões na sociedade junto à qual atuam.

<sup>2</sup> Publicado no Diário Oficial de 28.04.2009.

RESOLUÇÃO Nº 01/2009

O TRIBUNAL PLENO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, no uso de suas atribuições legais e regimentais, e tendo em vista o que foi decidido na sessão do dia 27 de abril de 2009 (Processo nº 2009-098315),

CONSIDERANDO que a *Constituição Federal de 1988* inaugurou um novo Estado Democrático de Direito, elegendo, dentre seus Direitos Fundamentais, a cidadania (art. 1º, II);

CONSIDERANDO que a Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, instituiu mecanismos que visam à democratização interna do Poder Judiciário;

CONSIDERANDO que a democratização interna do Poder Judiciário implica na participação do Tribunal Pleno nas decisões políticas do Tribunal de Justiça;

CONSIDERANDO que o Tribunal de Justiça elege 4 (quatro) membros do Tribunal Regional Eleitoral, sendo 2 (dois) Desembargadores e 2 (dois) Juizes de Direito (CF, 120, I, “a” e “b”), além de elaborar a lista tríplice de advogados que também integrarão o TRE;

CONSIDERANDO que a composição do Tribunal Regional Eleitoral é política em sua essência e, por isso, deve ser decidida pelo Tribunal Pleno em atenção ao princípio da participação democrática;

R E S O L V E:

Art. 1º - O Tribunal Pleno será convocado para proceder à eleição de 2 (dois) Desembargadores e de 2 (dois) Juizes de Direito para comporem o Tribunal Regional Eleitoral, bem como de seus suplentes.

Parágrafo único - Serão considerados eleitos os candidatos mais votados, procedendo-se à eleição dos suplentes em escrutínio separado.

Art. 2º - O Tribunal Pleno também será convocado para elaborar a Lista Tríplice de Advogados para nomeação pelo Presidente da República (CF, 120, III), sendo indicados os mais votados para integrarem a lista.

Art. 3º - O art. 2º do Regimento Interno passará a ter a seguinte redação:

“Art. 2º - Ao Tribunal Pleno, integrado por 180 (cento e oitenta) Desembargadores, compete:

I - eleger o Presidente, o Corregedor-Geral de Justiça, os 03 (três) Vice-Presidentes;

II - eleger o Diretor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro;

III - escolher os candidatos ao Quinto Constitucional do Ministério Público e da Advocacia que integrarão a lista tríplice;

IV - eleger 2 (dois) Desembargadores e 2 (dois) Juizes de Direito para integrarem o Tribunal Regional Eleitoral (TRE) e seus respectivos suplentes;

V - elaborar a lista tríplice de advogados para nomeação pelo Presidente da República para comporem o Tribunal Regional Eleitoral.”

Art. 4º - Fica revogada a alínea “b” do inciso VIII do art. 3º do Regimento Interno.

Art. 5º - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 27 de abril de 2009.

(a) Desembargador LUIZ ZVEITER

Presidente do Tribunal de Justiça

Ao que tudo indica, a democracia realmente chegou ao Tribunal de Justiça, mas muito há o que avançar, considerando que os juízes de 1º grau, enquanto agentes políticos, ainda se encontram completamente alijados de toda e qualquer interferência no processo político de sua própria casa. 📄

# Breves Apontamentos sobre a Reforma dos Crimes contra a Dignidade Sexual da Pessoa Humana\*

Álvaro Mayrink da Costa

*Desembargador (aposentado) do TJ/RJ.  
Professor da Escola da Magistratura e Presidente do Fórum Permanente de Execução Penal (EMERJ).*

1. A liberdade é um poder de autodeterminação, em razão do qual a pessoa humana escolhe por si própria seu comportamento pessoal. A *liberdade sexual*, entendida como uma de suas mais importantes expressões, referida ao exercício da sua própria sexualidade, se constitui no direito de exercê-la em liberdade.

2. Note-se que se cogita de um valor intrinsecamente individual desconectado de fundamentos ético-sociais ou de sentimentos gerais de moralidade sexual.

3. A conduta sexual entre *adultos* é garantida desde que realizada entre *adultos* com pleno consentimento e sua realização ocorra no âmbito privado.

4. Nos tempos atuais, diante de uma função exclusiva de tutela subsidiária dos bens jurídicos, deixa de estar legitimada a

---

\*Palestra proferida no seminário *A Nova Lei do Mandado de Segurança e a Nova Lei dos Crimes Sexuais*, sobre “Crimes contra a Dignidade Sexual”, para Juizes na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em 13.11.2009.

intervenção penal para a tutela moral com a transformação plena dos costumes no âmbito da sexualidade, que é deslocada para a proteção da pessoa humana e garantida a sua liberdade de atuar no Estado de Direito, democrático, laico e pluralista.<sup>1</sup>

5. É uma longa trajetória para que se compreenda a liberdade sexual como um bem jurídico individual não iluminado por bens jurídicos supraindividuais da macrosociedade ou do Estado.

6. Embora o anteprojeto de 1999 já registrasse a *liberdade* sexual como uma das manifestações de *liberdade humana* no âmbito do exercício da própria sexualidade, e, de outro modo, da disposição do próprio corpo, a Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005 (*Reforma de 2005*), de caráter pontual, com acertada opção político-criminal discriminatória, continuava a tutelar a liberdade sexual, a moralidade pública, os bons costumes e o pudor público, mantendo o título “Dos Crimes contra os Costumes”, perdendo a oportunidade de separar os tipos de *injusto contra a liberdade sexual* praticados por adultos sem a sua consensualidade com os praticados contra menores, bem como os contra a dignidade da pessoa humana.<sup>2</sup> A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 (*Reforma de 2009*), sob o título “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”, repagina corretamente a moldura abstrata penal, sem perder o desenho normativo anterior, sob o *nomen iuris* de estupro, e atende aos reclamos doutrinários e em adequação aos diplomas penais contemporâneos, fazendo mais do que uma mera fusão dos textos anteriores sob as rubricas laterais de estupro e atentado violento

---

<sup>1</sup>Neste sentido: Francisco Muños Conde, *Derecho Penal*, Parte Especial, 11ª ed., Valência, *tirant lo blanch*, 1996, 175-181, e Jorge Figueiredo Dias, “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Coimbra, 1999, I, 441-443.

<sup>2</sup>O *Código Penal português* (1995) trata “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual” (arts. 163 a 179); o *Código Penal espanhol* (1995) cuida dos “Delitos contra a liberdade sexual” (arts. 178 a 194); o *Código Penal argentino* (Lei no 25.087/99) mudou a rubrica para “Delitos contra a integridade sexual”; o *Código Penal alemão* (1998) diz “Fatos puníveis contra a autodeterminação sexual (§§ 174 1 184c) e o *Código Penal francês* trata na seção “Das agressões sexuais” (arts. 222-22 a 222-23) e no dos “Delitos contra a dignidade e a liberdade das pessoas, do proxenetismo e infrações análogas”.

ao pudor, vencendo intermináveis discussões pretorianas em relação ao cúmulo real e ao reconhecimento do crime continuado, o que condizia com respostas penais violadoras do princípio da proporcionalidade.

7. Assim, sob a regência reitora do verbo “constranger”, se criminaliza na mesma esfera de âmbito quem, mediante violência ou grave ameaça, na primeira modalidade, “a ter conjunção carnal” (*introductio penis intra vas*) e, na segunda, “praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. Não mais se questiona se o sujeito passivo é homem ou mulher.<sup>3</sup> Na direção do escopo da *Reforma de 2009*, são criadas duas qualificadoras: a) se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze); b) se da conduta resulta morte.

8. A *Reforma de 2009*, em breves linhas gerais, atendendo aos reclames da sociedade contemporânea, no capítulo pertinente aos injustos contra a *liberdade sexual*, passou a elencar: a) o estupro;<sup>4</sup> b) a violação sexual mediante fraude;<sup>5</sup> c) o assédio sexual.<sup>6</sup> Cria o capítulo “*Dos crimes sexuais contra vulnerável*” - menor de 14 (catorze) anos - com as figuras: a) do estupro de vulnerável;<sup>7</sup> b) satisfação da lascívia mediante presença de criança ou adolescente;<sup>8</sup> c) favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de vulnerável.<sup>9</sup> Dá nova redação no capítulo “*Do lenocínio e do tráfico de pessoa para o fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual*”, com destaque: a) favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual;<sup>10</sup> b) casa de prostituição;<sup>11</sup> c) rufianismo;<sup>12</sup> d) tráfico internacio-

<sup>3</sup> Art. 7º da Lei no 12.015, de 7.8.2009.

<sup>4</sup> Art. 213 do CP.

<sup>5</sup> Art. 215 do CP.

<sup>6</sup> Art. 216-A do CP.

<sup>7</sup> Art. 217-A do CP.

<sup>8</sup> Art. 218-A do CP.

<sup>9</sup> Art. 218-B do CP.

<sup>10</sup> Art. 228 do CP.

<sup>11</sup> Art. 229 do CP.

<sup>12</sup> Art. 230 do CP.

nal de pessoa para o fim de exploração sexual;<sup>13</sup> e) tráfico interno de pessoa para o fim de exploração sexual.<sup>14</sup> No elenco dos injustos contra a dignidade sexual, continuam inseridos: a) ato obsceno;<sup>15</sup> b) escrito ou objeto obsceno.<sup>16</sup>

9. A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 (*Reforma de 2009*), objetivando reforçar a proteção da vítima vulnerável no amplo espectro da dignidade humana, cria três tipos penais: a) estupro de vulnerável;<sup>17</sup> b) satisfação da lascívia mediante presença de criança ou adolescente;<sup>18</sup> c) favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável;<sup>19</sup> e, no seu art. 5º, acrescenta o art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, revogando a Lei nº 2.254, de 1º de julho de 1954, ao alargar o núcleo protetivo normativo de “quem pratica as condutas tipificadas utilizando-se de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de bate-papo da internet”,<sup>20</sup> com a causa de especial aumento de pena de uma terça parte quando o injusto for do tipo das equiparadas aos hediondos.<sup>21</sup>

10. *O objeto jurídico da tutela é a liberdade e autodeterminação sexual dos menores, em razão da faixa etária da vítima - de 14 (catorze) anos de idade -, mesmo com o consentimento expresso ou tácito, visto que pode prejudicar gravemente o livre desenvolvimento de sua personalidade.*

11. No injusto do tipo de corrupção de menores, o agente induz pessoa menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem (uma ou várias pessoas determinadas), ficando excluída a conjunção carnal ou outro ato libidinoso, mas não atos provocativos de excitação sexual (*striptease*, automasturbação, desfilar nu), não devendo ocorrer o toque corporal.

<sup>13</sup>Art. 231 do CP.

<sup>14</sup>Art. 231-A do CP.

<sup>15</sup>Art. 233 do CP.

<sup>16</sup>Art. 234 do CP.

<sup>17</sup>Art. 217-B do CP.

<sup>18</sup>Art. 218-A do CP.

<sup>19</sup>Art. 218-B do CP.

<sup>20</sup>Art. 244-B, § 1º, ECA.

<sup>21</sup>Art. 244-B, § 2º, ECA.

12. Na satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, o sujeito ativo pratica (realizar) na presença do menor de 14 (catorze) anos ou o induz (estimular, incentivar, fazer gerar a vontade) a presenciar conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer a sua lascívia própria ou de outrem. São atos sexuais praticados perante o menor independentemente de o seu corpo ser tocado, constituindo-se em novo tipo autônomo, com maior desvalor da conduta. Cogita-se de induzir o menor de 14 (catorze) anos, para a satisfação da lascívia do agente, a assistir à sua conjunção carnal ou à prática de outros atos libidinosos.

13. É necessário que o agente tenha conhecimento da idade da vítima (pelo menos pela aparência), caso contrário, diante do erro de tipo, transmuda-se para o injusto do tipo de mediação para servir a lascívia de outrem.<sup>22</sup>

14. São criadas duas novas causas de aumento de pena: a) se do crime resultar gravidez, e se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador. Desaparece a “presunção de violência” e surgem as formas qualificadas quando se tratar de maior de 14 (catorze) ou menor de 18 (dezoito) anos, e, ainda, como majorantes típicas, quando menor de 18 (dezoito) anos, pessoa vulnerável, ou se o fato for cometido por quem tem relação de parentesco ou assumiu obrigação de cuidado, proteção ou vigilância.

15. Com a edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 (*Reforma de 2009*), nos crimes sexuais definidos nos Capítulos I (estupro, violação sexual mediante fraude e assédio sexual) e II (corrupção de menores), procede-se mediante *ação penal de iniciativa pública condicionada à representação* - livre manifestação da vontade da pessoa maior de 18 (dezoito) anos. Mantidos os fundamentos da prevalência do interesse privado de resguardar a intimidade na esfera de âmbito da sexualidade, diante do princípio da isonomia, a vítima não fica mais condicionada a suficiência de recursos para poder ou não arcar com as custas do processo.

---

<sup>22</sup>Art. 227 do CP.

16. Na hipótese de a vítima ser *menor* de 18 (dezoito) anos ou *pessoa vulnerável*, procede-se mediante ação penal de iniciativa pública incondicionada.

17. No que tange à ação penal, a *Reforma de 2009* corrigiu as velhas distorções, riscando a oferta da ação penal de iniciativa privada e, no caso de pessoa adulta e capaz, a possibilidade de representar, observada a sua esfera de interesse, bem como, já salientamos, afastando também a discussão sobre o seu *estado de pobreza*. A ação penal é de iniciativa pública na hipótese de vítima menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável. Assim, fica preservada a possibilidade da propositura de ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública diante de inércia na iniciativa do Ministério Público.

18. A nosso sentir, ficou preservada a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal (“No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”). Não é admissível que, na hipótese da forma qualificada do resultado *morte*, sendo a vítima *adulta e capaz*, no injusto do tipo de estupro, ficasse o autor impune, pois quem iria representar ?

19. No que concerne à aplicação da lei penal mais favorável<sup>23</sup> de forma retroativa, diante da construção típica normativa ditada pela *Reforma de 2009*, a competência será do juiz da execução.<sup>24</sup>

20. Com acerto, “Os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça”<sup>25</sup>, em plena consonância com o art. 201, § 6º, do Código de Processo Penal, diante do texto acrescentado pela Lei nº 11.690, de 9 de julho de 2008 (“O juiz tomará providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça, em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição nos meios de comunicação”). O *segredo de justiça* passa a ser obrigatório em relação aos injustos penais praticados contra a dignidade sexual.

<sup>23</sup> Art. 5º, XL, CF/88.

<sup>24</sup> Art. 66, I, LEP.

<sup>25</sup> Art. 234-B do CP.

21. Num paralelo entre a dimensão normativa do Código de 1940 e a ofertada pela edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 (*Reforma de 2009*), observamos radicais modificações diante da contextualização do tipo de injusto de *estupro* que abarca as figuras do *atentado violento ao pudor e do atentado ao pudor mediante fraude* e, com novas criminalizações alargadas quando praticadas contra pessoas consideradas vulneráveis, objetivando manter o mínimo de proporcionalidade e equilíbrio normativo, no modelo explicativo do mínimo ético diante da exigibilidade de reforço da tutela. As *formas qualificadas* passam a integrar os tipos de injustos pertinentes ao maior desvalor do resultado, fazendo desaparecer a presunção de inocência, com a figura da *pessoa vulnerável*, incluindo na esfera normativa: (a) ser a vítima menor de 14 (catorze) anos; ou (b) por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário (*rectus*: nenhum) discernimento para a prática do ato; ou (c) que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência, o que dá maior precisão técnica e evita o campo cinza das presunções do passado. Com uma nova moldura penal entendida e percebida como necessária e suficiente para inibir a prática delitiva mais desvalorada, dá-se uma maior segurança, evitando-se as interpretações pretorianas divergentes ao sabor de posições eventualmente moralistas ou religiosas dos operadores do direito.

22. O art. 226 do Código Penal, com a redação dada pela Lei no 11.106/2005 (*Reforma de 2005*), não foi revogado pelo art. 7º da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 (*Reforma de 2009*).

23. São *majorantes*: a) de quarta parte, o crime cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; b) se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, tio, irmão, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título que tem autoridade sobre ela.<sup>26</sup>

24. O legislador da *Reforma de 2005* fez suprimir a condição de “pai adotivo” na chamada *relação de parentesco com a vítima* do Código Penal de 1940, diante de sua incorporação na Carta de

<sup>26</sup>Art. 226, I e II, CP.

1988 e com o tratamento conferido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em relação à adoção. No que tange ao *abuso de condições de autoridade*, foi inicialmente mantido o texto do Código Penal de 1940; todavia, a Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 (*Reforma de 2009*), fez corretamente substituir a expressão mais genérica “ou por qualquer outro título que tem autoridade sobre a vítima” por “ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância”, ao se referir às causas de aumento em tipologias específicas abrangidas neste Título. Não há mais razão de se questionar, diante da enumeração taxativa, se estão abrangidas pessoas do sexo feminino ou masculino.

**25. Na primeira hipótese (a)**, há majoração, quando “cometido por duas ou mais pessoas”, pois existe maior desvalor do obrar típico diante da impossibilitação da capacidade de resistir e do maior trauma psíquico causado à vítima pela mecânica do tipo de injusto. Deve-se entender que a coparticipação é para a execução do estupro ou da violação sexual mediante fraude (pluralidade de agentes no local).<sup>27</sup> Todavia, a questão não é pacífica, pois há corrente que não exige a presença de todos os agentes nos atos de execução, bastando que os coautores ou partícipes tenham concorrido, de qualquer modo, para a realização,<sup>28</sup> em qualquer fase do injusto.<sup>29</sup>

**26. Na segunda hipótese (b)**, a majorante incide sobre a violação do dever de vigilância que flui da relação de parentesco ou autoridade para com a vítima (“se o agente é ascendente, padras-to ou madrastra, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela”). A Lei nº 11.106/2005 (*Reforma de 2005*) passou a dar tratamento mais rigoroso à condição de cônjuge ou

<sup>27</sup> Neste sentido: Nelson Hungria, *op. cit.*, VIII, 71, 24, e Cezar Roberto Bitencourt, *op. cit.*, 4.1, 75.

<sup>28</sup> Luiz Regis Prado, *Comentários, cit.*, 1, 724; Guilherme de Souza Nucci, *op. cit.*, 18, 811; Heleno Cláudio Fragoso, *op. cit.*, 702, 44, sob o fundamento de que “a interpretação teleológica não permite passar sobre o texto de lei... se pretendesse exigir a presença de todos os atos de execução, poderia empregar uma fórmula semelhante à do art. 146, § 1º, CP”.

<sup>29</sup> Magalhães Noronha, *op. cit.*, v. 3, 233; Julio F. Mirabete, *op. cit.*, v. 2, 25.4.1, 457, e Damásio Evangelista de Jesus, *Código Penal Anotado, cit.*, 734.

companheiro, com a majorante da metade, e não mais da quarta parte, ao incluir no inciso II, e revogar o III (*ser o agente casado*), do art. 226 do Código Penal. A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 (*Reforma de 2009*), na questão pertinente à taxatividade da enumeração normativa, especificamente prevê como majorante nos injustos dos tipos de *favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual*,<sup>30</sup> *rufianismo*,<sup>31</sup> *tráfico internacional de pessoa para o fim de exploração sexual*,<sup>32</sup> *tráfico interno de pessoa para o fim de exploração sexual*<sup>33</sup> (“*Se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma de cuidado, proteção ou vigilância*”).

27. Finalmente, na terceira hipótese (c), a majorante especial prevista no art. 9º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos: “As penas fixadas no art. 6º, para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, 159, *caput* e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, *caput* e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, mesmo rejeitado limite superior de 30 anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal.” A posição pretoriana dominante era, antes da edição da Reforma de 2009, na direção de que a situação de ser a vítima, à época do ato, menor de catorze anos de idade tanto levava a (a) presumir a violência como também a (b) aumentar a pena privativa de liberdade aplicada de metade, por (a) ser circunstância elementar do tipo de injusto<sup>34</sup>, bem como (b) majo-

<sup>30</sup>Art. 228, § 1º, CP.

<sup>31</sup>Art. 230, § 1º, CP.

<sup>32</sup>Art. 231, § 1º, CP.

<sup>33</sup>Art. 231-A, § 2º, III, CP.

<sup>34</sup> Arts. 213 e 214 do CP.

Jurisprudência firme antes da Reforma de 2009: “Penal. Processual Penal. *Habeas Corpus*. Estupro simples com violência presumida. Informativo 448 do STF. Crime hediondo. Ordem denegada. I - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que ‘os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, tanto nas suas formas simples (Código Penal, arts. 213 e 214) como nas qualificadas (Código Penal, art. 223, *caput* e parágrafo único), são crimes hediondos’. II - Ordem denegada, com observação” (STF, HC 93.794/RS, 1ª T., Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16.9.2008, DJU 24.10.2008).

rante prevista em norma especial.<sup>35</sup> A corrente então prevalente sustentava a coexistência do art. 224, alínea a, do Código Penal (ora revogado) com o art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, admitindo a aplicação conjunta, sob o argumento de que a condição do sujeito passivo não funcionaria duas vezes como agravo, mas, em um único tempo, integraria o dolo e exacerbaria a resposta penal.

28. A edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 (*Reforma de 2009*), pôs termo à divergência doutrinária e pretoriana, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passou a vigorar com a nova redação nos incisos V, estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º), e VI, estupro de vulnerável (art. 217, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º).<sup>36</sup> Com isso, aplicada ao estupro tanto no tipo fundamental (nas duas modalidades da construção típica), quanto nas duas formas qualificadas - resulta lesão corporal grave ou a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos ou se da conduta resulta a morte -; o mesmo se diga em relação ao estupro de vulnerável (menor de 18 anos, pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental, que não tem o necessário (*rectus*: nenhum) discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência, bem como sofre lesão corporal de natureza grave, ou da conduta resulte a morte), respectivamente. Terminaram as dúvidas pertinentes ao estupro nas duas modalidades e no estupro de vulnerável. Diante da revogação dos arts. 223 e 224 do Código Penal de 1940 pelo art. 7º da Lei no 12.015, de 7 de agosto de 2009 (*Reforma de 2009*), não há mais o acréscimo especial de metade das penas fixadas.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> Art. 9º da Lei nº 8.072/90.

Jurisprudência firme antes da *Reforma de 2009*: “Penal. Crimes de estupro e de atentado violento ao pudor. Código Penal, arts. 213 e 214. Lei nº 8.072/90, redação da Lei nº 8.930/94, art. 1º, V e VI. I - Os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, tanto nas suas formas simples - Código Penal, arts. 213 e 214 - como nas qualificadas (Código Penal, art. 223, *caput* e parágrafo único), são crimes hediondos. Lei nº 8.072/90, redação da Lei no 8.930/94, art. 1º, V e VI. II - HC indeferido” (STF, HC 81.288/SC, 2a T., rel. Min. Mauricio Corrêa, Rel. p/ acórdão Min. Carlos Velloso, j. 17.12.2001, DJU 25.4.2003, 34).

<sup>36</sup> Art. 4º da Lei nº 12.012, de 7.8.2009.

<sup>37</sup> Art. 9º da Lei nº 8.072, de 25.7.1990.

29. Foram revogados os arts. 214, 216, 223, 224 e 232 do Código Penal de 1940 e a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954.

30. A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 (*Reforma de 2009*), dá nova redação ao tipo de injusto de estupro, alargando a sua esfera de abrangência, ao admitir o homem e a mulher como sujeitos passivos, revogando o injusto do tipo de atentado violento ao pudor, abarcando num só tipo penal o *constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato de libidinagem*. Cria duas qualificadoras: a) se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos; b) se da conduta resulta morte.<sup>38</sup>

31. A *Reforma de 2009*, buscando dar maior proteção à criança (até os 12 anos) e ao adolescente (até os 14 anos) tipificou sob o *nomen iuris* de “Estupro de vulnerável” o “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”, incorrendo nas mesmas penas - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos -, “com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”, com as mesmas formas qualificadas e causas de aumento de pena pertinentes ao injusto do tipo de estupro.<sup>39</sup>

32. Como vimos, o legislador pôs termo à discussão doutrinária e pretoriana pertinente à *presunção de violência*, se de natureza absoluta ou relativa, revogando o art. 224, *a*, do Código Penal de 1940. A justificativa do projeto de Reforma destaca a vulnerabilidade não só de crianças e adolescentes até os 14 (catorze) anos, mas também da pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui discernimento para a prática do ato sexual, e daquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência, não entrando no mérito da violência e sua *presunção*. A resistência se traduz na incapacidade, momentânea ou permanente, para a vítima formar e exprimir a sua vontade no sentido de dissentir ao ato sexual, do que se aproveita o agente.

<sup>38</sup> Art. 213, §§ 1º e 2º, CP.

<sup>39</sup> Art. 217-A, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, CP.

**33.** Situa-se a unificação no mesmo plano típico dos conceitos de *conjunção carnal* e *ato libidinoso* (coito vaginal, anal e oral), partindo-se do princípio de que inexistente distinção entre a ilicitude do ato com relação ao local da penetração realizada sem o consentimento da vítima, o que constitui constrangimento à liberdade sexual, sendo indiferente o sexo do sujeito passivo. Tal orientação é adotada pelo Código Penal francês, que entrou em vigor em 1º de março de 1994, no sentido de que a violação é definida como todo o ato de penetração sexual, de qualquer natureza, cometido sobre outra pessoa mediante violência, constrangimento, ameaça ou surpresa. Na mesma direção, a *reforma espanhola* de 1989, com a edição da Lei orgânica nº 10, de 25 de novembro de 1995, no Capítulo pertinente aos delitos contra a liberdade sexual e às agressões sexuais.<sup>40</sup> A segunda orientação é na direção de tipificar diversas formas dentro de uma construção casuística, observados os indicadores de violência e as consequências que possam prejudicar a vítima (modelo canadense). A terceira posição é a das *reformas italiana, de 1996, e alemã, de 1997*, unificando em um único tipo penal todas as formas de *conjunção carnal* e *atos libidinosos*. O *Código Penal português*<sup>41</sup> dá alargamento ao conceito de violação, que passou a abranger, além da cópula e do coito anal, também o coito oral, seguindo a orientação do Código Penal francês e por ter entendido que as violações da liberdade sexual da vítima são igualmente intensas e estigmatizantes.

**34.** O objeto jurídico da tutela é a liberdade sexual e a autodeterminação da pessoa humana, observado o seu direito de dispor do uso de seu corpo no exercício pleno de sua sexualidade.

**35.** No estupro de vulnerável também se visa à proteção do desenvolvimento sexual quando se trata de criança ou adolescente até os 14 (catorze) anos de idade e alarga-se a esfera de proteção

<sup>40</sup> “Art. 178. *El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia ou intimidación, será castigado como culpable de agresión sexual...*”; Art. 179. *Quando la agresión sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o oral...*; e abusos sexuais (“Art. 181.1. *El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento realizou actos que atenten contra a liberdade sexual de outra persona, será castigado como culpable de abuso sexual com pena...*”)

<sup>41</sup> O art. 163 do CP português tem denominação de coação sexual.

da liberdade sexual das pessoas portadoras de transtornos mentais sem nenhum discernimento para a prática do ato e as vitimizadas por abusos aos quais são incapazes de oferecer resistência.

**36.** A *Reforma de 2009*, que introduziu a figura pertinente ao injusto contra vulnerável, posiciona o objeto jurídico nos injustos contra a liberdade sexual das pessoas adultas, o *livre exercício do direito individual à sexualidade*, ao passo que, em relação à criança ou ao adolescente até os 14 (catorze) anos, como pessoa vulnerável o *desenvolvimento da vida sexual*.

**37.** O sujeito ativo é sempre o homem, na primeira modalidade que tem por finalidade a conjunção carnal, compreendida como o coito normal, que se consuma com a penetração do pênis no órgão sexual feminino. Na segunda modalidade, integradora da fusão de tipos (estupro e atentado violento ao pudor) será qualquer pessoa (“alguém”) no que concerne à prática de outro ato libidinoso.

**38.** Com a nova redação da *Reforma de 2009*, desaparece a restrição de que a mulher só poderia responder pelo injusto de estupro na hipótese de concurso de pessoas, como partícipe, por mandato, por instigação ou auxílio.

**39.** No estupro de vulnerável, a moldura normativa consiste no ato de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, incorrendo nas mesmas penas quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário (nenhum) discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.<sup>42</sup> Não há de se falar em conhecimento ou dissenso de pessoa vulnerável, nem no emprego de violência ou grave ameaça, basta a prática de conjunção carnal ou de outro ato de libidinagem contra criança ou adolescente até os 14 (catorze) anos, ciente o autor desta faixa etária ou das já mencionadas circunstâncias típicas de vulnerabilidade. Na hipótese de erro de tipo em relação à faixa etária ou outra situação típica de vulnerabilidade, transmuda-se para o tipo de estupro inculpidado no art. 213 do Código Penal.

<sup>42</sup>Art. 217-A, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, CP.

40. A conjunção carnal no sentido legal é a cópula, primeira modalidade, resultado de uma relação heterossexual de conjunção carnal entre órgãos sexuais masculinos e femininos. O ato libidinoso, segunda modalidade, diverso da conjunção carnal, é, por sua natureza, conteúdo e significado, traduzido na intenção de o sujeito ativo despertar ou satisfazer em si ou em outrem a própria concupiscência.

41. A *unificação das antigas figuras autônomas* do estupro e do atentado violento ao pudor torna o tipo de estupro de conteúdo múltiplo variado no novo núcleo reitor típico, e faz desaparecer o questionamento dos *praeludia coiti*, inexistindo a possibilidade de concurso real ou crime continuado nas duas modalidades do tipo de injusto de estupro praticado pelo agente contra a mesma vítima, diante do mesmo quadro fático.

42. No que concerne ao *concurso de tipos penais*, lembramos que: a) as lesões corporais leves e vias de fato são absorvidas; b) em relação ao injusto de contágio venéreo, haverá a majorante de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador; se o agente desejar transmitir a doença (dolo de 1º grau),<sup>43</sup> ocorrerá o concurso ideal impróprio;<sup>44</sup> c) há concurso real entre o estupro e o curandeirismo; d) o estupro absorve a violação de domicílio.

43. São criadas duas *qualificadoras* no injusto do tipo de estupro: a) se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou a vítima é menor de 18 anos (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos - cominando-se pena de reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos -; b) se da conduta resulta a morte - cominando-se pena de reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos -,<sup>45</sup> sendo também considerado crime hediondo.<sup>46</sup> O Código Penal português criou a figura penal do “Abuso sexual de pessoa internada” diante do quadro de especial vulnerabilidade, da função e do local em que a pessoa é

<sup>43</sup> Art. 130, § 1º, CP.

<sup>44</sup> Art. 70, 2ª parte, CP.

<sup>45</sup> Art. 213, §§ 1º e 2º, CP.

<sup>46</sup> Art. 4º da Lei nº 12.015, de 7.8.2009.

vitimizada (hospital, hospital para tratamento psiquiátrico, asilo, estabelecimento de educação e unidades prisionais).<sup>47</sup>

44. No que concerne às *qualificadoras*, é necessário para o seu reconhecimento que o autor tenha tido a possibilidade de prevenir a ocorrência de lesão corporal grave ou morte da vítima. A nosso sentir, se através de emprego da violência fica impossibilitado o agente de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso, inexistente consumação do injusto do tipo de estupro qualificado, mas, sim, injusto do tipo de estupro qualificado tentado. Há possibilidade diante do caso concreto de concurso real dos tipos de injusto tentado de estupro qualificado e vilipêndio a cadáver.<sup>48</sup> Sublinhe-se, novamente, que o agente deve ter conhecimento de a vítima ser maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos.

45. Se resultar gravidez, a pena será *augmentada* da metade e, de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.<sup>49</sup>

46. É flagrante a controvertida redação do texto legal, entendendo-se que, nas hipóteses dos injustos dos tipos de estupro, *violação sexual mediante fraude e assédio sexual* (Capítulo I) e no elenco dos *crimes sexuais contra vulneráveis* (estupro de vulnerável, satisfação de lascívia mediante a presença de criança ou adolescente e favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável), procede-se através de *ação penal de iniciativa pública incondicionada*.

47. A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 (*Reforma de 2009*), tipificada com a rubrica lateral de “Violação sexual mediante fraude” (“Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou por meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima”), em confronto com a versão originária, contém alargamento da previsão, mantida a conjunção carnal (*introdutio penis intra vas*) em que

<sup>47</sup> Art. 166 do CP português.

<sup>48</sup> Art. 213, § 2º, c/c arts. 14, II, e 212, CP.

<sup>49</sup> Art. 234-B do CP.

só pode ser sujeito passivo a mulher, na medida em que, diante da fusão dos textos, na segunda modalidade típica, pode ser sujeito passivo o homem ou a mulher, pois, além da conjunção carnal (primeira modalidade), abrange também a prática do coito anal e oral ou qualquer ato libidinoso, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade e, por consequência, *revogando* ao art. 216 do Código Penal pertinente a “atentado ao pudor mediante fraude”. É fundamental a presença do erro sobre a identidade da pessoa, isto é, do outro parceiro sexual. A especificidade do conteúdo do injusto situa-se no fato de o agente se aproveitar do erro da vítima sobre a sua identidade pessoal, desde que tal erro torne possível ou significativamente facilite a prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso.

48. Se o crime é cometido com o *animus lucri faciendi*, aplica-se cumulativamente a pena de multa.<sup>50</sup>

49. Se resultar gravidez, a pena será aumentada da metade e, de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.<sup>51</sup>

50. Na *Reforma de 2009*, no que tange ao *assédio sexual*, foi acrescentado ao art. 216-A do Código Penal o § 2º (“A pena será aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos”).

51. A *ratio* da majorante, segundo a justificação do projeto, foi ditada por dois motivos relevantes: a) o Estatuto da Criança e do Adolescente permite o trabalho para adolescentes, o que poderia colocá-los em situação de subordinação hierárquica ou de ascendência profissional; b) a necessidade de assegurar proteção às crianças e aos adolescentes envolvidos e o maior desvalor do atuar dos autores dessa relação irregular, cumulada com o assédio sexual, com destaque no trabalho doméstico.

52. Registre-se e critique-se que, em razão do veto ao parágrafo único do art. 216-A do Projeto de Lei: “Incorre na mesma

<sup>50</sup> Art. 215, parágrafo único, CP.

<sup>51</sup> Art. 234-A do CP.

pena quem cometer o crime: I - prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; II - com abuso ou violação de dever inerente a ofício ou ministério”, *ficam fora da esfera do âmbito do injusto de assédio os atos praticados por padres, freiras e pastores em relação a seus subordinados, do mesmo sexo ou não.*

**53.** A pena é *umentada de até* uma terça parte se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos, diante do maior desvalor da ação e do intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico, inerente ao exercício de emprego, cargo ou função.

**54.** Há necessidade de que fique provado que o agente era ciente da idade da vítima para o reconhecimento da majorante, diante da possibilidade do erro de tipo.

**55.** O legislador não fixou o marco legal mínimo de aumento, razão pela qual, diante da simetria de tratamento das majorantes no sistema legal, deve-se entender também de 1/6 (um sexto).

**56.** A *Reforma de 2009*, criminaliza em tipo autônomo sob a rubrica lateral “Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente” (“Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem”).<sup>52</sup>

**57.** Se a mediação é realizada para satisfazer a lascívia de pessoa indeterminada, o injusto é do tipo de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual,<sup>53</sup> bem como é indiferente o modo da satisfação da concupiscência alheia (desde a conjunção carnal, o coito anal ou oral, até a contemplação lúdica).

**58.** No caso da pessoa que é favorecida para satisfazer a sua própria luxúria (“o cliente”), como mera destinatária, não incide reprovabilidade penal da norma em comento. Cuida-se da satisfação da lascívia de outrem e não da própria, salvo se a vítima do

<sup>52</sup> Art. 218-B do CP.

<sup>53</sup> Art. 228 do CP.

induzimento é menor, e consciente o destinatário de que se trata de pessoa vulnerável (favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável).<sup>54</sup>

59. Há quatro circunstâncias que *qualificam* o injusto: a) menoridade da vítima;<sup>55</sup> b) autoridade do agente;<sup>56</sup> c) violência ou grave ameaça;<sup>57</sup> d) fim de lucro.<sup>58</sup>

60. Na hipótese (a) se a vítima for maior de catorze e menor de dezoito anos de idade, a pena cominada será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. Na hipótese de ser menor de catorze anos (outra forma de exploração sexual), há a configuração do injusto do tipo de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável, na qual se inclui aquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário (*rectus*: nenhum) discernimento (era inteiramente incapaz de entender) para a prática do ato, devendo ser possível ao autor o conhecimento da vulnerabilidade.<sup>59</sup> Justifica-se o maior rigor da resposta penal, principalmente no combate à prostituição de pessoa vulnerável. Não se exclui a possibilidade do reconhecimento do erro de tipo.

61. Na hipótese (b) do denominado lenocínio familiar, diante da qualidade do agente (ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a que esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda), embora considerando-se a enumeração taxativa, não ficam excluídos o padrasto, a madrasta, o enteado, o preceptor ou o empregador da vítima e o pai adotivo, bem como quem assume, por lei, contrato ou assunção, a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância.<sup>60</sup> Há maior censura no obrar típico em razão da violação dos deveres de direção, assistência na esfera de âmbito familiar e de encargos judiciais.

<sup>54</sup> Art. 218-B do CP.

<sup>55</sup> Art. 227, § 1º, primeira parte, CP.

<sup>56</sup> Art. 227, § 1º, segunda parte, CP.

<sup>57</sup> Art. 227, § 2º, CP.

<sup>58</sup> Art. 227, § 3º, CP.

<sup>59</sup> Art. 218 do CP.

<sup>60</sup> Art. 231-A, § 2º, II, CP.

62. Já na hipótese (c), o Código repete o maior desvalor da conduta quando há emprego de violência (*vis corporalis*), grave ameaça (*vis compulsiva*) ou fraude, cominando a pena privativa de liberdade de reclusão, de dois a oito anos, além da pena correspondente à violência (a lesão corporal de natureza grave e a morte não constituem qualificadoras).

63. Finalmente, na hipótese (d) do lenocínio questuário (finalidade lucrativa), em razão da maior censura, como diz a legislação portuguesa, o “profissionalismo ou intenção lucrativa”, a resposta penal será cumulativa, pois, além da pena privativa de liberdade, há também a pena de multa.

64. No tipo de *favorecimento da prostituição*<sup>61</sup> (“Induzir ou atrair alguém à prostituição, facilitá-la ou impedir que alguém a abandone”), e com a edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 (*Reforma de 2009*), foi ampliada a esfera de abrangência pertinente ao tipo de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual no sentido de maior proteção à vítima nos injustos contra a dignidade da pessoa humana, com a adição da pena de multa, tendo o legislador optado pela criação de uma figura penal autônoma dirigida à proteção específica das pessoas vulneráveis (“Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual, alguém menor de 18 anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário (nenhum) discernimento para a prática do ato facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone”), cominando a pena de reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos,<sup>62</sup> com a forma qualificada e na hipótese de praticado com o *animus lucri faciendi* (regra geral do atuar), aplica-se cumulativamente a pena de multa.<sup>63</sup> Incidem nas mesmas penas quem (cliente) praticar conjunção carnal ou ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos,<sup>64</sup> bem como o proprietário, gerente ou responsável pelo local em que se verifiquem as

<sup>61</sup> Art. 228 do CP.

<sup>62</sup> Art. 218-A do CP.

<sup>63</sup> Art. 218-A, § 1º, CP.

<sup>64</sup> Art. 218-A, § 2º, I, CP.

práticas descritas na moldura normativa típica.<sup>65</sup> O estabelecimento (local) terá a cassação da licença e do funcionamento, como efeito obrigatório da condenação.<sup>66</sup>

65. “A *Reforma de 2009*, manteve a rubrica lateral de *Casa de Prostituição*, não tendo sido acolhida a proposta pela redação final do substitutivo da Câmara dos Deputados (2005), que dava o *nomen iuris* de “Manutenção de estabelecimento de exploração sexual”, mas modificou o texto de 1940 para substituir a expressão “casa de prostituição ou lugar destinado para fim libidinoso” por “estabelecimento em que ocorra exploração sexual”.

66. Com a edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, passou-se a fazer constar como elemento normativo do tipo de injusto de casa de prostituição o “estabelecimento em que ocorra exploração sexual”, possibilitou-se abarcar na esfera de ilicitude qualquer lugar, residência ou estabelecimento com destinação habitual e principal, não mais exclusiva, em que ocorra exploração sexual.

67. Assim, só se refere a estabelecimento em que *ocorra* (habitualidade) a exploração sexual habitual, e sendo a *finalidade principal e não exclusiva o comércio sexual*, desde o velho lupanar até as modernas danceterias e sofisticadas casas de relaxamento (*relax for men*), admitindo-se a inexistência da vantagem econômica ou do fim lucrativo (*animus lucri faciendi*) para as pessoas exploradas (“haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário”).<sup>67</sup> A casa de prostituição não é lugar de orações, mas de comércio sexual. A exploração mercenária configura qualificadora (multa).

68. O nosso Código Penal de 1940 criminalizou a conduta sob o *nomen iuris* de *rufianismo* (“Tirar proveito de prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça”).

69. A *Reforma de 2009*, dá nova redação aos parágrafos 1º (“Se a vítima é menor de 18 e maior de 14 anos ou se o crime

<sup>65</sup> Art. 218-A, § 2º, II, CP.

<sup>66</sup> Art. 218-A, § 3º, CP.

<sup>67</sup> Art. 229, *in fine*, CP.

é cometido por ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância”), mantida a resposta penal originária; e 2º (“Se o crime é cometido mediante violência, grave ameaça, fraude ou meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade”), também mantida a resposta penal originária.

70. No que tange ao tráfico internacional de pessoa para o fim de exploração sexual, a *Reforma de 2009* traz modificações redacionais e ajustes de fundo na esfera de âmbito normativo alargado (agenciar, aliciar, comprar pessoa traficada, transportá-la, transferi-la ou alojá-la, tendo conhecimento de tal condição) diante da contextualização do texto da Reforma em relação às *quatro majorantes* (a) vítima menor de 18 (dezoito) anos; b) a vítima por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário (*rectus*: nenhum) discernimento para a prática do ato; c) o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu por força de lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; d) emprego de violência, grave ameaça ou fraude) e a qualificadora pertinente à cumulação da multa. O *nomen iuris* fica preciso diante de seu objetivo “Tráfico internacional de pessoa para o fim de exploração sexual”.

71. O injusto incrimina o ato de promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém (homem ou mulher), adulto ou pessoa vulnerável, que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual ou a saída de alguém (homem ou mulher) que vá exercê-la no estrangeiro, bem como venha agenciar, aliciar, ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

72. No que concerne ao *Tráfico interno de pessoa para o fim de exploração sexual*, a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, criada por meio do Requerimento nº 2, de 2003, com o objetivo de investigar as situações de violência e redes de exploração sexual (sentido amplo) de crianças e adolescentes, registrou que,

no tráfico para fins sexuais, é relevante o papel da globalização (tecnologia, sistemas de transporte, internacionalização da economia e desregulamentação dos mercados), facilitando a atuação das máfias no mercado internacional de tráfico humano.<sup>68</sup>

73. A *Reforma de 2009*, sob a rubrica lateral de “Tráfico interno de pessoa para o fim de exploração sexual” redesenha o texto nuclear essencial típico (“Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual”),<sup>69</sup> “incorrendo na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la”.<sup>70</sup> Acrescenta quatro majorantes e uma qualificadora, repetindo a modelagem normativa do Tráfico Internacional de pessoa para o fim de exploração sexual.<sup>71</sup> 

<sup>68</sup> Diário do Senado Federal, relatório nº 1, 2004-CN,56.

<sup>69</sup> Art. 231-A do CP.

<sup>70</sup> Art. 231-A, § 1º, CP.

<sup>72</sup> Art. 231-A, § 2º, I, II, III e IV, e § 3º, CP.

# Atualidades do Condomínio de Fato

**Leandro Soares Lomeu**

*Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Campos (FDC/RJ), especialista em Direito Registral Imobiliário pela PUC/MG, professor de Direito Civil pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (FADIVALE).*

## 1. ASPECTOS DO CONDOMÍNIO DE FATO E DA ASSOCIAÇÃO DE MORADORES

No condomínio de fato, os proprietários de imóveis oriundos de loteamento convencional, regido pela Lei 6.766/79, reúnem-se informalmente e passam a se comportar como condôminos regidos pela Lei 4.591/64, criando-se, assim, a figura de um condomínio aparente, através das associações de moradores.

A associação de moradores é o instrumento que os residentes de determinado loteamento utilizam para realizar suas aspirações e para se protegerem, principalmente, da violência urbana que assola o nosso país. Utiliza-se, portanto, o instituto da associação, na forma dos arts. 53 a 61 do Código Civil, e não o instituto das sociedades, pois se constituem as associações pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos. Ressalvo que a expressão “fins não econômicos” disposta no art. 53 do Código Civil é imprópria. Segundo César Fiuza<sup>1</sup> “as associações têm o mesmo conceito de sociedade, possuindo, entretanto, diferença específica em sua definição, ou seja, não visam ao lucro. Em outras

---

<sup>1</sup> FIUZA, Cesar. *Direito Civil*. Del Rey: Belo Horizonte, 2008, p. 150.

palavras, as associações são sociedades que não têm interesse no lucro, embora nada as impeça de ter lucro”. Pois toda e qualquer associação pode exercer ou participar de atividades econômicas. O que é vedado é que essas atividades tenham finalidade lucrativa<sup>2</sup>.

O direito de associar-se é constitucionalmente assegurado, não podendo, contudo, as pessoas serem obrigadas a associar-se ou a permanecer associadas, tal é o disposto no artigo 5º, XVIII e XX da Constituição Federal, com a seguinte redação, respectivamente: “a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;” e, “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”.

Referente à ordem constitucional das associações, explica Alexandre de Moraes:

*“É plena a liberdade de associação, de tal forma que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou mesmo permanecer associado, desde que para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar, sendo que sua criação e, na forma da lei, a de cooperativa independem de autorização, vedada a interferência estatal em seu funcionamento, constituindo-se um direito que, embora atribuída a cada pessoa (titular), somente poderá ser exercido de forma coletiva, com várias pessoas.”*<sup>3</sup>

Como requisito legal para formação do condomínio de fato, através de associação de moradores, deverá possuir, sob pena de nulidade: a denominação, os fins e a sede da associação; os requisitos para admissão, demissão e exclusão de associados; os

<sup>2</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V. 1. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 201. No mesmo sentido: MONTEIRO, Washington de Barros. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 111; LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Curso Completo de Direito Civil*. São Paulo: Método, 2007, p. 127; DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. V. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 243.

<sup>3</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 70.

direitos e deveres dos associados; as fontes de recurso para sua manutenção; o modo de constituição e funcionamento dos órgãos deliberativos e administrativos; as condições para alteração das disposições estatutárias e para a dissolução.

Todos os associados no condomínio atípico devem ter iguais direitos, mas pode o estatuto instituir categorias com vantagens especiais, o que, na prática, permite criar categorias que diferenciem o valor do rateio das despesas mensais entre casas e terrenos e cotas proporcionais à medida dos imóveis.

O artigo 58 do Código Civil dispõe que “nenhum associado poderá ser impedido de exercer direito ou função que lhe tenha sido legitimamente conferido, a não ser nos casos e pela forma previstos em lei ou no estatuto”. Esta norma vem limitar a discricionariedade no âmbito das associações e pode interferir diretamente na administração do condomínio de fato, pois, na prática, confere-se a possibilidade de incluir no estatuto do condomínio de fato as penalidades para aqueles que não cumprirem regras impostas. Pode-se, ainda, criar regulamento interno para uma melhor convivência social, desde que este esteja expressamente previsto no estatuto. Outro exemplo de penalidade que pode ser inserido no estatuto é a proibição do associado que não está em dia com o pagamento das cotas condominiais de poder votar e ser votado nas assembleias.

A associação de moradores, a autonomia privada e a busca de segurança aglutinaram-se, pois, como ponto de partida ante a insuficiência do poder público na prestação adequada de serviços, que levou os proprietários de lotes individuais a se agruparem informalmente, de modo a comportarem-se como condôminos, sem que houvesse uma efetiva relação condominial. Esses proprietários, através de associações denominadas condomínios de adesão, irregulares ou de fato, elegem a figura de um administrador, para que tome frente face as suas necessidades, e, desse modo, contratam serviços de terceiros para suprir a deficiência provocada pelo ente público.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> SOARES, Danielle Machado. *Condomínio de Fato*. Renovar: Rio de Janeiro, 1999, p. 82.

Destaca a doutrina a legitimidade *ad causam* da associação de moradores, para mover ação de cobrança de cotas condominiais, mesmo não havendo convenção registrada, pois não tem apoio no direito autorizar que aquele que é beneficiado pela manutenção das áreas comuns deixe de pagar as despesas respectivas, prevista a incumbência da associação para esse fim, vedando-se assim o enriquecimento sem causa<sup>5</sup>.

A representação da vontade dos proprietários através da associação de moradores pode ser apreciada no relatório apresentado pelo eminente Desembargador Sergio Cavalieri Filho:

*“Tornaram-se comuns em nossos dias os chamados condomínios de fato. Pessoas de posses adquirem imóveis residenciais ou de veraneio em loteamentos fechados, normalmente em lugares aprazíveis, em busca de conforto, comodidade, lazer, segurança, etc. Em muitos desses loteamentos, mormente em região de praia ou serrana, os serviços públicos essenciais ainda não chegaram, de sorte que são providos pelos próprios interessados através de associação de moradores, empresa comercial ou sem fins lucrativos, de modo a tornarem efetivos os objetivos a que se destina o loteamento.”*<sup>6</sup>

Assim, as associações de moradores são criadas para beneficiar as áreas comuns que, por consequência, favorecem a propriedade individual, realizando benfeitorias e serviços comuns, inclusive com a contratação de empregados para cuidar da conservação e segurança de todos. Fica evidente que as despesas comuns necessárias para a manutenção e conservação desse condomínio de fato terão que ser rateadas entre todos os integrantes do loteamento, na proporção dos benefícios recebidos, independentemente até de contrato escrito, convenção ou estatuto social.

<sup>5</sup> MATTIETTO, Leonardo. “O Condomínio de Fato no Direito Brasileiro Contemporâneo”. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 29. Rio de Janeiro: Padma, jan./mar. 2007, p. 253.

<sup>6</sup> TJRJ. Órgão Especial. Uniformização de Jurisprudência n.º 12/2004. Rel. Des. Sergio Cavalieri Filho, D.J. 04/04/2004.

## 2. O RATEIO DAS COTAS NOS CONDOMÍNIOS DE FATO

Como demonstrado, o condomínio de fato surgiu da necessidade de alguns proprietários ou moradores de um determinado logradouro suprirem os serviços que deveriam ser prestados pelo ente público ou fornecidos de modo satisfatório, como segurança pública, conservação das vias, distribuição de água, recolhimento de lixo e outros serviços cujo suprimento demande uma organização e participação coletiva dos interessados.

Suscita discussões a questão relativa à obrigatoriedade ou não do pagamento de contribuições referentes aos serviços prestados, para associações de moradores, em vista de dois princípios constitucionais: o primeiro de que “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado, na forma do art. 5º, XX, da Constituição Federal vigente, ou seja, o princípio da livre associação; o segundo, calcado no princípio que veda o enriquecimento sem causa, por seu turno, encontra-se amparado no art. 3º, I da Constituição Federal, como fator relevante de uma sociedade mais justa e solidária, consagrada, pois, como objetivo fundamental da República<sup>7</sup>, e nos artigos 884 a 886 do Código Civil<sup>8</sup>.

O princípio da livre associação confronta com o da condenação do enriquecimento sem causa no que diz respeito às associações em condomínio de fato. O que suscita debates, pois, de um lado prima-se pela liberdade de associação que cada pessoa possui; do outro, pela contrariedade de os indivíduos se beneficiarem, mesmo que de forma indireta, dos outros condôminos que arcam com as despesas comuns do condomínio de fato.

<sup>7</sup> NEVES, José Roberto de Castro. “O enriquecimento sem causa: dimensão atual do princípio do direito civil”. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 220.

<sup>8</sup> “Até o vigente Código Civil, não havia uma previsão legislativa geral do enriquecimento sem causa como fonte de uma obrigação de restituir, mas apenas a regulação de situações específicas. A consagração do enriquecimento sem causa como um instituto supriu uma lacuna existente no nosso sistema, que pode ser observada na comparação com ordenamentos estrangeiros.” [KONDER, Carlos Nelson. “Enriquecimento sem causa e pagamento indevido”. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 379].

Causa impacto doutrinário e jurisprudencial o rateio das cotas condominiais e a aplicação dos princípios ora aludidos, enfatiza Danielle Machado Soares<sup>9</sup> sobre os impasses:

*“1º - O primeiro princípio prega a liberdade de associação que cada indivíduo possui, pois é inerente a sua personalidade; em contra partida, o segundo princípio prega a condenação daquele que se beneficia, ainda que de forma indireta, às custas de outros indivíduos, sem uma causa justa ou legal;*

*2º - O princípio da liberdade associativa está inserido em sede constitucional, ao passo que o da condenação ao locupletamento sem causa reside em sede doutrinária, o que em outras palavras significa dizer que o primeiro é hierarquicamente superior ao segundo.”*

Ressalva-se, contudo, que atualmente o princípio do enriquecimento sem causa encontra-se amparado em nosso ordenamento, com expressa redação do art. 884 a 886, do Código Civil, não sendo mais somente uma construção doutrinária, como afirmava Danielle Machado, em obra anterior ao novo Código Civil. A nosso ver, encontra amparo também no art. 3º, I da Constituição Federal, como fator relevante de uma sociedade mais justa e solidária<sup>10</sup>, e ainda como princípio geral do direito<sup>11</sup>.

O princípio que veda o enriquecimento sem causa está apoiado em institutos antigos do direito. O tema enriquecimento

<sup>9</sup> *Op. cit.*, p. 100.

<sup>10</sup> NEVES, José Roberto de Castro. “O enriquecimento sem causa: dimensão atual do princípio do direito civil”. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 220.

<sup>11</sup> “Se entende o ‘enriquecimento sem causa’ como um princípio geral do direito. A bem da verdade, acredita-se que representa uma das perspectivas do princípio da justiça. E que, nessa qualidade, é também a expressão do conceito fundamental de direito”. CAPUCHO, Fábio Jun. “Considerações sobre o enriquecimento sem causa no novo Código Civil Brasileiro”. In: *Revista de Direito Privado*, n. 16, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2003, p. 18.

sem causa “habita o mundo do direito desde, ao menos, os primórdios das ordenações romanas”<sup>12</sup>, como exemplifica Hamid Charaf Bdnie Júnior:

*“No Direito romano, o princípio que veda o enriquecimento sem causa já era conhecido e aplicado. Atualmente, várias ações têm o objetivo de evitar esse tipo de enriquecimento: a repetição de indébito, a de enriquecimento ilícito na cobrança do cheque prescrito, a indenização etc. Todas elas pertencem ao gênero das ações in rem verso.”*<sup>13</sup>

*No Código Civil de 1916, eram exemplos dessas medidas o dispositivo que determinava a restituição do pagamento indevido, o que reconhecia o direito de ressarcimento das despesas de produção e custeio e das benfeitorias necessárias ao possuidor de má-fé, bem como aquela que reconhecia o direito à indenização do construtor de boa-fé em terreno alheio.”*

Nesse sentido o princípio que veda o locupletamento ilícito inspira-se desde o Direito Romano, em regras de equidade, aplicando-se às ações pelas quais

*“devia aquele que se locupletasse com a coisa alheia restituí-la a seu dono - ‘iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletioem’. Todas as hipóteses conhecidas eram envolvidas na epigrafe ampla das ‘conditiones sine causa’, denominação que permitiu aos juristas modernos generalizar, dizendo: quando alguém recebia indevidamente alguma coisa, ou quando cessava a razão justificativa de tê-la recebido ou quando a aquisição provinha de furto ou de um motivo imoral, não tinha o di-*

<sup>12</sup> CAPUCHO, Fábio Jun. “Considerações sobre o enriquecimento sem causa no novo Código Civil Brasileiro”. In: *Revista de Direito Privado*, n. 16, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2003, p. 09.

<sup>13</sup> BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. “Do enriquecimento sem causa”. In: PELUSO, Cesar (coord.). *Código Civil Comentado*. 2.ed. Barueri: Manole, 2008, p. 832-833.

*reito de retê-la, por lhe faltar uma causa. Esta porém, não era elementar na 'obligatio', que se contraía independentemente de seu conceito, porém necessária a que o adquirente conservasse a propriedade ou a posse da coisa recebida”<sup>14</sup>.*

Doutrina-nos, ainda, o mestre Caio Mário da Silva Pereira acerca do instituto do enriquecimento sem causa ao alegar:

*“O novo Código, a exemplo dos que cuidaram do tema de maneira genérica, estabeleceu a regra: quem se enriqueceu à custa alheia fica obrigado a restituir o que indevidamente houver recebido. Apurado o enriquecimento 'sine causa', o beneficiado tem o dever de restituir o que indevidamente recebeu, com a correção monetária dos valores, atualizados na data da restituição.”<sup>15</sup>*

Pode-se, a grosso modo, concluir que o enriquecimento sem causa se dá, quando alguém, às expensas de outrem, obtém vantagem patrimonial sem causa, ou seja, sem que essa vantagem se baseie em dispositivo de lei ou em negócio jurídico anterior.

Os defensores da tese do princípio que condena o enriquecimento sem causa nos condomínios irregulares alegam que, quando da abstenção dos moradores em ratearem as cotas instituídas em condomínios de fato, incidem na premissa da existência da vantagem, de forma indireta, dos benefícios extraídos da situação fática, ocasionando, desta forma, um aumento patrimonial às expensas de outrem.

Assim, alguns julgados consideram que são exigíveis o rateio das cotas de todos moradores, estejam eles associados ou não, bastando que sejam atendidos pelos serviços, assegurando que esta exigibilidade decorre da proibição do locupletamento

<sup>14</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. II. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 321.

<sup>15</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. IV, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 324.

sem causa como princípio geral do direito civil brasileiro, e que o legislador não admitiria que um morador pudesse se beneficiar dos serviços sem arcar com as despesas para tanto.

Ante a obtenção da vantagem patrimonial sem causa, os tribunais pátrios já se pronunciaram condenando o locupletamento sem causa nos condomínios de fato:

*APELAÇÃO CÍVEL. COBRANÇA DE COTAS CONDOMINIAIS. CONDOMÍNIO DE FATO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. APLICAÇÃO DO VERBETE DA SÚMULA Nº 79 DO E.TJ/RJ. O inadimplemento de cotas resultantes do rateio de despesas realizadas em benefício de todos os proprietários e moradores que compõem a associação configura locupletamento indevido, que independe do beneficiado ser associado ou não. Recurso a que se nega provimento. (TJRJ; AC 2007.001.03218; Décima Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Marília de Castro Neves; Julg. 06/03/2007) (grifo nosso).*

*APELAÇÃO CÍVEL. CONDOMÍNIO DE FATO. CONTRIBUIÇÕES CONDOMINIAIS. ASSOCIAÇÃO. EXIGIBILIDADE. RATEIO DE DESPESAS COMUNS. O condomínio se forma quando várias pessoas possuem direito de propriedade sobre um mesmo bem, cumprindo que essas relações sejam regulamentadas para resguardar a cada um o exercício das faculdades de usar, gozar e dispor da coisa, destinando-a ao seu fim social e econômico. A associação formada por proprietários de granjas de um loteamento fechado, porém, não registrado, constitui meio de possibilitar que, de forma mais organizada, seja exigida de cada condômino a participação nas despesas comuns. Todos os beneficiados com obras de manutenção do bem ou de implantação de infraestrutura necessária ao exercício das atividades próprias do terreno, devem arcar com o custeio das obras, sob pena de enriquecimento sem causa. (TJMG; AC 1.0145.05.225931-7/001; Juiz de Fora; Décima Quarta Câmara Cível; Rel<sup>a</sup> Des<sup>a</sup> Heloisa Combat; Julg. 18/08/2006; DJMG 11/10/2006).*

Em corrente contrária, parte da jurisprudência entende que, em regra, não seria possível esta associação compulsória, ou a imposição de rateio, sob a alegação de que todos os moradores seriam implicitamente associados, já que beneficiados por aqueles serviços. Invocam o princípio da livre associação, de sorte que não se poderia pensar numa associação compulsória de tais moradores, pura e simplesmente.

Aos defensores do princípio da livre associação cabe a alegação de que, em face da liberdade de se associar, tutelada constitucionalmente, não é possível a cobrança de tais taxas, senão quando os moradores voluntariamente associarem-se, encontrando-se, tão somente, a partir da sua expressão de vontade de associação a obrigatoriedade e o vínculo ao pagamento das despesas comuns. Julgados recentes em ordem de contrariedade aos que condenam os proprietários e moradores de condomínios de fato a arcarem com os rateios tão somente pela argumentação do enriquecimento ilícito, asseveram sobre o princípio da reserva legal e da livre associação, garantia constitucional:

*DIREITO CONSTITUCIONAL. COBRANÇA DE COTAS “CONDOMINIAIS”. CONDOMÍNIO ATÍPICO OU DE FATO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA LEGAL E DA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO (ARTIGO 50, II E XX). Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei, não podendo ser compelido a se associar a entidade privada. Associação de moradores não tem nenhum direito de crédito em face de morador que não se associou. Serviços de segurança, urbanização, lazer, etc. que cabem ao Poder Público prestar como obrigação constitucional de sua razão de ser. Bem de uso comum do povo. Privatização dos espaços públicos por entidade privada. Imposição de obrigação ao particular de pagar duplamente pelos mesmos serviços, pelo qual já paga através de impostos e taxas. Conhecimento e provimento do recurso. (TJRJ; Ap. Cível 34047/2008, Décima Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Rogério de Oliveira Souza, Julg. 16/09/2008).*

*CIVIL. LOTEAMENTO. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS. O proprietário de lote não está obrigado a concorrer para o custeio de serviços prestados por associação de moradores, se não os solicitou. (STJ; REsp 444.391/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, D.J. 06/10/2003, p. 269.)*

Apresentadas as divergências, podem-se enumerar os principais pontos argumentados. Sintetizam os julgados que admitem às associações de moradores cobrarem dos não associados as despesas que a todos beneficiam, tais como os serviços de segurança, limpeza, organização da atividade comunitária e proteção do meio ambiente, pelas seguintes alegações:

a) embora não seja possível que alguém seja compelido a associar-se, pode a associação cobrar pelos serviços prestados e usufruídos pelo morador;

b) apesar de a associação não ser visualizada como sendo um condomínio “de direito”, regulado pela Lei de Condomínios e Incorporações, ou pelo Código Civil, não se exclui a obrigação de concorrerem os moradores para as despesas realizadas em benefício de todos e que ensejam a valorização das unidades e maior segurança e bem-estar coletivo<sup>16</sup>, sob pena de se caracterizar o enriquecimento sem causa<sup>17</sup>;

c) o art. 1.315 do Código Civil prevê a obrigação de o condômino ou o coproprietário arcar com a sua parte das despesas decorrentes da coisa comum; e,

<sup>16</sup> Conforme relatado pelo Min. Ruy Rosado de Aguiar, “a desobrigação do condômino de contribuir para as despesas comuns levará a duas situações indesejáveis: lançará à conta dos demais a sua cota, o que é injusto, e prejudicará a conservação dos prédios, o que é socialmente inconveniente” (STJ, REsp 169.997/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 28/09/1998, p. 72).

<sup>17</sup> “Um condomínio, ainda que atípico, caracteriza uma comunhão e não se afigura justo, nem jurídico, em tal circunstância, que um participante, aproveitando-se do ‘esforço’ dessa comunhão e beneficiando-se dos serviços e das benfeitorias realizadas e suportadas pelos outros condôminos, dela não participe contributivamente” (STJ, REsp 139.952/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 19/04/1999, p. 134).

d) comprovação de que os serviços prestados confirmam efetivos benefícios aos condôminos, e sejam eficientes<sup>18</sup>.

Enfatizamos ainda a alegação da legitimidade da associação de moradores para o rateio das cotas pela análise do Enunciado nº 89, aprovado na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, em cujos termos “o disposto nos artigos 1.331 a 1.358 do Código Civil aplica-se, no que couber, aos condomínios assemelhados, tais como loteamentos fechados, multipropriedade imobiliária e clubes de campos”. Sublinha J. Franco Nascimento sobre o enunciado:

*“A enumeração enunciada pelo art. 1.331 é meramente exemplificativa, porque o sistema pode ser adotado igualmente às edificações destinadas a garagens, mercados, estações rodoviárias, ‘shopping centers’ e, por extensão, vilas residenciais, loteamentos fechados etc. e até cemitérios particulares com jazigos individuais ou coletivos.”<sup>19</sup>*

Em sentido contrário, os que não admitem a cobrança do rateio das despesas comuns nos condomínios atípicos argumentam:

a) a liberdade de associação consagrada no artigo 5º, incisos XVII e XX da Constituição Federal não autoriza que os moradores de certa localidade sejam compelidos a se associar a determinada associação;

b) a associação não pode ser considerada um “condomínio especial”, máxime quando foi constituída após o loteamento e a aquisição do imóvel pelos interessados;

c) o local de prestação dos serviços configura um bem público, inexistindo vinculação e dever de contribuir, pois particulares não podem se reunir em associação e instituir obrigações compulsórias incidentes sobre não associados; e,

<sup>18</sup> “Para ensejar a cobrança da cota-parte das despesas comuns, na hipótese de condomínio de fato, mister a comprovação de que os serviços são prestados e o réu deles se beneficia” (STJ, REsp 302.538/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, DJe 18/08/2008).

<sup>19</sup> FRANCO, J. Nascimento. *Condomínio*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 14.

d) a obrigatoriedade do pagamento das cotas condominiais está reservada aos condôminos regularmente constituídos, ou seja, ligados a um condomínio “de direito”.

Os tribunais têm decidido, quase que por unanimidade, em sentido favorável à legalidade da cobrança das cotas condominiais nos condomínios de fato. Decisão do Segundo Tribunal de Alçada Cível de São Paulo destaca que “condomínio é situação de fato. Mesmo sem convenção formalizada e registrada, faculta-se a cobrança das despesas realizadas, em prol da situação de fato, entendida por condomínio”<sup>20</sup>. Nessa ordem de ideia, o mesmo tribunal decidiu, “ainda que constituído o condomínio com eventuais irregularidades (infração a posturas municipais), não serviria de escusa para o inadimplemento; são exigíveis as parcelas de custeio dos serviços condominiais que a todos beneficiam, sob pena de enriquecimento ilícito do condômino devedor em desfavor da massa condominial”<sup>21</sup>.

Abundantes julgados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro corroboram a obrigatoriedade dos proprietários e moradores residentes nos condomínios atípicos de ratearem as despesas, tal que

*“comprovada a prestação de serviços organizados e custeados pela associação a todos os proprietários e moradores residentes em localidade específica, até mesmo a seus imóveis agregando maior valor pela existência da referida prestação de serviços, não basta a declaração receptícia de vontade do proprietário, sob a alegação de exercício do direito de desassociação decorrente do art. 5.º, XX, da Constituição, para se excluir do dever de contribuir para o custeio dos serviços, pois a situação de fato conduz à obrigação ‘propter rem’ e ninguém pode se locupletar à custa alheia.”*<sup>22</sup>

<sup>20</sup> 2º TACIV-SP, 3.ª Câmara, Apelação 601.324-00/6, Rel. Des. Aclibes Burgarelli, DJ 11/04/2000.

<sup>21</sup> 2º TACIV-SP, 2.ª Câmara, Apelação 840.966-00/3, Rel. Des. Norival Oliva, DJ 25/04/2004.

<sup>22</sup> TJRJ, 6.ª Câmara, Apelação 2003.001.17927, Rel. Des. Nagib Slaibi Filho, DJ 16/03/2003.

O relator do processo, Desembargador Nagib Slaibi Filho, reforça o exposto invocando a função social da propriedade e o princípio da proporcionalidade, asseverando que

*“a função social da propriedade e dos contratos é uma realidade hoje insculpida no novo Código Civil, e o princípio da socialidade vem se consolidando também na doutrina e na jurisprudência. Se por um lado tem-se o interesse comum de uma associação de moradores em ver a área em que residem seus membros com uma infraestrutura que venha a beneficiar a todos, com iluminação, limpeza e, principalmente, segurança das famílias que ali moram, embora não se configure um condomínio nos termos exatos da lei e não seja ninguém obrigado a associar-se, razoável é que, aplicando-se os princípios da socialidade e da proporcionalidade, prevaleça o interesse do grupo sobre o do particular, que embora, beneficiado também com os serviços organizados e custeados pelo grupo, recusa-se a ratear as despesas decorrentes.”*<sup>23</sup>

Tem sido nítida entre nós, desde o início da década de 90, a compreensão de que o não pagamento das cotas condominiais, oriundas dos condomínios irregulares, formados por associações de moradores com finalidade de organização e prestação de serviços adequados à comunidade, constitui-se obrigação de todos os proprietários ou moradores que são beneficiados, sendo ou não associados, condenando-se diretamente o enriquecimento sem causa. Este tem sido o entendimento majoritário em nossos tribunais a quase duas décadas, conforme pode ser apreciado em entendimentos dos Tribunais de Justiça de São Paulo e Rio de Janeiro, que há tempo já manifestavam:

*“Esse condomínio de fato tem existência real. Presta serviços. Faz despesas. O apelado com os demais criou-o e,*

---

<sup>23</sup> Idem.

*unilateralmente, resolveu abandoná-lo. Ocorre que pela natureza dos serviços que são prestados, é incabível esse repúdio. Não cabe aqui a alegação de infringência do art. 5º, XX da CF. Na hipótese, cuida-se de serviços de uma comunidade da qual o apelado é parte integrante.” (TJRJ, Ap. Cível 7677/93, Segunda Câmara Cível, Des. Rel. Azeredo da Silveira, julg. 26/08/1993).*

**LOTEAMENTO - ADMINISTRAÇÃO - EXERCIDO POR ASSOCIAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS - PROPRIETÁRIO QUE SE NEGA AO PAGAMENTO DE SUA COTA-PARTE POR NÃO SER AFILIADO A ESTA - INADMISSIBILIDADE - PRESTAÇÃO DEVIDA ANTE O EFETIVO APROVEITAMENTO DOS SERVIÇOS PRESTADOS.**

*Em se tratando de loteamento administrado por associação sem fins lucrativos, que se equipara a condomínio, embora a filiação dos proprietários não possa ser impositiva, encontram-se os mesmos legal e moralmente obrigados a contribuir com suas cotas-partes nos gastos rateáveis entre a totalidade dos adquirentes dos terrenos, uma vez que os imóveis dos mesmos são beneficiados pela infraestrutura a cargo da referida associação. (TJSP, Ap. Cível 269.630-2/5, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Francisco de Assis Vasconcellos Pereira da Silva, julg. 10/12/96)*

Em ordem recente, reafirma-se a obrigatoriedade, como acima sustentado, estendendo-se tais razões aos tribunais, em nível nacional, como se pode observar pelos julgados:

**COBRANÇA. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. DESPESAS DA ÁREA COMUM.** *O condomínio de fato é uma situação jurídica reconhecida pela jurisprudência, que impõe aos que nele residem e usufruem dos serviços, o dever de contribuir mensalmente pelas despesas sob pena de se configurar o enriquecimento ilícito. No mesmo sentido, é o verbete 79 da Súmula deste*

*Tribunal de Justiça. Os réus adquiriram propriedade na área abrangida pela associação, usufruindo dos serviços disponibilizados, tais como controle de entrada e saída de veículos de moradores e visitantes, limpeza das ruas e praças que fazem parte da associação e, por tal motivo, devem contribuir com as despesas. (TJRJ, Ap. Cível 2008.001.48941, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, Julg. 07/10/2008) [grifo nosso].*

*AÇÃO DE COBRANÇA- TAXAS CONDOMINIAIS ORDINÁRIAS- CONDOMÍNIO DE FATO - LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM RECONHECIDA - TRÂNSITO EM JULGADO - RESPEITO À COISA JULGADA-COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DO DÉBITO E APROVEITAMENTO PELO CONDÔMINO DAS OBRAS E SERVIÇOS REALIZADOS - COBRANÇA DEVIDA - PROIBIÇÃO DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO É vedada a rediscussão de matérias já transitadas em julgado, como a legitimidade ativa ad causam de condomínio de fato para cobrança de taxas condominiais a ele referentes, devendo ser respeitado o instituto da coisa julgada, da imutabilidade erga omnes da decisão judicial que as reconheceu. Comprovada a origem do débito sub judice, das despesas condominiais ordinárias decorrentes do rateio entre os condôminos de obras e serviços realizados em benefício do condomínio, devido é o seu pagamento, sendo vedado o enriquecimento ilícito de uma das partes. (TJMG; AC 1.0024.02.881189-1/001; Belo Horizonte; Décima Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Luciano Pinto; Julg. 12/04/2007; DJMG 27/04/2007) [grifo nosso].*

*CIVIL. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. CONDOMÍNIO DE FATO. COBRANÇA DE DESPESAS COMUNS. PRINCÍPIO DO NÃO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO. Observância dos princípios da função social da propriedade, da primazia da realidade dos fatos e da boa-fé objetiva. Em respeito ao*

**princípio que veda o enriquecimento sem causa, as associações de moradores podem exigir dos não associados, em igualdade de condições com os associados, que concorram para o custeio dos serviços por elas efetivamente prestados e que sejam do interesse comum dos moradores da localidade. Recurso improcedente. Sentença mantida. (TJ-BA; Rec. 22918-0/2007-1; Segunda Turma Recursal; Rel<sup>a</sup> Juíza Nícia Olga Andrade de Souza Dantas; Julg. 29/04/2008; DJBA 06/05/2008) [grifo nosso].**

**AÇÃO DE COBRANÇA. LOTEAMENTO FECHADO OU ABERTO. Equiparação a condomínio de fato para efeitos de cobrança de contribuição pela associação, formada para administrar os serviços e cobrar os seus custos. O princípio que veda o enriquecimento ilícito ou sem causa deve prevalecer sobre o que garante a liberdade de associação. Cobrança pertinente. Concessão da gratuidade judiciária. Recurso parcialmente provido. (TJ-SP; AC 556.068.4/4; Ac. 2613169; Cotia; Quarta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Maia da Cunha; Julg. 27/03/2008; DJESP 09/06/2008) [grifo nosso].**

Do exposto, verifica-se em estudo jurisprudencial acerca do tema que, após o julgamento da Uniformização de Jurisprudência nº 2004.018.00012, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, realizado em 04 de abril de 2005, que editou a Súmula nº 79, vários tribunais passaram a adotar o mesmo entendimento, conforme apreciado nos julgados acima, que são de datas muito recentes, e todos no sentido da Súmula nº 79, onde em respeito ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, as associações de moradores podem exigir dos não associados, em igualdade de condições com os associados, que concorram para o custeio dos serviços por elas efetivamente prestados e que sejam do interesse comum dos moradores da localidade.

Apesar de condenar o enriquecimento sem causa, o legislador brasileiro não definiu o conceito de “sem (justa) causa”,

talvez consciente das dificuldades que se lhe deparavam e que tornavam inconveniente fixar na lei um conceito necessariamente controvertido<sup>24</sup>.

Diogo Leite de Campos<sup>25</sup>, na tentativa de preencher o conceito de “causa”<sup>26</sup>, distingui-os em três âmbitos: causa da prestação, causa da obrigação (negocial) e causa das restantes deslocações patrimoniais, parecendo-nos enquadrar nesta última, o enriquecimento sem causa dos moradores do condomínio de fato, caso sejam liberados do pagamento das cotas condominiais.

Nas lições de Caio Mário da Silva Pereira a falta de clareza do legislador quanto ao conceito de “causa”, pretende estabelecer que o enriquecimento sem causa se considera:

*“quando falta a causa no momento em que o beneficiado aufere o proveito (recebimento sine causa), e bem assim quando a causa para a retenção venha a faltar posteriormente (causa non secuta) [...]. A noção de causa deve ser entendida como um título jurídico idôneo a justificar o enriquecimento. Na ausência deste título, originária ou superveniente, com presença dos outros requisitos, haverá obrigação de restituir”.*<sup>27</sup>

Acolhendo a tese do enriquecimento sem causa, o Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado acerca da matéria, cuja fundamentação se baseia na circunstância de que a conservação,

<sup>24</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. “O enriquecimento sem causa em Direito Brasileiro”. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2003, p. 10.

<sup>25</sup> Idem, p. 11-12.

<sup>26</sup> José Roberto de Castro Neves, em artigo publicado na *Revista dos Tribunais* sobre o enriquecimento sem causa, afirma que “resta, portanto, afastada a possibilidade de analisar um negócio sem apreciar sua causa. Com efeito, o citado art. 421 do CC/2002 assevera que ‘a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato’. Assim, a causa que encontra amparo no ordenamento jurídico servirá como limite e norte da liberdade de contratar e, em última análise, da própria validade do negócio”. NEVES, José Roberto de Castro. “O enriquecimento sem causa como fonte de obrigações”. In: *Revista dos Tribunais*, ano 95, v. 843. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2006, p. 106.

<sup>27</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira, *op. cit.*, p. 324-325.

manutenção e segurança do loteamento ou condomínio de fato beneficia a todos que ali residem. Como relata a Ministra Nancy Andrighi e o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, respectivamente:

*“O proprietário de lote integrante de loteamento aberto ou fechado, sem condomínio formalmente instituído, cujos moradores constituíram sociedade para prestação de serviços de conservação, limpeza e manutenção, deve contribuir com o valor correspondente ao rateio das despesas daí decorrentes, pois não se afigura justo nem jurídico que se beneficie dos serviços prestados e das benfeitorias realizadas sem a devida contraprestação”.*<sup>28</sup>

*“O proprietário de lote integrante de gleba urbanizada, cujos moradores constituíram associação para prestação de serviços comuns, deve contribuir com o valor que corresponde ao rateio das despesas daí decorrentes, pois não é adequado continue gozando dos benefícios sociais sem a devida contraprestação”.*<sup>29</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, majoritariamente, aderiu à corrente que entende ser exigível a contribuição, mesmo dos moradores não integrantes da associação, com fundamento no princípio que veda o enriquecimento sem causa, sem adentrar na natureza jurídica da obrigação em jogo.<sup>30</sup>

Em fato análogo posicionou-se o Supremo Tribunal Federal, condenando o enriquecimento sem causa:

*“Tendo o embargante adquirido imóvel em condomínio horizontal, em que as contribuições recebidas são integralmente*

<sup>28</sup> STJ, AgRg no REsp 490.419/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 30/06/2003, p. 248.

<sup>29</sup> STJ, REsp 439.661/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 18/11/2002, p. 229.

<sup>30</sup> SÁ, Antônio Carlos de. “A relação jurídica de direito real e a relação jurídica de direito obrigacional. Obrigação *Propter Rem*. O condomínio de fato, irregular ou atípico e a obrigação de rateio das despesas”. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro*, ano III, n. 3, 2002, p. 107.

*revertidas em favor dos condôminos, com a prestação de serviço, inclusive da conservação, cabe a todos o pagamento de sua quota-parte, sob pena de haver enriquecimento ilícito por parte daquele que, sem pagar sua parte, usufrui dos serviços prestados à coletividade. Fazendo a Associação de Moradores 'oferta' de prestação de serviços a todos aqueles que adquiriram imóveis, que é 'aceita', tacitamente, pela usufruição contínua daqueles serviços, que foram instituídos em benefício de toda a coletividade, dá-se entre ambos, o que a doutrina moderna civilista denominou de relação contratual de fato. Não obstante inexistir obrigatoriedade de participação em qualquer associação, seja de que natureza for, em face da regra do art. 5º, XX, da CF/88, todos aqueles que usufruem dos serviços necessários, por ela prestados, devem efetuar a respectiva contraprestação, pagando o respectivo preço (...). Ademais, ainda que se pudesse admitir a existência de uma associações de moradores e não de um condomínio, o art. 5º, XX, da Constituição, não admite enriquecimento ilícito por parte dos associado em detrimento do grupo.*"<sup>31</sup>

Apresenta-se, todavia, posicionamento divergente no Superior Tribunal de Justiça, invocando-se o princípio da livre associação. É o que se aprecia do Recurso Especial n.º 444.931/SP, que, por conseguinte, originou embargos de divergências, resolvidos com o seguinte teor:

**CIVIL. LOTEAMENTO. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS. O proprietário de lote não está obrigado a concorrer para o custeio de serviços prestados por associação de moradores se não os solicitou. Recurso especial conhecido e provido.**<sup>32</sup>

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. TAXAS DE MANUTENÇÃO DO LOTEAMEN-**

<sup>31</sup> STF, RE 340.561/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 01/12/2004).

<sup>32</sup> STJ, REsp 444.931/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 06/10/2003, p. 269.

*TO. IMPOSIÇÃO A QUEM NÃO É ASSOCIADO. IMPOSSIBILIDADE. As taxas de manutenção criadas por associação de moradores, não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo.*<sup>33</sup>

Observamos que as divergências incidem no Superior Tribunal de Justiça em casos ímpares, tal como o ementado acima, advindo de ação declaratória de proprietário de lote localizado em área de condomínio de fato visando a eximir-se da responsabilidade pelo pagamento de encargos condominiais a associação de moradores legalmente constituída posteriormente à aquisição do terreno.

Indaga-se se o proprietário de imóvel que adquiriu a propriedade pelo sistema do loteamento convencional - ou aberto - tem a obrigação de arcar com os encargos condominiais, por associação constituída posteriormente à sua aquisição, ausente a espontaneidade do proprietário em associar-se, mesmo que beneficiário indireto dos serviços ora prestados.<sup>34</sup>

Para socorrer-nos a esta questão, não obstante a polêmica em torno da matéria, com jurisprudência oscilante nos tribunais, a posição mais correta é a que recomenda o exame do caso concreto, ensejando-se preferência ao princípio que veda o enriquecimento ilícito.

<sup>33</sup> STJ, EREsp 444.931/SP, Segunda Seção, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 01/02/2006, p. 427

<sup>34</sup> A mesma indagação é observada por Antônio Carlos de Sá, ao aduzir que “os problemas jurídicos que surgem do condomínio de fato são inúmeros, interessando-nos, neste trabalho, aqueles relativos às despesas geradas por esta estrutura irregular, notadamente as de segurança. O rateio destas despesas deve se dar entre todos os beneficiários, ou seja, todos os moradores daquela rua atendidos por tais serviços. Quando os moradores que constituem este aparente condomínio criam uma associação comunitária, não há a menor dúvida de que os seus integrantes, como associados, terão que arcar com o rateio das despesas utilizadas para a prestação dos serviços objetivados. O problema se dá quando não há esta associação regularmente efetuada, ou quando existe a associação, mas nem todos os moradores se associam. Indaga-se se, juridicamente, seria possível uma associação compulsória”. (SÁ, Antônio Carlos de. “A relação jurídica de direito real e a relação jurídica de direito obrigacional. Obrigação *Propter Rem*. O condomínio de fato, irregular ou atípico e a obrigação de rateio das despesas”. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro*, ano III, n. 3, 2002, p. 105).

Na hipótese acima expressada, do REsp 444.931/SP, verifica-se que o proprietário, num primeiro momento, em análise ampla, não estará enriquecendo, sem justa causa, à custa de outrem, visto que não usufrui dos serviços ali prestados por possuir tão somente lotes vagos, não havendo de se condenar a obrigatoriedade do rateio das cotas condominiais por infração ao princípio que veda o enriquecimento ilícito.

Contudo, como dito, a recomendação se faz diante do caso concreto. Na mesma hipótese, por exemplo, pode a associação de moradores demonstrar que os lotes vagos tiveram avaliação venal imobiliária elevada em virtude dos serviços ora prestados (limpeza, iluminação, segurança) aos associados diretamente, e indiretamente, ao proprietário dos lotes. Conjectura em que será devido o rateio das cotas condominiais no condomínio de fato, mesmo não sendo associado, por beneficiar-se dos serviços, sob pena de enriquecimento sem causa.

Na esteira de pensamento expressada, tem sido o posicionamento, em ordem recente, do Superior Tribunal de Justiça, ao asseverar - em análise de caso semelhante ao hipotético apresentado:

*Não obstante a polêmica em torno da matéria, com jurisprudência oscilante desta corte, a posição mais correta é a que recomenda o exame do caso concreto. Para ensejar a cobrança da cota-parte das despesas comuns, na hipótese de condomínio de fato, mister a comprovação de que os serviços são prestados e o réu deles se beneficia. No caso, o exame dessa matéria significa revolver os substratos fáticos da causa decidida, incidindo, portanto, as Súmulas 5 e 7/STJ.(...) Ressalte-se que, conquanto a Segunda Seção desta Casa tenha traçado orientação no sentido de que “as taxas de manutenção criadas por associação de moradores não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo” (Eresp n. 444.931/SP, Relator para Acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 01.02.2006), a questão deve ser examinada*

*considerando a realidade de cada caso, não havendo como generalizar a tese.*<sup>35</sup>

O exame do caso concreto é recomendável para verificação do enriquecimento sem causa nos condomínios de fato instituídos posteriormente a aquisição de imóveis; situação condominial que nasce após a implantação do loteamento convencional e busca soluções para as condições impostas pela realidade social, meio garantidor do indivíduo de proteger-se diante da inércia do Poder Público em oferecimento dos serviços essenciais.

Nos condomínios de fato ora existentes e que após a sua instituição novos proprietários venham adquirir bens imóveis e firmem compromissos com a associação, não restam dúvidas quanto a obrigatoriedade do pagamento dos encargos condominiais. Corrobora o expressado decisão recente do STJ, relatada pelo Ministro Aldir Passarinho Junior, que conclui:

*“E, aqui, é incontroverso que o autor comprou os imóveis quando já instalada a Associação, e firmou compromisso de dela participar. Pode, é claro, debater, como associado, as verbas, impugnar os excessos, votar e ser votado, fazer propostas com vistas ao aprimoramento dos serviços, até o corte de custos, mas comodamente eximir-se do pagamento pelo que frui não pode, em absoluto”.*<sup>36</sup>

No mesmo sentido, nos casos que interessados viessem a adquirir o lote quando o empreendimento já estivesse fechado,

<sup>35</sup> STJ, REsp 302.538/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 05/08/2008, DJe 18/08/2008.

<sup>36</sup> Ementa: *CIVIL E PROCESSUAL. LOTEAMENTO FECHADO. SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA, LAZER, ADMINISTRAÇÃO E CONSERVAÇÃO PRESTADOS AO PROPRIETÁRIO DOS IMÓVEIS. COMPRA DO LOTE E ADEÇÃO AOS ESTATUTOS. RECUSA AO PAGAMENTO DAS DESPESAS COMUNS. AÇÃO DE COBRANÇA. PROCEDÊNCIA. Procedê a ação de cobrança movida por associação de moradores instituída em loteamento fechado contra titular de lotes que após a aquisição e a adesão aos estatutos, deixa de adimplir com o pagamento das despesas comuns relativas a serviços a ele disponibilizados ou por ele fruídos. (STJ, REsp 443.305/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe 10/03/2008).*

funcionando com os serviços que o caracterizam, caracterizado estaria o enriquecimento sem causa, para Nelson Kojranski:

*“Noutras palavras, se o adquirente resolveu, por sua livre vontade, adquirir lote de um ‘loteamento fechado’, tem prévia e plena ciência de que, obrigatoriamente, deverá suportar o pagamento das despesas decorrentes dos serviços comunitários aí prestados. Identifica-se, aí, além de um ‘dever moral’, a presença de uma obrigação jurídica, na medida em que se verifica um enriquecimento ilícito”.<sup>37</sup>*

Iluminando a problemática da obrigatoriedade de atender ao rateio das cotas no condomínio de fato, assegura a doutrina, em semelhança aos tribunais, em ordem majoritária, a vedação do enriquecimento sem causa. Expõem a juíza Maria Cristina de Brito Lima e o advogado Nei Pinto Batista que:

*“Por essa razão é que a cota imposta pela associação aos moradores não tem a natureza de cota associativa, mas sim de rateio de despesas relativas à prestação desses serviços, devendo, assim, ser atribuída a cada morador, independentemente de ser ou não associado.*

*O fato de ser associado confere, na verdade, um relevo ao morador, que poderá participar da administração da associação, contribuindo com suas experiências pessoais e dando sugestões para melhoria dos serviços prestados à sua coletividade.*

*Convém esclarecer que mesmo o morador não associado pode pretender a prestação de contas da associação, pois faz parte do rateio e isto lhe dá legitimidade para questionar até mesmo eventuais desvios financeiros da associação.”<sup>38</sup>*

<sup>37</sup> KOJRANSKI, Nelson. “Loteamento fechado: problema das despesas comuns”. In: *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 2, n. 3, jan./jul. de 1999, p. 124.

<sup>38</sup> LIMA, Maria Cristina de Brito; BAPTISTA, Nei Pinto. “Loteamento fechado, associação de moradores, imposição do rateio associativo a quem não é associado”. In: *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 10, n. 40, Rio de Janeiro: EMERJ, 2007.

Para Danielle Machado Soares, “à hipótese do condomínio irregular é pela predominância do princípio que condena o enriquecimento sem causa”<sup>39</sup>. Ainda expõe outro fator que influencia na relação de benefício: o mercado imobiliário. Assim, “um imóvel situado em um condomínio, ainda que de fato, tem o seu valor comercial valorizado. O locupletamento vai existir, pois os demais moradores irão arcar com o *status* que a propriedade assumirá em razão do mercado”<sup>40</sup>.

Guilherme Magalhães Martins, após empregar a técnica de ponderação de interesses no conflito entre os princípios da vedação do enriquecimento sem causa e da liberdade de associação, entende que a vedação do enriquecimento sem causa encontra esteio “no princípio constitucional da solidariedade, a traduzir a expressão mais profunda da solidariedade que caracteriza a pessoa humana, impondo a todos um dever jurídico de respeito, de âmbito coletivo, cujo objetivo visa a beneficiar a sociedade como um todo”<sup>41</sup>.

Investigando a doutrina, Carlos Maluf e Márcio Marques chegam a seguinte conclusão:

*“Tem sido invocado nessa hipótese o princípio do enriquecimento sem causa, pois sempre que o proprietário adentrar ao loteamento já vai deparar com as benfeitorias introduzidas e o sistema de administração implantado; portanto, como inegavelmente vai o proprietário beneficiar-se das melhorias implantadas pela comunidade, deve com esta contribuir.”*<sup>42</sup>

Contrapondo os que entendem que não deveriam ratear as despesas com a conservação dos bens e a manutenção dos serviços

<sup>39</sup> SOARES, Danielle Machado, *op. cit.*, p. 101.

<sup>40</sup> *Idem*, p. 102.

<sup>41</sup> MARTINS, Guilherme Magalhães. “Condomínio de fato ou irregular: legitimidade da cobrança da contribuição pela associação de moradores”. *In: Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, n. 41, Rio de Janeiro: EMERJ, 2008, p. 162-167.

<sup>42</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus; MARQUES, Márcio Antero. *O Condomínio Edifício no novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 145.

prestados, arrazoa Marcos Fedozzi, invocando princípios do direito civil - primordialmente invocados por Miguel Reale<sup>43</sup>:

*“Que isso não pode ser visto como algo ético, ou seja, de acordo com a boa-fé objetiva, um dos nortes do novo Código Civil, pois, mesmo no caso desse condomínio atípico, há uma comunhão de esforços para melhorar a vida de todos os seus participantes, não sendo justo que um comunheiro aproveite-se do sacrifício dos demais, sem contribuir com nada.”*<sup>44</sup>

Leonardo Mattietto, com propriedade, em excelente artigo publicado na **Revista Trimestral de Direito Civil**, após caracterizar o instituto do condomínio e julgados do Superior Tribunal de Justiça, destaca:

*“Descobre-se, com muita clareza, que o princípio que veda o enriquecimento sem causa tem inspirado os julgadores a efetuar uma ponderação, em contraste com a liberdade associativa (Constituição de 1988, art. 5º, XX). Aquele princípio, ao qual se reconhece matriz igualmente constitucional, tem sido o fundamento da jurisprudência a determinar que os integrantes do condomínio de fato, ainda que não sejam associados, paguem as contribuições necessárias para manter o ente coletivo.”*<sup>45</sup>

E complementa que é certo, por outro lado, que não será justo que a associação imponha a quem a ela não se associou, ou até mesmo aos associados, despesas exorbitantes, supérfluas ou que não sejam voltadas ao proveito dos integrantes do condomínio.

<sup>43</sup> REALE, Miguel. “Visão Geral do Novo Código Civil”. Anais do EMERJ Debate o Novo Código Civil. Rio de Janeiro: EMERJ, 2002, p. 38-44.

<sup>44</sup> FEDOZZI, Marcos Eduardo Goiana. Condomínio Edifício no Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 37.

<sup>45</sup> MATTIETTO, Leonardo. “O Condomínio de Fato no Direito Brasileiro Contemporâneo”. In: Revista Trimestral de Direito Civil, v. 29. Rio de Janeiro: Padma, jan./mar. 2007, p. 255.

nio de fato.<sup>46</sup> Aplicando, assim, o critério do rateio, “com razão, segundo a quantidade de uso das coisas comuns, desse rateio excluídas, conseqüentemente, as unidades que não puderem, em virtude de sua localização ou por qualquer motivo, utilizar as partes e equipamentos comuns”<sup>47</sup>.

José Luiz Pimentel Batista, em dissertação de mestrado sobre o rateio das cotas no condomínio de fato, defendida junto à Faculdade de Direito de Campos, orientado pelo Professor Gustavo Tepedino, exemplifica acerca do critério do rateio:

*“O que se propõe é apontar o sentido da análise, individualizada, de quais serviços podem ser fracionados, sem que se gere o indesejado enriquecimento sem causa. Assim, por exemplo, se certo militar aduz não precisar da cancela e dos serviços de vigilância e segurança, pois sustenta serem desnecessários e que ele próprio faria a sua segurança, tais assertivas não podem prosperar, na medida em que não há como fracionar a prestação de segurança. A prevenção da criminalidade, com as providências relacionadas à segurança, irá beneficiar o citado cidadão, que deverá contribuir com o rateio dessas despesas, sob pena de locupletar-se sem causa em relação aos demais partícipes do condomínio de fato. Em outro prisma, se o condomínio de fato constrói uma sala de musculação e algum condômino não quiser utilizá-la, pois é avesso a exercícios, ou por ter outra bem mais equipada em sua residência, raciocínio que pode ser usado também para a piscina, quadra de esportes e sauna, não há como se afirmar que tais serviços beneficiariam, de qualquer forma, tal pessoa, pois divisíveis. Restaria configurado que certa unidade não teria direito à utilização desses serviços, sem que se diga estar presente o enriquecimento sem causa.”<sup>48</sup>*

---

<sup>46</sup> Idem.

<sup>47</sup> FRANCO, J. Nascimento, *op. cit.*, p. 285.

<sup>48</sup> BATISTA, José Luiz Pimentel. “O rateio das cotas no condomínio de fato”, 2002. 99f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Campos: Campos dos Goytacazes, 2002.

Ainda quanto ao critério para se ratear as despesas nos condomínios atípicos e quais serviços e despesas incidirão no respectivo rateio, verifica-se, à guisa de ilustração, a decisão pioneira da Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>49</sup>, que ponderou sobre a tarifa sobre iluminação de acessos ao interior de condomínios, de fato, residencial ou já incidente em taxa pública. A Desembargadora avaliou que, embora formalmente se trate de loteamento, trata-se de condomínio de fato, com ingresso permitido somente aos moradores e visitantes autorizados. Sendo assim, o consumo correspondente à iluminação das áreas de acesso interior ao condomínio é de responsabilidade dos moradores, incidindo cobrança de tarifa residencial. Reconheceu-se, assim, pela 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a tarifa lançada pela Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE), em ação de cobrança contra “Atlântida Lagos Park”.

Na aludida ação, o condomínio sustentou que a energia cobrada referente às áreas públicas seria de responsabilidade do Município, por se tratar de loteamento. A Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro, por outro lado, com retidão, avaliou que, embora formalmente se trate de loteamento, trata-se de condomínio de fato, com ingresso permitido somente aos moradores e visitantes autorizados. “Portanto, não é o sistema de vias internas bem público de uso comum do povo”, considerou a magistrada, concluindo pela impossibilidade de se aplicar tarifa de iluminação pública, diferenciada por se destinar ao fornecimento de locais públicos de acesso irrestrito. Tal é a ementa:

***APELAÇÃO CÍVEL. ENERGIA ELÉTRICA. CEEE. AÇÃO DE COBRANÇA. LOTEAMENTO OU CONDOMÍNIO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA OU TARIFA RESIDENCIAL.***

<sup>49</sup> TJRS, Ap. Cível n.º 70016870701, Vigésima Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro, julg. 04/10/2006.

*I - A responsabilidade pelo consumo de energia elétrica decorrente da iluminação das áreas de acesso interior aos condomínios (de fato) residenciais horizontais é dos respectivos condôminos, incidindo tarifa residencial.*

Julgado este que conota as diversas implicações e desdobramentos oriundos do condomínio de fato, inclusive quanto às responsabilidades e aos encargos inerentes a esta útil modalidade condominial, das quais os moradores não podem se escusar.

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em linhas conclusivas, diante da efetiva disponibilidade e fruição dos serviços prestados pela associação de moradores, pode ser entendido como obrigatório para os integrantes do condomínio de fato, mesmo que não sejam associados, o pagamento das contribuições referentes às despesas comuns, vedando-se o enriquecimento sem causa.

Entende-se também que deve ser efetuado o exame de casos concretos, pois é recomendável e detalhista a verificação do enriquecimento sem causa em situações onde o condomínio de fato foi instituído posteriormente à aquisição de imóveis por determinado morador. Notável que a identificação do enriquecimento sem causa pressupõe a demonstração dos serviços prestados, o seu custo para a associação e a prova de que foram eles revestidos em benefício do não associado.

Vislumbra-se que a hipótese do condomínio de fato é pela predominância do princípio que condena o enriquecimento sem causa, arraçoada a atualidade majoritária da doutrina e jurisprudência. 

# O Processo Civil Francês

Luiz Guilherme Marques

*Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Juiz de Fora - MG.*

Um bom Direito deve ser simples e compreensível por todos.  
(Hervé Croze)

## 1. INTRODUÇÃO

No Brasil, por influência da doutrina italiana, surgiu a febre do processualismo, gerando reformas legislativas e uma doutrina que supervalorizou o Direito Processual, transformando os processos comuns do foro em verdadeira luta entre os advogados à procura de nulidades, fazendo vencedores muitas das vezes aqueles mais sagazes em detrimento das partes que verdadeiramente mereciam vencer as demandas. A chicana venceu muitos processos e as chamadas “preliminares” superaram o “mérito”.

Felizmente, essa onda de processualismo vem se assereando no Brasil depois de já ultrapassada na Europa, inclusive na própria Itália, agora por influência de processualistas como Mauro Cappelletti, preocupado com a “instrumentalidade” do processo, o “acesso à justiça” e a “efetividade do processo”.

Escrevemos este breve estudo com a finalidade de ajudar a mudar essa mentalidade brasileira, citando o exemplo francês, que, pode-se dizer, sempre foi voltado muito mais para o procedimentalismo que para o processualismo, com melhores resultados práticos para os jurisdicionados que os nossos.

Destacamos como um dos representantes da modernização do Processo Civil brasileiro o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sálvio de Figueiredo Teixeira, que, aliás, além das suas mediações particulares, pesquisa as modernas tendências do Direito europeu e do norte-americano, com proveito para nós brasileiros.

Carlos Ferreira de Almeida, em **Introdução ao Direito Comparado**, Almedina, 1998, p. 72/74, apresenta um perfil geral do Direito francês, aplicando-se ao Processo Civil as seguintes observações: 1 - Primazia do direito substantivo sobre o direito processual (pelo menos, no discurso jurídico oficial); o direito de ação como meio de efetivação de direitos subjetivos. 2 - Distinção entre direito público e direito privado; a subdivisão do direito objetivo e da ciência jurídica em ramos de direito. 3 - Competência legislativa distribuída entre as instituições parlamentares e as governamentais. 4 - Primado da lei, tanto no plano hierárquico como no da sua importância relativa, enquanto fonte de direito aplicável a todas as áreas jurídicas. 5 - Concentração de uma parte significativa das regras legais em códigos, organizados de modo sistemático e segundo critérios doutrinários. 6 - Declínio da importância do costume. 7 - Contraste entre o discurso dominante e oficial, que recusa à jurisprudência o valor de fonte de criação normativa, e a sua efetiva importância enquanto meio de conhecimento e de evolução do direito. 8 - Influência da doutrina na construção e compreensão dos sistemas jurídicos, nas reformas legislativas e, em diferentes graus, no modo de aplicação do direito. 9 - Utilização, na interpretação da lei, de um pluralismo metodológico em que, segundo combinações variáveis, são atendíveis os elementos literal, teleológico, sistemático e histórico. 10 - Aplicação analógica como meio privilegiado de integração de lacunas da lei. 11 - Organização judiciária ordinária ou comum hierarquizada três níveis; tribunais de 1ª e de 2ª instância dispersos no território; tribunal supremo vocacionado para a uniformização da jurisprudência. 12 - Formação universitária em direito como requisito geralmente exigido para o exercício de profissões jurídicas superiores (magistraturas e advocacia). 13 - Dualidade de magistraturas - judicial e do Ministério Público - compostas na sua quase totalidade por magistrados integrados em carreiras profissionais. 14 - Tendencial unidade da profissão de advogado, a quem incumbe o patrocínio judiciário e o aconselhamento jurídico dos clientes.

Na França, o Processo Civil é considerado pela maioria dos aplicadores do Direito como inferior ao Direito material, a maioria

não o tratando como Direito Processual Civil. É um ramo do Direito Privado. As regras processuais são objeto de decretos e não de leis, portanto, de competência do Poder Executivo. Diz Christophe Ricour: “O Processo Civil não apaixona os cidadãos. É um fato. Ele não apaixona nem os políticos nem a imprensa.” (**La réforme du code de procédure civile autour du rapport Coulon**, Loïc Cadiet et alli, Dalloz, 1997, p. 6)

Trata o processo Civil francês de regras objetivas e funcionais, despreocupadas com o tecnicismo e visando sobretudo ao “acesso à justiça” e à “efetividade do processo”. Essas e outras peculiaridades veremos no correr deste trabalho.

Para efeito de compreensão mais fácil, tomaremos como referência, só para introduzir o leitor no espírito do Processo Civil daquele país, o rito comum diante de um Tribunal de Grande Instância (que é a regra), de formação colegiada. Assim, verificado se um litígio é da competência desse (sabendo-se, no entanto, que ele é somente um dos vários tipos de órgãos jurisdicionais de 1ª instância - v. a respeito nosso livro **A Justiça da França**), o presidente do Tribunal de Grande Instância (TGI) distribui o processo para uma das câmaras; o processo começa com a citação do réu; este último remete sua defesa e provas documentais ao autor pelo correio; o juiz presidente da câmara verifica se o processo é complexo; caso o seja, designa um dos juízes da câmara como juiz da instrução; caso não seja complexo, o presidente da câmara determina que o processo siga um dos dois circuitos: ultra curto ou curto (que serão vistos no item próprio); o juiz da instrução conduz a coleta de provas e, entendendo estar bem instruído o feito, decide pelo encerramento da instrução; indo o processo para o colegiado (câmara), é designada audiência de debates orais; ao final dos debates, o colegiado se reúne em sessão secreta para julgar, já ficando marcada a data para a audiência de leitura da sentença; essa audiência de leitura da sentença é pública ou acontece em segredo de justiça, de acordo com o tipo de processo.

Há variantes e exceções a essa regra, que o leitor verificará no correr do texto. A proposta deste estudo não é esgotar o tema

Processo Civil, mas simplesmente mostrar para os estudiosos do Direito Processual de língua portuguesa algumas peculiaridades do Processo Civil francês.

## 2. NOTAS HISTÓRICAS

Para efeitos didáticos, dividiremos a história do Processo Civil em 4 tempos: a) o período anterior à Ordenança de 1667; b) o período que vai da Ordenança até o Código de Processo Civil de 1806; c) o período que intermedeia 1806 e 1975 (considerada a data do NCPC - Novo Código de Processo Civil). Loïc Cadiet, em **Droit Judiciaire Privé**, Litec, 1998, considera, entretanto, somente dois momentos importantes na história do Processo Civil francês: 1806, com a edição do Código de Processo Civil e a década de 1970, com a edição dos quatro decretos que formaram o Novo Código de Processo Civil (**Nouveau Code de Procédure Civile**, conhecido como NCPC).

R. C. van Caenegem, em **Uma Introdução Histórica ao Direito Privado**, Martins Fontes, 1995, p. 42/45, diz sobre os “*coutumiers*” franceses da Idade Média: “A mais célebre das obras consuetudinárias francesas (*coutumiers*) do século XIII é a de Philippe de Beaumanoir, a **Coutumes de Beauvaisis**, escrita por volta de 1279-83. O autor, um membro dos tribunais reais, era antes de tudo um praticante, mas provavelmente possuía formação universitária. Sua clara e informada avaliação aborda tanto o direito consuetudinário de Beauvaisis quanto os costumes de Vermandois e de Paris. Ele também examina a jurisprudência, em particular as do Parlamento de Paris, e o direito erudito, tanto romano quanto canônico. Beaumanoir foi o iniciador de um gênero, e sua tentativa de formular e sistematizar ao mesmo tempo as normas consuetudinárias foi muito bem-sucedida. Sua obra foi escrita em francês e podia ser usada na prática jurídica cotidiana. Ela ajudou a divulgar a terminologia, os princípios e a doutrina jurídica do direito erudito junto a um vasto público.

Duas outras obras importantes sobre o costume surgiram no fim do século XIV. A primeira tratava essencialmente do “*Coutume de Paris*”, e a segunda do direito consuetudinário do Norte.

Jacques d'Ableiges, que era o bailio do rei em várias regiões, foi o autor de uma, concluída por volta de 1388, conhecida como **Grand Coutumier de France**. O título, dado em época mais recente, é equivocado: d'Ableiges não aborda o direito consuetudinário francês em geral (a variedade de costumes fazia com que isso fosse impossível), mas sim com o “*Coutume de Paris*” e das áreas circunvizinhas, que iria mais tarde desempenhar um papel importante na formação do direito comum francês. Suas fontes eram a jurisprudência do Châtelet (tribunal de primeira instância de Paris) e a do Parlamento de Paris, mas também versava sobre sua própria experiência jurídica. Sua obra exerceu uma grande influência.

Jean Boutillier era também um grande agente do rei, exercendo sua função, entre outros lugares, em Tournai, na época um burgo real francês, como conselheiro e magistrado. Sua **Somme Rurale**”, que data provavelmente de 1393-6, foi concebida como um exame das leis consuetudinárias do Norte da França, e, ao mesmo tempo, como uma introdução ao direito erudito, destinada ao leitor comum, sem formação universitária. A intenção do autor de escrever uma obra de popularização já está implícita no título **Somme Rurale**, que sugere uma obra geral acessível ao público de origem rural. O fato de o livro ter sido escrito em francês coloca-o num lugar à parte entre os tratados eruditos da época, nos quais o uso do latim era de rigor.

Boutillier usou as fontes do direito romano e do canônico, e também a jurisprudência com a qual estava familiarizado, não apenas por causa de sua própria experiência como ainda pelas consultas feitas aos registros dos tribunais superiores de justiça, em particular o Parlamento de Paris. Essa introdução ao direito erudito em vernáculo mostrou-se útil e popular. Como o direito consuetudinário examinado na obra de Boutillier estava próximo do dos Países Baixos, não é de surpreender que ela tenha alcançado sucesso também aí, e tenha sido logo impressa e, pouco depois, traduzida para o holandês.”

Falando sobre os comentadores franceses da época moderna, diz: “No século XVI a tradição dos “*coutumiers*” continuou. Atingiu

seu ponto mais alto com a obra de Charles Du Moulin (+ 1566), o mais eminente comentador erudito do direito consuetudinário francês. Du Moulin era especialista em direito romano, ao qual consagrou várias obras originais que atestam sua qualidade como romanista. Mas seus principais estudos foram dedicados ao direito consuetudinário; seu grande projeto era desenvolver os princípios do “*Coutume de Paris*” e chegar a uma unificação do direito consuetudinário francês.

O significado da opção fundamental de Du Moulin só pode ser avaliado quando se consideram as relações entre o direito consuetudinário e *ius commune* em outros países no mesmo período. A Alemanha e a Escócia haviam optado pela introdução do direito erudito. Em princípio, esta solução deveria trazer as mesmas vantagens para a França, pois a técnica jurídica do direito erudito era sem dúvida superior à do direito consuetudinário e, nos territórios meridionais do reino, o direito escrito era amplamente usado. Du Moulin, no entanto, opôs-se à adoção do direito romano como direito comum da França, pois estava convencido da necessidade de um direito francês unificado e pretendia basear tal unificação nos estatutos e costumes do reino.

O direito comum francês devia ser constituído não com base no direito erudito (o *ius commune* europeu), mas no acervo comum de costumes franceses: “*consuetudines nostrae sunt ius commune*” (uma frase de seu *De feudis*, de 1539). As reservas de Du Moulin em relação ao direito romano eram essencialmente políticas: o direito romano era o direito “imperial” e, na época de Du Moulin, o Sacro Império Romano dos Habsburgos era o mais temível inimigo da França. A essa objeção de princípio, acrescentavam-se outras objeções jurídicas: os costumes eram confessadamente imperfeitos, mas o próprio direito romano não podia reivindicar a perfeição.

A obra da escola humanista tornara possível ver que o *Corpus iuris* era o produto da história humana, e agora os juristas estavam conscientes de seus defeitos. Os humanistas eruditos tinham também mostrado o quanto ele era mal-entendido pelos comentadores medievais, cuja autoridade era ainda altamente aceita no

século XVI. Budé fez uma lista desses erros de interpretação no seu **Annotationes in XXIV libros Pandectarum** (1508). Donellus (+1591) em seu **Commentarii de iuri civili** de 1589-90, chegou a expressar sérias reservas em relação à qualidade das compilações de Justiniano. E se o direito romano não era a expressão perfeita, intrinsecamente superior, da razão universal, por que deveria a herança do direito francês ser sacrificada por sua causa?

Outro jurista francês, François Hotman (+1590), huguenote e adversário do absolutismo, também se exprimiu no mesmo sentido. Seu **Anti Tribonianum sive dissertatio de studio legum**, de 1567, é ao mesmo tempo um ataque virulento ao direito romano e um arrazoado em favor da unificação do direito francês, baseado nos costumes nacionais, estudado com a exatidão do jurista erudito e enriquecido pela doutrina jurídica medieval. A principal obra de Du Moulin foi seu comentário sobre o **Coutume de Paris**. O texto do “*Coutume*” fora publicado em 1510, e a importância da obra de Du Moulin está ilustrada pelo fato de que as principais modificações e correções feitas na época da “reforma” do “*Coutume*” derivaram de seu comentário crítico. Du Moulin escreveu também **Notae solennes** (1557) sobre o costume de Paris e de outros lugares. Ele sempre conservou a esperança na unificação do direito consuetudinário francês, algo que nunca se realizou.

Entre outros renomados comentadores eruditos dos costumes franceses, devemos mencionar Bernard d’Argentré (+1590), comentador do costume da Bretanha; Guy Coquilli (+1603), que comentou o costume de Nivernais e escreveu uma **Institution au droit des Français** (1607), em que expunha os princípios gerais do direito francês; e Antoine Loisel (+1617), autor do mais influente **Institutes coutumières**. Loisel tentou separar e ordenar sistematicamente os temas e os elementos comuns aos vários costumes e, com essa finalidade, referiu-se principalmente ao **Coutume de Paris**. Se a obra desses autores sobre os costumes ilustra quanto progresso fora feito desde os primeiros esboços e projetos do século XIII, mostra também como foi grande a contribuição dada à literatura consuetudinária através dos séculos, pela erudição baseada no *Corpus iuris*.

Diz José Carlos de Matos Peixoto, em **Curso de Direito Romano**, tomo I, Renovar, 4ª edição, p. 161/162: “França. Neste país a legislação justiniânea somente foi conhecida no século XII, exceto o Epítome das Novelas de Juliano (n. 75, I), que o foi no século IX. Antes disso, seguia-se, além do direito clássico, o Código Teodosiano, que era a legislação em vigor ao tempo em que a Gália se separou do Império Romano. Aliás, a legislação romana não se aplicava a todo o território da antiga França, que, desde o século VI aos princípios do século XIX, se dividia, quanto ao direito vigente no país, em duas regiões: região do direito costumeiro, fortemente impregnado do elemento germânico, ao norte, e região do direito escrito ou romano, ao sul. Tem-se dito que essas regiões eram delimitadas pelo curso do Loire, mas na realidade a região do direito costumeiro avançava ao sul desse rio, podendo-se, grosso modo, separá-la da outra por uma linha que, partindo da extremidade sul do franco-Condado, nas vizinhanças de Genebra, se prolongasse até a embocadura do Charenta, no Atlântico.

A região do direito costumeiro compreendia cerca de três quintos da França; os outros dois quintos formavam a região do direito escrito, aliás acrescida em 1648 com a anexação da Alsácia pelo Tratado de Vestfália. A origem desta divisão do território francês tem causas históricas. Os romanos conquistaram e latinizaram o sul da Gália mais cedo do que as outras partes; além disso, os bárbaros que depois ocuparam esta região foram os visigodos e os burgúndios, já meio romanizados. Era, pois, natural, que aí se enraizasse mais profundamente o direito romano. Por outro lado, os francos, provenientes da Germânia, apesar de terem conquistado toda a Gália, quase ocuparam somente o norte dela; e, como conservaram melhor que outras nações bárbaras os seus costumes primitivos, nessa parte persistiu mais tenazmente o direito costumeiro; entretanto, aí mesmo o direito romano era admitido como subsidiário.

A fisionomia jurídica das duas regiões da França era, pois, bem diferente desde o século VI: o sul era romano; o norte, quase germânico. Esse *regímen* perdurou em linhas gerais até a data em que começaram a vigorar as trinta e seis leis reunidas,

sob o título de Código Civil dos Franceses, pela lei de 21 de março de 1804, cujo artigo 7 ab-rogou desde aquela data as leis romanas, os costumes, ordenações e estatutos concernentes à matéria regulada no dito código. Mais adiante, no seu livro, o referido autor, tratando dos glosadores, destaca a figura de Placentin, que “fundou a escola de direito de Montpellier, a primeira da França, e entre outras obras escreveu, com espírito científico e profundo conhecimento das fontes, um *Summa* do Código e outro das Institutas”. (p. 174). Em passagem subsequente, já tratando dos pós-glosadores, fala em Jacques de Revigny, “professor da escola de direito de Orléans, foi o primeiro a aplicar o novo método. Dialético sutil e espírito independente, rebela-se contra a autoridade da Glosa e do *Corpus Civilis*” (p. 179). Posteriormente, surge a chamada escola culta ou elegante, que, “no século XVI começa nova era para o estudo do direito romano” (p. 182), dizendo o ilustre autor, linhas adiante, que: “O mais ilustre representante dessa escola é o jurisconsulto francês Cujácio (1522-1590), que lecionou principalmente em Bourges e Valença e cujo nome, no dizer de Rivier, domina a ciência jurídica da Renascença”.

Antônio M. Hespanha, em **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia**, Publicações Europa-América, 1997, p. 86, destaca a contribuição do Direito Canônico “em matéria processual, na promoção da composição amigável e da arbitragem”. Moacyr Amaral Santos, em **Direito Processual Civil**, volume I, Max Limonad Editor, 1965, p. 70/71, fala do Processo Civil francês como quem colheu informações de fontes distantes: Da península itálica o processo comum, ou romano-canônico, expandiu-se, paulatinamente, pelos mais diversos países da Europa.

Não tardou, nem foi das mais difíceis a penetração desse Direito em França. Aí, aliás, o Direito romano se mantivera vigente, sem embargo das invasões, em vastas regiões do sul do país (*patria iuris scripti*), onde, na Universidade de Montpellier, um dos mais ilustres glosadores, discípulos de Irnério, Placentino, já no século XII, lecionava aquela disciplina. Mesmo nas regiões do norte (*patria iuris consuetudinari*), que se regiam pelo Direito

germânico, estranhas não eram as instituições processuais romanas, principalmente porque de aplicação nos tribunais da Igreja.

Conquanto as duas tendências, romana e germânica, disputassem o predomínio, a política de concentração dos poderes nas mãos do rei, pela submissão dos senhores feudais, em proveito da unidade do país, conferia ao Parlamento de Paris a função de órgão central da jurisdição. E nessa função o Parlamento, vagarosa, mas com firmeza, foi instituindo um processo próprio, na substância romano-canônico, mas impregnado de elementos germânicos. Como base no processo assim formado foram surgindo as ordenanças régias a partir do século XIV, a mais importante das quais, a Ordenança Civil de Luís XIV, de 1667, iria fornecer as linhas-mestras do Código de Processo Civil francês, de 1806, o qual, embora com não poucas modificações, ainda vige em França. Abolindo solenidades e formalidades inúteis do processo romano-canônico, o Processo Civil francês se pauta pela simplicidade, pela oralidade e publicidade dos atos, pelo princípio dispositivo acomodado ao papel preponderante do juiz, como órgão do Estado, especialmente na admissão e produção das provas, por ele livremente apreciadas.

Condensando, na sua época, a mais perfeita sistematização das leis processuais, e também porque amparado no prestígio napoleônico, o Código de Processo Civil francês serviu de modelo aos da Bélgica, da Holanda, da Grécia, da Rússia, e de outros povos, ou de fonte aos de outros, como o da Itália, de 1865, influenciando mesmo sobre o Processo alemão.

Marcel Planiol, no seu *Traité Élémentaire de Droit Civil*, Librairie Cotillon, 1904, p. 21, diz da Ordenança de 1667: “Obra de Colbert. Sob Louis XIV, houve uma tentativa mais séria de codificação. Colbert havia certamente concebido esse projeto e ele fez chegar suas idéias ao rei. Nomeou-se uma Comissão composta exclusivamente de Conselheiros de Estado e de operadores do Direito, que Louis XIV presidiu algumas vezes pessoalmente. Louis XIV e Colbert, que não tinham simpatia pelo Parlamento de Paris, o haviam cuidadosamente mantido afastado dos seus trabalhos, mas os comentários chegaram até os magistrados, estes encarregaram

seu presidente, Guillaume de Lamoignon, de levar ao rei um projeto semelhante fingindo ignorar o que estava em andamento; a magistratura se fez assim associar à preparação das Ordenanças.

A primeira reunião teve lugar no Louvre em 25 de setembro de 1665. Foi desses trabalhos que surgiram as grandes Ordenanças de Colbert, que são verdadeiros Códigos, [...] essas Ordenanças são as seguintes: Ordenança de abril de 1667, dita “*Code Louis*” ou “*ordonnance civile*”, algumas vezes “*Code civil*”, mas que trata unicamente do Processo Civil...

Loïc Cadiet, p. 26/30, traça, de forma objetiva e com grande conhecimento do assunto, toda a evolução do Processo Civil francês até chegar à época pouco anterior à edição do NCPC (**Nouveau Code de Procédure Civile**): “A época da antiga codificação não se reduz a alguns anos ou decênios próximos a 1806. O ano da promulgação do Código de Processo Civil é simbólico, certamente. Mas essa codificação não é o fruto de uma geração espontânea e certas disposições do Código de 1806 estão ainda em vigor. É necessário então apresentar a gênese desse Código, no período anterior a 1806, antes de se perquirir sobre seu destino, no período posterior a 1806.

O período anterior a 1806 não forma um bloco único, sem dúvida. Com o amadurecimento do antigo Direito sucederam os sobressaltos do Direito intermediário. No curso do Antigo Regime, o Processo Civil conheceu uma longa e lenta evolução “cujas marcas revelam tanto as marcas da História”. Descubrem-se aí os traços das influências franca, feudal e romano-canônica, desde (sobretudo) o selo real da política centralizadora dos Capetos em geral, desde Philippe Auguste que “institui” a Justiça, e de Louis XIV em particular, que deu à França seus primeiros Códigos: a Justiça é um atributo da soberania. A justiça se constrói com o Estado; a história do Processo Civil participa plenamente, dessa forma, da história do Direito Público. Certos traços do antigo Direito Judiciário são a origem direta do Direito Judiciário moderno.

Notadamente, é ao Processo Canônico que se deve o sistema de provas legais, com o recurso aos procedimentos de interrogatórios que se substituem aos duelos judiciais do período feudal

e que suscita o desenvolvimento de um procedimento escrito que coexistirá com o procedimento oral, acusatório e consagrando o contraditório herdados dos períodos franco e feudal. No curso do Antigo Regime, a política judiciária da realeza terá como principal objetivo racionalizar o procedimento melhorando o desenrolar da ação e reduzindo seu custo, considerado oneroso demais pelos jurisdicionados. A criação dos Tribunais do Comércio é uma bela demonstração disso. É necessário mais particularmente sublinhar a importância durável que teve sobre a evolução posterior da matéria a Grande Ordenança real de 1667 sobre o Processo Civil. Realizada por Colbert, que associou o Parlamento (Tribunal de 2ª Instância) de Paris e seu presidente, Lamoignon, somente à última etapa dos trabalhos da comissão instituída por ele, essa Ordenança constitui, verdadeiramente, uma primeira codificação do Processo Civil, ordenado segundo um plano lógico a partir do procedimento de ação, desde seu início pelo ajuizamento até a execução das sentenças, na qual se baseará largamente o legislador napoleônico. A influência, todavia, por importante que seja, não deve ser exagerada.

O Direito pós-revolucionário não reproduziu todas as soluções do antigo Direito. Numa parte importante, ele se formou mesmo em oposição ao antigo Direito do qual ele repudiou certos princípios ou certas práticas. Sonha-se seguramente com uma Justiça única e pública que o Direito moderno substituiu em detrimento das múltiplas Justanças, senão privadas, pelo menos vendáveis que caracterizavam a (des)ordem judiciária do Antigo Regime. Mas é necessário lembrar-se também da muito viva reação face aos Paramentos do Antigo regime, de sua famosa equidade e do perigo que representava seu poder político. O Direito Judiciário pós-revolucionário foi muito largamente elaborado com um espírito de desconfiança contra os juizes. Certos artigos do Código Civil testemunham isso e esses estigmas hipotecam ainda o debate contemporâneo sobre a autoridade da instituição judiciária. Antes de ser consagrada nos Códigos napoleônicos, essa reação se fará sentir desde o começo da Revolução. A Revolução, sabe-se, tem limites imprecisos. Faz-se ela partir da Bastilha, quando seria mais cor-

reto fazê-la começar com a Constituinte; faz-se ela terminar com Napoleão, pelo menos para os juristas. Para estes últimos, com efeito, o Direito intermediário se inicia com as reformas de 1790 e acaba com as codificações napoleônicas que prendem o episódio revolucionário e seus múltiplos sobressaltos.

Do ponto de vista do Direito Judiciário essa cronologia é particularmente utópica, pois que, se tem, de um lado, o Decreto de 16 e 24 de agosto de 1790 sobre a organização judiciária e, de outro, o Código de Processo Civil adotado em 1806. Se se quer medir a influência do direito intermediário na história do Direito Judiciário, convém sublinhar que o decreto de 1790 rompe muito mais com o antigo direito do que o Código de 1806. Mesmo se um grande número de inovações revolucionárias terão durado apenas um tempo (a eleição dos juízes e o apelo circular, de 1790 ao ano VIII, a arbitragem obrigatória de 1790 ao ano IV, ver a supressão dos “*avoués*” e do procedimento, do ano II ao ano VIII), a Revolução atingiu ainda a organização judiciária com regras de procedimento.

O Código de 1806 não só conservou o título da Ordenança de 1667; ele igualmente retomou em grande parte suas regras, completadas por empréstimos da prática do Châtelet de Paris, ou de suas lacunas. Os redatores do Código de Processo Civil, que eram membros ou auxiliares da justiça do Antigo Regime, não conseguiram se desfazer das antigas regras; eles tiveram a tendência de reproduzir o procedimento longo, formalista e oneroso do antigo Direito. Verdadeiramente, pretendiam eles realmente se desfazer dele? Os trabalhos preparatórios e as exposições de motivos do Código sugerem que seu conservantismo era também uma escolha política e a anarquia judiciária engendrada pelo Decreto de 3 do brumário do ano II não influiria em nada nessa medida de prudência. E além disso, tudo não era negativo.

É ao Código de 1806, como um tipo de síntese da tradição do antigo Direito e de certas inovações do Direito intermediário, que se deve a instituição de uma Justiça de proximidade caracterizada por um procedimento oral, acusatório e de caráter contraditório assim como a edição dos princípios de motivação e

publicidade das sentenças. O Direito Judiciário Privado somente evoluirá realmente no curso do século XIX. Colocada à parte a instituição da assistência judiciária, em 1851, e uma regulamentação quase interrompida do estatuto dos auxiliares da justiça (com, notadamente, a lei de 1º de dezembro de 1900, todo um símbolo, abrindo para as mulheres acesso à advocacia), a legislação judiciária restou a mesma, com poucas modificações, até o primeiro quartel do século XX. Esse século de estabilidade é no entanto enganoso. O princípio de uma reforma geral do Código de Processo Civil tinha adquirido desde a metade do século XIX e, de fato, de 31 de março de 1851, data da apresentação de um primeiro projeto pelo governo da época, até o período contemporâneo, comissões atuavam regularmente para realizar essa revisão. Nenhuma reforma de conjunto surgirá desses trabalhos. Em compensação, numerosos textos sobre assuntos específicos serão regularmente promulgados a partir dos anos 1920-1930. É verdade que os primeiros comentadores do Código são clássicos: assim o primeiro dentre eles, Pigeau, de quem se sabe que já era jurisconsulto na época do Antigo Regime e que ele foi um dos redatores do Código. Seus sucessores não serão importantes fatores de evolução.

A efervescência doutrinária em Direito Judiciário parece quase nula; a grande doutrina do século XIX é civilista. É que, ao contrário do Direito civil, as regras processuais, novas na sua forma, são antigas no seu conteúdo: não há Código a se aclimatar à nova sociedade. Será necessário que um século transcorra antes que a doutrina processualista se transforme progressivamente sob a influência de autores como Japiot, Vizios e Morel. As duas evoluções, a legislativa e a doutrinária, são ligadas. É em 1927 que Vizios dá a lume suas *“Observations sur l'étude de la procédure civile”* (que se encontrará em *Études de procédure*, Bière, Bordeaux, 1956, coletânea póstuma de suas obras) e em 1934 é instituída uma comissão de revisão do Código de Processo Civil cujos trabalhos se dedicarão, notadamente, à feitura do Decreto-lei de 30 de outubro de 1935 criando o juiz encarregado de seguir o procedimento, longínquo ancestral do atual juiz de instrução.

Dos trabalhos dessa comissão saíram outros textos, alguns muito importantes, relativos à penhora de imóveis (Decreto-lei de 17 de junho de 1938), à apelação à execução provisória, ao comparecimento pessoal das partes (Lei de 23 de maio de 1942), à perícia e ao procedimento de jurisdição voluntária (Lei de 15 de julho de 1944), ou às medidas conservatórias. É a partir desse momento que se concretizam, progressivamente, as condições que conduzirão à segunda codificação. Mas esse segundo tempo só começará verdadeiramente em 1958, com as novas instituições da V República.

Loïc Cadet, ob. cit., p. 32/33, explica que o texto fundamental do Processo Civil é o Novo Código de Processo Civil, resultado do trabalho de uma Comissão instituída em 1969, sendo que, através de quatro sucessivos Decretos (números 71-740 de 9 de setembro de 1971, 72-684 de 20 de julho de 1972, 72-788 de 28 de agosto de 1972 e 73-1122 de 17 de dezembro de 1973) o Executivo batizou como sendo o NCPC com a reunião desses textos num corpo único, através do Decreto número 75-1123 de 5 de dezembro de 1975, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1976. Quanto à parte de execução, fala-se em editar um Código autônomo, o que, no entanto, não acontece. Coexistem com o NCPC regras do Código de Processo Civil de 1806, que são os artigos: 505 a 516, 673 a 748, 749 a 779, 832 a 838 e 941 a 1002, além da Lei de Organização Judiciária e umas tantas legislações esparsas.

### **3. CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO CIVIL FRANCÊS**

#### **3.1 - O Processo Civil só é referência para as jurisdições civis**

Há que se distinguir, de início, o Processo Civil (aquele que diz respeito às jurisdições civis) do Processo Administrativo (aquele que diz respeito às jurisdições administrativas) e do Processo Penal (relacionado com a Justiça repressiva). No entanto, é de se notar que os limites entre as Justiças Administrativa e Civil não são tão claros, pois, em alguns casos, as questões que, por uma razão lógica, seriam da competência das jurisdições administrativas, são julgadas por algum órgão jurisdicional comum (civil).

Entretanto, deve ficar claro que o NCPC (diploma básico do Processo Civil) somente se aplica às jurisdições civis (tribu-

nais de grande instância, tribunais de instância, tribunais do comércio, jurisdições trabalhistas, tribunais dos processos de seguridade social, jurisdições da incapacidade, tribunais paritários dos arrendamentos rurais, jurisdições para menores, Cortes de Apelação e Corte de Cassação), enquanto que as jurisdições administrativas têm suas normas processuais próprias, o mesmo se dizendo das jurisdições penais, isso sem contar as jurisdições separadas (Conselho Constitucional e Alta Corte de Justiça).

Segundo a Enciclopédia do Advogado - Leib Soibelman: “Contencioso administrativo. (dir. adm.) Designa-se assim o direito de a administração julgar os seus próprios atos dando às suas decisões o caráter de coisa julgada. Nos países que o admitem, a administração é juiz e parte ao mesmo tempo, pois as questões entre ela e o particular são decididas em tribunais que fazem parte da administração. No Brasil já existiu esta forma de controle, no tempo do Império, quando havia o Conselho de Estado, encarregado de solucionar conflitos entre as autoridades administrativas e judiciárias. O contencioso é originário da França, por ocasião da grande revolução (1789), e devido aos preconceitos contra a ação dos tribunais no antigo regime proibiu-se radicalmente a interferência deles na administração. V. Parlamentos. No Brasil não existe uma justiça administrativa, sendo o controle dos atos da administração feito pela justiça comum. B. - Themistocles Brandão Cavalcanti, Tratado de direito administrativo, IV, Ed. Freitas Bastos. Rio, 1956.” E: “Justiça penal. Conjunto de órgãos do Poder Judiciário encarregados da condução e julgamento dos processos penais. Órgãos do Poder Judiciário incumbidos de efetivar o procedimento e a ação penal (\*), viabilizando ou não, conforme seja o caso, que o Estado exerça o direito de punir, que é exclusivamente seu. Justiça que decide uma relação de direito penal. (\*) - Menciona o autor no verbete ação penal que alguns autores separam ação penal e procedimento penal alegando que aquela se destina a obter uma sentença penal e este compreende todos os atos que tornam possível a intervenção do juiz. (verbetes escrito pelo atualizador)”.

### 3.2 - O problema do nome da disciplina

Não é muito usual a expressão “*Procès Civil*”, mas sim “*Procédure Civile*”, pois se considera, com certa má-vontade, a ideia de que a “*Procédure Civile*” se trata de uma “ciência”.

Serge Braudo, no seu **Dictionnaire du Droit Privé**, publicado na Internet, diz, quando trata da expressão jurídica “*procédure*” que:

*“Pode-se consultar un curso de **procédure civile** da Professora Béroujon diretamente no endereço do site da Universidade Saint-Étienne.” Pois bem, consultando esse curso na Internet, pudemos verificar que não se estudam ali simplesmente os “procedimentos”, mas adentra-se pelas noções de Processo Civil como verdadeira ciência.*

*Nota-se, em resumo, que os juristas franceses sequer chegaram a um consenso quanto ao nome da disciplina, que uns chamam de **procédure civile**, outros de **procès civil** e outros de **droit judiciaire privé**, enquanto que outros ainda diferenciam as três coisas como sendo totalmente diferentes. Loïc Cadiet, ob. cit., que prefere a expressão **droit judiciaire privé**, diz que “a opinião dominante parece ser que se a expressão **droit judiciaire privé** é a mais exata sob o ponto de vista científico, mas duas razões práticas devem conduzir a recusá-la e a preferir o nome consagrado de **procédure civile**”. (p. 15/16).*

### 3.3 - Aversão quase geral ao caráter científico do Processo Civil

Muitos juristas franceses entendem que o Processo se resume a procedimento, não merecendo o *status* de ciência.

Esclarece a **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: “Processualismo. (dir. prc.) Corrente moderna do direito processual que se opõe ao procedimentalismo, encarando a ação como distinta do direito material, como categoria processual autônoma e instituto dominante da teoria do processo. Inicia-se em 1856 com o trabalho de Windscheid sobre **A ação de direito civil romano do ponto de vista do direito atual**, seguido em 1868 pela obra de Oscar Von Bulow sobre **A teoria das exceções processuais e os pres-**

**supostos processuais**, culminando com a palestra de Chiovenda em 1903, na Universidade de Bolonha, sobre “A ação no sistema dos direitos”. B. - Santiago Sentís Mellendo, **Teoría y práctica del proceso**, I. Ejea ed. Buenos Aires, 1959.”

Para os juristas franceses o processualismo é interesse de uma minoria mínima, quase inexistente.

Jean Vincent e Serge Guinchard, em seu **Procédure Civile**, Dalloz, 1996, p. 1, mostram o conceito em que se tem geralmente o Processo Civil na França: “O Procedimento Civil, alguns preferem falar Direito Judiciário Privado, é um pouco a criança terrível da família jurídica, em todo caso este que não tem sempre boa reputação: disciplina árida e complexa ela seria apanágio dos advogados mesquinhos, daqueles de quem se diz que utilizam precisamente todas as armas do procedimento porque sua causa é sem razão.”

Assim, trata-se o Direito do Processo como mero procedimento.

A justificativa dada é a experiência que viveram com a supervalorização do Processo no começo do século, gerou o abuso, a chicana...

O Código de Processo Civil francês não é dos mais técnicos que existem. Aliás, é corretíssima a afirmativa de Eliézer Rosa: “O Direito Processual, como sistema, tem início na Itália com Chiovenda.” (**Capítulos de História do Direito Processual Civil Brasileiro**, Editora Rio, 1975, p. 25). O Processo Civil na França é tão pouco valorizado que o exame de acesso aos Centros de Formação Profissional dos Advogados não tem prova obrigatória de Direito Processual.

No entanto, há processualistas que, apesar de reconhecerem a aridez da matéria e o desinteresse dos estudantes, procuram dar ares de ciência ao Processo Civil francês, como é o caso de Hervé Croze, que afirma estar o desinteresse pela matéria sendo superado pela publicação recente de numerosas obras e que existe uma “tentativa generosa e intelectualmente inevitável de construir um Direito Processual”. (ob. cit. p. 2). Poucos juristas cuidam da chamada Teoria Geral do Processo na França. Um deles é Pascal Labbé, que escreveu um livro interessante chamado **Introduction**

au **Droit Processuel**, publicado por Presses Universitaires de Lille, editado em 1995.

### 3.4 - As fontes

Loïc Cadiet, ob cit., p. 26/38, menciona como fontes do Processo Civil francês: a) leis para o caso de “questões de instituição judiciária e, mais precisamente, a criação de novas ordens jurisdicionais, o estatuto dos magistrados e as vias de execução”; b) decretos para o caso de “questões de competência judiciária e de processo civil estrito senso”; c) usos e costumes forenses; d) jurisprudência; e) doutrina; f) convenções de Bruxelas de 27 de setembro de 1968 e a de Lugano de 16 de setembro de 1988 (para os litígios de Direito Internacional); g) convenção europeia de salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, sobretudo seu art. 6-1, que tratamos assim no nosso livro **A Justiça da França**: “O artigo 6-1 da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (publicada na França pelo Decreto nº 74-360 de 3 de maio de 1974) trata de vários temas sob a rubrica ‘o direito a um processo justo’: prazo razoável de duração do processo; publicidade dos atos processuais, inclusive o julgamento; tribunal independente e imparcial; e, na área penal: presunção de inocência; informação detalhada sobre a imputação; concessão de tempo necessário para preparação da defesa; ser assistido gratuitamente por advogado, se for pobre; poder arrolar testemunhas; ser assistido por intérprete, caso não fale o francês. Quanto ao prazo razoável não é fixado com rigor, pois são levadas em conta a complexidade da cada causa e a conduta das partes, o que faz acelerar ou retardar o andamento do processo.”

O que chama mais a atenção é a consideração da doutrina e dos costumes forenses como fontes do Direito Processual Civil. Anota a **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: “Costume. (dir. civ.) Norma não escrita que é observada por haver a convicção de que é necessária para regular uma situação jurídica. Sua força principal hoje vem do seu reconhecimento pela prática dos tribunais (jurisprudência). Pode apresentar as seguintes formas:

*praeter legem* (complementa a lei), *secundum legem* (referido na própria lei) e *contra legem* (contra a lei). Diz-se *consuetudo* abrogatória quando se opõe a uma lei e *desuetudo* quando uma lei é deixada sem uso, é esquecida. V. teoria romano-canônica do costume, uso, moral positivista, costumes escritos, costume de fato e de direito e elementos do costume.”

No entanto, há uma explicação para o fato de o costume ser considerado em tão alta conta, uma vez que, pela própria história do Direito francês, o costume sempre foi tido em alta conta, além de que os franceses, tirante o período da Revolução Francesa, em que reinou o oposto de tudo que antes vigia, nos demais períodos da vida do país o que tem acontecido é uma evolução lenta mas segura, sem se desprezarem as instituições antigas, que muitas vezes se modificam, mas geralmente não se extinguem: é o caso dos costumes.

Quanto à doutrina, veja-se o que mencionamos nas Notas Históricas. Diz Mme Bérouton no seu **Curso de Processo Civil**, publicado na Internet, quanto à relação dos doutrinadores de Processo Civil que ela considera mais importantes: Duguit, Hauriou, Vizioz, Motulsky, Perrot, Héron, Normand, Guinchard e Cadiet. Acerca da jurisprudência deve-se mencionar que a 2ª Câmara Civil da Corte de Cassação e que tem competência para decidir, nos recursos de provimento de cassação, sobre matéria processual.

### 3.5 - Características do Processo Civil

Os processualistas civis são unânimes quando tratam das características do Processo Civil que são: a) formalismo; b) imperatividade. Explica a **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: “Formalismo jurídico. Formas estabelecidas por lei e que devem ser obedecidas na realização dos atos jurídicos. Solenidades que dão aos atos os seus efeitos jurídicos. Formalidades.” No entanto, existe uma série de exceções à regra geral de formalismo a esse respeito dizendo Jean-Jacques Barbiéri em **La Procédure Civile**, puf, 1995, p. 8/9: “A tendência atual dos redatores do Código é de colocar em prática um formalismo que se deseja eficaz sem ser restritivo em excesso. Existe, assim, uma graduação sensível no formalismo.”

O entendimento quanto às nulidades veio evoluindo com o tempo, segundo a **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: “Sistema das nulidades processuais.(dir. prc.). De nada valeriam as formas processuais se não houvesse uma sanção para a inobservância das mesmas. Daí o estabelecimento de um sistema de nulidades processuais, que variou conforme as épocas e autores, desde o que nulificava totalmente os atos que violassem a lei ou deixava a declaração de nulidade a arbítrio ou eqüidade do juiz, até o moderno entendimento que se funda nos princípios da finalidade e do prejuízo.”

Prevaecem, quanto às nulidades, no Processo Civil francês, as regras de que “não há nulidade sem previsão legal” (*pas de nullité sans texte*) e “não há nulidade sem prejuízo” (*pas de nullité sans grief*).

Quanto à imperatividade das regras e princípios processuais é evidente. No entanto, valem as informações da **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: “Imperatividade do direito. Há juristas que não admitem seja o direito constituído de juízos imperativos. Consideram toda norma jurídica como um enunciado simplesmente indicativo ou descritivo: a certos fatos, correspondem certas conseqüências. A norma não mais seria que uma declaração ao mesmo tempo ôntica (descritiva do fato) e deôntica (o que deve ser) da espécie regulada. Há outros juristas que admitem o caráter imperativo das normas, mas o consideram como um imperativo hipotético e não como um imperativo categórico. Grande parte dos juristas antigos consideravam a norma legal como um imperativo categórico, como um comando obrigatório, mas hoje ela é tida como um imperativo hipotético binado, que liga um prêmio ou uma sanção, conforme o destinatário cumpra ou descumpra o preceito. B. - Miguel Reale, **Filosofia do direito**. II. Saraiva ed. São Paulo, 1953; idem, **Estudos de filosofia e ciência do direito**, idem, idem, 1978.”

### **3.6 - Na sua maioria as normas de Direito Processual são editadas por decretos**

Diz Mme Béroujon no seu **Curso de Processo Civil** publicado na Internet, que: “O Direito Judiciário Privado depende essen-

cialmente dos Decretos (arts. 34/37 da Constituição). Somente o estatuto da magistratura, a criação de novas ordens judiciárias e as vias de execução dependem do domínio das leis.” O NCPC é o resultado de uma série de Decretos e seu texto pode ser consultado no seguinte endereço na Internet: <http://www.artnet.com.br/~lgm/ncpc.htm>.

Em resumo, as regras processuais são editadas pelo Presidente da República, mas sob o controle do Conselho de estado, que é a suprema Corte da justiça administrativa.

### 3.7 - Apego às tradições

As grandes mudanças no Processo Civil francês são raras, valendo a pena citar-se a fala de Serge Guinchard em *La réforme du code de procédure civile autour du rapport Coulon*, Loïc Cadiet *et alli*, Dalloz, 1997, p. 83: “Eu creio que o ritmo das reformas do processo Civil, finalmente, não é muito importante, porque grosso modo acontece de 150 em 150 anos: 1667, 1806, os Decretos dos anos 1970 e então talvez em 2100; hoje nós estamos simplesmente num ciclo de pequenas reformas, eu me desculpo perante o presidente Coulon, mas historicamente falando, se se situa dentro de um debate sobre vários séculos, eu creio que as grandes reformas são de 150 em 150 anos e que o período atual é aquele de uma pequena reforma.” Na época desse Congresso de processualistas estava-se em 1997.

Serge Braudo, no seu *Dictionnaire du Droit Privé*, publicado na Internet, diz sobre a *ação*, diferenciando esse conceito do da ultrapassada expressão *instância*, assim: “Na terminologia do Direito Processual, deve-se distinguir ‘ação’ e ‘instância’. A ação é o direito que pertence a uma pessoa de fazer valer uma pretensão acionando a jurisdição a quem a lei atribui competência para conhecer dela. A instância é somente o desenvolvimento dos atos processuais decorrente do acionamento do juiz. Desistir da ação é renunciar definitivamente à pretensão. Desistir da instância que se instaurou é somente encerrar-se o processo sem julgamento do mérito. A desistência da instância permite ao autor preservar seus direitos para o futuro e eventualmente ajuizar outra demanda.”

Institutos antiquados podem ser mencionados como o juramento da parte perante o juiz, podendo ser de dois tipos: decisorio e supletório, bem assim a classificação das ações em: real e pessoal, mobiliária e imobiliária, e possessória e petitória, para efeito de fixação de competência de Tribunal de Grande Instância e Tribunal de Instância.

### 3.8 - Colegialidade como regra na 1ª instância

Serge Braudo, no seu *Dictionnaire du Droit Privé*, publicado na Internet, discorre sobre a colegialidade como sendo a regra geral. Como já afirmado linhas atrás, salvo nos casos em que se adota o sistema de juiz único (Tribunais de Instância e juízes de menores), nos outros casos, como regra geral, se adota a colegialidade.

No nosso livro *A Justiça da França* assim dizemos: “Dos órgãos todos jurisdicionais que mencionamos, cujo número excede a 30, somente dois trabalham no sistema de juiz único: os Tribunais de Instância e os Juízes de Menores. Fala-se em França que toda decisão colegiada tem mais chance de ser acertada. Essa tese é levada às últimas consequências e chega a criar resistência de muitos quando se trata dos Tribunais de Instância e quando outros pretendem que os juízes dos Tribunais de Grande Instância possam trabalhar no sistema de juiz único. As necessidades atuais de simplificação, agilidade e baixo custo financeiro têm trabalhado contra a colegialidade.”

No entanto parece forte o movimento de juristas no sentido de atenuar cada vez mais essa ideia da colegialidade da 1ª instância nos ordenamentos jurídicos, uma vez que, na prática, nos tribunais, o que se vê é o sistema de juiz único funcionando sem questionamento de quem quer que seja.

A nível de doutrina sabe-se que o tema “juiz único” empolga os juristas, conforme se vê, por exemplo, no livro intitulado *Les juges uniques - dispersion ou réorganisation du contentieux?*, que é uma coletânea de vários artigos, de autores diversos, dentre os quais Loïc Cadiet, da Editora Dalloz, ano 1996, onde, no “anteprojeto” de Philippe Pedrot, se lê: “esse

fenômeno de proliferação dos juízes únicos não é seguramente estranho a essa mutação quantitativa da Justiça” (p. 1) e “a lei de 8 de fevereiro de 1995 mais uma vez reforçou o apelo ao juiz único” (p. 2). Nesse mesmo livro, vê-se o artigo de Loïc Cadiet como extremamente informativo, quando diz: “se o juiz único tem uma pátria, essa pátria é o sul da França” (p. 5); citando Jean Vincent, que disse 20 anos atrás: “o juiz único está se transformando, sob as qualificações mais diversas, em uma das peças essenciais da estrutura judiciária do nosso país. [...] Produziu-se, desde há trinta anos, nos diversos contenciosos, uma proliferação, dir-se-ia quase avassaladora de juízes únicos” (p. 5); citando Roger Perrot: “será bem arriscado profetizar o que será a Justiça do futuro. Mas há condições de pensar que o juiz único, após firmar pé no seu espaço, prosseguirá sua marcha adiante” (p. 6); Cadiet desenvolve seus esclarecimentos: “O juiz único não é certamente desconhecido na tradição judiciária francesa. O juiz dos *référés*, cujas raízes se encontram no terreno rico do antigo Direito (1685), é dele a manifestação mais clara. Mas é necessário dizer também das figuras posteriores do juiz de paz (1790) e do juiz das ordens (1858) em matéria civil, do juiz comissário em matéria comercial (1807), do juiz de instrução em matéria penal (1856), além do conselheiro delegado em matéria administrativa (1926).” [...] “Apareceram em matéria civil o juiz das tutelas (1964), o juiz da instrução (1935-1965-1971) e seus sucedâneos como o juiz relator do Tribunal do Comércio ou o conselheiro relator da Justiça Trabalhista, o juiz das causas de casamento (1975), depois, em dois tempos, o juiz da execução (1972-1991). É igualmente em matéria civil que foi admitida, desde o início dos anos 1970, a possibilidade, pelos presidentes dos Tribunais de Grande Instância, de decidir que um processo, salvo se disciplinar ou de estado das pessoas, seria julgado por um único juiz (1970)” (p. 7); continua: “o juiz único ganha terreno em todos os tipos de jurisdição: de direito comum e de exceção, e em todos os terrenos da atividade jurisdicional: jurisdição voluntária ou contenciosa, matéria de mérito bem como preparatória ou provisória” (p. 8).

### 3.9 - Tentativa de modernização

Para quem está acostumado com Códigos de Processo Civil mais elaborados, cientificamente falando, o NCPC francês surpreende pela pouca qualidade técnica. Mas Loïc Cadiet, ob. cit., p. 39/41, elogia as qualidades do novo Código: a) qualidades de forma: clareza, simplicidade e concisão; b) qualidades de fundo: renovação, principalmente com o equilíbrio entre as prerrogativas das partes e os poderes do juiz; simplificação, graças à supressão de inúmeros particularismos; c) flexibilização para adaptação da velocidade dos procedimentos de acordo com o tipo de solução de que as partes necessitam.

Diz Mme Bérroujon no seu **Curso de Processo Civil**, publicado na Internet, tratando do direito de ação, menciona que o próprio NCPC, no seu art. 30, tenta definir “ação” nos seguintes termos: é “o direito, para o autor de uma pretensão, de ser ouvido sobre o mérito dessa pretensão a fim de que o juiz diga se ela tem ou não procedência. Para o réu, a ação é o direito de discutir a procedência dessa pretensão”. Esclarece a ilustre professora que: “a ação não deve ser confundida com a demanda”; que “não se deve confundir a renúncia ao direito de ação com a renúncia a uma demanda já ajuizada”; que “o direito de agir não deve ser confundido com o direito material”; que “o direito de ação pode ser considerado como um direito subjetivo autônomo”. Cita ela dois conceitos, um de Demolombe: “a ação é o direito em pé de guerra” e de Garsonnet: “a ação não é outra coisa que o próprio direito”. Tratando da demanda, diz que se ajuiza uma demanda por uma das seguintes formas: citação, petição ou defesa. Explica: “Nos procedimentos escritos, as pretensões do autor são formuladas na citação, as do réu, na defesa.” Mais adiante diz que a “demanda introduz a instância”.

Falando das demandas incidentes, menciona a reconvenção, as demandas adicionais (aquelas em que, no curso do processo, uma parte modifica suas pretensões iniciais), as intervenções de terceiros (voluntárias e forçadas). José Carlos Barbosa Moreira, em **A Conexão de Causas como Pressuposto da Reconvenção**, 1979, p. 13/17, preleciona: “Na França, o an-

tigo direito costumeiro mostrava-se refratário à reconvenção”. A **Coutume de Paris**, em sua primeira redação (1510), formalmente a proscovia no art. 75: “*Reconvention en cour laye u’a point de lieu*”.

Com o passar do tempo atenuou-se o rigor, e a segunda redação da mesma *Coutume* (1580) admitiu a demanda reconvenicional sob certas condições, no art. 106: “*Reconvention en cour laye n’a lieu, si elle ne dépend de l’action et que la demande e reconvention soit la défense contre l’action premièrement intentée, et, en ce cas, le défendeur, par le moyen de ses défenses, se peut constituer demandeur*”. Já transparecia, aí, a ideia do vínculo entre a causa originária e a reconvenção, como pressuposto da admissibilidade. E mais: o nexu vinha indicado sob duas modalidades - relação entre a reconvenção e a ação; relação entre a reconvenção e a defesa, desdobramento que se voltará a deparar em numerosas legislações modernas, inclusive no vigente Código de Processo Civil brasileiro.

A prática judiciária dos séculos XVII e XVIII parece haver entendido e aplicado com alguma liberalidade os textos restritivos. Segundo autorizados depoimentos, chegou-se a admitir com largueza a demanda reconvenicional, fora dos estritos limites em que ela se achava expressamente prevista.

O movimento favorável à admissão ampla da reconvenção, contudo, não encontrou eco na legislação napoleônica. Nenhum dispositivo do velho **Code de Procédure Civile** cuidou de disciplinar especificamente a matéria: apenas o art. 464, ao tratar das **demandes nouvelles** no juízo da apelação, consagrou regra que se reputaria aplicável ao pedido reconvenicional, dispondo, na 1ª alínea, que a demanda nova só seria admissível caso visasse à compensação ou servisse de defesa contra a ação primitiva. Leis posteriores aludiram à reconvenção, sem no entanto se preocuparem com a delimitação genérica do seu âmbito de cabimento. No silêncio dos textos, dividiu-se a doutrina, formando-se três correntes principais. A mais liberal admitia a reconvenção sem quaisquer restrições além das contidas no art. 464 do Código. Outra entendia subsistente o regime da nova **Coutume de Paris**.

Predominou na jurisprudência uma terceira opinião, intermediária: a reconvenção era admitida sob certas condições, menos rigorosas que as do sistema anterior; nomeadamente, quando tendesse à compensação, valesse de qualquer modo como defesa ou fosse conexa com a ação originária. No caso de simples conexão, ficaria à discricção do juiz, tendo em vista critérios de conveniência, receber a demanda do réu sob a forma reconvençional ou, com base no art. 171 do diploma napoleônico, remetê-lo à via separada. Hipótese particular de admissibilidade da reconvenção seria a de pedido de perdas e danos fundado na própria ação principal, ou mais exatamente no prejuízo que, ao ver do réu, a propositura dela pudesse ter-lhe causado. O Código atual, de 1975, regula *expressis verbis* a matéria no art. 70. Após estatuir, na 1ª alínea, que as demandas reconvençionais “*ne sont recevables que si elles se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant*”, acrescenta na 2ª alínea que a **demande en compensation** é admissível mesmo na ausência de tal vínculo, ressalvado ao órgão judicial o poder de separá-la da ação primitiva, “*si elle risque de retarder à l’excès le jugement sur le tout*”.

Prevêem-se, pois, duas possibilidades: a da reconvenção que tende à compensação e a da reconvenção relacionada com a ação **par un lien suffisant**. Constituindo a reconvenção uma espécie do gênero **demandes incidentes** (cf. art. 63), a disposição do art. 70 acerca do segundo caso bem se conjuga com a do art. 4º, 2ª alínea, *fine*, que permite a modificação do **objet du litige** por demandas incidentes, “*lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant*”. Os dois textos, como se vê, empregam idênticas expressões. Abstraindo-se da hipótese de compensação, restaria determinar a área de atuação do outro requisito substancial. A lei adotou fórmula elástica, provavelmente de caso pensado. Quando se deve entender “suficiente” o nexó entre as causas, para reputar-se admissível a reconvenção? Não o esclarece o Código, que recorre, consoante já se escreveu, a “*une notion bien vague*”. Autorizado expositor do direito vigente alude a um **lien de connexité**, sem se preocupar em oferecer qualquer definição. O que aí se tem, indiscutivelmente, é um conceito ju-

rídico indeterminado, cabendo ao aplicador da lei, em cada caso, à vista das peculiaridades da espécie, decidir se o liame é ou não suficiente para legitimar o processo simultâneo.

Diz Mme Bérroujon no seu **Curso de Processo Civil**, publicado na Internet, sobre os meios de defesa: exceções e defesas de mérito, as primeiras que geram a extinção do processo sem julgamento do mérito e as segundas, com julgamento do mérito. Diz quando à teoria da instância: “Após o acionamento do Judiciário nasce uma situação jurídica processual, inteiramente regulada pela lei: é a relação de instância.” Entretanto, procuram-se caminhos para soluções mais simples e mais rápidas, aliás, objetivos do Direito Processual, que acima de um mero exercício cerebrino, deve visar à composição das lides.

Destaca-se, dentre outras tantas inovações louváveis, o que Hervé Croze menciona, ob. cit. p. 79: “Na realidade, fundamentalmente, há dois grandes procedimentos rivais de ajuizamento de processo civil: aquele tradicional da citação [...] e outro, mais moderno e aparentemente mais racional no qual a demanda é endereçada ao cartório do tribunal, ao qual incumbe de convocar as partes.”

### **3.10 - Condições da ação: interesse de agir e legitimidade**

Consigna a **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: “Interesse de agir. (dir. prc. civ.) Um dos assuntos mais difíceis do processo civil. Existe o interesse material de agir e o interesse processual de agir. O interesse material é que se refere ao direito substantivo, e que exige que para propor ou contestar uma ação é necessário existir interesse econômico ou moral, da parte de quem o faz. Mas o interesse processual é instrumental, secundário e subsidiário, sendo aquele o interesse substancial ou primário. Não basta ter o direito para propor uma ação, é preciso que ressalte do pedido ou da contestação a necessidade de invocar o Poder Judiciário para satisfazer a pretensão das partes, ou seja, a existência de uma lide no sentido em que Carnelutti a definiu: pretensão resistida de uma das partes. O interesse de agir é então a aspiração a uma justa composição da lide, não o interesse em lide.

Há autores que consideram que o interesse de agir está na utilidade da ação; os tribunais têm um tempo precioso demais para perder com o exame de mérito em pedidos que podem ser satisfeitos por outros modos que não uma ação judiciária ou que não revelam nenhum prejuízo ou resistência do réu na satisfação do direito que se lhe exige. Lei em tese, questões acadêmicas, total impossibilidade de realizar-se prejuízo futuro, etc., são questões que revelam a falta de interesse processual de agir.

Há todavia autores que identificam interesse processual de agir com legitimidade, como Alberto dos Reis, que escreveu: “Ter legitimidade é ter interesse em que o juiz decida se existe o direito ou a obrigação a que a causa se refere”. Mas a maioria concorda em que antes de saber quem tem razão, o juiz tem de verificar se a demanda se justifica independentemente do direito que as partes alegam ter, e se o tipo de processo pretendido é o adequado para a situação concreta. B. - Alfredo Buzaid, **Do agravo de petição no sistema do código de processo civil**. Saraiva ed. São Paulo, 1956; Eduardo Pallares, **Diccionario de derecho procesal civil**, Porrúa ed. México, 1970; Alberto dos Reis, **Processo ordinário e sumário**, I. Coimbra ed. 1928.” Diz-se na pátria de Serge Braudo: “*Pas d’interêt, pas d’action.*”

Quanto à legitimidade *ad causam* diz a **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: “*Legitimatío ad causam.*(dir. prc. civ.) Uma das condições sem as quais não se pode intentar uma ação. Falta quando o autor não tem ação contra o réu ou quando não é o titular do direito que alega. É a chamada *legitimatío ad causam* ativa. A passiva se dá quando o réu não é a pessoa contra quem deve ser movida a ação. É uma falta de qualidade. V. *legitimatío ad processum*. Expressão usada em latim.”

Não se fala na possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação. Sobre o interesse de agir, afirma Mme Bérouton no seu **Curso de Processo Civil**, publicado na Internet que “a apreciação do interesse de agir é muito mais rigorosa em se tratando de Direito Privado que de Direito Público (não é suficiente dizer que houve uma infringência à lei)”.

Os requisitos para se caracterizar o interesse de agir são: a)

que o interesse seja já existente e atual; b) que seja um interesse legítimo. Quanto ao item b, engloba a possibilidade jurídica do pedido.

### **3.11 - Princípios processuais**

Jean-Jacques Barbiéri, ob. cit., p. 77, fala de cada um dos 3: lealdade, disciplina e respeito.

Diz Mme Bérouton no seu **Curso de Processo Civil**, publicado na Internet, acerca dos princípios diretores do processo: “Tratam-se do princípio dispositivo e do princípio contraditório.”

Já Hervé Croze, ob. cit., p. 11/62, fala em outros totalmente diferentes, que ele reúne em quatro duplas: a) o fato e o direito, b) o juiz e as partes, c) a decisão judiciária e seus recursos, e d) a forma e o fundo.

Tratando do primeiro grupo, diz que é importante distinguir-se o fato do direito, pois às partes compete mostrar ao juiz os fatos que fundamentam suas pretensões, enquanto que a este último cabe aplicar o Direito.

Tratando do item “sub” b, diz, com outras palavras, que uma questão essencial no Processo Civil é a repartição dos papéis do juiz e das partes. Nesse tópico fala das condições da ação no Processo Civil francês, que se resumem à legitimidade e ao interesse de agir (não se falando na nossa conhecida “possibilidade jurídica do pedido”, que, aliás, é verificável, regra geral, somente por ocasião da sentença). Fala nos casos de ações coletivas, da legitimidade do Ministério Público para figurar como autor em determinadas causas, além dos casos em que o juiz pode agir de ofício. Com referência às decisões e aos recursos, repete o que dizemos em outros tópicos especificamente sobre os assuntos. Sobre o item d, seus comentários não trazem nada que mereça ser aqui reproduzido.

### **3.12 - Formas alternativas de solução dos litígios**

Além do processo civil existem as chamadas “formas alternativas de solução dos litígios”, que são: A - arbitragem; B - a transação; C - a conciliação; D - a mediação.

A - Quanto à arbitragem está regulada dentro do NCPC no Livro IV. Há duas situações em que se pode recorrer à arbitragem: a) nos contratos comerciais quando se prevê a solução dos litígios por essa forma; b) depois de surgido o litígio as partes optam pela solução arbitral (art. 2.059 do Código Civil). Uma desvantagem da justiça arbitral é seu alto custo, mas a vantagem maior é sua rapidez na solução dos litígios. Normalmente são escolhidos árbitros advogados ou magistrados de grande prestígio. Somente se pode executar uma sentença arbitral se receber o “*exequatur*” do presidente do Tribunal de Grande Instância da circunscrição. As partes podem prever que a sentença arbitral será insuscetível de recurso quanto à matéria de mérito, mas cabe sempre apelação para anulação por vício formal.

B - A transação é prevista nos art. 2.044 do Código Civil. Para sua validade exigem-se as condições normais para contratar (capacidade e consentimento) e um instrumento escrito, podendo ser objeto de execução em caso de descumprimento. Diz Mme Bérouton no seu **Curso de Processo Civil** publicado na Internet que “a transação, contrato sinalagmático, é uma renúncia bilateral, cada parte renunciando ao seu direito de agir.”

C - Quanto à tentativa de conciliação, há casos em que ela é: a) facultativa (arts. 21, 127 e segs. e 829 e segs. do NCPC); b) obrigatória: nas causas da Justiça Trabalhista e naquelas de divórcio contencioso (art. 251 do Código Civil). Existem comissões de conciliação, que procuram conciliar as partes antes que seja ajuizada alguma demanda. Os tribunais de Instância costumam ter conciliadores, que prestam serviço gratuito (a figura desse conciliador foi instituída por um Decreto de 1978), mas as sentenças homologatórias de acordo somente são exequíveis com o “*exequatur*” do presidente do juiz do Tribunal de Instância.

D - A mediação é detalhada pelas Leis de 8 de fevereiro de 1995 e 22 de julho de 1996 e nos arts. 131-1 e segs. do NCPC. Trata-se da tentativa de conciliação delegada pelo juiz a um terceiro, se as partes assim consentem, não sendo admissível em caso de divórcio. O mediador pode ser uma pessoa física ou jurídica e será remunerado pelas partes.

### **3.13 - A preocupação com a efetividade do processo**

Menciona a **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: “Efetividade. O mesmo que eficácia. Validez sociológica ou fática da norma jurídica. Cumprimento efetivo da norma na sociedade em que vige.”

Segundo José Carlos Barbosa Moreira, em **Temas de Direito Processual** Terceira Série, Saraiva, 1984, p. 27/28, efetividade do processo, enumera os seguintes pontos: a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; b) esses instrumentos devem praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares do direito (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser de tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus, segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias.

No Processo Civil francês há uma grande preocupação com a “efetividade do processo”, fazendo com que o credor realmente consiga concretizar não só seu direito no mundo ideal da sentença favorável, mas, de fato, através do recebimento do bem pedido no processo ou seu equivalente.

A constituição de advogado não é obrigatória em matéria de execução e de “*référé*”, afirma Mme Bérouton no seu Curso.

### **3.14 - Pedidos de assistência judiciária decididos por órgãos não jurisdicionais**

Quanto à assistência judiciária pode-se dizer o seguinte: a) para ser concedida é necessário que o interessado a requeira, para

tanto preenchendo formulário próprio; b) deve ele provar insuficiência de recursos próprios e que o mérito da demanda lhe é em tese favorável; c) os profissionais que vão atuar no processo recebem remuneração do Estado; d) quem decide sobre os pedidos de gratuidade são os Escritórios de Ajuda Judiciária, que existem onde há Tribunais de Grande Instância, os quais são rigorosos na análise dos pedidos; e) as pessoas jurídicas de fins não lucrativos podem pedir gratuidade.

### **3.15 - Dicotomia: jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária**

Consigna a *Enciclopédia do Advogado* - Leib Soibelman: “Jurisdição contenciosa. (dir. prc. civ.) É a que o juiz exerce quando julga os conflitos entre os particulares, ou seja, as ações, e executa as suas decisões. Opõe-se à jurisdição graciosa, também chamada voluntária, que se exerce quando o juiz pratica atos que não implicam julgamentos, tais como nomeações de tutores, homologações, abertura de testamentos, etc., atos esses que não têm caráter jurisdicional. Somente os atos de jurisdição contenciosa fazem coisa julgada e são passíveis de ação rescisória. Na jurisdição graciosa não há partes nem contraditório. Não há processo, lide, ação nem coisa julgada. A função da jurisdição voluntária não é reparar direitos violados, mas constituir direitos que só se formam com a intervenção do Estado, daí porque foi chamada de administração pública de direitos ou interesses privados. Nela não se discutem interesses antagônicos. Há apenas um procedimento e interessados. Há quem negue seja a jurisdição voluntária uma autêntica jurisdição, sustentando que todas as suas funções poderiam ser desempenhadas por autoridades administrativas, que ela nada apresenta de específica que justifique ser exercida pelas autoridades judiciárias, porque os seus atos nada têm de jurisdicionais. Na jurisdição voluntária não há sentenças, mas resoluções ou decisões, que se manifestam sobre pedidos.” Os objetos dos procedimentos civis podem ser: a) matéria contenciosa; b) matéria de jurisdição voluntária.

A maior parte dos dispositivos legais do NCPC trata de regras aplicáveis à matéria contenciosa, sendo exemplos dessa realidade os arts. 12, 4 e 16 do NCPC, todos eles que falam em “litígio” explícita ou implicitamente. Quanto à matéria de jurisdição vo-

luntária, o art. 25 do NCPC a define. Geralmente diz respeito a um pedido de “autorização” ou “homologação”. Mme Bérroujon diz que em muitas causas de matéria de jurisdição voluntária existe um “litígio latente”. Os TGI têm competência para muitas causas de matéria de jurisdição voluntária, por exemplo quando se trata de “estado das pessoas” ou “Direito de Família”.

Ainda sobre matéria de jurisdição voluntária o recurso cabível é a apelação para as partes e a oposição de terceiro para quem é estranho ao processo. Um procedimento de matéria de jurisdição voluntária pode se tornar procedimento contencioso se o Ministério Público, que atua nele obrigatoriamente como fiscal da lei, se manifesta contrário ao pedido da parte, tornando-se então o *Parquet* “parte principal”. O procedimento em matéria de jurisdição voluntária é regulado pelos arts. 60 e segs. do NCPC.

Deve-se observar que só existe uma forma para se iniciar o procedimento de jurisdição voluntária, que é a petição (que deve ser formulada pelos interessados), não havendo a outra forma, que é a citação, que só cabe em casos de jurisdição contenciosa. São outras características dos procedimentos de jurisdição voluntária: a) o juiz pode investigar tudo que entenda conveniente, inclusive fatos não alegados pelos interessados (arts. 26 e 27 do NCPC); b) os debates (que se desenvolvem antes do julgamento) correm em segredo de justiça; c) a publicação da sentença também acontece em segredo de justiça, à exceção da de divórcio, cujo dispositivo é lido em audiência pública.

### **3.16 - As regras de competência**

Quanto à competência dos tribunais deve ser dito, de início, que as ações se classificam em: reais, pessoais e mistas; mobiliárias e imobiliárias; possessórias e petitórias; daí advindo uma série de conseqüências para efeito de fixação da competência.

Croze diz, com razão, ob. cit., p. 70, que “a organização judiciária francesa é complexa, e é natural que as regras de competência material o sejam também.”

Diz Mme Bérroujon no seu **Curso de Processo Civil** publicado na Internet que “esses critérios de classificação são imperfeitos porque somente se referem às ações patrimoniais e não às ações

de estado. As ações que dizem respeito às ofensas ao direito da personalidade são considerados pela jurisprudência como ações pessoais e mobiliárias.”

Consigna a **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: “Ação pessoal. (dir. prc. civ.) Em sentido genérico, é toda ação que não se origina de um direito real: ação que tem seu fundamento em um direito pessoal, personalíssimo, de estado, de família, de sucessão e de obrigação ou de crédito. É toda ação destinada a fazer valer um direito pessoal. Em sentido restrito, é a ação que nasce de uma obrigação de fazer, dar ou não fazer, de um contrato, de um delito, de um quase contrato, de um quase-delito, da responsabilidade civil ou da lei. Ação pessoal é também aquela que se dirige contra o sujeito da obrigação, previamente determinado por convenção ou pela lei, embora isso nem sempre aconteça, como no caso das ações pessoais *in rem scriptae*, ou das ações reipersecutórias. Ação que tem por objeto direitos pessoais, patrimoniais ou não.” “Ação real. (dir. prc. civ.) A que nasce da violação de um direito real. Difere da ação pessoal porque tem por fundamento um direito oponível a qualquer pessoa que possua a coisa, não havendo nenhum intermediário entre o titular do direito real e a coisa.

Na ação pessoal há a figura de um devedor que interpõe entre o titular e o objeto do direito. É de importância salientar que o direito real não se exerce através da ação real, mas consiste no gozo e fruição de uma coisa com exclusão de qualquer outra pessoa. No processo formulário a reclamação de um direito real não continha o nome do demandado, o que não acontecia com a ação pessoal, destinada a obter o cumprimento de uma obrigação. Daí a divisão das ações em reais e pessoais, conforme contivessem ou não o nome do réu, embora a condenação em ambos os tipos de ações fosse contra pessoa determinada. *In rem* era expressão usada de forma impessoal. B. - J. Ortolan, **Législation romaine**, III. Plon ed. Paris, 1883.” Há casos em que é difícil enquadrar-se o caso concreto dentro dessas classificações, gerando divergência quanto à competência se é de um Tribunal de Grande Instância ou de um Tribunal de Instância.

Diz Mme Bérroujon no seu **Curso de Processo Civil** publicado na Internet que “se bem que o direito material e o direito de agir devam ser tidos como diferentes um do outro, existem ligações estreitas entre eles” e que “a classificação das ações repousa, efetivamente, sobre a natureza ou o objeto do direito material invocado pelo autor da ação”.

De início, deve-se verificar se a matéria é de competência de alguma chamada jurisdição de exceção (Justiça Trabalhista, etc.). Se não é a lide da alçada de nenhuma dessas jurisdições de exceção, deve-se verificar, enfim, se é de competência de um Tribunal de Grande Instância ou de um Tribunal de Instância. Pode-se dizer assim:

A 1ª instância civil é representada pelos Tribunais abaixo mencionados:

A - Quanto à competência dos Tribunais de Grande Instância é, regra geral, do tipo residual (“aberta”, na expressão de alguns doutrinadores), ou seja, competentes são os TGI para os processos que não são da competência de nenhum outro órgão jurisdicional ou assemelhado. Couchez e outros explicam com clareza a complicada competência dos TGI em matéria civil em razão da matéria: A - competência da formação colegial (câmara de 3 ou 5 juizes): a) ações pessoais ou imobiliárias, ações de estado das pessoas, ações sobre propriedade, ações sobre a vida econômica; b) processos que tramitam necessariamente em segredo de justiça; B - competência de juiz único: a) divórcio, alimentos e separação; b) processo de execução; C - jurisdição do presidente: a) decisões sobre cautelares; b) decisões sobre determinados requerimentos.

Há também competência em razão do valor da causa, independente da matéria objeto do processo, contanto que não se trate de matéria trabalhista, comercial, de seguridade social ou de outro tribunal especializado. Se o valor ultrapassa 50.000 FF. Além disso, são competentes para diversos processos que seriam da competência normal de tribunais administrativos, numa verdadeira derrogação da regra de competência absoluta da justiça administrativa nas causas em que o Estado intervém. São os seguintes, conforme enumeração de Serge Petit, em **L’Administration devant le Juge Judiciaire**, puf, 1997, p. 79/121): expropriação por causa

de utilidade pública, modos de aquisição a título gratuito, remem-bramento de terras agrícolas, empresa administrativa imobiliária, servidões administrativas de utilidade pública, responsabilidade pessoal dos agentes da administração, funcionamento defeituoso do serviço da justiça, responsabilidade dos membros de estabelecimentos de ensino por danos causados ou sofridos por alunos, responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público por causa de danos causados por veículos, reparação de danos causados pela energia nuclear, reparação de danos resultantes de pesquisa biomédica, contencioso postal e de telecomunicações, serviço público do estado civil, nome, prenome, títulos nobiliárquicos e nacionalidade, celebração de casamento e fraude à lei, troca de sexo, capacidade civil e eleitoral, internamento administrativo de alienados mentais, contestação do imposto e seu reembolso e contencioso dos direitos aduaneiros.

**B** - Quanto à competência dos Tribunais de Instância pertine às causas de valor inferior a 50.000 FF (13.000 FF em causas que não comportam apelação e de 13.000 a 50.000 FF em causas de duplo grau de jurisdição), locações residenciais e vários casos de locações comerciais, contratos de crédito ao consumidor, contestação à penhora de remunerações, matérias agrícolas, ações possessórias e demarcatórias, pensão alimentícia, revisão de renda “*viagère*”, e muitos outros casos, mostrando que o legislador pretende que os TI sejam o juiz natural das pequenas causas que interessam a maioria dos cidadãos.

**C** - Os litígios que envolvam algum comerciante ou industrial são julgados pelos Tribunais do Comércio, salvo onde não há nenhum tribunal desse tipo, quando, então, a competência é de um TGI.

**D** - Tratam as Jurisdições Trabalhistas dos litígios entre empregados ou aprendizes e empregadores quando versam sobre contrato individual de trabalho ou de aprendizagem, de acordo com o Código do Trabalho e também desacertos entre trabalhadores por ocasião do trabalho.

**E** - Os Tribunais Paritários de seguridade Social tratam de litígios de natureza previdenciária do Código de Seguridade Social.

**F** - Os Tribunais do Contencioso da Incapacidade são competentes para julgamento de causas que versam sobre incapacidade ou invalidez física ou mental no seu aspecto médico.

**G** - Os Tribunais Paritários de Arrendamentos Rurais foram criados através de uma ordenança de 4 de dezembro de 1999 para dirimirem litígios entre arrendantes e arrendatários rurais, prestigiado o instituto da conciliação. Deve ser dito que quando se trata de ações pessoais a competência territorial é a do foro do domicílio do réu, segundo o art. 42 do NCPC, enquanto que nos casos de ações reais prevalece o lugar da situação do bem, se for imóvel, segundo o art. 44 do NCPC. Quando se trata de ação mobiliária (pessoal ou real) a competência vai pelo foro do domicílio do réu, mas no caso de ação imobiliária prevalece o foro da situação do imóvel.

Diz Mme Bérouton no seu **Curso de Processo Civil** publicado na Internet que “O Tribunal de Instância é o juiz do possessório, o Tribunal de Grande Instância é juiz do petitório”.

A 2ª instância civil é representada somente pelas Cortes de Apelação:

**H** - As Cortes de Apelação têm competência em matéria civil (recursos civis dos Tribunais de Grande Instância, Tribunais de Instância, Tribunais do Comércio, Tribunais Trabalhistas, Tribunais dos Processos de Seguridade Social e Tribunais dos Arrendamentos Rurais).

Não há mais que duas instâncias. A Corte de Cassação somente faz respeitar essa regra do duplo grau de jurisdição, como regra geral somente “cassando” os decisórios que desatendem o bom Direito, mas enviando o processo para outro órgão da mesma categoria do recorrido rejulgar o processo. Tem a função de unificar a jurisprudência.

**I** - A Corte de Cassação é “juiz do direito e não do fato”. Deve julgar “a correlação jurídica de uma decisão e não se pronunciar sobre um processo”. Interposto um recurso de provimento em cassação, se a Corte de Cassação entende que a decisão recorrida não é de acordo com o bom Direito, não a reforma, mas sim envia o processo ao órgão jurisdicional diferente da que julgou anteriormente o processo para novo julgamento. Mas, como exceção, a Corte decide sobre o fato e o mérito.

### **3.17 - A distribuição**

Diz Mme Bérroujon no seu **Curso de Processo Civil** publicado na Internet que “é o presidente da jurisdição que vai distribuir um processo a uma câmara ou a uma jurisdição competente para conhecê-lo”. Isso mostra que a distribuição é levada a sério, como realmente o é.

### **3.18 - Modalidades de instrução**

Depois de dizer que nos Tribunais de Grande Instância e nas Cortes de Apelação regra geral é de cada processo seguir para ser instruído por um juiz da instrução, Mme Bérroujon no seu **Curso de Processo Civil** publicado na Internet afirma que “não há forçosamente lugar a uma instrução em cada processo, podendo o presidente do tribunal, se ele verifica que o processo não é muito complicado para merecer uma verdadeira instrução, não o remeter ao juiz da instrução”. A seguir cita as opções que surgirão:

a) circuito ultra curto (art. 760 do NCPC), que “é utilizado quando o réu não comparece ou quando as partes já trocaram entre si seus arrazoados escritos. Assim o presidente proclama uma decisão em que fixa a data da audiência de debates”;

b) circuito curto (art. 761 do NCPC) - “esse circuito, diz a professora, é utilizado quando o presidente verifica que é conveniente uma troca de arrazoados escritos entre as partes para a instrução do processo. Ele as convoca para uma segunda conferência, na qual ele designará a audiência de debates”.

### **3.19 - Ainda a preocupação com a rapidez**

No caso de citação comum (aquela dos processos comuns dos Tribunais de Grande Instância), que regra geral é redigida pelo advogado do autor, segundo modelo consagrado nos tribunais, faz-se com que o réu tome ciência da pretensão do autor, sendo que, após registrado o feito no cartório, o juiz toma ciência do processo. Fica por conta do autor providenciar para que o feito seja registrado no cartório dentro do prazo de 4 meses, sob pena de caducidade.

Existem, no entanto, outras formas de início de processo nos TGI, que visam a uma velocidade maior ou uma maior simplicidade.

Croze apresenta as duas variantes, ob. cit. p. 77/79:

**A - rapidez:** a) citação com prefixação de dia para comparecimento das partes, produção de provas, debates orais e julgamento (arts. 788 e segs. do NCPC). Somente em casos excepcionais de muita urgência o presidente do TGI ou do Tribunal do Comércio autoriza esse procedimento. b) citação com prefixação de hora (art. 485, al. 2 do NCPC) - obedece à mesma sistemática, apenas que, nesse caso, a audiência pode ser realizada inclusive em dia feriado e até na casa do juiz se assim for mais conveniente, sendo utilizada principalmente em casos de matéria de proteção da vida privada.

**B - simplificação:** petição conjunta das partes (quase só ocorrente em pedidos de divórcio consensual); declaração de uma das partes perante o cartório (perante os Tribunais de Instância, dependendo do valor da causa, Tribunais Trabalhistas ou o juiz da execução); apresentação voluntária das partes (acontece muito nos tribunais de 1ª instância à exceção dos Tribunais de Grande Instância).

### **3.20 - Comunicação de peças e manifestações das partes no processo diretamente entre os advogados**

Essas comunicações obedecem as regras dos arts. 671 a 674 do NCPC.

Diz Mme Bérouton no seu **Curso de Processo Civil** publicado na Internet que “se uma parte deixa de remeter peças, a parte contrária pode requerer ao juiz que a obrigue a fornecê-las.”

Muito melhor e menos burocratizado esse sistema do que o de o cartório ser intermediário entre as partes, no entanto, isso encarece o processo, como é evidente.

### **3.21 - Tutelas de urgência (“référé”, etc.)**

Esclarece Luiz Fux (**Tutela de Segurança e Tutela da Evidência**, Saraiva, 1996, p. 172/173) que: “Afinada com o tema ora proposto é a atualíssima doutrina francesa, com a previsão de uma tutela de urgência para quase todos os processos e procedimentos, como se colhe em Roger Perrot, mercê dos exemplos da “or-

*donnance de requête e de référé*”. Ambas são expressão do poder cautelar geral discricionário e são meios provisórios de tutela imediata que podem ser deferidos antes ou no curso do processo principal. A lei francesa de 1975 prevê textualmente a exclusão do contraditório nas circunstâncias urgentes. a competência para o seu deferimento é variada, conforma anota Galeno Lacerda. As “*référé*” são inominadas, vale dizer, o juiz provê *en référé*, podendo determinar medidas de conservação, de reposição e até de superação de obstáculos à execução de sentença, toda vez que haja urgência e ausência de contestação séria (o que equivale ao “*fumus boni juris*”).

Essa amplitude de atuação jurisdicional *en référé* é responsável pelo emprego da medida nos mais variados campos da justiça de direito privado. Assim, v. g., encontram-se exemplos da medida no campo da tutela do direito ao nome, à imagem, administração de empresas, locações, sucessões, proteção dos incapazes e nas causas de família. É imanente ao sistema francês a preocupação com a “urgência”. A própria exposição de motivos do **Code de Procédure** afirma que existem circunstâncias nas quais o prazo de um só dia, ou de horas, pode representar a origem das maiores injustiças e causar perdas irreparáveis. Desta sorte, a doutrina francesa do tema sugere para esses casos excepcionais poderes excepcionais, mercê de reconhecer a dificuldade da avaliação da urgência, como questão fática. Como bem acentuam Cezar Bru e Hebraud em **Traité théorique et pratique des référés**, Paris, 1938, p. 2 e 68, “existem vários graus de urgência e a melhor maneira de aquilatar esta urgência está no perigo que pode advir da demora”.

Anota a doutrina francesa do tema que os pressupostos legais para a concessão das “*référé*” por vezes dificultam o seu acolhimento em face das exigências pretorianas, inutilizando a medida. Fixa-se a doutrina do pré-requisito “ausência de prejuízo ao pedido principal”. Essa ausência de prejuízo é impossibilidade de julgamento do principal em sede de “*référé*”, e esse requisito figura como norma *in procedendo* quanto aos limites do juiz no exercício do poder cautelar genérico.”

Diversos processualistas estrangeiros, inclusive o nosso conceituado Ovídio A. Baptista da Silva, em **A Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro**, Forense, 1979, p. 136, consideram a “*référé*” como um dos mais importantes institutos do Processo civil francês: “Nada há de surpreendente, para quem tenha sob as vistas a mentalidade liberal dos juristas do século XIX - como é o caso de Pisanelli, para quem o juiz deveria usar com repugnância dos poderes que a ordem jurídica lhe conferia para a decretação de medidas cautelares (**Comentario del Codice di Procedura Civile**, v. VII, p. 1.007) - na afirmação dos juristas franceses de que a **jurisdiction des référés** “tem já uma história muito longa, uma vez que tal prática nascera no século XVII, na jurisprudência do Chatelet de Paris, sob a pressão das necessidades quotidianas” (Roger Perrot, - “*Il Nuovo e Futuro Codice di Procedura Civile Francese*”, in **Riv. Dit. Processuale**, 1975, p. 248).

O eminente professor da Universidade de Paris, contudo, avança em suas observações e surpreende-se com o extraordinário realce dado pela legislador do futuro Código à chamada “jurisdição presidencial” (o sistema francês é colegiado), escrevendo: “Mas, coisa digna de nota, é somente a partir de alguns anos que essa jurisdição presidencial alcançou uma extensão prodigiosa” (ob. e loc. citados).

Superado, assim, o exagero existente nas concepções liberais, retorna-se ao século XVII! E, na medida em que se devolvem aos juízes os poderes pretorianos que lhe foram negados a partir do século XVIII, aproximamo-nos, a família romano-germânica, do sistema inglês, do **contempt of Court**. E, nas p. 162/163, continua: “[...] o perigo maior ainda não está aí. A explicitação, no direito brasileiro, da regra do art. 798, de resto já existente no art. 675 do Código revogado, corre o risco do exagero, decorrente de uma concepção desmesurada da tutela cautelar. Tal risco deriva-se da colocação de Chiovenda e de Calamandrei que entendiam a tutela cautelar como “polícia judiciária” e, não só não a definiram, como a pressupunham presente em todos os casos em que o juiz exercia seus poderes de simples gestão processual; e da influência que o Direito Processual francês contemporâneo há de exercer em

nosso meio, em virtude das recentes reformas introduzidas em França, no Código de Processo Civil, reformas essas que, como sabemos, ampliam de tal forma a jurisdição de urgência (*jurisdiction des référés*) que, praticamente, é criada, de modo mais ou menos difuso e indiscriminado, um tipo especial de tutela interdital com concessão de mandados liminares, para a maioria das ações. A respeito, eis a informação de ROGER PERROT: “Se tratterebbe attualmente di riconoscere al giudice d’istanza la possibilità di decidere in référé in tutti i casi di urgenza; cosa che è ancora più curiosa, se si ricorua che il tribunale d’istanza è giudice monocratico. Infine, per essere sicuri di non lasciar sussistere alcuna lacuna, l’art. 37 del decreto 9 settembre 1971 ha posta il principio che i poteri del presidente del tribunale di grande istanza, quale giudice dei référés, ‘se estendono in tutte le materie dove non esiste una specifica procedura in référé’. Così, facendo del presidente del tribunale di grande istanza una specie di giudice dei référés di diritto comune, nessuna materia sfugge alla procedura d’urgenza” (“*In Nuovo e Futuro Codice di Procedura Civile Francese*”, in *Rivista di Dir. Proc. Civile*, 1975, p. 249).

Dentre as hipóteses que, a todo o momento, se insinuam na legislação francesa, enumera o eminente professor da Universidade de Paris o caso da concessão de “medida restitutória” (*remise en état*) “em caso de comportamento manifestamente ilícito”. Ora, bastaria o pressuposto da ilicitude manifesta, declarada no juízo cautelar, para que desconfiássemos da natureza de provimento de simples segurança e não de adiantamento de eficácia sentencial, portanto normalmente de cunho satisfativo. Mas a semelhança, aliás confessada, entre a atual *jurisdiction des référés* francesa e a proteção interdital é denunciada por PERROT ao mencionar, como exemplo de provimento de urgência, a reintegração de um empregado despedido em condições irregulares. A respeito, diz o insigne escritor: “Ma intanto il giudice dei référés avrà sanzionato una situazione di latta, un poco come potrebbe fare il giudice del possessorio: spoliatus ante omnia restituendus” (ob. cit., p. 250). Ora, não há a menor dúvida de que, no caso, não se trata de simples provimento cautelar, mas de autêntica liminar interdital,

adiantamento de eficácia sentencial, medida de cunho executivo antecipado e que não tem qualquer referência a um risco específico de dano irreparável.”

Serge Braudo, no seu **Dictionnaire du Droit Privé**, publicado na Internet, diz sobre “*référé*”: “é um procedimento oral e simplificado atribuído, em princípio, à competência do presidente da jurisdição acionada que decide no sistema de “juiz único”. Ele pode ordenar medidas provisórias, principalmente a consignação de quantias em dinheiro contestadas, perícia ou pagamento de alimentos. O juiz de “*référé*” pode condenar ao pagamento de multas. A decisão proferida não tem autoridade de coisa julgada. Ela não torna prevento o tribunal que é posteriormente acionado quanto à matéria de mérito. O presidente das jurisdições especializadas tais como o Tribunal do Comércio, a Justiça Trabalhista, o Tribunal dos Processos de Seguridade Social, tem competência para decidir em caso de “*référé*”. A apelação das decisões proferidas pelo juiz de “*référé*” é julgada pela Corte de Apelação da circunscrição que julga em formação colegial. Se bem que o NCPC dá competência especialmente ao chefe da jurisdição para julgar os “*référés*”, é usual que este último delegue essa parte de suas funções a um vice-presidente ou a outro juiz de sua jurisdição. Logo que um processo é pendente de recurso diante de uma Corte de Apelação, o primeiro presidente ou o juiz designado por ele pode, nas mesmas circunstâncias, decidir os “*référés*”. O primeiro presidente tem uma competência particular que lhe é dada pelo art. 957 do NCPC para suspender a execução de um julgamento incorretamente tomado como insuscetível de recurso ou para conhecer de uma defesa a execução provisória.” Jean-Jacques Barbiéri, ob. cit., p. 86, fala numa “hipertrofia atual da jurisdição dos “*référés*”.

Não se deve confundir esse “*référé*” com o que se menciona a seguir, tratado pela **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: “*Referé législatif*. (dir. francês) Na França criou-se em 1790 este sistema de consulta obrigatória do juiz ao corpo legislativo toda vez que tivesse de interpretar uma lei ou fosse necessário criar uma nova. Facultativa era a obrigação, porque se deixava ao cri-

tério do juiz saber quando se devia ou não interpretar uma lei, mas do momento em que interpretava, a consulta era obrigatória. Mais tarde criou-se outro “*référé*”, obrigatório nos casos em que o Tribunal de Cassação tivesse de julgar um recurso para anular uma sentença sua pelos mesmos motivos que tinham anulado a primeira sentença cassada. Era o *référé obligatoire*. Estes dois recursos ao legislador constituem um dos mais notáveis casos de interpretação autêntica que se conhece nos tempos modernos. Na França eles foram devidos ao grande desprestígio e temor da magistratura, que no Antigo Regime havia desempenhado um papel ditatorial (V. Parlamentos). B. - Piero Calamandrei, *La casación civil*, 3 v. Ed. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1961.” A constituição de advogado não é obrigatória em matéria de “*référé*” afirma Mme Bérroujon no seu Curso.

Diz Mme Bérroujon no seu **Curso de Processo Civil** publicado na Internet que o art. 488 do NCPC prevê que uma decisão de “*référé*” só pode ser modificada se ocorre uma circunstância nova.

Se é verdade que o instituto do “*référé*” chama a atenção dos processualistas civis de todos os países, deve ser dito que existe um instituto chamado *référé-provision*, que visa a conceder o pagamento de um crédito que se pode ter como certo, podendo ser essa antecipação de até a totalidade do crédito. É um instituto muito utilizado na vida forense.

Croze diz, ob. cit., p. 68: “Nas mesmas condições, o juiz pode ordenar a execução *in natura* de uma obrigação de fazer”.

O art. 145 do NCPC também prevê outras medidas de urgência, como antecipação de provas (*référé-expertise*).

A existência da urgência, no entanto, não é requisito obrigatório para a concessão de “*référé*”.

A decisão pode ser de base à execução provisória.

### 3.22 - Injunções

Croze, ob. cit., p. 65, diz: “O Processo Civil contemporâneo oferece às partes três procedimentos de injunção cuja eficácia prática é variável, mas que constituem incontestavelmente progressos importantes de técnica processual. Em todos os casos se

trata de colocar entre parênteses o debate contraditório e de dar provisoriamente ganho de causa ao autor cuja pretensão parece justa, deixando à parte contrária a possibilidade de se opor à decisão dada contra si.” Menciona as injunções: A - injunção de pagar; B - injunção de fazer; C - injunção de entregar ou restituir.

**A - injunção de pagar:** tratada nos arts. 1.405 e segs. do NCPC. Aplicável apenas quando se trata de matéria comercial, perante o presidente do Tribunal de Comércio ou perante o juiz do Tribunal de Instância. Tem âmbito restrito, razão pela qual não é muito usado, sendo preferível a via do *référé-provision*. Sendo dada a decisão concessiva da injunção de pagar pelo juiz, a parte ré é citada e, caso não se defenda, passa o crédito a ter força executiva.

**B - injunção de fazer -** visa a resolver obrigação de fazer prevista no Código do Consumo francês. Concedida a decisão liminar, o réu é citado para cumprir a obrigação no prazo fixado pelo juiz, já ficando ciente da audiência em que o processo será julgado se não houver o cumprimento espontâneo, nessa audiência podendo o réu se defender.

**C - injunção de entregar ou restituir:** visa a entrega ou restituição de um bem móvel. Favorece os locadores de bens móveis sem título executivo. A competência é do juiz de execução dos Tribunais de Grande Instância. Concedida a liminar, o réu é citado para se defender em 15 dias. Se houver defesa, o autor da demanda tem de ajuizar demanda ao tribunal competente para julgar o mérito. Se não houver defesa, o autor da demanda perante o juiz da execução pede que seja procedida a apreensão do bem.

### **3.23 - Acusatório mitigado pelo inquisitório**

Hervé Croze, *ob. cit.*, p. 6/7, trata do assunto assim: “O Processo Civil foi construído como um duelo judiciário entre as partes arbitrado pelo juiz. É porque o Processo Civil era tradicionalmente acusatório, porque o juiz não pretendia encontrar ele mesmo a verdade ao preço de investigações pessoais (como o juiz de instrução criminal), mas somente exercer a função de árbitro diante das argumentações das partes, que sua neutralida-

de impedia de tocar. O Processo Civil era então realmente coisa das partes, que tinham sobre ele um direito de vida e de morte e que, sobretudo, podia o fazer modorrar em função de seus interesses. Esse liberalismo era improdutivo pois ele fazia demorar a solução dos litígios e, mais, era gerador de injustiça, uma vez que reproduzia no processo as desigualdades econômicas e sociais existentes entre as partes. O Novo Código de Processo Civil, recapitulando diversos Decretos anteriores, dos quais alguns experimentais, traz importantes limites ao poder das partes, fazendo aumentar os poderes do juiz no processo. Está-se ainda muito longe da ‘procura da verdade’ tal como a entende o juiz penal, mas as marcas do procedimento inquisitório são claras, pelo menos nos textos, pois a prática se revela frequentemente mais maleável senão mais de meras aparências. Em todo caso, o juiz se transformou num ator importante no espaço de tramitação do processo civil e ele é correto dizer-se que o debate não se desenvolve somente entre as partes (ou seus advogados) mas também entre elas e o juiz.”

A questão de distinguir o papel do juiz do papel das partes no processo civil é considerada por Hervé Croze como das mais importantes, entendendo-se que as partes devem apresentar os fatos e o juiz aplicar o Direito, mas isso não é tão simples nem na teoria nem na prática, segundo fala a **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: Juiz e fatos. (dir. prc.). A distinção entre direito e fato ainda é objeto de discussão. Carnelutti salientou que todo mundo fala de “fato jurídico” mas ninguém se preocupa em definir o que é fato, “espécie de ilha misteriosa no reino do direito”.

Segundo Guttmann, o processo civil se tornaria muito mais fácil se o juiz levasse mais em consideração o estado de fato do que as elucubrações jurídicas. Pedro Aragonese diz que os fatos e as normas jurídicas não aparecem como fenômenos puros, os fatos só se tornam jurídicos quando mentalmente concebidos em sua significação jurídica, só podem ser concebidos dentro de categorias jurídicas e dá o seguinte exemplo: quando se diz que alguém entregará a outrem uma coisa em troca de uma quantia, imediatamente mentamos a figura da compra e venda em todas as suas

consequências. Mesmo a figura do *tatbestand* ou da *fattispecie* (tipicidade) é relativa, porque ela se baseia numa semelhança de categorias de fatos, quando não é possível contrapor situação de fato a efeito jurídico, porque aquela só pode ser concebida dentro de uma norma, pois é desta que dependem os fatos extrajurídicos para se tornarem jurídicos. O tipo de fato só passa a ter efeitos jurídicos quando examinado de acordo com a finalidade da norma que o regula.

Carnelutti diz que a *fattispecie* é conceito, uma possibilidade, ao passo que o fato é história, é realidade, é uma existência. Devido a todas essas dificuldades, é que hoje já se fala em distinguir a existência da essência dos fatos, aquela examinada pelo juiz de primeira instância ou de instância inferior (juízo histórico), e esta examinada pelos tribunais superiores em matéria de cassação (juízo crítico).

A matéria é importantíssima para distinguir questões de fato de questões de direito em recurso extraordinário. Para o excelente jurista Amílcar de Castro, o juiz cria os fatos e o direito. Não se pode dizer, afirma ele, que o juiz aplica o direito aos fatos, porque fatos não são os acontecimentos em si mesmos, mas os acontecimentos vistos à luz de critérios estabelecidos pelas normas jurídicas. O juiz reconstitui os fatos através de um resumo das provas por ele interpretadas. O fato, perante o juiz, é sempre um fato reconstituído e nunca um fato acontecido, é sempre uma resolução judicial que declara o que aconteceu, o juiz não julga fatos, mas só a prova dos fatos; fato para o juiz “pode não ser aquilo que os interessados viram acontecer, mas é sempre o que o juiz verificou nos autos e declara que aconteceu”.

Frank diz que os fatos são subjetivos, e Satta escreve que o juiz cria o fato, não como invenção, mas como escolha, através de mil possibilidades ou hipóteses, daquelas que lhe pareceram mais conformes à realidade, escolha que é criação e não simples percepção. Daí poder a sentença estabelecer uma verdade fictícia, formal ou legal, presumida, que pode não coincidir com a verdade real, ou seja, a coisa julgada pode fazer do branco, preto, e do quadrado, redondo. V. fato e direito. B. Amílcar de Castro, **Direito**

internacional privado, I. Rev. For. Rio, 1968; Pedro Aragonese Alonzo, **Proceso y derecho procesal**, Aguilar ed. Madri, 1960.”

Croze diz., ob. cit., p. 35/36, que: “Comparados aos direitos das partes, os ônus que pesam sobre elas no processo civil parecerão bem leves.” São, segundo o processualista: “alegar os fatos próprios a fundamentar suas pretensões” e “participar ativamente no processo”, “respeitar espontaneamente o contraditório”, “trazer seu concurso às medidas de instrução”, atender à regra do art. 332 do NCPC, que diz que “o juiz pode ainda convidar as partes a provocar a intervenção de terceiros no processo”.

Segundo o art. 125 do NCPC o juiz somente pode conhecer de ofício das causas de extinção do processo sem julgamento do mérito quando se tratem de matérias de ordem pública.

Segundo o art. 10 do NCPC o juiz pode produzir provas de ofício.

### 3.24 - Juiz da instrução

Primeiro deve ser dito que a regra geral é a colegialidade dos Tribunais na 1ª instância. Depois, que a instrução não é procedida por todos os membros da câmara à qual o processo é distribuído, mas sim é designado pelo presidente da câmara um juiz para realizar a instrução do processo. Esse juiz é o “juiz da instrução” daquele processo. Somente ele pode instruir aquele processo. Após concluída a instrução o processo é remetido à colegialidade para os debates e final julgamento.

Serge Braudo, no seu **Dictionnaire du Droit Privé**, publicado na Internet, diz sobre a instrução - e o juiz da instrução diz, com palavras diferentes, mas esclarecedoras - o seguinte: “A instrução é a fase do procedimento escrito, no curso do qual se desenvolve a instrução da causa sob o controle e a direção de um juiz. Esse juiz é chamado, nos Tribunais de Grande Instância, juiz da instrução e, nas Cortes de Apelação, conselheiro da instrução. A não ser nas câmaras sociais das Cortes de Apelação, em que o procedimento é oral, durante essa fase do procedimento cada uma das partes é representada obrigatoriamente na primeira instância por um advogado e na jurisdição de segundo grau por um “*avoué*”. Não há juiz

da instrução na Corte de Cassação: é o serviço do Cartório da Corte que se encarrega da instrução. Não existe juiz da instrução nem nos Tribunais de Instância nem nas jurisdições especializadas em que o procedimento é oral. O juiz da instrução estabelece audiências nas quais comparecem os procuradores das partes conforme um calendário que é geralmente fixado desde a primeira audiência. Além dessa audiência, o juiz (ou, na Corte de Apelação, o conselheiro) se informa da regularidade do procedimento em andamento e das diligências dos procuradores das partes. Ele pode decidir injunções e incidentes relativos às comunicações entre procuradores de peças e petições. É o que significa, em se tratando das partes, que elas devem estar informadas sobre o processo. O juiz pode, se o processo necessita, decidir sobre medidas próprias a prosseguir a instrução, como perícia ou inquirição de pessoas. A instrução termina com uma decisão de desligamento do juiz em relação ao processo, através da qual o juiz da instrução determina a remessa do processo à colegialidade de julgamento da câmara à qual pertence o referido juiz da instrução. Contrariamente às regras seguidas em matéria penal, em que o juiz da instrução não pode participar do julgamento com os demais membros da câmara, em matéria civil o juiz da instrução toma parte nas deliberações da câmara do respectivo Tribunal ou Corte de Apelação (segundo o caso).”

### **3.25 - Alguns meios de prova**

Depoimento escrito de testemunha. A descrença dos juristas franceses quanto às provas orais é muito acentuada, o que faz com que a prova testemunha e tenha pouquíssimo valor. Também se pensa que a tomada de depoimento toma muito tempo. Por isso se prefere que, no caso de afirmação de testemunha, isso seja feito por escrito com obediência a certas exigências. A respeito, ensina Mme Bérouton no seu **Curso de Processo Civil** publicado na Internet que “o juiz e bem assim as partes podem provocar o depoimento de terceiros. Ele ouve suas declarações presencialmente ou por intermédio de simples documento escrito”. Segundo Croze, ob. cit., p. 89, “os depoimentos de testemunhas são em princípio escritos em atestações sujeitas a um formalismo particular.”

Juramento das partes. Quanto a ele, consigna a **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: “Juramento decisório. (dir. prc.) Juramento que decide a causa, porque o juiz aceita os fatos jurados pelo réu, e, se este não comparece, julga segundo o julgamento do autor. Não há mais hoje no direito brasileiro.” e diz: “Juramento supletório.(dir. prc.)Juramento que fazem autor com réu para reforçar prova deficiente. Não mais existe em nosso direito.”

Três modalidades de perícias existem:

a) constatação se faz apenas a verificação e registro escrito, por exemplo, por um oficial de justiça, sem emitir parecer sobre as consequências de fato ou de direito dos elementos constatados - art. 249 do NCPC;

b) consulta é uma questão puramente técnica que não requer investigações complexas (art. 256 do NCPC). É muito rara e, quando acontece, o “expert” é o chamado “amigo da corte”, que mencionamos no próximo item;

c) “expertise” é a mais complexa. Tem de ser motivada a decisão de nomeação de perito e determina a extensão da perícia, segundo o art. 265 do NCPC.

O juiz, como se sabe, pode determinar a produção de provas de ofício, no entanto há um entendimento de que não deve se substituir integralmente às partes na iniciativa da produção de provas. Assim, afiança Mme Bérroujon no seu **Curso de Processo Civil** publicado na Internet que “o artigo 146 do NCPC dispõe que as medidas de instrução só podem ser ordenadas de ofício se as partes, elas mesmas, não têm meios materiais de produzir a prova de um fato que elas alegam (por exemplo porque a peça de que elas precisariam está em poder da parte contrária ou de um terceiro).”

### 3.26 - A figura do “amigo da corte”

Serge Braudo, no seu **Dictionnaire du Droit Privé**, publicado na Internet, diz: *amicus curiae*. Terminologia latina para designar a pessoa que a jurisdição civil pode ouvir sem formalidades com o objetivo de averiguar elementos próprios para facilitar sua informação, por exemplo, para conhecer os termos de usos e costumes locais ou regras profissionais não escritas. O amigo da corte não é

nem testemunha, nem perito, nem se submete às regras da recusa de oitiva pelas partes.

### **3.27 - O advogado no Processo Civil**

Na França existem 3 tipos de advogados: os advogados propriamente ditos (que militam na 1ª instância: Tribunais de Grande Instância, Tribunais de Instância, Justiça Trabalhista, Tribunais do Comércio, etc.), os “*avoués*” (autorizados a redigirem recursos de apelação perante as Cortes de Apelação) e os advogados dos Conselhos (que militam perante a Corte de Cassação). Há casos em que é obrigatória a presença de advogado (*lato sensu*) no processo e há casos em que não é, podendo, nesta última situação, a parte apresentar-se sem advogado ou então ser representada por pessoas que a legislação autoriza (por exemplo, diante dos Tribunais do Comércio a parte pode ser representada por qualquer pessoa).

Diz Mme Bérouton no seu **Curso de Processo Civil** publicado na Internet que “todos os representantes, com exceção dos advogados (*lato sensu*), devem apresentar procuração escrita.”

### **3.28 - Os debates orais**

Os debates orais visam a mostrar aos juízes da câmara que irá julgar o processo os pontos mais importantes, acontecendo frequentemente de os juízes transformarem a audiência num verdadeiro debate entre eles e os advogados, que ficam na contingência de responder às indagações dos juízes.

### **3.29 - Deliberação secreta**

Somente o Ministério Público, como fiscal da lei ou como parte, presencia o “*délibéré*”, numa afronta à igualdade das partes. Tal acontece por causa do destaque que o *Parquet* tem na França.

### **3.30 - Objetividade na redação das sentenças**

Também os juízes e tribunais franceses têm de obedecer à regra muito conhecida de decidir fundamentadamente, tendo os

atos mais importantes as tradicionais 3 partes: relatório, fundamentação e dispositivo.

Carlos Ferreira de Almeida, ob cit., p. 57, é preciso quando afirma: “as sentenças francesas são tendencialmente curtas e concisas. A matéria de fato é resumida. Como regra, cada uma das frases começa pela palavra ‘*attendu*’ (considerando), o que confere ao texto um certo paralelismo monótono. A fundamentação legal é sempre indicada. Em comparação com as sentenças portuguesas e alemãs, são em menos número as menções jurisprudenciais e são raras as citações doutrinárias. Não há votos de vencido.”

Consigna a **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: “Considerando. Considerandos ou consideranda. Cada um dos parágrafos de sentenças, [...] onde são expostos os seus fundamentos ou razões que as determinaram. Cada uma das justificações destes atos começadas pelas palavras “considerando” ou “atendendo”. Motivo, razão, argumentação, fundamentação, consideração. Escreve-se indiferentemente “os considerando”, “os considerandos” ou “os consideranda”. Reflexões analíticas da sentença, em forma de parágrafos, sobre os pontos de fato e de direito da causa.”

Serge Braudo, no seu **Dictionnaire du Droit Privé**, publicado na Internet, diz sobre a parte dispositiva da sentença: “A Corte de Cassação considera que o silêncio guardado pelo juiz no dispositivo de sua decisão sobre alegações subsidiárias (das partes, naturalmente) implica sua rejeição”. Segundo o NCPC, as decisões judiciais são: sentenças (prolatadas por um órgão jurisdicional de 1ª grau); arestos (proferidos pelas Cortes de Apelação ou pela Corte de Cassação) e ordenanças (prolatadas por juiz único).

As sentenças se classificam, segundo o NCPC em: de mérito e “outras sentenças”: as que extinguem o processo sem julgamento do mérito, as sentenças de “*référés*” e as “*sur requête*”. Croze, ob. cit., p. 43, diz que essa classificação “não é nada racional”.

### 3.31 - Voto vencido

Se o julgamento não é unânime, não é publicado o voto vencido, chegando ao conhecimento das partes e demais eventuais interessados a decisão, sem se dizer se houve ou não divergência.

Com isso pretende-se garantir até a própria segurança dos juízes. Observa-se que no Direito francês se faz muita questão do cumprimento do dever do juiz de manter segredo dos atos do seu ofício em geral.

### **3.32 - Sentenças e acórdãos comunicados às partes em audiência**

Nos casos de procedimentos de jurisdição voluntária, a audiência de leitura da sentença ou do acórdão é restrita às partes, à exceção dos casos de divórcio, cujo dispositivo é lido em audiência pública.

### **3.33 - O duplo grau de jurisdição**

Consigna a **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: “Duplo grau de jurisdição (dir. prc.). Princípio de ordem pública segundo o qual toda causa tem direito a um reexame por uma segunda instância.” Muito mitigada no Processo Civil francês a ideia de que o duplo grau de jurisdição seja uma boa coisa; ao contrário prevalece a ideia de que em causas de pequeno valor, cujo teto é mais baixo nas causas de competência da Justiça Trabalhista, são insuscetíveis de apelação, transitando em julgado na 1ª e única instância. Com isso, desafogam-se as Cortes de Apelação e, por via de consequência, a Corte de Cassação.

Segundo o NCPC, as decisões judiciais são: sentenças (prolatadas por um órgão jurisdicional de 1ª grau); arestos (proferidos pelas Cortes de Apelação ou pela Corte de Cassação) e ordenanças (prolatadas por juiz único). As sentenças se classificam, segundo o NCPC em: de mérito e “outras sentenças”: as que extinguem o processo sem julgamento do mérito, as sentenças de “*référés*” e as “*sur requête*”.

Cröze, ob. cit., p. 43, diz que essa classificação “não é nada racional”. Mais adiante, p. 44, diz que “os autores do Código fundaram sua classificação inteiramente sobre a autoridade da coisa julgada, de maneira que opõem as decisões que fazem coisa julgada daquelas que não.” Mencionam-se dois tipos de recursos (art. 527 do NCPC): a) ordinários: apelação e oposição; b) extraordiná-

rios: oposição de terceiro, recurso de revisão e provimento de casação. No entanto, há mais um que é a contradita, contemplado alhures no Código.

Croze, ob. cit., p. 49, diz, com outras palavras, que, apesar de falha a classificação dos recursos em ordinários e extraordinários, há interesse prático em se manter essa classificação, porque os recursos ordinários têm efeito suspensivo da execução, o que não acontece com os extraordinários.

#### Recursos Ordinários:

1) Apelação - visa a reforma ou a anulação de uma decisão (em sentido amplo) de primeiro grau, seja ela uma sentença de mérito, uma sentença que extinga o processo sem julgamento do mérito, uma ordenança de “*référé*” ou uma ordenança “*sur requête*” (art. 542 do NCPC), evidentemente se ultrapassado o teto do valor da causa já mencionado. Regra geral as apelações somente são interpostas com a prolação da sentença que encerra o processo, mas, como visto, podem se referir a decisões interlocutórias, mas, nesse caso, só são julgados imediatamente se o juízo apelado decidiu com excesso de poder ou violou flagrantemente os direitos de defesa (*appel-nullité*). Tanto a matéria de fato como a de direito são reanalisadas pela Corte de apelação competente, presente o efeito devolutivo do recurso). Segundo o art. 562 do NCPC, a Corte de Apelação pode, em casos específicos, utilizar seu poder de “avocação”, suprimindo um grau de jurisdição.

2) Oposição - é o recurso do revel, perante o mesmo Juízo do processo em que sofreu condenação, sendo necessário o preenchimento cumulativo das seguintes condições: o processo não comporta recurso e o recorrente não recebeu a citação no processo que originou o recurso. É um recurso raramente utilizado, sendo preferido pelo vencido o recurso de apelação, se é possível no caso. É interposto perante o próprio órgão jurisdicional de 1º grau que julgou inicialmente.

3) A contradita - é o recurso que visa a somente a resolver conflito de competência.

#### Recursos Extraordinários:

1) Oposição de Terceiro - é manobrável pelo terceiro que se sinta atingido pela sentença ou acórdão. É ajuizado perante o Tribunal que julgou a demanda que originou o recurso.

2) Recurso de Revisão - visa, como o próprio nome diz, a revisão do julgamento, interposto o recurso perante o próprio órgão jurisdicional recorrido, alegando-se: fraude praticada por uma das partes, o que teria determinado o rumo da decisão recorrida; descoberta de peças importantes que estariam em poder da parte contrária; peças ou declarações declaradas falsas pela Justiça; depoimentos, atestações ou juramentos declarados judicialmente falsos.

3) Provimento em Cassação - visa a assegurar a unidade da interpretação das regras do Direito. Segundo o art. 604 do NCP, “tende a fazer censurar pela Corte de Cassação a não-conformidade da decisão que ele ataca às regras de direito”. A Corte de Cassação somente tem duas opções: anular ou não anular a decisão recorrida, mas não a reforma, pois não é 3ª instância.

Os recursos mais usados no foro francês são a Apelação e o Provimento em Cassação, segundo Jean-Jacques Barbiéri.

Christine da Luz, Juíza francesa que esteve no Brasil verificando a estrutura do nosso Processo Civil, escreveu um Relatório em que diz, entre outras coisas, que no Brasil há recursos demais, no que ela tem razão, dizendo também que aqui se abusa do direito de recorrer. Os recursos ordinários têm efeito suspensivo, os extraordinários, não. Outra diferença entre os referidos recursos é que cabem os ordinários em todos os casos, a não ser com previsão da lei em contrário, enquanto que os extraordinários são abertos nas hipóteses especificadas na lei.

Outra observação importante é lembrada por Jean-Jacques Baibiéri, ob. cit., p. 111: “As decisões provisórias não podem ser julgadas em apelação independentemente do julgamento da matéria de fundo do processo.” A apelação visa a anular ou reformar a decisão ou sentença de 1º grau, mas a Corte de Apelação pode conhecer de matéria que não foi objeto do recurso e julgá-la. A Corte de Cassação julga só a matéria de fundo, quer dizer, de mérito, não a de fato. Visa simplesmente a manter a unidade

jurisprudencial, não sendo 3ª instância a não ser em casos especiais. O art. 311-9 do Código Civil impede o abandono da causa quando se trata de demanda que verse sobre filiação, valendo isso, naturalmente, para o caso de recurso em andamento.

### 3.34 - Litigância de má-fé

O conceito de litigância de má-fé é quase universal. Quanto ao Direito Processual Civil brasileiro fala com acerto a **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: “Litigante de má-fé. (dir. prc.) É considerado como tal aquele que: a) deduzir pretensão ou defesa, cuja falta de fundamento não possa razoavelmente desconhecer; b) altera intencionalmente a verdade dos fatos; c) omite intencionalmente fatos essenciais ao julgamento da causa; d) usa do processo com o intuito de conseguir objetivo ilegal; e) resiste injustificadamente ao andamento do processo; f) procede de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; g) provoca incidentes manifestamente infundados. V. lide temerária. (Nota do revisor - No atual Estatuto da Advocacia e da O.A.B. (Lei 8.906 de 04.07.1994), no art. 32, § único, determina que em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.)”

No Processo Civil francês o entendimento é semelhante.

Diz Mme Bérouton no seu **Curso de Processo Civil** publicado na Internet que “o direito de ação, que pode ser considerado como direito subjetivo autônomo, pode ser sancionado pelo exercício abusivo através de multas civis (o produto dessas multas civis se destina ao Tesouro Público) ou por condenações em perdas e danos (que se destinam à parte contrária). (conforme art. 32-1 do NCPC) A Corte de Cassação aplica muitas multas civis em recursos de provimentos de cassação abusivos. Existe um outro meio indireto de sancionar as ações abusivas (art. 700 do NCPC - que permite ao juiz condenar a parte vencida a pagar à parte vencedora encargos não compreendidos entre as despesas processuais).”

### 3.35 - Execução provisória e execução retardada

Quanto à execução, como já dito, não faz parte do NCPC, pois o anunciado Livro V, que trataria dela, até hoje não se tornou realidade, prevalecendo normas do CPC de 1806, com atualizações de uma lei de 1991, a qual criou a figura do juiz das execuções. Essa lei, aliada a um decreto de 1992, mudou totalmente a execução sobre móveis. A constituição de advogado não é obrigatória em matéria de execução, afirma Mme Bérouton no seu Curso.

Consigna a **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: “Execução provisória. (dir. prc. civ.) Execução de sentença ainda não transitada em julgado, mas contra a qual só cabem recursos com efeito devolutivo. Reformada a sentença, a execução fica sem efeito.”

Jean-Jacques Barbiéri, ob. cit., p. 103/108, fala de cada uma, dizendo:

a) sobre a execução provisória, que ela pode ser de direito (por exemplo, ordenanças de référé, decisões provisórias no curso do processo, etc.) ou facultativas, ordenadas pelo juiz (que deve analisar caso a caso, normalmente exigindo caução e evitando a irreversibilidade do eventual prejuízo que poderá causar ao vencido, que pode ser vencedor em grau de recurso);

b) sobre a execução retardada que o juiz pode conceder prazo ao vencido para pagar o débito, inclusive parceladamente.

### 3.36 - O instituto da *radiation*

Diz Mme Bérouton no seu **Curso de Processo Civil** publicado na Internet que as “causas extintivas do processo não devem ser confundidas com certas medidas de administração judiciária que são da iniciativa do juiz e penalizam a falta de iniciativa das partes: assim a “*radiation*” do processo é simplesmente suspensiva do processo, podendo as partes retomá-lo quando elas quiserem simplesmente requerendo o reinício do processo, mas devendo ser novamente registrado o feito no livro próprio e citado novamente o réu. Os atos processuais já realizados continuam a produzir efeitos. A decisão é irrecorrível a não ser que o recorrente demonstre

que o juiz agiu com excesso de poder, conforme garante Mme Béroujon no seu Curso já várias vezes mencionado.

#### **4 - PROCESSUALISTAS CIVIS FRANCESES EMÉRITOS**

Destacam-se:

PLACENTIN (séc. XIII) “fundou a escola de direito de Montpellier, a primeira da França, e entre outras obras escreveu, com espírito científico e profundo conhecimento das fontes, um “*Summa*” do Código e outro das Institutas.” (José Carlos de Matos Peixoto, *Curso de Direito Romano*, tomo I, Renovar, 4ª edição, p. 174);

JACQUES CUJAS (Toulouse, 1520 - Bourges, 1590) “Posteriormente, surge a chamada escola culta ou elegante, que, “no século XVI começa nova era para o estudo do direito romano”. (p. 182), dizendo o ilustre autor, linhas adiante, que: “O mais ilustre representante dessa escola é o jurisconsulto francês Cujácio (1522-1590), que lecionou principalmente em Bourges e Valença e cujo nome, no dizer de Rivier, domina a ciência jurídica da Renascença.”; PHILIPPE DE RÉMI, “SIRE” DE BEAUMANOIR (v. 1250 - Pont-Saint-Maxence 1296), autor dos “*Costumes de Beauvaisis*; além de:

JACQUES D’ABLEIGES; JEAN BOUTILLIER; CHARLES DU MOULIN; BUDÉ; DONELLUS; FRANÇOIS HOTMAN; BERNARD D’ARGENTRÉ; GUY COQUILLE; ANTOINE LOISEL; PIGEAU; JAPIOT; VIZIOZ; MOREL; PERROT; MOTULSKY; CADIET; VINCENT; GUINCHARD; HÉRON.

#### **5 - CONCLUSÃO**

1) O Processo Civil francês atual é o resultado de uma evolução lenta mas segura dentro de um estilo todo particular, baseado sobretudo nos costumes, que foram sendo compilados até chegar-se à Ordenança de 1667 e, depois, ao Código de Processo Civil de 1806, e, posteriormente, ao Novo Código de Processo Civil, que, no entanto, não é o resumo de tudo o que existe em termos de Processo Civil, mas sobressaindo sempre em todas essas modificações para melhor acompanhar a evolução dos tempos a praticidade e o empenho em se encontrar soluções ao mesmo tempo rápidas e justas para as partes;

2) Não há preocupação, regra geral, no Processo Civil francês com o tecnicismo, sendo, aliás, a própria redação do NCPC tida com de pouca técnica, se comparada com o Código italiano e até o brasileiro;

3) Ao invés de copiar de legislações alienígenas, o Processo Civil francês, ao contrário, inspirou os Códigos e leis de outros diversos países, principalmente os francofônicos;

4) Mostra-se o Processo Civil francês como verdadeiro exemplo para as ideias modernas do “acesso à justiça” e da “efetividade do processo”; a primeira através do primor de organização da assistência judiciária e a segunda, dentre outros institutos, a presteza dos “*référés*” e das injunções de fazer e de pagar;

5) O Processo Civil francês atende ao que afirma Hervé Croze quando diz que “Um bom Direito deve ser simples e compreensível por todos.”

# As Concessionárias de Transporte Coletivo Terrestre e a Inobservância dos Princípios da Adequação, Eficiência e Continuidade do Serviço Público\*

Rodrigo José Meano Brito  
*Juiz de Direito do TJ/RJ.*

Tema de grande relevância hoje nos tribunais do País se refere à qualidade da prestação do serviço público essencial de transporte coletivo terrestre, mormente no que tange à observância dos princípios da adequação, eficiência e continuidade.

Em síntese, busca-se uma tutela jurisdicional para determinar que as concessionárias de serviço público de transporte terrestre prestem serviço de transporte coletivo eficaz, adequado, contínuo e seguro, dotando seus coletivos de bom estado de conservação, fazendo cessar todas as irregularidades constatadas, tais como: excesso de passageiros, falta de vistoria de seus veículos, intervalo acima do normal e tráfego com número baixo do mínimo de coletivos permitido.

É cediço que a obrigação de o delegatário do serviço público manter serviço adequado, eficiente e de qualidade possui fundamento constitucional, legal e contratual. A Constituição da República estabelece:

---

\* Com base em sentença prolatada em 04/06/2009 nos autos do processo nº 2008.001.366680-5 em trâmite perante o juízo da 6ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro - Ação Coletiva de Defesa do Consumidor movida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face de Auto Viação Tijuca S/A.

*“Art. 175 - Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.*

*Parágrafo único. A lei disporá sobre:*

*I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;*

*II - os direitos dos usuários;*

*III - política tarifária;*

*IV - a obrigação de manter serviço adequado.”*

O legislador infraconstitucional, por sua vez, editou a Lei nº 8.987/95 que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Logo no Capítulo II disciplina o que considera “serviço adequado”. Confira-se:

*“Art. 6º - Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.*

*§ 1º - Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.*

*§ 2º - A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.”*

Observe-se que o edital de licitação e o contrato de concessão/permissão devem definir as condições de prestação do serviço adequado. O art. 23 da Lei nº 8.987/95 trata das cláusulas essenciais. Marcos Juruena Villela Souto, *in Direito Administrativo das Concessões*. 5ª edição, Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2004, leciona que:

*“São cláusulas essenciais do contrato de concessão, entre outras presentes nas concessões, as relativas ao número das linhas, nome das linhas e número mínimo de ônibus exigidos, ao modo, forma, condições e prazo da prestação do serviço, aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros da qualidade do serviço, ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas, à forma de fiscalização dos ônibus, das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la.”*

O art. 7º, por sua vez, ao tratar dos direitos e obrigações do usuário estabelece, dentre outros, que é direito do usuário receber serviço adequado (inciso I) e levar ao conhecimento do Poder Público e da Concessionária as irregularidades de que tenha conhecimento, referentes ao serviço prestado (inciso IV).

O transporte coletivo - serviço público essencial nas cidades - desenvolve papel social e econômico de grande importância, pois democratiza a mobilidade, na medida em que facilita a locomoção das pessoas.

Diversos fatores são considerados pelos usuários na avaliação da qualidade dos sistemas de transporte público coletivo. A percepção individual e conjunta desses fatores varia bastante em função da condição social e econômica das pessoas, da idade, do sexo, do horário de utilização, etc. Deve-se ter em mente, ainda, que a percepção da qualidade do serviço prestado é influenciada pelas condições de transporte vigente, pois há um crescimento do grau de expectativa dos passageiros com a melhoria da oferta.

Sobre as expectativas dos passageiros Eiji Kawamoto, *in* **Análise de sistemas de transportes**. São Carlos: EESC - USP. 1994, afirma que “no entanto, a satisfação de ter conseguido um nível maior de conforto e rapidez nas suas viagens durará pouco, pois o nível de aspiração está sempre além do nível alcançado. Assim, parece bastante lógico estabelecer a hipótese de que a natureza hedonista do homem, associada à aspiração, torna ilimitado o desejo de viajar de modo mais rápido e mais confortável...”

Se é verdade que a natureza hedonista do homem, associada à aspiração, torna ilimitado o desejo de viajar de modo mais rápido e confortável, sempre buscando uma maior eficiência e qualidade do serviço, não é menos verdade que é dever das concessionárias e permissionárias prestar um serviço adequado e de qualidade dentro dos parâmetros *mínimos* preestabelecidos pelo Poder Concedente.

Com efeito, a definição de um serviço como público já pressupõe a existência de um interesse público legalmente reconhecido. Por tal razão, a lei federal, estadual, municipal ou distrital que reconhecer um serviço como público no âmbito de sua competência já deve dispor sobre os parâmetros mínimos de sua prestação eficiente, de modo a atender à coletividade que legitimou a presença do Estado no setor.

Portanto, basta examinar se os padrões de qualidade preestabelecidos estão sendo observados pelas concessionárias.

Neste sentido, um excelente instrumento de aferição se baseia na opinião da maioria dos usuários habituais do transporte público com base no número de reclamações formuladas pelos usuários, com base no art. 7º, inciso IV, da Lei nº 8.987/95.

No que se refere à *eficiência do serviço público*, a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal já considerava em 1954 a eficiência como um norteador da conduta do prestador de serviço público: “O controle administrativo do ensino público permite a interferência oficial na direção dos educandários particulares, para afastar os diretores sem eficiência. Não constitui diminuição moral esse afastamento, pois nem todo cidadão ilibado tem competência para dirigir e administrar.” (STF, RMS nº 2.201 - DF, Rel. Min. Abner de Vasconcelos, julgamento em 07/01/54, Tribunal Pleno).

A legislação pátria também já adotava a eficiência, como nos artigos 25, inciso V, VII e 26, inciso III do Decreto-Lei nº 200/67. A doutrina sempre deu tratamento de destaque à eficiência. Hely Lopes Meirelles, *in Direito Administrativo Brasileiro*. 24ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999, a caracterizou como a exigência de que: “A atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição

e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.”

A eficiência foi erigida a princípio constitucional com a edição da Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/1998. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *in Mutações do Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, leciona que: “a elevação da eficiência a princípio constitucional norteará a ação administrativa, a produção legislativa e a interpretação judiciária, além de caracterizar verdadeiro direito difuso da cidadania, possibilitando, assim, a exigibilidade do cumprimento de metas de desempenho”.

Portanto, é dever do delegatário de transporte coletivo terrestre observar os termos do contrato de concessão e prestar o serviço público essencial com os olhos voltados para aos princípios da adequação, eficiência e continuidade. 

# I FONAVID

## Retrospecto de um Seminário

**Cristina Tereza Gaulia**

*Desembargadora do TJ/RJ. Presidente da COJEM - Comissão Estadual dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher.*

*“Diálogo é bem mais do que troca de opiniões. É deixar os pressupostos e pontos de vista bem longe e conversar. Só podemos fazer isso se formos capazes de ouvir livremente umas às outras, sem tentar influenciar. Ouvir a outra pessoa deixando para lá os “filtros” de seus pensamentos. Diálogo é algo completamente diferente de discussão. O diálogo é redondo, é uma espiral, um fluxo de significados. Quantas vezes não ouvimos de filhos, maridos, netos: ‘mas você não me escuta!’ Isso quer dizer que a gente não está percebendo o significado para essa pessoa.<sup>1</sup>*

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com apoio integral do Presidente Luiz Zveiter, sediou entre 23 e 25 de novembro próximo passado, o I FONAVID - Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, evento que contou com a presença de Juízes de todo o país, além da necessária presença de vários profissionais integrantes de equipes técnicas multidisciplinares, psicólogos, assistentes sociais e pedagogos.

---

<sup>1</sup> *In Segurança Pública - Outros olhares, outras possibilidades*; organizador João Trajano Sento-Sé; realização Secretaria Especial de Políticas para Mulheres; Brasília; 2009; p.58; do texto: “Violência e gênero: outras conversas possíveis” de Barbara Musumeci Soares (texto que fez parte da exposição que customizou os auditórios onde foi realizado o evento).

Uma idealização oportuna e indispensável da Secretaria Especial de Política para as Mulheres, comandada pela Ministra Nilcéa Freire, incansável na criação e implementação de uma política pública nacional para imposição de paradigmas concretos de combate eficiente à violência doméstica contra as mulheres, e com a estreita e competente colaboração organizacional do Ministério da Justiça e da Secretaria de Reforma do Judiciário, o seminário teve como tema “A efetividade da Lei Maria da Pena”.

Com discussões jurídicas de extrema relevância no campo da melhor compreensão da Lei 11.340/06, a Lei Maria da Pena, esta nova lei principiológica que se instalou, de forma definitiva e contundente, no campo da prestação jurisdicional no País, a convivência e os debates frutíferos, entre Magistrados e equipes técnicas, deixaram marcas indeléveis no espírito de todos os participantes. Alimentados pela presença marcante e emblemática de Maria da Pena Fernandes, as palestras trouxeram novas luzes sobre a aflagrada questão da vitimização das mulheres brasileiras, estas que agora chegam ao Judiciário clamando pela garantia de sua dignidade.

O presente retrospecto visa estimular a memória dos que estiveram presentes, apresentando, por igual, em breves pinceladas, um resumo dos principais assuntos trazidos pelos palestrantes à reflexão, que se espera possa ser útil também àqueles que se fizeram ausentes.

Abrindo o evento, no auditório da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, a Ministra Nilcéa Freire lembrou que o combate à violência doméstica é um processo de luta, luta constante, diuturna e sem trégua, que a SEPM assumiu, construindo uma Política Nacional de Proteção à Mulher Vítima de Violência Doméstica que, no entanto, somente se tornará eficaz, alcançando todas as mulheres brasileiras, e protegendo as famílias em todos os cantões do Brasil, se houver a intervenção qualificada dos diversos atores sociais e institucionais, e principalmente dos Judiciários estaduais, por meio dos Magistrados.

Apontou, com precisão, a Ministra Nilcéa Freire que a violência doméstica contra as mulheres não é uma questão “de polícia”,

mas de “políticas”, estas que se devem implementar, de forma constante e precisa, segundo estandarte içado por Maria da Penha Fernandes, no campo da educação, da saúde individual e coletiva, da habitação, da promoção da igualdade e respeito à diversidade, mas sobremaneira, garantindo-se o acesso à Justiça.

A partir do reconhecimento da especial vulnerabilidade da mulher vítima de violência doméstica, do preconceito ainda existente nesta seara, das banalizações interpretativas geradas pelo alto nível de tolerância social, haveria a necessidade absoluta de capacitação dos Magistrados brasileiros a fim de praticarem uma jurisdição mais adequada neste campo tão complexo, onde todos os envolvidos, inclusive os agressores, são nada mais, nada menos, que vítimas sociais.

A Juíza Adriana Ramos de Mello, presidente do I FONAVID, ratiﬁcou as palavras da Ministra, com sua fala de agradecimento a todos que, de uma forma ou de outra, tornaram possível, no Estado do Rio de Janeiro, a instalação de cinco Juizados da Violência Doméstica contra a Mulher, e mais um a ser inaugurado até o final do ano de 2009<sup>2</sup>, sedimentando assim, no âmbito da Justiça do Estado uma das metas da Política Nacional de combate à violência doméstica: a existência, em cada comarca, de um órgão de jurisdição especializada.

Foi secundada por Rogério Favreto, Secretário de Reforma do Judiciário, e por Morgana Richa, do Conselho Nacional de Justiça, que reforçaram a ideia de que, ao lado da percepção de todo um espectro coletivo de violência contra a mulher, os Magistrados brasileiros precisam se conscientizar de que não podem mais trabalhar solitariamente, mas precisam fazê-lo solidariamente, passando a integrar as redes de proteção às mulheres criadas pelos Executivos, e aprendendo o diálogo democrático com os demais integrantes dessas redes, mormente com os profissionais de psicologia e assistência social.

Na abertura das mesas técnicas, no dia 24 de novembro, a Procuradora do Estado de São Paulo, Flávia Piovesan, sublinhando

<sup>2</sup> O Estado do Rio de Janeiro é o estado da Federação com o maior número de órgãos jurisdicionais especializados para o combate e prevenção da violência doméstica contra a mulher. São eles: I JVDM/Centro, JVDM Campo Grande, JVDM Jacarepaguá, JVDM Nova Iguaçu, JVDM Caxias, e o recentemente inaugurado, JVDM São Gonçalo (em 15/12/09) (adendo nosso).

a sua alegria em somar-se ao combate à violência doméstica contra a mulher, enriqueceu a todos com exposição sobre recente trabalho em que aborda a questão da proteção dos direitos humanos, frisando que, em um Estado Democrático de Direito, os direitos humanos têm dois pilares fundamentais: a afirmação da dignidade da pessoa humana e a prevenção do sofrimento.

Buscando pois, e continuamente, um horizonte emancipatório, os Juízes deveriam lembrar-se sempre que a afirmação da dignidade das mulheres, nas várias arenas geográficas e sociais, passa pela garantia de que todas as leis que combatem a violência doméstica devem ser observadas e concretizadas, inclusive as convenções e tratados internacionais, que, ao lado dos ditames da Constituição, ou abaixo dela (visão trapézio ou pirâmide, respectivamente), devem servir como parâmetro hermenêutico de molde a constituir a mais eficiente e democrática prestação jurisdicional.

Na mesma senda, lembrou-nos a Dr<sup>a</sup> Piovesan que a prevenção do sofrimento é bandeira a ser desfraldada por cada um, no exercício do poder, exercendo-se a autoridade para evitar a dor do outro, e para isso os Magistrados devem estar alertas para a implementação, de forma plena, do princípio da igualdade, que segundo Bobbio levaria necessariamente à especificação do sujeito dentro de suas individualidades, ou, na linguagem de Boaventura de Sousa Santos, à garantia do “direito à diferença”.

Ressaltou-se o papel fundamental exercido pelas convenções internacionais sobre os direitos das mulheres, essas que estabelecem uma plataforma de trabalho de prevenção à violência e discriminação nos campos político, sociológico, e de afirmação plena dos direitos sexuais e reprodutivos<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Vejam-se dentre outras: Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Cívicos à Mulher de 1948, promulgada no Brasil pelo Decreto 31.643, de 23/10/52; a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, Nova Iorque, 3/03/53, ratificada pelo Brasil em 13/06/63, promulgada pelo Decreto 52.476, de 12/09/63; a Convenção da OIT nº 100, de 1951, sobre a igualdade de remuneração entre homens e mulheres, ratificada pelo Brasil em 1957, promulgada pelo Decreto 41.721, de 25/06/57; a Convenção da OIT nº 111, de 1958, sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão, ratificada pelo Brasil, em 1965, promulgada pelo Decreto 62.150, de 19/01/68; a Convenção para Eliminar todas as Formas de Discriminação contra a Mulher

Vale lembrar que o Conselho das Nações Unidas define violência contra a mulher como: “qualquer ato de violência baseado na diferença de gênero que resulte em sofrimento e danos físicos, sexuais e psicológicos da mulher, inclusive ameaças de tais atos, coerção e privação da liberdade”<sup>4</sup>.

Em seguida, a Senadora Serys Slhessarenko apresentou críticas ao anteprojeto de alteração do Código de Processo Penal, apontando a tentativa de amesquinhar-se a Lei 11.340/06, diminuindo-se sua efetividade no combate à violência doméstica contra a mulher.

A Senadora, incansável defensora da Lei Maria da Penha no Congresso Nacional, frisou com muita propriedade que “inconstitucional não é a Lei Maria da Penha, mas a ausência dela”, e que qualquer dispositivo do anteprojeto do Código de Processo Penal que vise, sob uma máscara de modernização, alterar as normas da lei especial, deve ser repellido enfaticamente, pena de grave retrocesso no plano da defesa e empoderamento das mulheres vitimizadas.

Slhessarenko informou a apresentação de emendas ao anteprojeto, de molde a preservar a integralidade e a força da Lei Maria da Penha.

Dentre as emendas, a retirada do art. 276 do anteprojeto, que considera de menor potencial ofensivo, crimes com pena máxima não superior a dois anos. Na mesma linha, pontuou que os

---

de 1979, ratificada com algumas reservas, pelo Brasil em 1984, promulgada pelo Decreto 4.316, de 30/07/02; a II Conferência Mundial de Direitos Humanos, em Viena/1993 que inclui na declaração de direitos humanos o seguinte dispositivo: “Os direitos do homem, das mulheres e das crianças constituem uma parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. A participação plena e igual das mulheres na vida política, civil e econômica, social e cultural, em nível nacional, regional e internacional, e a erradicação de todas as formas de discriminação com base no sexo constituem objetivos prioritários da comunidade internacional”; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - Convenção de Belém do Pará, de 1994, ratificada pelo Brasil, em 1995, e promulgada pelo Decreto 1773, em 1º/08/96; e o documento assinado pelo Brasil, em 1995, que resultou da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, de Beijing, em 1995, que, instaurando uma nova agenda estratégica no combate à violência doméstica contra a mulher, entre outros pontos, cria um Plano de Ação que recomenda a revisão das leis punitivas para a questão (adendo nosso).

<sup>4</sup> Conselho Social e Econômico, Nações Unidas, 1992 (adendo nosso).

crimes de lesão corporal não devem depender de representação da vítima, pois tal exigência processual, na opinião da Senadora, simplesmente “quebraria a coluna dorsal da Lei 11.340/06”.

O Promotor de Justiça, Marcelo Lessa Bastos, manifestou-se a seguir, confirmando sua preocupação com o PLS 156<sup>5</sup>, e enfatizando que qualquer procedimento que permita à mulher vitimizada perdoar seu agressor, seja em audiência preliminar, prévia na própria delegacia policial ou por outras vias oficiosas (por telefone ou comunicação ao oficial de Justiça), ou nas audiências de conciliação aos conciliadores, significaria verdadeiro “acordo entre o pescoço e a guilhotina”, devendo evitar-se tal deferimento legal a qualquer custo.

Por outro lado, embora não se tenha posicionado de modo radicalmente contrário à suspensão condicional do processo, que considerou mecanismo útil quando houver como pano de fundo das agressões à mulher problemas do agressor com álcool ou drogas, dentre outros de igual gravidade, reconheceu que a suspensão deve ser excepcional, lembrando que o mais importante, depois do desastre das “cestas básicas” oriundas do procedimento da Lei 9.099/95, é o papel intimidatório da pena trazido pela Lei Maria da Penha.

Ainda tecendo considerações relevantes sobre o PLS 156, frisou que o anteprojeto praticamente inviabiliza a manutenção da prisão do agressor, e que a liberdade deste não pode, de nenhuma maneira, ser mais importante que a liberdade da vítima.

Nesta linha sugeriu que o FONAVID participasse do processo legislativo referente ao anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, e encaminhasse também propostas de emendas, essas complementares às já apresentadas pela Senadora, que criassem, onde necessário, relação de regra e exceção na aplicação das novas normas.

A Juíza Andrea Pachá, por sua vez, reconhecendo o árduo combate diário de todos os Magistrados, nas Varas e Juizados de

<sup>5</sup> Projeto de Lei do Senado, nº 156, de 2009, que trata da Reforma do Código de Processo Penal (adendo nosso).

Violência Doméstica contra a Mulher, lembrou o importante papel do Poder Judiciário no processo de implementação concreta e eficiente da Lei Maria da Penha.

Resignificando o papel da poesia na vida de todos, citou, de início, Chico e Jobim lembrando a importância de alimentar o ser humano sua alma podendo, dessa forma, superar barreiras e continuar a luta diuturna e constante em prol do outro, numa perfeita e breve síntese do princípio constitucional da solidariedade.

Constatou, em seguida, e lastreada no trabalho que exerceu junto ao Conselho Nacional de Justiça, que os Juízes ainda não se acostumaram a trabalhar com leis principiológicas, como é o caso da Lei Maria da Penha e que, somente quando uma maioria de Magistrados, em todos os recantos do Brasil, estiver atuando como protagonistas pró-ativos de mudança da realidade social, poder-se-á dizer que o Brasil tem o Judiciário que precisa ter.

Juntamente com a Advogada Leila Linhares, que referiu a importância da atuação das equipes técnicas e apoio e aconselhamento, Andrea Pachá lembrou a necessidade de os Juízes acompanharem as metas propostas pelas Jornadas de Trabalho sobre a Lei 11.340/06, reconhecendo ser essencial que todos os Tribunais de Justiça implantem e formem tais equipes, na forma do art. 14 da lei, instrumentalizando Juízes e técnicos, em cursos de capacitação multidisciplinar.

Andrea destacou ainda que, segundo dados estatísticos colhidos pelo CNJ, no início do ano de 2009, o Poder Judiciário brasileiro possui mais de 150.000<sup>6</sup> processos tramitando nas varas especializadas em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e que, diante desses índices, é preciso preparar, fortalecer e estruturar os órgãos jurisdicionais competentes de molde a afastar o amadorismo e o trato meramente criminalizante da violência doméstica.

<sup>6</sup> Dados recebidos pelo CNJ até 31/03/09 que não incluíram os Tribunais de Justiça de Rondônia, Roraima, Rio Grande do Norte e Paraíba, que não repassaram informações (adendo nosso).

Leila Linhares, Coordenadora Executiva da CEPIA<sup>7</sup>, salientou que enquanto houver a banalização da violência e da dor da mulher vitimizada, na linha da banalização do mal revelada por Hannah Arendt<sup>8</sup>, os Juízes não conseguirão enxergar que a violência contra a mulher está na história, na tradição e nas leis de nosso País.

É preciso, portanto, apontou Linhares, bem saber analisar as desigualdades de gênero, compreendendo, a fundo, e não apenas superficialmente, como se constituem as relações entre homens e mulheres face à distribuição de poder, não só no campo familiar, nas relações de parentesco, mas em todas as demais esferas sociais, e mais do que isso, adequando o pensamento crítico quanto ao modo peculiar que tais relações de poder e seus significados particulares podem assumir em contextos sociais e em segmentos populacionais diversos.

O Jurista e Desembargador Geraldo Prado apresentou as controvérsias no tocante às medidas protetivas de urgência da Lei 11.340/06.

Geraldo Prado sublinhou ser a violência indutora da insegurança social, e que as atuais políticas públicas estabelecem, para o combate à violência, práticas de segregação com restrições de direitos, trabalhando, equivocadamente, a violência a partir de suas consequências, sem diagnosticar e trabalhar as causas e fundamentos da questão.

Devem os Magistrados, portanto, estar atentos e procurar compreender a fundo a origem dos conflitos geradores da violência doméstica e familiar contra a mulher, pois só assim poderão concretizar o desiderato da Lei 11.340/06.

<sup>7</sup> CEPIA - Cidadania, Estado, Pesquisa, Informação e Ação (ONG) (informe nosso).

<sup>8</sup> “HANNAH, Arendt (Linden, Alemanha, 14/10/1906 - Nova Iorque, 4/12/1975) não faz parte desses intelectuais do século XX que mudaram de verdade segundo as épocas e as modas. Nunca cedeu a nenhuma ideologia e desconfiava, como da peste, de todos os “ismos”. Foi e continua sendo uma intelectual livre, um exemplo de coragem e independência. Em nome de suas próprias ideias, sozinha, sem escola nem apoio, escolheu, durante sessenta anos, se questionar sobre o que produz o mal, sobre o que vai mal (...) Hannah Arendt é a pensadora de um momento caótico, aquela que sabe diagnosticar as causas do mal que gangrena nossas sociedades. É também a pensadora que acredita na força do bem, nos recursos de nossa humanidade, no futuro de um bem comum, na superação de nós mesmos por uma sociedade mais fraternal.” (In *Nos passos de Hannah Arendt*; Adler, Laure; Record; 2007; p. 11/12 (adendo nosso)).

Para tanto apontou que a Constituição Federal deve ser um “GPS”, um sinal, uma planta a ser mapeada quando da interpretação da lei especial. Devem assim ser efetivados não só seus princípios mais óbvios, mas também descobertos os ocultos, implícitos, buscando sempre prolatar decisões eficazes, e não somente decisões meramente formais e totalmente inúteis no plano da mudança social.

O quadro a ser encarado portanto, passa pela consciência de que a violência não se combate, mas sim, se reduz, e que tal redução da violência requer, no processo penal, a visão dúplce do discurso feminista jurídico e do garantismo penal, sublinhando que as medidas protetivas são, portanto, efêmeras, temporárias, acessórias no plano do processo penal e, por certo, provisórias.

O Professor e Doutor em direito, José Ricardo Ferreira Cunha, em densa exposição, sublinhou que o fundamento ético da proteção à mulher vitimizada não é o fato de esta ser “vítima”, mas o fato desta vítima ser “mulher”, um “outro diferente”, e que merece a proteção integral e diferenciada no âmbito desta “outridade”.

Desse modo, pontuou o Professor, ser preciso entender que a Lei Maria da Penha não vem para criar um sistema assistencialista, mas para reforçar a necessidade do reconhecimento pelo Judiciário da identidade social própria da mulher, no espaço sociocultural brasileiro, assegurando-lhe seu lugar de dignidade particular.

Desta sorte, lembrou que a Lei Maria da Penha tem um norteador pedagógico, este que deverá se manter, mesmo na hipótese de a lei vir a ser revogada, pois o grande desafio é mudar a cultura com foco no oprimido, vez que este só é inserido na sociedade por exceção.

Alexandre Freitas Câmara e Antonio José Campos Moreira apresentaram, a seguir, as controvérsias processuais da Lei 11.340/06; o primeiro ressaltando seu orgulho de ter participado da comissão de elaboração da lei e lembrando que a proposta da lei especial foi amplamente discutida com representantes da sociedade civil e órgãos diretamente envolvidos na temática, tendo sido objeto de diversos encontros, debates, seminários e oficinas.

A par disso, revelou ainda o Desembargador Alexandre Câmara, que o procedimento plasmado na Lei 11.340/06 visou simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que pudesse ser reduzido o tempo processual sem afetar os direitos e garantias do devido processo legal, privilegiando, outrossim, o estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas para a solução dos conflitos intrafamiliares.

Já o Subprocurador de Justiça, Antonio José Campos Moreira ressaltou que, para o Ministério Público, não cabe a aplicação à Lei 11.340/06 de nenhum dos institutos da Lei 9.099/95.

Ao final, Maria da Penha Fernandes emocionou a todos com sua história, sua guerra privada, suas dores, estas que pertencem a todas as Marias da Penha brasileiras, funcionárias, operárias, donas de casa, ricas ou pobres, do Oiapoque ao Chuí.

O debate rico e pontuado por intensas controvérsias jurídicas sobre as propostas de enunciados, estimulou os Magistrados participantes a continuar a pensar a Lei 11.340/06 no plano da efetividade, sedimentando, de forma definitiva, o FONAVID como um *locus* multifacetado, cosmopolita, de debates e produção criativa do direito e de ações afirmativas em favor das mulheres vítimas de violência doméstica e, por consequência, em prol da redução da violência social.

Ao fechar este retrospecto, de caráter absolutamente sintético, refere-se texto do Talmude, trazido no bojo da cartilha sobre violência doméstica e familiar organizada pelo Tribunal de Justiça do Acre, elaborada pela juíza Olívia Maria Alves Ribeiro:

*“Homem, cuida-te muito em não fazer chorar uma mulher, pois Deus conta as lágrimas. A mulher foi feita da costela do homem, não dos pés para ser pisoteada, nem da cabeça para ser superior, mas sim, do lado para ser igual, debaixo do braço para ser protegida e do lado do coração para ser amada.”* 

# Por um Código de Processo Coletivo em Portugal

Mário Frota

*Diretor do CEDC - Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra.*

## INTRODUÇÃO

A análise da *acção colectiva* em Portugal não é processo nem simples nem fácil.

Porque - sob a denominação corrente de acção colectiva - se descortinam distintos meios processuais tendentes à tutela de interesses e direitos de dimensão transindividual ou meta-individual.

Como modalidades da acção colectiva em vigor em Portugal, no particular do direito do consumo, deparam-se-nos distintos meios, a saber:

- a **acção popular** em que, de par com domínios outros, como os da saúde pública, da qualidade de vida, do ambiente, do património cultural e do próprio domínio público, figura também a massa de direitos transindividuais reconhecidos aos consumidores;

- a **acção inibitória** como meio processual idóneo para a prevenção e a repressão das condições gerais dos contratos apostas em formulários em circulação no mercado e nos demais suportes;

- a **acção inibitória** cuja consagração em geral decorre da LDC - Lei de Defesa do Consumidor - editada em 31 de Julho de 1996;

- a **acção inibitória** contemplada na Lei 25/2004, de 8 de Julho, em decorrência do que prescreve a Directiva 98/27/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio; e

- a **acção inibitória** cuja previsão cabe, em rigor, na Directiva 98/27/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio de 1998, cujo molde, ao que se afigura, exclui os interesses

ou direitos individuais homogêneos<sup>1</sup>, que a LDC abarca *expressis verbis*<sup>2</sup>: a Directiva 98/27/CE foi objecto de modificação pela Directiva 2009/22/CE, de 23 de Abril de 2009, que condensa a disciplina neste particular vertida.

A acção inibitória que a LDC - Lei de Defesa do Consumidor - consagra substituiu o molde da Acção Civil Pública que a LDC de 22 de Agosto de 1981 previu e que, ao longo de 15 anos, nem uma só vez veio a ser adoptada em uma qualquer concreta situação de facto. Domínio cometido só - e tão só - ao Ministério Público que com exclusividade detinha a legitimidade processual activa, sem admissibilidade de qualquer outro ente, nomeadamente, as associações de consumidores, naturalmente com interesse em demandar, como se tem por curial.

---

<sup>1</sup> Com efeito, o *considerandum* (2) da Directiva em epígrafe di-lo expressamente: “*considerando que os mecanismos vigentes a nível nacional e comunitário para assegurar o cumprimento das referidas directivas, nem sempre permitem que se ponha termo [temporosamente] às violações prejudiciais dos interesses colectivos dos consumidores; que por interesses colectivos se entende os interesses que não incluem a cumulação dos interesses dos indivíduos que tenham sido prejudicados por uma infracção, que tal não prejudica as acções intentadas por indivíduos que tenham sido prejudicados por uma infracção...*”

Ademais, enquanto na acção inibitória prevista na LDC os consumidores individuais, prejudicados ou não, detêm legitimidade processual activa, no quadro da Directiva a que se alude - e de harmonia com o seu artigo 3.º, só entidades competentes dotar-se-ão de legitimidade para instaurar as pertinentes acções: “*entende-se por ‘entidade competente’, qualquer organismo ou organização que, devidamente constituídos segundo a legislação de um Estado-membro, tenha interesse legítimo em fazer respeitar as disposições referidas no artigo 1.º designadamente*

a) *Um ou vários organismos públicos independentes, especificamente responsáveis pela protecção dos interesses previstos no artigo 1.º, nos Estados-membros em que esses organismos existam;*

b) *As organizações que tenham por finalidade proteger os interesses previstos no artigo 1.º, de acordo com os critérios previstos na respectiva legislação nacional.”*

<sup>2</sup> O artigo 13 da LDC dispõe expressamente: “têm legitimidade para intentar as acções previstas nos artigos anteriores:

a) os consumidores directamente lesados

b) os consumidores e as associações

c) o Ministério Público e a [Direcção-Geral do Consumidor] quando estejam em causa interesses individuais homogêneos, colectivos ou difusos.

E, concretamente, o artigo 20 - no que tange ao Ministério Público - estabelece: “*Incumbe também ao Ministério Público a defesa dos consumidores no âmbito da presente lei e no quadro das respectivas competências, intervindo em acções administrativas e cíveis tendentes à tutela dos interesses individuais homogêneos, bem como de interesses colectivos ou difusos dos consumidores.*”

A diversidade dos moldes que se ajustam à acção colectiva não é nem satisfatória nem desejável.

A **acção popular** - no que ora importa -, em conformidade com o que dispõe a Constituição da República no n.º 3 do seu artigo 52 e o n.º 2 do artigo 1.º da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto, visa a prevenção, a cessação ou a perseguição de acções e omissões susceptíveis de lesar relevantes interesses imbricados na

- . saúde pública
- . ambiente
- . qualidade de vida
- . protecção do consumidor ante produtos e serviços disponíveis no mercado de consumo
- . o património cultural e
- . o domínio público, com o se assinalou.

Na medida em que há como que um entrecruzar de modalidades de acções colectivas, assiste-se a um malbaratar de meios e a uma dispersão de instrumentos processuais, o que a ninguém aproveita.

Ademais, a forma avulsa como se deu expressão aos diferentes instrumentos não permite uma qualquer harmonia na disciplina dos meios, avultando situações algo anómalas que curial seria se esbatessem ou eliminassem.

Na metodologia da obra que se esboçará, analisar-se-á sucessivamente qualquer das modalidades da *acção colectiva*, sendo certo que a *acção popular* não é o molde mais adoptado em ordem à consecução da tutela de interesses e direitos do consumidor, antes prevalecendo em domínios outros, como os da preservação do ambiente ou da salvaguarda do património cultural, e o molde específico da acção inibitória em matéria de prevenção e/ou cessação de condições gerais dos contratos proibidas absoluta ou relativamente, adoptado no peculiar quadro para que a disciplina processual da matéria em exame verte.

Mas nada imporá que, no ordenamento jurídico-processual pátrio, se continue a assistir às dispersões que ora ocorrem.

Para se colher vantagens dos meios propiciados, mister será se rediscipline um tal domínio - conclusão que pode antecipar-se

sem qualquer demérito do que ulteriormente se apurar -, criando, em rigor, um meio processual idóneo para tutela dos interesses e direitos transindividuais dos consumidores, seja qual for a modalidade perseguida, de par com um outro, quiçá distinto, imbricado na acção popular, com a configuração actual ou distinta da que a LAP ora contempla.

E, na parte III da obra<sup>3</sup>, em jeito conclusivo, se preconiza todo um modelo que *de jure condendo* poderia, a ser adoptado, concorrer para o prestígio das instituições e para tornar acessíveis os ínvios caminhos das acções colectivas, no seu desacerto e nas suas indefinições, que imaginação nenhuma, por mais fértil que seja, conseguirá no actual quadro ultrapassar.

Alinhe-se, pois, o que - com absoluto olvido e, quiçá, desprezo manifesto dos responsáveis governamentais - na monografia se consignou na

### III PARTE

#### DE JURE CONDENDO

#### I - UNIDADE OU PLURALIDADE TIPOLÓGICA DAS ACÇÕES

##### Generalidades

De entre os meios facultados aos consumidores e às instituições que os reagrupam em ordem à tutela dos direitos transindividuais que se lhes outorgam, realce, por ordem cronológica de consagração normativa, para:

- *a acção colectiva no particular das cláusulas abusivas apostas em formulários pré-redigidos e em demais suportes pré-elaborados*
- *a acção popular cujo escopo serve domínios distintos como os da qualidade de vida, saúde, direitos do consumidor, ambiente, património cultural e domínio público*
- *a acção inibitória em geral cujo regime se acha plasmado*

<sup>3</sup> Com a coordenação do autor e com a chancela de Ângela Frota, Cristina Rodrigues de Freitas e Teresa Madeira, investigadoras no CEDC.

na LDC e se destina a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos dos consumidores consignados em distintos instrumentos que, nomeadamente:

- atente contra a sua saúde e segurança física
- se traduzam no uso de condições gerais dos contratos proibidas
- consistam em práticas comerciais expressamente proibidas por lei<sup>4</sup>.

A indemnização a que houver lugar e bem assim a sanção pecuniária compulsória<sup>5</sup> - a *astreinte* - são cumuláveis.

<sup>4</sup> A *legitimatio ad causam* estendeu-se, no quadro das práticas comerciais desleais, *ex vi* artigo 16 do DL 57/2008, de 26 de Março, aos concorrentes, vale dizer, aos fornecedores, passando deste modo a *acção inibitória* a constituir meio processual idóneo, ao alcance de quem desenvolva - com carácter de habitualidade e reiteração - actividade económica de escopo egoístico, passe a aparente redundância. Daí que haja de considerar-se, pois, a prescrição constante do artigo 16, invocado no passo precedente, que rege como segue, sob a epígrafe

**“Direito de acção**

*Qualquer pessoa, incluindo os concorrentes que tenham interesse legítimo em opor-se a práticas comerciais desleais proibidas nos termos do presente decreto-lei, pode intentar a acção inibitória prevista na Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, com vista a prevenir, corrigir ou fazer cessar tais práticas.”*

Trata-se, por conseguinte, de algo que, *consignado ab origine exclusivamente aos consumidores*, é agora partilhado com os fornecedores como meio de tutela de uma salutar concorrência, numa quebra da geometria conceitual a que nos habituáramos.

<sup>5</sup> O Código Civil português prescreve no seu artigo 829-A:

*“1. Nas obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo, salvo nas que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado, o tribunal deve, a requerimento do credor, condenar o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infracção, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso.*

*2. A sanção pecuniária compulsória prevista no número anterior será fixada segundo critérios de razoabilidade, sem prejuízo da indemnização a que houver lugar.*

*3. O montante da sanção pecuniária compulsória destina-se, em parte iguais, ao credor e ao Estado.*

*4. Quando for estipulado ou judicialmente determinado qualquer pagamento em dinheiro corrente, são automaticamente devidos juros à taxa de 5% ao ano, desde a data em que a sentença de condenação transitar em julgado, os quais acrescerão aos juros de mora, se estes forem também devidos, ou à indemnização a que houver lugar.”*

Em aplicação de um tal dispositivo, o artigo 33 do DL 446/85, de 25 de Outubro estabelece: *“1- Se o demandado, vencido na acção inibitória infringir a obrigação de se abster de*

A acção inibitória prevista na Lei n.º 25/2004, de 8 de Julho, cuja dimensão é distinta da que se definiu *intra muros*.

A acção inibitória, tal como a modela a Directiva 98/27/CE, de 19 de Maio de 1998, com configuração distinta da que se enraizou no ordenamento jurídico nacional, e com parcial transcrição na Lei que se identifica no passo precedente.

Os objectivos que nela se compendiam exprimem-se como segue:

- a definição de um molde processual para tutela dos interesses dos consumidores no Mercado Interno
- a redefinição de prática lesiva dos direitos dos consumidores, já que no conceito se inclui qualquer prática contrária a tais direitos, designadamente as que contrariem as legislações dos Estados-membros da União Europeia
- o enquadramento de práticas que afectem interesses localizados noutro Estado-membro, ainda que com origem em Portugal
- o estabelecimento de regras instrumentais para que o exercício transnacional do direito de acção possa ocorrer sem obstáculos de qualquer espécie.

Conquanto a *acção inibitória* - como molde genérico consignado na LDC (1996) - haja surgido, em termos cronológicos, ulteriormente ao figurino adoptado na LCGC (1985), o facto é que as especificidades de regime que se lhe reconhecem a contradistinguem da modalidade em geral recortada na Lei n.º 24/96, de 31 de Julho de 1996.

---

utilizar ou de recomendar cláusulas contratuais gerais que foram objecto de proibição definitiva por decisão transitada em julgado, incorre numa sanção pecuniária compulsória que não pode ultrapassar o dobro do valor da alçada da Relação por cada infracção.

2- A sanção prevista no número anterior é aplicada pelo tribunal que apreciar a causa em 1ª instância, a requerimento de quem possa prevalecer-se da decisão proferida, devendo facultar-se ao infractor a oportunidade de ser previamente ouvido.

3- O montante da sanção pecuniária compulsória destina-se, em partes iguais, ao requerente e ao Estado.”

A *acção inibitória*, no particular das condições gerais proibidas (absoluta ou relativamente) visa, de harmonia com o corpo do n.º 1 do artigo 26 do DL 446/85, de 25 de Outubro<sup>6</sup>, “obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais”.

A análise dos meios processuais para a tutela de interesses e direitos de expressão trans-subjectiva, transindividual ou meta-individual permite asseverar que:

*- para situações factuais estruturalmente as mesmas, há distintos figurinos, susceptíveis de perturbar o são entendimento das coisas. O que concorre para a nebulosa que paira sobre o ordenamento jurídico pátrio.*

## II - DO CÓDIGO DE PROCESSO COLECTIVO

### 1. Sua admissibilidade

Um sem-número de hipóteses se perspectiva em ordem à inserção das disposições adjectivas da acção colectiva no quadro da tutela de interesses e direitos do consumidor:

*- ou se reconduz (em capítulo à parte) ao Código de Processo Civil, disciplina que, em princípio, exorbitará do seu escopo tendencialmente egoístico<sup>7</sup>*

<sup>6</sup> Com as alterações:

- Declaração de Rectificação n.º 114-B/95, de 31 de Agosto
- Decreto-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto
- Decreto-Lei n.º 249/99, de 7 de Julho
- Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro.
- A outorga de legitimidade processual activa deve ter-se por alargada face ao que prescreve o artigo 13.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, devendo para tanto considerar-se como titulares da acção inibitória:
  - os consumidores directamente lesados;
  - os consumidores, ainda que não lesados, nos termos da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto;
  - [o Instituto] a Direcção-Geral do Consumidor.

<sup>7</sup> Na realidade, a reforma intercalar de 1996, ao lado do conceito de *legitimidade singular*, aditou o artigo 26-A consagrando uma regra de legitimidade para as acções e procedimentos cautelares de natureza transindividual para dar cobertura desde logo à disciplina da acção popular e das acções inibitórias, entretanto trazidas a lume, respectivamente em 1985, 1995 e 1996.

- ou se mantêm em disposições avulsas, como ora sucede, em particular na LDC e na LCGC, com as especificidades pertinentes

- ou se edita um Código de Processo Colectivo, como ora se pretende na América Latina e no Brasil, com a autonomia própria e a remissão, se for caso disso, para as regras susceptíveis de aplicação subsidiária do Código de Processo vocacionado para as acções singulares.

A primeira solução seria a desejável no quadro de uma unidade sistemática do direito adjectivo.

Assiste-se, porém, já a uma fragmentação - no âmbito do direito privado -, a saber, em paralelo com o Código de Processo Civil um Código de Processo de Trabalho.

Nada obsta a que se edite - ante as especificidades cabíveis - um Código de Processo de Consumo, com regras apropriadas tanto para as acções singulares, na geometria conceitual reclamada, como para as acções de grupo ou colectivas, seja qual for a natureza dos direitos lesados ou ameaçados de lesão...

Afigura-se-nos que a solução mais apropriada, de molde a pôr cobro à dispersão a que ora se assiste, será a de se elaborar um Código de Processo de Consumo.

Se, porém, se não pretender enveredar por essa via, é de sublinhar que a preparação e ulterior aprovação de um Código de Processo Colectivo se tem como algo de imperativo.

Ademais, é marcante o exemplo do Código modelo para a América Latina, que poderá servir de base aos trabalhos em curso na Comissão Europeia. Como medida-padrão, como modelo de referência. Tanto mais que o perfil dos que nele participaram é - em termos científicos - insuperável.

De forma singular, pode significar-se

### **Em conclusão:**

- De eliminar a hipótese da dispersão normativa.
- De admitir a concentração da disciplina em um só texto.
- Na hipótese precedente, curial seria se fundisse a disci-

plina da acção colectiva no Código de Processo Civil ou, se tal se revelar menos adequado, de imediato

- Se criasse de raiz um Código de Processo Colectivo (hipótese preferível), susceptível de reagrupar tanto a acção popular como o outro meio processual cujo emprego se limitaria à tutela dos direitos *meta-individuais* do consumidor.

Essa será a solução mais adequada, de molde a obviar à profusão normativa e à dispersão da disciplina do próprio direito processual.

## 2. Código: sua estrutura

O anteprojecto de Código de Processo Colectivo assentará em uma qualquer sistematização, contanto que consequente.

O anteprojecto brasileiro, que é uma excelente base de trabalho, apresenta-se gizado como segue:

### *CAP. I*

#### *Das demandas colectivas*

##### *Artigo 1º*

*(Conteúdo do Código)*

##### *Artigo 2º*

*(Princípios da tutela jurisdicional colectiva)*

##### *Artigo 3º*

*(Efectividade da tutela jurisdicional)*

##### *Artigo 4º*

*(Objecto da tutela colectiva)*

##### *Artigo 5º*

*(Pedido e causa de pedir)*

##### *Artigo 6º*

*(Relação entre demandas colectivas)*

##### *Artigo 7º*

*(Relação entre demanda colectiva e acções individuais)*

##### *Artigo 8º*

*(Comunicação sobre processos repetitivos)*

##### *Artigo 9º*

*(Efeitos da citação)*

*Artigo 10  
(Prioridade de processamento e utilização de meios electrónicos)*  
*Artigo 11  
(Provas)*  
*Artigo 12  
(Motivação das decisões judiciais)*  
*Artigo 13  
(Coisa julgada)*  
*Artigo 14  
(Efeitos de recurso da sentença definitiva)*  
*Artigo 15  
(Legitimação à liquidação e execução da sentença condenatória)*  
*Artigo 16  
(Execução definitiva e execução provisória)*  
*Artigo 17  
(Custas e honorários)*  
*Artigo 18  
(Juízos especializados)*

## *CAP II*

*(Da acção colectiva activa)*

### *Secção I*

*(Disposições gerais)*

*Artigo 19*

*(Cabimento de acção colectiva activa)*

*Artigo 20*

*(Legitimidade)*

*Artigo 21*

*(Do termo de ajustamento de conduta)*

*Artigo 22*

*(Competência territorial)*

*Artigo 23*

*(Inquérito civil)*

*Artigo 24*

*(Da instrução da inicial e do valor da causa)*

*Artigo 25  
(Audiência preliminar)*

*Artigo 26  
(Acção reparatória)*

*Artigo 27  
(Do Fundo dos Direitos Difusos e Colectivos)*

*Secção II  
(Da acção colectiva para defesa de interesses ou direitos individuais homogéneos)*

*Artigo 28  
(Da acção colectiva para defesa de interesses ou direitos individuais)*

*Artigo 29  
(Acção de responsabilidade civil)*

*Artigo 30  
(Citação e notificações)*

*Artigo 31  
(Efeitos de transacção)*

*Artigo 32  
(Sentença condenatória)*

*Artigo 33  
(Competência para a liquidação e execução)*

*Artigo 34  
(Liquidação e execução individuais)*

*Artigo 35  
(Liquidação e execução colectivas)*

*Artigo 36  
(Liquidação e execução pelos danos globalmente causados)*

*Artigo 37  
(Concurso de créditos)*

*CAP III  
Da acção colectiva passiva originária*

*Artigo 38  
(Acções contra o grupo, categoria ou classe)*

*Artigo 39  
(Coisa julgada passiva)*

*Artigo 40*  
*(Aplicação complementar às acções colectivas passivas)*

**CAP. IV**

*Do mandato de segurança colectivo*

*Artigo 41*

*(Cabimento do mandato da segurança colectivo)*

*Artigo 42*

*(Legitimação activa)*

*Artigo 43*

*(Disposições aplicáveis)*

**CAP. V**

*Das acções populares*

*Secção I*

*Da acção popular constitucional*

*Secção II*

*Acção de improbidade administrativa*

*Artigo 44*

*(Disposições aplicáveis)*

**CAP VI**

*Artigo 45*

*(Do cadastro Nacional de Processos Colectivos)*

*Artigo 46*

*(Instalação de órgãos especializados)*

*Artigo 47*

*(Princípios de interpretação)*

*Artigo 48*

*(Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil)*

### **3. Modelo preconizado**

A perfilar-se o modelo de um Código de Processo Colectivo cujo conteúdo seja abrangente, como parece ser mais apropriado, a sua arquitectura poderia apresentar-se de modo distinto, próximo da que o anteprojecto concebido no Brasil revela.

O plano assentaria em quatro títulos, a saber:

*I DA TUTELA JURISDICIONAL COLECTIVA*

*II DA ACÇÃO COLECTIVA EM GERAL - A RELAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL*

*III DAS ACÇÕES COLECTIVAS EM ESPECIAL*

*IV DO FUNDO DOS DIREITOS COLECTIVOS “LATO SENSU”*

Os títulos desdobrar-se-ão, entretanto, em subtítulos; os subtítulos em capítulos; e os capítulos, eventualmente, em secções.

Ainda que de modo esquemático, afigura-se-nos de interesse apresentar o esqueleto de um código susceptível de ser preenchido em obediência à doutrina mais marcante neste particular.

Ei-lo:

*TÍTULO I*

*DA TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS COLECTIVOS*

*CAP. I*

*Das Disposições Fundamentais*

*Artigo 1º*

*(Conteúdo)*

*Artigo 2º*

*(Garantias de acesso às estruturas jurisdicionais)*

*Artigo 3º*

*(Garantia de protecção jurídica)*

*Artigo 4º*

*(Do objecto da tutela)*

*Artigo 5º*

*(Dos princípios da tutela jurisdicional colectiva)*

*Artigo 6º*

*(O princípio do acesso à justiça colectiva e a uma ordem jurídica justa)*

*Artigo 7º*

*(O princípio da universalidade da jurisdição)*

*Artigo 8º*

*(O princípio da tutela colectiva adequada)*

*Artigo 9º*  
*(O princípio da boa-fé)*

*Artigo 10º*  
*(O princípio da cooperação das partes e seus mandatários)*

*Artigo 11*  
*(O princípio da cooperação dos entes públicos na produção da prova)*

*Artigo 12*  
*(O princípio da economia processual)*

*Artigo 13*  
*(O princípio da instrumentalidade das formas)*

*Artigo 14*  
*(O princípio do activismo jurisdicional)*

*Artigo 15*  
*(O princípio da adequação formal)*

*Artigo 16*  
*(O princípio da dinâmica do ónus da prova)*

*Artigo 17*  
*(O princípio da representatividade adequada)*

*Artigo 18*  
*(O princípio da intervenção do Ministério Público em caso de relevante interesse social)*

*Artigo 19*  
*(O princípio da ampla publicidade da demanda e dos actos processuais)*

*Artigo 20*  
*(O princípio da indisponibilidade temperada da acção colectiva)*

*Artigo 21*  
*(O princípio da continuidade da acção colectiva)*

*Artigo 22*  
*(O princípio da extensão subjectiva do caso julgado, caso julgado secundum eventum litis e secundum probationem)*

*Artigo 23*  
*(O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade)*

*Artigo 24*  
*(O princípio da subsidiariedade da aplicação do Código de Processo Civil)*

*Artigo 25*  
*(Da efectividade da tutela)*

*Artigo 26*  
*(Dos meios tecnológicos)*

**TÍTULO II**  
**DA RELAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL COLECTIVA**  
**SUBTÍTULO I**  
**DOS SUJEITOS**

**CAP. I**  
**DOS LITIGANTES**

*Artigo 27*  
*(Personalidade judiciária)*

*Artigo 28*  
*(Capacidade judiciária)*

*Artigo 29*  
*(Legitimidade)*

*Artigo 30*  
*(Patrocínio judiciário)*

*Artigo 31*  
*(Da representação processual)*

**CAP. II**  
**DOS TRIBUNAIS**

*Artigo 32*  
*(Competência internacional)*

*Artigo 33*  
*(Competência interna em razão da matéria)*

*Artigo 34*  
*(competência interna em razão da hierarquia)*

*Artigo 35*  
*(Em razão do valor e da forma do processo)*

*Artigo 36*  
*(Competência interna em razão do território)*

**SUBTÍTULO II**  
**DO OBJECTO**

*Artigo 37*  
*(Do pedido e da causa do pedir)*

*Artigo 38*  
*(Conexão...)*

*Artigo 39*  
*(\_\_\_\_\_)*

*Artigo 40*  
*(\_\_\_\_\_)*

*Artigo 41*  
*(\_\_\_\_\_)*

**SUBTÍTULO III**  
**DO PROCESSO**

**CAP. I**  
*Da fase pré-processual*

**CAP. II**  
*Dos articulados*  
*Artigo 42*  
*(Das informações e certidões)*

*Artigo 43*  
*(Do valor da causa)*

*Artigo 44*  
*(\_\_\_\_\_)*

*Artigo 45*  
*Da citação*

*Artigo 46*  
*(Da sanção pecuniária compulsória)*

**CAP. III**  
*(Da instrução)*

*Artigo 47*  
*(Dos meios probatórios)*  
*Artigo 48*  
*(\_\_\_\_\_)*

*CAP. IV*  
*DA AUDIÊNCIA*  
*Artigo 49*  
*(Audiência preliminar)*  
*Artigo 50*  
*(Da audiência de julgamento)*

*CAP. V*  
*DA DECISÃO*  
*Artigo 51*  
*(Do dever de motivação)*  
*Artigo 52*  
*(Honorários)*  
*Artigo 53*  
*(Custas)*

*CAP. VI*  
*DA IMPUGNAÇÃO: das vias recursais*  
*Artigo 54*

*TÍTULO III*  
*DAS ACÇÕES COLECTIVAS EM ESPECIAL*  
*SUBTÍTULO I*  
*DA ACÇÃO POPULAR*  
*SUBTÍTULO II*  
*DA ACÇÃO DE PREVENÇÃO, CORRECÇÃO, CESSAÇÃO E REPA-  
RAÇÃO DOS DIREITOS COLECTIVOS*

*CAP. I*  
*SUBTÍTULO III*  
*DAS EXECUÇÕES*  
*TÍTULO IV*  
*DO FUNDO DOS DIREITOS COLECTIVOS “LATO SENSU”*

### III - DAS ESPECIALIDADES

#### 1. Generalidades

Os pontos sensíveis de um qualquer processo civil colectivo, como ensina Ada Pellegrini Grinover<sup>8</sup>, “residem na adequada estruturação dos esquemas [da *legitimatío ad causam* e do caso julgado], que tiveram de passar por profunda revisão, a fim de que se rompessem os grilhões que, de um lado, exigiam a rigorosa correspondência entre a titularidade do direito e a titularidade da acção e, por outro lado, não aceitavam excepções ao princípio do [caso julgado] estritamente confinado às partes, quanto a seus limites subjectivos”.

Mas a insigne Mestre insiste no que em particular se prende com específicos pontos dos regramentos objectivos da acção popular.

E aí aduz:

*“Em diversos outros pontos a lei portuguesa demonstra não ter disciplinado aspectos importantes das acções coletivas. Assim, por exemplo, a questão da existência, ou não, de litispendência, conexão e continência entre a ação popular indenizatória em confronto com as pretensões pessoais, em processos individuais (art. 104 CDC brasileiro, aplicável à ação civil pública), questão essa a que os esquemas do processo civil clássico não dão resposta adequada. Ou, ainda para exemplificar, a possibilidade do transporte, in utilibus, da coisa julgada favorável da ação popular de objeto indivisível (como a que tende reconstituição do ambiente violado por desastre ecológico), para favorecer com a possibilidade imediata de liquidação e execução - sem necessidade de novos processos de conhecimento - das indenizações devidas pessoalmente a cada habitante da região (art. 103, par. 3º CDC brasileiro, aplicável à ação civil pública). Questões como essas, caberá à doutrina e jurisprudência solucionar.*

<sup>8</sup> “A acção popular portuguesa: uma análise comparativa”, in RPDC - Revista Portuguesa de Direito do Consumo, CEDC, Coimbra, ano II, n.º 5, Março de 1996, p. 7 e ss.

*Todavia, em uma última matéria parece-nos que o juiz português poderá atuar de plano, sem tergiversações: trata-se da repartição do ônus da prova.*

*O direito brasileiro, com urgência menor - porquanto em muitas matérias, como a ambiental e a das relações de consumo, o legislador adotou o princípio da responsabilidade objetiva -, preocupou-se com a matéria, estabelecendo expressamente que o consumidor tem a seu favor, no processo civil, a inversão do ônus da prova ‘quando, a critério do juiz, for verossimil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência’ (art. 6º, VIII, CDC).*

*O legislador português, que adotou o princípio da responsabilidade com culpa, nada estabeleceu a respeito dessa matéria. Mas, na verdade, no Brasil a norma nada criou, sendo resultado de tendência jurisprudencial já assente no processo brasileiro, quando se deparassem litigantes em desigualdade de condições. Pensamos, assim, que a regra da inversão do ônus da prova, ope judicis, em face das máximas de experiência, poderá tranquilamente ser adotada na acção popular portuguesa, mesmo sem norma expressa.”*

Contemplaremos nos passos subsequentes os elementos intrínsecos quer da *legitimatío ad causam* quer do *caso julgado* na formulação cabível quanto à acção popular “a se” como às distintas modelações da acção inibitória.

Não se ignore que a legitimidade processual se configura de modo distinto tanto no que se refere à acção popular como no que tange à acção inibitória estabelecida em matéria de prevenção e repressão de condições gerais proibidas ínsitas em qualquer suporte, como no que toca à acção inibitória consagrada *intra muros*, como ainda no plano da União Europeia, tanto por via da Directiva de base como da lei que transpõe para o ordenamento jurídico nacional as prescrições nela constantes.

E outrotanto no que se prende com o *caso julgado* que, se por um lado difere da acção popular para acção inibitória nos do-

mínios das cláusulas abusivas, tanto na acção prevista na LDC, como na DAL, como ainda na LAI, os dispositivos são simplesmente omissos.

E não basta referir, como o faz Teixeira de Sousa<sup>9</sup>, que acção inibitória da LDC, mercê da remissão do artigo 13 para a Lei das Acções Populares, é uma acção popular em extensão e profundidade... subsumindo-se ao regime próprio que a exorna.

Mas haveria ainda aspectos outros a considerar, a que se confere, aliás, solução no esboço de Código de Processo Colectivo que se esboça no passo precedente:

- a litigância
- a conexão e a continência entre a acção ressarcitória em confronto com as pretensões individuais, em acções singulares
- a repartição do ónus da prova que, no ordenamento jurídico brasileiro, o legislador predispôs de modo a obviar aos inconvenientes perspectiváveis<sup>10</sup>.

## **2. A *legitimatío ad causam***

A legitimidade processual exorbita, como em outro passo se salientou, da que se definira no Código de Processo Civil, em vigor em Portugal, no seu artigo 26:

*“1. O autor é parte legítima quando tem interesse directo em demandar; o réu é parte legítima quando tem interesse directo em contradizer.*

*2. O interesse em demandar exprime-se pela utilidade derivada da procedência da acção; o interesse em contradizer, pelo prejuízo que dessa procedência advenha.*

*3. Na falta de indicação da lei em contrário, são considerados titulares do interesse relevante para o efeito da legitimidade os sujeitos da relação controvertida, tal como é configurada pelo autor.”*

<sup>9</sup> Curso de Direito Processual Civil, p. 25 e ss.

<sup>10</sup> Com efeito, no inciso VIII do artigo 6.º do Código de Defesa do Consumidor, a regra é a da inversão do ónus quando, a critério do juiz, for verosímil a alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente segundo as regras da experiência.

A legitimidade processual, após a controvérsia que se gerou entre dois processualistas de nomeada, e se estabilizou doutrinariamente, afere-se pela posição dos sujeitos da relação controversa, tal como configurada pelo demandante.

Só com a reforma pontual do direito processual civil de 25 de Setembro de 1996, já após a edição da Lei da Acção Popular, da Lei de Defesa do Consumidor e da Lei das Condições Gerais dos Contratos, é que se adita o artigo 26-A sob a epígrafe “acções para a tutela dos interesses difusos”, tomando-se, aliás, a parte pelo todo.

Nele se estabelece: “*Têm legitimidade para propor e intervir nas acções e procedimentos cautelares destinados, designadamente, à defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, do património cultural e do domínio público, bem como à protecção do consumo de bens e serviços, qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos, as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público, nos termos previstos da lei.*”

Não é unívoca a concepção de legitimidade para cada um dos tipos de acção grupal enunciados liminarmente.

Se percorrermos cada uma das modalidades, é possível descortinar distintas configurações.

No plano das acções inibitórias que visam a obter condenação na abstenção do emprego ou da recomendação de condições gerais dos contratos proibidas, a *legitimatío ad causam* é outorgada a:

- associações de defesa do consumidor dotadas de representatividade, no âmbito previsto na legislação respectiva<sup>11</sup>;

---

<sup>11</sup> A LDC prescreve no artigo 17:

“1- As associações de consumidores são associações dotadas de personalidade jurídica, sem fins lucrativos e com o objectivo principal de proteger os direitos e os interesses dos consumidores em geral ou dos consumidores seus associados.

2- As associações de consumidores podem ser de âmbito nacional, regional ou local, consoante a área a que circunscrevam a sua acção e tenham, pelo menos, 3000, 500 ou 100 associados, respectivamente.

- associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos, actuando no âmbito das suas atribuições;
- Ministério Público, por indicação do Provedor de Justiça ou quando entenda fundamentada a solicitação de qualquer interessado.

E, no n.º 2 do artigo 26 do LCGC, se previne que tais entidades actuam no processo em nome próprio, embora façam valer um direito alheio pertencente, em conjunto, aos consumidores susceptíveis de virem a ser atingidos pelas cláusulas cuja proibição é solicitada.

A *acção inibitória* que a LDC prevê no seu artigo 10º já não afina por análogo diapasão.

Legitimidade têm-na:

- Os consumidores directamente lesados
- Os consumidores, ainda que não directamente lesados
- As associações de consumidores, desde que dotadas de representatividade
- O Ministério Público

*3- As associações de consumidores podem ser ainda de interesse genérico ou de interesse específico:*

*a) São de interesse genérico as associações de consumidores cujo fim estatutário seja a tutela dos direitos dos consumidores em geral e cujos órgãos sejam livremente eleitos pelo voto universal e secreto de todos os seus associados;*

*b) São de interesse específico as demais associações de consumidores de bens e serviços determinados, cujos órgãos sejam livremente eleitos pelo voto universal e secreto de todos os seus associados.*

*4- As cooperativas de consumo são equiparadas, para os efeitos do disposto no presente diploma, às associações de consumidores.”*

*E, nos termos do n.º 1 do artigo 18:*

*“... c) Direito a representar os consumidores no processo de consulta e audição públicas a realizar no decurso da tomada de decisões susceptíveis de afectar os direitos e interesses daqueles;*

*e) Direito a corrigir e a responder ao conteúdo de mensagens publicitárias relativas a bens e serviços postos no mercado, bem como a requerer, junto das autoridades competentes, que seja retirada do mercado publicidade enganosa ou abusiva;*

*l) Direito à acção popular;*

*m) Direito de queixa e denúncia, bem como direito de se constituírem como assistentes em sede de processo penal e a acompanharem o processo contra-ordenacional, quando o requirem, apresentando memoriais, pareceres técnicos, sugestão de exames ou outras diligências de prova até que o processo esteja pronto para decisão final.”*

• A Direcção-Geral do Consumidor quando em causa interesses ou direitos individuais homogêneos, colectivos ou difusos.<sup>12</sup>

A *legitimatío ad causam*, de harmonia com o que prescreve a Directiva 98/27/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio de 1998, ainda que sob a forma algo canhestra como tal se qualifica na epígrafe do seu artigo 3º (“das entidades competentes” para intentar a acção), é deferida a:

• Qualquer organismo ou organização, devidamente constituído segundo a legislação de um Estado-membro, tendo interesse legítimo em fazer respeitar as disposições referidas no artigo 1º<sup>13</sup> ;

• Um ou vários organismos públicos independentes especificamente responsáveis pela protecção dos interesses previstos na aludida disposição, nos Estados-membros em que tais organismos existam;

• As organizações que tenham por finalidade proteger tais interesses, de acordo com os critérios previstos na respectiva legislação nacional<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Cfr. LDC - artigo 13 - “Têm legitimidade para intentar as acções previstas nos artigos anteriores:

a) Os consumidores directamente lesados;

b) Os consumidores e as associações de consumidores ainda que não directamente lesados, nos termos da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto;

c) O Ministério Público e a [Direcção-Geral do Consumidor] quando estejam em causa interesses individuais homogêneos, colectivos ou difusos.”

À Direcção-Geral é reconhecida legitimidade processual e procedimental em processos principais e cautelares junto dos tribunais administrativos e judiciais bem como de entidades reguladoras quanto aos direitos e interesses que lhe cumpre defender, nos termos do diploma de criação, no âmbito do Programa de Reforma da Administração Central do Estado (Decreto-Regulamentar nº 57/2007, de 27 de Abril).

<sup>13</sup> O artigo 1.º da Directiva em epígrafe estabelece: “1. A presente directiva tem por objecto aproximar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas às acções inibitórias referidas no artigo 2.º, para a protecção dos interesses colectivos dos consumidores incluídos nas directivas enumeradas no anexo, para garantir o bom funcionamento do mercado interno.

2. Para efeitos da presente directiva, entende-se por infracção todo e qualquer acto contrário ao disposto nas directivas enumeradas no anexo, transpostas para a ordem jurídica interna dos Estados-membros, e que prejudique os interesses colectivos referidos no n.º 1”

<sup>14</sup> O artigo 4.º, sob uma tal epígrafe, estabelece por seu turno:

“1. Cada Estado-membro tomará as medidas necessárias para assegurar que, em caso de infracção com origem nesse Estado-membro, qualquer entidade competente de outro Estado-membro em que os interesses por ela protegidos sejam afectados pela infracção

No entanto, prevê-se ainda um procedimento peculiar<sup>15</sup>, a saber, uma consulta prévia.

No plano do direito interno - e no quadro da *acção inibitória* intracomunitária, prevista na Directiva a que no passo precedente se alude - se define um outro requisito para que a *legitimidade processual* se afirme, na circunstância.

Na Lei 25/2004, de 8 de Julho - e no que tange ao âmbito próprio do normativo - se estabelece que as normas dela constantes se aplicam à *acção inibitória*<sup>16</sup>, bem como à *acção popular*<sup>17</sup> destinadas a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas ilícitas dos direitos dos consumidores.

E acrescenta-se no n.º 2: *“Para efeitos do disposto na presente lei, bem como para efeitos da definição do âmbito do direito de acção inibitória previsto no artigo 10º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, considera-se que o conceito da prática lesiva inclui*

---

possa recorrer ao tribunal ou à autoridade administrativa referidos no artigo 2º, mediante a apresentação da lista prevista no n.º 3. Os tribunais ou as autoridades administrativas aceitarão essa lista como prova da capacidade jurídica da entidade competente, sem prejuízo do seu direito de analisar se o objecto da entidade competente justifica que esta intente uma acção num determinado caso.

2. *Para efeitos de infracções intracomunitárias, e sem prejuízo dos direitos reconhecidos a outras entidades pela legislação nacional, os Estados-membros comunicarão à Comissão, a pedido das respectivas entidades nacionais competentes, que essas entidades são competentes para intentar uma acção ao abrigo do artigo 2º Os Estados-membros informarão a Comissão do nome e objecto dessas entidades competentes.*

3. *A Comissão elaborará uma lista das entidades competentes referidas no n.º 2, especificando o seu objecto. Essa lista será publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias; as alterações dessa lista serão publicadas sem demora e a lista actualizada será publicada semestralmente.”*

<sup>15</sup> O artigo 5º, sob uma tal epígrafe, estabelece:

*“1. Os Estados-membros podem prever ou manter em vigor disposições que estipulem que a parte que tenciona intentar uma acção inibitória só o poderá fazer depois de ter tentado pôr termo à infracção, em consulta com o requerido ou com o requerido e uma entidade competente na acepção da alínea a) do artigo 3º, do Estado-membro em que será intentada a acção inibitória. Cabe aos Estados-membros decidir se a parte que tenciona intentar essa acção deve consultar a entidade competente. Se a cessação da infracção não se concretizar no prazo de duas semanas a contar da recepção do pedido das consultas, a parte em causa pode intentar imediatamente uma acção inibitória.*

*2. A Comissão será notificada das regras da consulta prévia adoptadas pelos Estados-membros, que serão publicadas no Jornal Oficial das Comunidades Europeias.”*

<sup>16</sup> Previstas no artigo 10.º da Lei 24/96, de 31 de Julho

<sup>17</sup> Contemplada no n.º 2 do artigo 12.º da Lei 83/95, de 31 de Agosto.

*qualquer prática contrária aos direitos dos consumidores, designadamente as que contrariem as legislações dos Estados-membros que transpõem as directivas comunitárias constantes do anexo a esta lei, da qual faz parte integrante.”*

Restringe-se o rol dos que detêm legitimidade nos termos da LAP (artigo 12), como da LDC (artigo 13), já que os consumidores individuais, ainda que não lesados, se excluem.

Só as entidades que “detêm legitimidade para propor e intervir nas acções e procedimentos cautelares” é que disporão de análogo modo de *legitimatio ad causam*.

Contanto que se inscrevam em lista disponível na Direcção-Geral do Consumidor.

A elaboração e a permanente actualização da lista das entidades portuguesas<sup>18</sup> “competentes” para exercer, na União Europeia, o direito de acção cabe à Direcção-Geral do Consumidor. Que notificará a Comissão Europeia do seu conteúdo.

No que em particular respeita à *acção popular* - com um âmbito mais dilatado ante os domínios objecto de tutela - os titulares do direito de acção acantonam-se como segue:

- Quaisquer cidadãos,
- Associações e fundações cujo escopo é o da tutela de interesses em causa, independentemente de terem ou não interesse directo na demanda.

A legitimidade processual activa, porém, nos termos do artigo 3.º da LAP, como que se reconduz a uma concepção retró-

<sup>18</sup> O procedimento de inscrição consta do artigo 5.º da Lei n.º 25/2004, de 8 de Julho, que reza o seguinte: “1 - Para efeitos do artigo anterior e sem prejuízo do disposto no n.º. 5, devem as entidades interessadas solicitar a sua inscrição na lista, através de requerimento dirigido ao [Director-Geral do Consumidor], acompanhado de documento comprovativo da sua denominação e objecto estatutário.

2 - Na apreciação do pedido, o [Director-Geral do Consumidor] deve certificar-se de que a entidade requerente prossegue objectivos de defesa dos interesses dos consumidores.

3 - O despacho sobre o pedido de inscrição deve ser proferido no prazo máximo de 30 dias.

4 - Do despacho de indeferimento do pedido de inscrição cabe recurso, nos termos da lei, com efeito meramente devolutivo.

5 - O Ministério Público e a [Direcção-Geral do Consumidor] constarão da lista a que se refere o artigo anterior por direito próprio e sem dependência de requerimento de inscrição.”

grada, complexa, da **legitimatio**, para que confluíam os demais pressupostos, como se se tratasse do pressuposto dos pressupostos<sup>19</sup>.

Na realidade, constituem requisitos da **legitimatio ad causam**

**no que tange aos cidadãos**

- que se achem no gozo dos seus direitos civis e políticos

**no que toca às associações e fundações**

- personalidade jurídica;
- o de figurar expressamente nas suas atribuições ou nos objectivos estatutários a defesa dos interesses em causa no tipo de acção de que se trata;
- não exercerem qualquer tipo de actividade económica ou profissional concorrente com a das empresas ou de profissionais liberais.

---

<sup>19</sup> Cfr. Castro Mendes, **Direito Processual Civil**, v. II, Associação Académica, Lisboa, 1980, p. 153 e 154, que revela que: “a determinação da legitimidade começou por fazer-se *casuisticamente* - em relação a cada acção indicava-se quem a podia propor como autor e contra quem podia sê-lo como réu. Os requisitos que se indicavam mostravam abranger-se na legitimidade figuras que em rigor se deviam distinguir.

Ainda quando a doutrina se elevou deste método a uma construção geral, na primeira fase desta construção ela apresenta-se-nos como uma *concepção global ou complexa* - a legitimidade aparece-nos como abrangendo o conjunto dos pressupostos processuais subjectivos relativos às partes e, por vezes, algumas condições da acção (também relativas às partes).

Uma análise mais cuidadosa foi distinguindo neste ‘complexo de circunstâncias, condições e qualidades’ vários pressupostos diferentes - a personalidade judiciária, a capacidade judiciária, o interesse em agir. Mas ainda recentemente o Prof. PAULO CUNHA sustentava que os requisitos da legitimidade eram o interesse, a capacidade legal, a identidade das partes, a não exclusão por lei expressa e a realidade de litígio e o Prof. BARBOSA DE MAGALHÃES a identidade, capacidade e interesse. A esta concepção complexa da legitimidade tem-se procurado substituir uma *concepção simples* da figura, atendendo a um único critério para a determinar, e reduzindo-a apenas a um pressuposto processual.

Mas ficaram dos tempos passados duas tendências que muito têm prejudicado este domínio: a tendência para considerar requisitos de legitimidade todas as circunstâncias relativas às partes cuja verificação é necessária para que o tribunal atenda o pedido (e, portanto, para considerar causas de ilegitimidade todas as razões de absolvição que dizem respeito aos sujeitos); a tendência para fazer da legitimidade um pressuposto processual mais importante que os outros, diferente destes, movendo-se noutra plano.

Qualquer das duas tendências é errónea - a legitimidade é *um* pressuposto processual subjectivo relativo às partes, e nada mais.”

Daí que se justifique se harmonizem os dispositivos que regem nesse particular. Para que não parem indefinições ou dúvidas insanáveis acerca dos meios processuais idôneos para cada um dos domínios perscrutáveis.

De tal sorte que Teixeira de Sousa entende que - mercê das remissões na alínea b) do artigo 13 da LDC - a *acção inibitória* é uma autêntica *acção popular*, asserção que não merece obviamente a nossa concordância.

Além do mais, há quem entenda que como o molde da legitimidade processual activa é mais largo na *acção inibitória* em geral, o artigo 26 da LCGC deve abrir-se de modo a nele caber, enquanto titulares da *legitimatío ad causam*, nas acções que visam à condenação na abstenção do uso ou da recomendação de condições gerais dos contratos apostas em formulários pré-redigidos ou em suportes outros seja qual for a configuração que assumirem, os consumidores prejudicados ou não pelas cláusulas unilateralmente impostas.

Ou, como outros pretendem, ante a estreiteza do caso julgado na *acção inibitória* especial, a adopção da *acção popular* para obviar às dificuldades postas a quem houver celebrado já contratos singulares com base nas condições gerais proibidas objecto do pleito.

Para que, como na oportunidade se revelará, se colha uma eficácia plena - *erga omnes* - que não a que emerge do regime privativo da Lei das Condições Gerais dos Contratos e é desvalorizante porque obriga à inusitada reprodução processual - a eficácia *ultra partes* - que não dispensa a propositura de uma *acção* singular de declaração de nulidade se o aderente - consumidor ou não - pretender prevalecer-se da declaração incidental de nulidade ínsita na decisão inibitória.

E não se nos afigura saudável tamanha dispersão e prolixidade.

Do que precede, pode asseverar-se

Em conclusão

- Que a medida da legitimidade processual activa é distinta consoante as modalidades de *acções* colectivas com que se opere.

- Que a legitimidade não se afere de modo singular, antes acresce - para se afirmar - o cumprimento de requisitos outros que exorbitam do quadro regular.

- Que nem sempre se justificam as restrições que, no plano transnacional/intracomunitário, a Directiva em vigor neste domínio impõe e menos ainda que a *legitimidade* dependa, em substância, da inscrição em lista disponível *in casu* em instituição oficial com atribuições e competências no âmbito da protecção dos direitos do consumidor

- Que urge que - com a uniformização das distintas modalidades tipológicas da *acção colectiva* como meio processual idóneo para a tutela dos direitos colectivos do consumidor - se adoptem medidas únicas para a delimitação conceitual da *legitimatío ad causam*.

Eis, pois, as conclusões parcelares no que tange à temática versada - a da legitimidade processual actividade outorgada a distintas personalidades e entidades para efectividade dos direitos de *dimensão transindividual* conferida a distintas massas de consumidores.

### 3. Caso julgado

Caso julgado material (ou interno) consiste, segundo o saudoso Manuel de Andrade<sup>20</sup>, em a definição dada à relação controvertida se impor a todos os tribunais (e até a quaisquer outras autoridades) - quando lhes seja submetida a mesma relação, quer a título principal (repetição da causa em que foi proferida a decisão), quer a título prejudicial (acção destinada a fazer valer outro efeito dessa relação): todos têm que acatá-la, julgando em conformidade, sem nova discussão.

O autor acrescenta: “*Este acatamento é-lhe devido de modo absoluto. Constitui dever officioso do tribunal, não dependendo da invocação da parte interessada (artº. 500 do CPC). Mesmo que chegue a ser proferida decisão contraditória com aquela, esta é*

<sup>20</sup> Manuel A. Domingues de Andrade, *in* *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra, 1976, p. 304.

*a que prevalece (art.º 675 do CPC). Na falta desta norma, a doutrina a seguir seria a oposta, tal como em matéria legislativa: entre duas manifestações de vontade antagónicas do mesmo órgão a prevalência cabe à última, como regra geral.”*

Esta é a concepção clássica, no processo individualístico, de *caso julgado*.

Que só cede perante a procedência de qualquer recurso extraordinário - de revisão ou oposição de terceiro.

No que tange à disciplina em apreciação, importa, em verdade, escarpelizar as hipóteses vertidas neste particular.

Analisaremos sucessivamente o caso julgado

- Nas acções inibitórias em geral,
- Nas acções inibitórias estatuídas no âmbito das cláusulas abusivas emergentes das condições gerais dos contratos ínsitas em formulários (pré-redigidos) em circulação no mercado e em quaisquer outros suportes pré-elaborados,
  - Nas acções inibitórias consagradas na Directiva 98/27/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de Maio de 1998,
  - Nas acções inibitórias transdisciplinares decalcadas do instrumento normativo emanado das instâncias legiferantes da União Europeia e contempladas em Portugal na Lei 25/2004, de 8 de Julho,
  - Nas acções populares decorrentes do n.º 3 do artigo 52 da Constituição da República Portuguesa e regulamentadas pela Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto.

### **3.1. Nas acções inibitórias em geral prevista na LDC**

As acções inibitórias em geral jamais foram regulamentadas.

Com efeito, a LDC consagra, no seu artigo 10º, como *molde genérico* a *acção inibitória* susceptível de oferecer cobertura ao tipo caracterizado no art.º 24 do primitivo DL 446/85, de 25 de Outubro (ora, com as alterações decorrentes do DL 220/95, de 31 de Agosto, renumerado como art.º 25).

E aí considera

*“1- É assegurado o direito de acção inibitória destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direi-*

*tos do consumidor consignados na presente lei, que, nomeadamente:*

- a) Atentem contra a sua saúde e segurança física;*
- b) Se traduzam no uso de cláusulas gerais proibidas;*
- c) Consistam em práticas comerciais expressamente proibidas por lei.*

*2- A sentença proferida em acção inibitória pode ser acompanhada de sanção pecuniária compulsória, prevista no artigo 829-A do Código Civil, sem prejuízo da indemnização a que houver lugar.”*

E nos dispositivos subsequentes regra sucessivamente:

- a forma de processo (art.º 11),
- o direito à reparação dos danos (afinal, a disciplina das garantias legais das coisas móveis e imóveis, na versão original, de todo deslocada, na sistematização empregue, conquanto os n.ºs 4 e 5, ora 1 e 2, contemplem os casos de responsabilidade emergente do vício de qualidade de produtos e serviços como do vício de segurança restrito a produtos) (art.º 12),
- a legitimidade activa (art.º 13),
- o direito à protecção jurídica e a uma justiça acessível e pronta (art.º 14).

Não há um efectivo regramento da *acção inibitória* e sempre se aguardou que o Ministério da Justiça promovesse a regulamentação de uma tal modalidade: a despeito das diligências efectuadas e de um primeiro ensaio ao tempo em que Vera Jardim fora titular da pasta, o facto é que se registra uma clamorosa omissão legislativa que esvazia de conteúdo o seu sentido e alcance.

E nem sequer se nos afigura de preencher a lacuna assimilando-a, como a outro propósito o faz Teixeira de Sousa, a uma autêntica *acção popular* e subsumindo-a no regime em que esta se enquadra.

A incipiente disciplina da *acção inibitória* esboçada na Lei 24/96, de 31 de Julho, e a que exorna a LAP não consentirão de todo na assimilação.

A ser assim, não se justificaria a inserção de um tal molde mais amplo e genérico para acobertar a acção estatuída no âmbito das disposições processuais da LCGC.

Daí que se afirme a imprestabilidade da acção inibitória, de que há, afinal, escassíssimos casos de acções instauradas sob tal figurino.

### **3.2. Acção inibitória no quadro das condições gerais dos contratos**

A eficácia do caso julgado perscruta-se no artigo 32 da LCGC.

Aí se estabelece, no n.º 2, que “aquele que seja parte, juntamente com o demandado, vencido na acção inibitória, em contratos em que se incluam cláusulas gerais proibidas, pode invocar a todo o tempo, em seu benefício, a declaração incidental de nulidade contida na decisão inibitória.

Ora, neste particular se consagra a *eficácia do caso julgado*.

Não é, como em regra ocorre nas acções colectivas, *erga omnes*, antes se pode conceituar como *ultra partes*, em sentido que se aclarará.

Na realidade, a decisão impõe-se *inter partes*, a saber, “as cláusulas contratuais gerais objecto de proibição definitiva por decisão transitada em julgado, ou outras cláusulas que se lhes equiparem substancialmente, não podem ser incluídas em contratos que o demandado venha a celebrar, nem continuar a ser recomendadas.

Mas, para além da eficácia restrita às partes, há uma refracção - ainda que dependente de ulterior diligência processual - nos demais contratos celebrados com base em tais condições gerais predispostas.

A decisão inibitória passada ou transitada em julgado constitui uma declaração incidental de nulidade.

Que “incide”, por conseguinte, nos demais contratos sem os atingir de plano.

Para que a declaração de nulidade se transmude de incidental em real há-de a vítima lançar mão da *acção singular de decla-*

*ração de nulidade*, nos termos do artigo 24 da LCDC, que remete para os termos gerais.

A decisão inibitória funcionará, na circunstância, restrita às condições gerais objecto de proibição definitiva (ou a outras que se lhes equiparem substancialmente), como se se tratasse de uma *precedent rule*.

Daí o sentido e alcance do *caso julgado*, que se não restringe aos pleiteantes na lide, antes extravasa, na acepção revelada, para os demais contraentes, contanto que invoquem a declaração incidental de nulidade nos feitos de que fizerem parte.

A decisão não afecta directa, imediata e retroactivamente o negócio jurídico celebrado.

Só incidentalmente.

O que confere distintos cambiantes à figura.

Que se não subsume, por óbvio, à da *eficácia erga omnes*.

### 3.3. Acção inibitória transnacional ou intracomunitária

Não se define no texto do Parlamento Europeu e do Conselho a eficácia do caso julgado.

O que remete, afinal, para o direito nacional de cada um dos Estados-membros.

No âmbito da legislação pátria, a remessa para o artigo 10.º da LDC (artigo 2.º) deixa intocado o problema.

Não se define, pois, a *eficácia do caso julgado* que pode, por conseguinte, comportar plúrimas significações.

No entanto, ao reconduzir-se de análogo modo a *acção inibitória transnacional à acção popular*, aí colher-se-á o regime similar ao do caso julgado vertido na ocorrente hipótese.

Só que não é líquido que a eficácia seja *erga omnes secundum eventum litis*.

As objecções de Ada Pellegrini Grinover colhem em absoluto, como no passo subsequente se revelará. A despeito das considerações que tece, como se alcançará, Miguel Teixeira de Sousa.

### 3. 4. Acção inibitória transnacional consagrada no direito pátrio

Valem a propósito as considerações que se expenderam no passo precedente.

### 3.5. Acção Popular

A LAP prescreve no seu artigo 19 sob a epígrafe “efeitos do caso julgado”:

*“1. As sentenças transitadas em julgado proferidas em acções ou recursos administrativos ou em acções cíveis, salvo quando julgadas improcedentes por falta de provas, ou quando o julgador deva decidir por forma diversa fundado em motivações próprias do caso concreto têm eficácia geral, não abrangendo, contudo, os titulares dos direitos ou interesses que tiverem exercido o direito de se auto-excluírem da representação.*

*2. As decisões transitadas em julgado são publicadas a expensas da parte vencida e sob pena de desobediência, com menção do trânsito em julgado, em dois dos jornais presumivelmente lidos pelo universo dos interessados no seu conhecimento, á escolha do juiz da causa, que poderá determinar que a publicação se faça por extracto dos seus aspectos essenciais, quando a sua extensão desaconselhar a comunicação por inteiro.”*

Ada Pellegrini Grinover<sup>21</sup> analisa cirurgicamente o que considera o segundo ponto sensível das acções colectivas nos termos seguintes:

*“Quanto à coisa julgada - segundo ponto sensível das acções coletivas -, a lei portuguesa adotou dois critérios:*

*a) como regra geral, o regime da coisa julgada erga omnes, para os casos de procedência ou improcedência, salvo quando esta se der por insuficiência de provas (art. 19, 1);*

*b) para os que tenham exercido o direito de auto-exclusão, sua indiferença à coisa julgada, seja a sentença positiva ou negativa (art. 19, 1).*

<sup>21</sup> In “A Acção Popular Portuguesa: Uma Análise Comparativa”, RPDC - Revista Portuguesa de Direito do Consumo, CEDC, Coimbra, ano II, n.º 5, Março de 1995, p. 12 e ss.

Desse modo, a Lei n.º 83/95 combinou dois critérios, sendo o primeiro familiar ao sistema brasileiro, e o segundo próprio do ordenamento norte-americano.

Com efeito, é típico das leis brasileiras sobre ação popular e ação civil pública a adoção de uma coisa julgada *erga omnes*, com o temperamento da inexistência de coisa julgada nos casos de improcedência por insuficiência de provas (com o que se evita o risco de colusão entre as partes), sempre que se trate de direitos de objeto indivisível (interesses difusos e coletivos): art. 18 da Lei 4.717/65 e art. 103, I e II CDC, aplicável à LACP.

Mas o critério do *opt out* e do *opt in*, como forma de submissão, ou não, do terceiro ao julgado, é próprio das *class actions*. A rule 23, c 2 e c 3 das Federal Rules de 1966, expressamente prevê a possibilidade de optar-se pela exclusão da coisa julgada, sendo abrangidos por ela aqueles que, informados da demanda “da maneira melhor segundo as circunstâncias” (inclusive mediante intimação pessoal, quando as pessoas forem passíveis de identificação), não tiverem procedido ao pedido de exclusão. É o critério denominado *opt out*, recentemente reafirmado pela Suprema Corte norte-americana, que dispensou os demais, não optantes pela exclusão, de expresso consentimento para integrar a demanda (o que corresponderia ao critério do *opt in*) (8). Em outras palavras, adotado o critério do *opt out*, os que deixam de optar pela exclusão serão automaticamente abrangidos pela coisa julgada, sem necessidade de anuência expressa, mas desde que tenha havido notícia do ajuizamento da ação.

A lei portuguesa, no art. 15, segue exatamente o mesmo critério. Os titulares dos “interesses em causa” são citados para, querendo, intervir no processo a título principal e para declarar nos autos se aceitam ser representados pelo autor (*opt in*) ou se se excluem dessa representação (*opt out*), entendendo-se a passividade como aceitação (art. 15.1), ressalvado o direito de ainda a recusarem expressamente até o término da fase probatória (art. 15.4). O n. 2

do art. 15 determina que a citação se faça pelos meios de comunicação de massa ou ediliamente, sem obrigatoriedade de identificação pessoal do destinatário; e o n. 3 prevê, no caso de impossibilidade de individualização dos titulares, que a citação se faça 'por referência ao respectivo universo, determinado a partir de circunstância ou qualidade que lhe seja comum, da área geográfica em que residam ou do grupo ou comunidade a que pertençam'.

Pode ser que o sistema dê certo em Portugal, país pequeno e habitado por pessoas mais esclarecidas e conscientizadas. Mas já suscitou enormes problemas nos Estados Unidos da América, onde a Suprema Corte chegou a afirmar que a orientação pela qual o membro da class, que não tenha optado expressamente pela exclusão, seria abrangido pela coisa julgada, depende de sua intimação pessoal, sob pena de não poder-se entender que fora adequadamente informado (9). E certamente não se adaptaria à realidade existente no Brasil, país de dimensões continentais, deparando com enormes problemas de informação completa e correta, de falta de conscientização de parcela ingente da população, de desconhecimento sobre os canais de acesso à Justiça, de grande distanciamento entre o povo e os tribunais, tudo a desaconselhar a extensão da coisa julgada, quando desfavorável a sentença, a quem não integrou a relação processual e só foi artificialmente 'representado' pelo portador em juízo dos interesses coletivos.

Por isso, a eficácia *erga omnes* do julgado, favorável ou desfavorável, só foi adotada, no Brasil, para os interesses indivisíveis (difusos e coletivos), em que não há mesmo como cindir o comando da sentença que, por sua própria natureza, deverá abranger toda a classe, categoria ou grupo, com o temperamento da inexistência de coisa julgada em caso de improcedência por insuficiência de provas (art. 18 da Lei da ação popular e art.s 103, I e II CDC, aplicável à LACP).

Mas, para os interesses individuais homogêneos, divisíveis por natureza e com titulares individualizados (ou individu-

*alizáveis), a lei adotou o esquema da coisa julgada erga omnes, mas secundum eventum litis: ou seja, em caso de sentença favorável, todos os componentes do grupo, classe ou categoria serão beneficiados; mas, em caso de sentença desfavorável, a coisa julgada operará somente para impedir novas demandas coletivas, ficando aberta aos interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes a via das ações individuais (art. 103, III e par. 2º CDC, aplicável à LACP).*

*No juízo de valor que antecedeu à escolha do legislador brasileiro, verificou-se que a extensão da coisa julgada a terceiros, que não foram pessoalmente parte do contraditório, ofereceria riscos demasiados, não arredados pela técnica do opt out, calando fundo nas relações inter-subjetivas, quando se tratasse de prejudicar direitos individuais; e suscitando, ainda, problemas de inconstitucionalidade, por infringência ao contraditório efetivo e real. Por outro lado, as críticas à coisa julgada secundum eventum litis, na técnica brasileira, podem ser respondidas com bastante facilidade (10).*

*A aplicação prática da Lei n. 83/95 dirá se o instituto do opt out terá mais sorte em Portugal.”*

Já Miguel Teixeira de Sousa objecta que  
*“A acção popular visa obter, não a resolução de um conflito meramente individual, mas a prevenção ou a cessação da violação de um interesse difuso e a regulação das relações entre aquele que ameaça violar ou violou aquele interesse e todos aqueles que podem ser ou já foram prejudicados com essa conduta. A finalidade dessa acção é a composição global entre todos os interessados, pelo que a decisão que nela venha a ser proferida deve valer para todos os interessados.*

*Cabe abordar, assim, o complicado problema da eficácia subjectiva do caso julgado da decisão de mérito proferida na acção popular. Como o interesse difuso sobre o qual recaiu a decisão respeita necessariamente a sujeitos distintos do*

*autor da acção popular, há que verificar se essa decisão pode beneficiar ou prejudicar estes terceiros, isto é, se existem motivos que justificam o afastamento do princípio segundo o qual o caso julgado não vincula aqueles que não participaram da acção. A solução prevista no artº 19º, n.º 1, da Lei n.º 83/95 mostra a necessidade de um regime especial quanto ao âmbito subjectivo do caso julgado da decisão proferida na acção popular: ‘as sentenças transitadas em julgado proferidas [...] em acções cíveis, salvo quando julgadas improcedentes por insuficiência de provas, ou quando o julgador deva decidir por forma diversa fundado em motivações próprias do caso concreto, têm eficácia geral, não abrangendo, porém, os titulares dos direitos ou interesses que tiverem exercido o direito de se auto-excluírem da representação’.*

*Quer dizer: o artº 19º, n.º 1, da Lei n.º 83/95 estabelece que, em princípio, o caso julgado é vinculativo para os terceiros interessados, excepto se estes tiverem exercido o direito de auto-exclusão previsto no artº 15º, n.º 1, da Lei n.º 83/95. Mas, mesmo que estes terceiros não tenham usado essa faculdade, deve entender-se que eles não ficam vinculados ao caso julgado se a sua citação não tiver observado os requisitos estabelecidos no artº 15º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 83/95. Além disso, como se pode inferir do disposto no artº 16º, n.º 3, da Lei n.º 83/95 (no qual se prevê a substituição do autor da acção popular pelo Ministério Público quando aquele desista da lide ou celebre transacção com o demandado), o caso julgado da sentença homologatória dessa desistência ou transacção (cfr. artº 300º, n.ºs 3 e 4, do Código de Processo Civil) não vale necessariamente **erga omnes**. Se assim não sucedesse, não se compreenderia essa possibilidade de substituição e a decorrente continuação da acção popular pelo Ministério Público.*

## *2. Critério legal*

*a. A regulamentação que consta do artº 19º, n.º 1, da Lei n.º 83/95 define um âmbito subjectivo do caso julgado **secundum eventum litis**: semelhantemente ao disposto no*

*artº 103, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, os terceiros interessados beneficiam, em princípio, do caso julgado favorável, isto é, daquele que respeita a uma decisão de procedência, mas não ficam vinculados a uma sentença de improcedência que resulte de uma insuficiência de prova. Esta eventualidade pode indiciar uma actuação menos diligente do autor da acção popular ou até um conluio entre essa parte e a contraparte demandada, situações nas quais importa proteger os interesses de todos os não intervenientes na acção popular. Algo enigmáticas são, todavia, as razões que podem levar o juiz, nos termos do artº 19º, n.º 1, da Lei n.º 83/95, a restringir o âmbito subjectivo do caso julgado por motivações próprias da situação concreta. Talvez se esteja a pensar nos casos em que o demandante celebrou uma transacção com o demandado e o tribunal entende que ela não deve valer erga omnes ou em que o tribunal considera que a acção não pode proceder enquanto acção popular (nomeadamente, porque não foi violado qualquer interesse difuso), mas pode ser procedente em relação ao demandante e ao seu próprio interesse individual.*

*Posto é que, para que este regime sobre o âmbito subjectivo do caso julgado funcione adequadamente, não existam dúvidas sobre a improcedência da acção por insuficiência de prova e não pela circunstância de o réu ter demonstrado a falta da sua fundamentação. O critério prático para se avaliar se a acção improcedeu por essa referida insuficiência é o seguinte: esse fundamento de improcedência verifica-se sempre que a acção foi julgada improcedente porque o tribunal teve de decidir, segundo o critério estabelecido no art.º 516 do Código de Processo Civil, uma situação de **non liquet** contra o autor, isto é, teve de julgar a acção improcedente pela insuficiência da prova realizada pelo autor quanto aos factos constitutivos da situação por ele alegada.*

*Como, na hipótese de a acção popular improceder por insuficiência de provas, pode ser proposta uma outra acção por qualquer outro interessado, o próprio demandante, que,*

*dado o referido non liquet, não conseguiu a procedência da acção, vem a beneficiar da eventual procedência desta outra acção. Dado que o próprio demandante que instaurou a primeira acção e que não conseguiu a sua procedência benéfica do caso julgado obtido numa posterior acção popular, existe necessariamente uma confluência de casos julgados contraditórios nesse mesmo sujeito: um que lhe é desfavorável, outro que o beneficia. Esta entorse é, todavia, uma consequência inevitável da eficácia *inter partes* da sentença de improcedência baseada na insuficiência de prova.*

*A solução adoptada no art.º 19, n.º 1, da Lei n.º 83/95 permite salvaguardar os interesses da parte demandada, porque, se ela provou que não violou ou não ameaça violar o interesse difuso, não poderá ser contra ela proposta por qualquer outro interessado uma outra acção com o mesmo objecto. Nesta hipótese, a improcedência da acção vale *ultra partes*, porque a acção improcedeu pelo facto de a parte demandada ter provado que não violou ou não ameaçou o interesse difuso, pelo que essa parte poderá arguir a excepção de caso julgado numa qualquer outra acção relativa ao mesmo objecto proposta por qualquer outro sujeito (art.ºs 497º e 498º do Código de Processo Civil). O mesmo vale se, após a improcedência da acção popular, alguém pretender tutelar em juízo o seu interesse individual.*

*Resta acrescentar que a decisão proferida na acção popular e o respectivo caso julgado podem ser impugnados nos termos gerais. Importa especialmente referir que qualquer terceiro, ou seja, qualquer interessado que não tenha intervindo na acção popular, pode impugnar essa decisão, ainda que transitada em julgado, através do recurso extraordinário de oposição de terceiro, sempre que se tenha verificado uma simulação processual entre as partes daquela acção (art.º 778º, n.º 1, do Código de Processo Civil).*

*b. A decisão que proíbe o uso ou a recomendação de cláusulas contratuais gerais deve especificar o âmbito da proibição, designadamente através da referência concreta do seu*

teor e a indicação do tipo de contratos a que a proibição se reporta (art.º 30, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 446/85; art. 11º, n.º 2, da Lei n.º 24/96); essa decisão será publicitada (art.º 30, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 446/85; art.º 11º, n.º 3, da Lei n.º 24/96) e registada em serviço próprio (art.º 34 do Decreto-Lei n.º 446/85). Quanto à eficácia subjectiva do caso julgado da decisão que decreta a inibição do uso ou recomendação de uma cláusula contratual geral, importa referir que, como acima se mostrou, essa acção inibitória também pode ser uma acção popular, pelo que há que concluir que o regime especial definido para aquela acção no art.º 32, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 446/85 prevalece, na parte em que haja divergência, sobre o regime geral estabelecido para esta última no art.º 19, n.º 1, da Lei n.º 83/95.

O trânsito em julgado da decisão inibitória implica que as cláusulas contratuais gerais que forem objecto de proibição definitiva, ou outras cláusulas que se lhes equiparem substancialmente, não podem ser incluídas em contratos que o demandado (isto é, o proponente das cláusulas) venha a celebrar, nem continuar a ser recomendadas por essa mesma parte (art.º 32, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 446/85; art.º 11º, n.º 4, da Lei n.º 24/96). Assim, aquele que venha a ser parte, juntamente com o demandado vencido na acção inibitória, em contratos onde se incluam cláusulas gerais proibidas, pode invocar a todo o tempo, em seu benefício, a declaração incidental de nulidade contida na decisão inibitória (art.º 32, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 446/85; art.º 11º, n.º 4, da Lei n.º 24/96). Isto é, permite-se que qualquer interessado se possa servir, na acção proposta contra o proponente vencido, da declaração incidental da nulidade da cláusula contratual geral realizada na acção inibitória.

Neste ponto, há uma diferença entre o regime geral da acção popular e o regime especial da acção inibitória do uso ou recomendação de cláusulas contratuais gerais. Na verdade, a solução estabelecida para esta acção inibitória apresenta a seguinte diferença em relação ao regime respeitante à efi-

*cácia do caso julgado da decisão proferida na acção popular: enquanto, no regime geral da acção popular, o demandado pode opor a um novo demandante a excepção de caso julgado e pode, portanto, obstar a uma nova apreciação do mérito da acção (excepto se a decisão absolutória se fundamentou num **non liquet**: art.º 19, n.º 1, da Lei n.º 83/95), no regime previsto para a acção inibitória do uso ou recomendação de cláusulas contratuais gerais o demandado nunca pode opor essa excepção de caso julgado a nenhum novo demandante. Segundo o regime definido no art.º 19º, n.º 1, da Lei n.º 83/95 para o âmbito subjectivo do caso julgado na acção popular, o que é definido no plano abstracto (ou seja, independentemente de qualquer caso concreto) vale igualmente no plano concreto. É isto que justifica que, sempre que a improcedência dessa acção não resulte de uma situação de **non liquet**, o caso julgado nela formado seja oponível em qualquer acção individual proposta por qualquer interessado que não se tenha auto-excluído (cfr. art.ºs 15, n.º 1, e 19, n.º 1, da Lei n.º 83/95). Pelo contrário, na acção inibitória do uso ou recomendação de uma cláusula contratual geral, o que é definido no plano abstracto não vale no plano concreto, pois que a circunstância de, na acção inibitória proposta, a cláusula contratual geral não ter sido declarada contrária à boa fé não significa que, no caso concreto, ela não possa ser considerada abusiva. Isto também demonstra que a restrição à eficácia **erga omnes** do caso julgado decorrente da insuficiência de prova como fundamento da decisão absolutória constante do art.º 19, n.º 1, da Lei n.º 83/95 não é transponível para a acção inibitória do uso ou recomendação de uma cláusula contratual geral. Como ficou demonstrado, não é apenas quando a anterior acção inibitória terminou com a absolvição do pedido com base numa situação de **non liquet** que o demandado não pode opor a excepção de caso julgado: ele também não o pode fazer quando a acção inibitória improcedeu por qualquer outro motivo.”*

Lebre de Freitas<sup>22</sup> opina em termos próximos dos de Ada Pellegrini Grinover.

Daí que importe uma esclarecimento que, ante as dificuldades postuladas pela experiência, ponha cobro às dúvidas subsistentes e à variabilidade interpretativa.

Para que as acções colectivas reflitam o sumo interesse da massa de consumidores perante as agressões de que padece o estatuto de cada um e todos neste congenho. E ante a caracterização dos interesses e direitos em presença.

## EM CONCLUSÃO

- Revela-se perturbante o que neste particular avulta ante a inconsistência, a variabilidade e as omissões no que tange à eficácia do *caso julgado* nas diferentes modalidades das acções colectivas.

- Há que definir de modo unívoco - para se obviar às consequências do pântano interpretativo - o regime da eficácia do caso julgado.

- Afigura-se preferível se cinda a disciplina, considerando-se soluções distintas consoante a natureza de interesses ou direitos em causa.

- Daí que:

- A decisão passada em julgado haja eficácia *erga omnes*, excepto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas: em tal hipótese a parte dotada de legitimidade poderá intentar uma acção com idêntico fundamento socorrendo-se de novos meios probatórios.

- Em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, se o pedido improceder, os interessados poderão propor acção singular, a título meramente individual.

- Se, porém, de interesses ou direitos difusos ou colectivos se tratar, a *eficácia do caso julgado* não prejudica as acções de indemnização pelos danos pessoalmente sofridos susceptíveis de

<sup>22</sup> “A acção popular no direito português”, in *Sub Júdice*, 2003, n.º 24, p. 20 e 21.

se instaurar a título singular ou como de interesses individuais homogêneos.

- Se o pedido, porém, proceder, as vítimas de danos disporão de título para execução para pagamento de quantia certa.

- Se a acção improceder, com base nas provas produzidas, qualquer interessado poderá intentar outra acção, com idêntico fundamento, no lapso de três anos contados do conhecimento geral da descoberta de prova nova superveniente, insusceptível de produção nos autos, contanto que idónea para mudar o seu resultado. 

# A Penologia do Estatuto de Roma e a Constituição

Felipe Machado Caldeira

*Mestrando em Direito Penal pela UERJ. Especialista em Direito Penal Econômico pelas Universidades de Coimbra (Portugal), Castilla-La Mancha (Espanha) e Milão (Itália). Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal da EMERJ.*

## INTRODUÇÃO

Durante a Idade Contemporânea, especialmente a partir do século XX, o desenvolvimento do direito foi marcado, nos planos histórico, filosófico e jurídico, por dois grandes movimentos: um no plano internacional - a internacionalização do direito -, e um no plano interno - a constitucionalização do direito.

No plano internacional, a afirmação do Direito Internacional, impulsionada pelos fenômenos da globalização econômica (cultural, social, jurídica, política etc.) e da integração regional, permitiu a superação de antiga controvérsia sobre a existência de um Direito Internacional; hodiernamente, esta existência é uma realidade incontestável - já se fala em um Direito Comunitário - e representa um novo horizonte de possibilidades, que vem sendo amplamente explorado, e a sua influência sobre os diversos ramos do direito é notada, inclusive, no Direito Penal, como a moderna formulação do Direito Penal Internacional e do Direito Penal Econômico.

Paralelamente, no âmbito do direito interno, desenvolveu-se o constitucionalismo e, segundo a sua formulação contemporânea, a constituição passa a funcionar como norma fundante e fundamental do Estado democrático (constitucional) de direito. Ademais,

também se presta como parâmetro de validade para as demais normas jurídicas, por força de sua supremacia e força normativa, exigindo uma interpretação da normatividade infraconstitucional em conformidade com a normatividade constitucional<sup>1</sup> (filtragem constitucional)<sup>2</sup> a partir do vetor da dignidade da pessoa humana, que é densificado pelos direitos fundamentais. Consequentemente, também há reflexos destas formulações contemporâneas da constitucionalização do direito nos seus diversos ramos, inclusive no Direito Penal.

Com efeito, surge a necessidade do estudo sobre a relação entre o direito internacional e o direito interno, em seu plano constitucional, para permitir o estudo das penas previstas no Estatuto de Roma (ER) a partir do filtro axiológico da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

## **1. O DIREITO PENAL INTERNACIONAL E O DIREITO CONSTITUCIONAL**

### **1.1. Direito Penal Internacional**

Conforme observa Carlos Eduardo Adriano Japiassú, o Direito Penal Internacional é fruto da convergência entre a necessidade de aplicação internacional das regras penais internas e a existência de aspectos penais nas normas internacionais, o que levou à internacionalização da prevenção e repressão ao crime.<sup>3</sup> Modernamente e a partir de uma visão monolítica<sup>4</sup>, o Direito Penal Internacional pode ser entendido como ramo do direito público que estabelece o conjunto de normas jurídicas (regras e princípios) de cunho material ou substancial (definição dos crimes internacionais, próprios e impróprios, por exemplo) e formal ou procedimental (tal como a

<sup>1</sup> Conforme observa Lênio Streck, “a interpretação conforme a Constituição é mais do que princípio, é um princípio imanente da Constituição, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela”. STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica em crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 221.

<sup>2</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 61-84.

<sup>3</sup> JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 14-16.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 21.

disciplina dos tribunais penais internacionais ou regionais). Neste contexto, o ER instituiu o Tribunal Penal Internacional e, em seu Capítulo VII, disciplinou as questões relacionadas às penas.

## 1.2. Constitucionalismo

São duas as fases do constitucionalismo: a fase pré-jurídica e a fase jurídica. A fase pré-jurídica se desenvolveu nas Idades Antiga (Antiguidade), Média e Moderna e compreendeu o período do legicentrismo (influência filosófica do jusnaturalismo), no qual a ideia de constituição revelava apenas um conteúdo político e sem qualquer força normativa. As revoluções liberais (francesa e americana) marcam o início da Idade Contemporânea (Pós-modernidade), que guarda identidade com a fase jurídica do constitucionalismo, e se divide em dois períodos: o período do constitucionalismo clássico (influência filosófica do positivismo) e o período do constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo (influência filosófica do pós-positivismo). Modernamente, o constitucionalismo pode ser compreendido como o movimento histórico, filosófico e jurídico que desenvolveu a ideia de que todo Estado deveria possuir um documento fundamental (constituição escrita), que contivesse a disciplina sobre a estrutura fundamental do Estado, consubstanciada na organização do Estado e na limitação do poder estatal pela tutela de direitos e garantias fundamentais (constituição material); período este que, dada a sua densidade principiológica, revela algumas características que influenciarão decisivamente quando da proposição da solução ao conflito entre a projeção internacional e nacional, constitucional, da ordem jurídica: (i) a natureza jurídica da constituição, que não representa um mero instrumento político (período do legicentrismo) ou um simples instrumento formalmente normativo (período do constitucionalismo clássico), mas um instrumento formal e materialmente normativo, o que lhe confere supremacia formal e material sobre as demais normas jurídicas, inclusive, de cunho internacional; (ii) o processo de descodificação e a criação de microssistemas normativos (“*fattispecie*”, na Itália, ou “*tatbestand*”, na Alemanha), que não apenas fortalece a ideia de força normativa da constitui-

ção, mas também afirma a posição da constituição como a norma jurídica central; e (iii) o fortalecimento da interpretação constitucional, âmbito no qual é desenvolvida uma nova dogmática da interpretação constitucional.

### 1.2.1. Direitos fundamentais

A existência de uma teoria dos direitos fundamentais possui fundamento de três ordens: (i) filosófica, porque ligada tanto ao jusnaturalismo (são da natureza do ser humano; derivam de sua racionalização), quanto ao positivismo (estão previstos em constituições e tratados internacionais; derivam da sua positivação); (ii) sociológica (são decorrentes de fatos sociais; derivam da cultura do ser humano); e (iii) jurídica (derivam do diálogo, da argumentação e do discurso).

Nessa linha, os direitos fundamentais se revelam, para o Direito Penal, num conjunto institucionalizado de direitos subjetivos e garantias fundamentais do ser humano para a sua proteção contra o arbítrio do poder estatal (direito de defesa), de forma que a matriz constitucional penal deve ser lida a partir da atual compreensão sobre os direitos fundamentais, em especial a teoria dos quatro *status* (Jellinek), segundo a qual o indivíduo pode encontrar-se em face do Estado em algumas posições jurídicas: (i) *status* negativo, que guarda relação com os direitos de defesa ou de liberdade e exige uma atuação negativa (abstenção) por parte do Estado;<sup>5</sup> (ii) *status* positivo ou *civitatis*, que guarda relação com os direitos prestacionais ou cívicos e que exige uma atuação positiva (prestação) por parte do Estado; (iii) *status* ativo, que guarda relação com o direito de participação na formação da vontade do Estado (direitos políticos); e (iv) *status* passivo ou *subjectionis*, que guarda relação com os deveres para com o Estado, veiculados através de mandamentos e proibições.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> É nesta vertente que se encontra o espaço constitucional ocupado, por excelência, pela matriz constitucional penal, porque impõe uma limitação ao poder do Estado na esfera de liberdade, e tem, como um de seus desdobramentos, a pretensão de que determinadas posições jurídicas não sejam eliminadas.

<sup>6</sup> COELHO, Inocêncio Martines; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 245.

Os direitos fundamentais também revelam um núcleo essencial - âmbito ou núcleo de proteção (*schutzbereich*) -, que é revelado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, e densificado pelos direitos fundamentais. Esse núcleo impõe uma vinculação constitucional ampla, inclusive, no campo da interpretação, impondo a adoção da técnica de interpretação restritiva, a fim de preservar, ao máximo, a substância do direito fundamental.

## 2. ORDEM JURÍDICA, DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO CONSTITUCIONAL

Concebido um direito internacional distinto de um direito interno, surgiram duas concepções sobre a sua interação. A teoria dualista, para a qual as ordens jurídicas interna e internacionais compõem sistemas jurídicos distintos, independentes e sem qualquer interseção, de modo que não haveria conflito possível entre elas; e a teoria monista, para a qual a ordem jurídica é una, possuindo uma projeção interna - normatividade interna - e outra internacional - normatividade internacional -, havendo a necessidade de compatibilizá-las e harmonizá-las.

Adotada a concepção monista e sedimentado o constitucionalismo, eventual colisão entre a projeção internacional e interna constitucional da ordem jurídica, prevalecerá sempre a normatividade interna constitucional sobre a normatividade internacional, com fundamento na supremacia e força normativa da constituição, de forma que não há espaço para a construção de outras soluções, sequer pela primazia da normatividade internacional mais benéfica ao ser humano.<sup>7</sup>

Com efeito, por razões históricas, filosóficas e jurídicas, é que as disposições da normatividade internacional devem estar em conformidade com a normatividade interna constitucional; caso contrário, mister promover a sua compatibilização e harmonização, sob pena de invalidação em seu grau máximo (inconstitucio-

<sup>7</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos no plano internacional e nacional. In BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAÚJO, Nádya de (org.). Os direitos humanos e o direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 42-49.

nalidade) da normatividade internacional e preservação da normatividade interna constitucional.

### **3. O SISTEMA DA PENA DO ESTATUTO DE ROMA E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DE 1988**

Partindo das premissas da afirmação histórica do Direito Penal Internacional e da consolidação do constitucionalismo, conclui-se pela necessidade do estudo do ER a partir da CRFB/88, que será limitado às disposições relativas à pena. Pela leitura deste Capítulo, em cotejo com as demais disposições do ER, sob o filtro da CRFB/88, quatro questões merecem atenção: (i) a disposição sobre a prisão perpétua (artigo 77, § 1º, alínea “a”, do ER); (ii) a disposição sobre a aplicação da pena (artigo 77, § 1º, do ER); (iii) a disposição sobre a determinação da pena (artigo 76 combinado com o artigo 78, todos do ER); e (iv) a disposição sobre a imprescritibilidade (art. 29, do ER).

#### **3.1. A prisão perpétua e o princípio da humanidade**

O ER estabeleceu, como uma de suas penas principais, a pena de prisão perpétua (artigo 77, § 1º, alínea “b”).

Ocorre que a CRFB/88, pela vontade do próprio Poder Constituinte Originário, afastou expressamente esta espécie de pena (artigo 5º, inciso XLVII)<sup>8</sup> e<sup>9</sup>, lembrando que esta disposição se insere dentro das limitações materiais - cláusulas pétreas - (artigo 60, § 4º, inciso IV, da CRFB/88), razão pela qual sequer pode ser ob-

<sup>8</sup> Vale destacar a evolução histórica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a aplicabilidade das normas de direito interno no âmbito internacional. Num primeiro momento, o STF concebia que a extensão da normatividade interna estaria limitada no âmbito interno, apenas, e inaplicável no âmbito internacional. Ocorre que esta interpretação evoluiu e, contemporaneamente, a jurisprudência do STF é no sentido de que a normatividade interna, precipuamente a constitucional, é aplicável tanto no âmbito interno quanto no âmbito internacional. Neste sentido também caminha a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quando determina, por exemplo, a aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor aos contratos celebrados no exterior, tendo por fundamento se tratar de norma de ordem pública.

<sup>9</sup> No panorama do constitucionalismo brasileiro, observa-se que, desde a Constituição de 1934, a ordem constitucional veda a pena de prisão perpétua: artigo 134, inciso 24, da Constituição de 1934; artigo 113, inciso XIII, da Constituição de 1937; artigo 141, § 31, da

jeto de deliberação pelo Poder Constituinte Derivado. Outrossim, há previsão implícita na CRFB/88, do princípio da humanidade, segundo o qual há vedação de cominação, aplicação e execução de pena degradante à moral e à integridade física do sujeito, e tem por fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), o princípio da racionalidade (decorrente do próprio princípio da dignidade da pessoa humana), e o princípio da proporcionalidade (implícito na CRFB/88).

Com efeito, o artigo 77, § 1º, alínea “b”, do ER está em desconformidade com a CRFB/88.<sup>10</sup> Ademais, não reside qualquer forma de compatibilização ou harmonização dos preceitos em comento, seja com os critérios tradicionais ou contemporâneos de interpretação constitucional, o que se conclui por sua invalidade.

### 3.2. A aplicação da pena e o princípio da legalidade

O ER não adotou a técnica legislativa comum nas ordens internas quando da elaboração dos tipos penais, mediante a separação do preceito primário (descrição do comportamento vedado) e preceito secundário (sansão correspondente)<sup>11</sup>, porque, para a identificação das penas possíveis, será necessária a combinação dos artigos 6º a 8º com o artigo 77, todos do ER.

A Constituição, por sua vez, pelo princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II, da CRFB/88), determina que o Estado só pode in-

---

Constituição de 1946; artigo 150, § 11, da Constituição de 1967; artigo 153, § 11, da emenda constitucional de 1969; e, por fim, no artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b”, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. No estudo do direito estrangeiro (países também signatários do ER), observa-se a adoção de idêntica disposição no artigo 17, da Constituição da Bolívia; o artigo 40, da Constituição da Costa Rica; o artigo XXX, da Constituição da Espanha; o artigo 30.1, da Constituição de Portugal; e o artigo 65, da Constituição da Venezuela.

<sup>10</sup> Neste sentido: Luiz Vicente Cernicchiaro, Cezar Roberto Bitencourt, Luiz Luisi e Carlos Eduardo Adriano Japiassú (JAPIASSÚ. *Op cit.*, p. 203). Contra: Flávia Piovesan e Antônio Augusto Cançado Trindade (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 111 e JAPIASSÚ. *Op. cit.*, p. 202) por entenderem que os documentos internacionais que versem sobre direitos humanos possuem hierarquia constitucional.

<sup>11</sup> Como, por exemplo, na Argentina, no Brasil, na Bolívia, no Chile, em Cuba, na Espanha, no Equador, na França, na Itália, no Japão, em Portugal, na Rússia e na Venezuela.

terferir na esfera de liberdade do indivíduo quando este cometer um fato tido como crime. Tradicionalmente, interpreta-se esta disposição com base nos princípios da liberdade (autorização primária ao Estado para intervir em certas áreas), da segurança e estabilidade das relações jurídicas (prévio conhecimento do crime e da pena, bem como impede coerção penal diversa da lei) e da legitimidade democrática de intervenção na liberdade individual, por força do princípio da separação e harmonia entre os Poderes. A partir dessa diretriz principiológica, o Poder Legislativo deveria indicar, num mesmo artigo, os preceitos primário e secundário, de forma a adotar um modelo que atenda um padrão de certeza e de restrições de pena exigidos por questões de segurança e estabilidade.

Entretanto, por se tratar de um documento internacional, há uma dificuldade prática de harmonização de tensões dogmática, o que impõe não apenas a sua flexibilização, mas também a sua interpretação a partir das diretrizes do próprio pós-positivismo. A partir da compreensão e da distinção entre regras e princípios, a lei seria o mero veículo formal da norma; desta forma, caberia ao órgão julgador perquirir, dentro do ordenamento jurídico, a norma aplicável ao caso concreto. Não foi por outra razão que Paulo Ricardo Schier observou que a abertura do sistema jurídico-constitucional possibilita a evolução e a substituição dos valores, pois “... o Direito, como um sistema dinâmico, em constante evolução e construção, em constante diálogo com as realidades sociais, econômicas e jurídicas, ...”.<sup>12</sup> Com efeito, esta posição do órgão julgador estaria em perfeita adequação ao seu papel constitucional, uma vez que estaria apenas revelando o conteúdo e alcance das normas. Por esta razão, Winfried Hassemer afirma que “a norma não pode ser compreendida sem uma concepção das circunstâncias nas quais ela deve ser ‘encaixada’”.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> SCHIER. *Op cit.*, p. 90.

<sup>13</sup> HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos (org.). Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 93.

Portanto, o artigo 77, § 1º, do ER guarda compatibilidade com a CRFB/88 porque acompanha a construção jurídica atual sobre as técnicas legislativas, não sendo necessária qualquer compatibilização ou harmonização, muito menos a sua invalidação.

### **3.3. A determinação da pena e o princípio da individualização da pena**

O ER, em seu artigo 77, §§ 1º e 2º, optou por técnica legislativa de fixação somente da pena máxima e sem estabelecimento de um mínimo, o que, a partir de uma análise de direito comparado, pode parecer um equívoco por não haver a indicação da escala penal, tal conforme há no Brasil.

Pelo princípio da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVII, da CRFB/88), impõe-se a eleição da justa e da adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores. Podem-se identificar, na história do direito e no direito comparado, diversos modos ou formas de individualização da pena. A doutrina aponta quatro: (i) sistema da pena fixa ou determinada pela lei (pena absolutamente determinada), que não dá margem de escolha ao órgão julgador; (ii) sistema da pena totalmente indeterminada (pena absolutamente indeterminada), permitindo ao órgão julgador fixar a quantidade de pena; (iii) sistema da pena relativamente indeterminada (pena relativamente indeterminada), por vezes fixando somente o máximo e sem estabelecer um mínimo; e (iv) sistema da pena estabelecida em lei dentro de margens mínima e máxima (penas relativamente determinadas), cabendo ao órgão julgador a sua definição.

Nesse contexto, percebe-se que o artigo 77, §§ 1º e 2º, do ER, adotou o sistema da pena relativamente indeterminada, optando pela técnica legislativa de fixação somente da pena máxima. Por outro lado, como se trata de relação de direito internacional, devem-se levar em consideração as diversidades culturais, sociais etc. dos países signatários, razão pela qual a opção por um sistema penal que confira uma discricionariedade mais alargada ao órgão julgador poderá, no caso concreto, aproximar a solução proposta

da ideia de justiça<sup>14</sup>, sendo esta a tendência do atual clima político criminal<sup>15</sup>

### **3.4. A imprescritibilidade e os princípios do Estado democrático de direito e da segurança e estabilidade das relações jurídicas**

O artigo 29 do ER dispõe que todos os crimes internacionais contemplados em suas disposições são imprescritíveis.

Para a exata compreensão de sua conformidade ou não com a CRFB/88, deve-se, inicialmente, compreender as ideias de prescrição e de imprescritibilidade. A prescrição penal é a perda da pretensão punitiva ou executória do Estado em razão de sua inércia e pelo decurso do tempo, funcionando como uma causa de extinção da punibilidade de um crime ou contravenção (artigo 107, inciso IV, do CP); portanto, instituto de ordem pública e de natureza substancial ou material, uma vez que afeta o direito de liberdade. Revela, portanto, um duplo aspecto: ao passo que a incidência da prescrição prejudica o Estado no exercício do seu direito de ação penal, também beneficia o indivíduo, uma vez que lhe preserva e consolida o exercício pleno do seu direito de liberdade. A imprescritibilidade, por outro lado, é a situação diametralmente oposta, porque, ao permitir que o Estado, a qualquer tempo, promova a ação penal, impede o exercício do direito de liberdade pela promoção de acentuado grau da sensação de insegurança pública e desestabilização social; num ambiente de pós-modernidade, marcada pela juridicidade e pela ampla liberdade pública, é completamente ilegítimo que a própria ordem jurídica, constitucional e legal, fomente a incompetência do Governo e a ineficiência do Estado em detrimento dos direitos e das garantias fundamentais dos indivíduos, especialmente quando há referência aos direitos substancialmente mais caros, como é o direito de liberdade.

Ao lado dessas considerações, o Poder Constituinte Originário estabeleceu apenas duas hipóteses de imprescritibilidade: o crime de racismo (artigo 5º, inciso XLII) e o crime contra a ordem

<sup>14</sup> Presente, também, em diversas ordens internas, tal como na Itália.

<sup>15</sup> HASSEMER. *Op. cit.*, p. 143.

constitucional e o Estado Democrático (artigo 5º, inciso XLIV). Desta forma, a regra constitucional é a da prescristibilidade, salvo em duas situações excepcionais, como forma de densificar o princípio da segurança e estabilidade das relações sociais e, conseqüentemente, promover o direito de liberdade.

Neste ponto, duas questões relacionadas com os direitos fundamentais revelam a sua importância. No que se refere à técnica interpretativa, conforme já registrado, qualquer interpretação que imponha restrição aos direitos fundamentais, deve ser restritiva para que se preserve, ao máximo, o seu conteúdo. Uma segunda consideração, a mais importante, sobre a projeção do *status* negativo dos direitos fundamentais, porque, a partir do momento em que o instituto da prescrição penal guarda natureza substancial ou material, atingindo o direito de liberdade, revela o seu assento constitucional; ou seja, a prescrição penal, por encontrar fundamento não apenas no princípio do Estado democrático de direito (artigo 1º, *caput*, da CRFB/88, revelador da paz pública e da segurança e estabilidade das relações jurídicas), também encontra fundamento constitucional no direito da liberdade, expresso no *caput*, do artigo 5º, da CRFB/88, que foi erigido a direito fundamental. Nessa ordem de ideias, pode-se afirmar que a prescristibilidade, por ser expressão do direito fundamental de liberdade (artigo 5º, *caput*, da CRFB/88), é cláusula pétrea (artigo 60, § 4º, inciso IV, da CRFB/88), sendo vedada a sua remoção ou modificação.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Conforme observa Oscar Vilhena Vieira, neste ponto há divergência na doutrina. A profundidade da cláusula pétrea revelada pela expressão “tendente a abolir” constante do artigo 60, da CRFB/88 recebe três interpretações. A primeira interpretação é no sentido de que não é possível qualquer acréscimo ou redução, pois a identidade da Constituição já estaria formada; uma segunda interpretação realizada por parte da doutrina é no sentido de se admitir, porém, apenas acréscimo quando se trate de explicitação de limite material implícito; e, por fim, uma terceira e última interpretação possível no sentido de se admitir até a redução, desde que seja de pequena monta, respeitado o princípio da razoabilidade; o núcleo básico e fundamental não pode ser alterado (“limites dos limites”), os institutos e valores podem ser atingidos. Ocorre que, para a parte doutrinária que admite modificações, se exige que a alteração seja realizada por meio de emenda constitucional, jamais atos infraconstitucionais como os provenientes da normatividade internacional com o Estatuto de Roma. VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais do poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 134-140.

Portanto, o artigo 29 do ER não está em conformidade com a normatividade interna constitucional, porque prevê hipóteses de imprescritibilidade não contempladas pela CRFB/88, além de não possuir o condão de remover ou modificar o conteúdo das disposições constitucionais confrontantes. Com efeito, a preservação desse dispositivo estatutário com a normatividade interna constitucional exige a sua interpretação conforme a CRFB/88, extraindo-se, por conseguinte, que a única interpretação compatível e harmônica com a CRFB/88 é admitir a imprescritibilidade dos crimes previstos no ER apenas quando guardarem relação com racismo ou com a ofensa a normatividade constitucional e o Estado Democrático, tal como ocorre, por exemplo, no crime de genocídio praticado com a intenção de destruir um grupo racial, em todo ou em parte (artigo 6º, do ER).

## CONCLUSÕES

1. Durante a pós-modernidade, dois grandes movimentos marcaram o direito: a afirmação histórica do direito internacional e a sedimentação do constitucionalismo.

2. Da relação entre a projeção internacional e interna da ordem jurídica, em razão da supremacia e força normativa da constituição, eventual conflito entre as disposições deverá ser solucionado a partir do filtro axiológico constitucional. Por conseguinte, as normas do ER devem guardar conformidade com a CRFB/88, sob pena de invalidação.

3. Da análise do ER conforme a CRFB/88, percebe-se que (i) embora o sistema de penas adotado pelo ER não guarde correspondência com a maior parte da disciplina interna dos Estados signatários, revela desconformidade apenas no tocante à pena de prisão perpétua, razão pela qual é inválida (inconstitucional); (ii) exige interpretação conforme em relação à disciplina da imprescritibilidade, a fim de promover a sua conformação e harmonização; e, por fim, (iii) suas disposições referentes a determinação e aplicação da pena estão em conformidade com a normatividade interna constitucional brasileira.

4. A globalização econômica e a integração regional vêm promovendo um incrível incremento dos meios de transporte e de co-

municação, bem como acentuando o desenvolvimento e o acúmulo dos recursos econômicos e financeiros. Com efeito, esta mobilidade das pessoas tem resultado na progressiva internacionalização do crime, o que refletirá na consolidação de uma jurisdição penal internacional permanente - direcionada à promoção dos direitos humanos e respeito à dignidade da pessoa humana -, porém, será necessário um esforço contínuo e progressivo por parte dos intérpretes na tentativa de conferir a máxima efetividade possível aos diplomas internacionais, e dos Estados, para que se evite a elaboração de normatividade internacional em desconformidade com a normatividade interna constitucional, sob pena de incremento da insegurança característica da sociedade de risco, transmutando o Estado de direito no Estado de risco. 

# A Possibilidade Jurídica de Exclusão do Condômino Antissocial

**Martinho Neves Miranda**

*Advogado e Procurador do Município do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela UNESA. Professor da Universidade Candido Mendes, da ESA/SP, da FEMAR e da ABADI.*

*“O Direito não socorre aos que dormem, mas socorre aqueles que querem dormir em paz”.*

## 1. INTRODUÇÃO E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

O regime gradual de despatrimonialização do Direito Civil pode ser considerado como um processo legislativo, doutrinário e jurisprudencial de adequação do Direito Civil a novos padrões interpretativos.

Não se pretende privar quem quer que seja do uso e gozo dos seus direitos patrimoniais, mas condicionar o exercício dessas prerrogativas ao respeito dos direitos não patrimoniais daqueles que estão ao redor do titular do bem.

Prioriza-se a situação existencial em detrimento da titularidade material sobre a coisa. Em primeiro lugar está o indivíduo na sua essência psicossomática enquanto ser humano e não esse mesmo indivíduo considerado apenas como detentor ou não de um título sobre algo cujo valor possa ser aferido economicamente.

E esse processo não deve se prestar apenas para o desenvolvimento de elocubrações acadêmicas abstratas, mas incidir diretamente sobre a realidade dos fatos e extrair da lei a melhor

exegese possível, para que a personificação e a humanização do Direito Civil tenha efetiva aplicação prática.

Nesse sentido, o condomínio se apresenta como campo propício para o desenvolvimento dessa nova forma de pensar o Direito Civil, pois se trata de instituto que prima pela coexistência da regulação de situações patrimoniais com situações não patrimoniais.

E dentro do condomínio, sobreleva a figura do condômino antissocial como exemplo paradigmático desse choque de visões patrimonialistas e personalistas dentro do Direito Civil, sendo que, a partir dessa visão humanista das relações jurídicas, franqueia-se a possibilidade de exclusão do convívio condominial daquele condômino que reiterada e abusivamente tornou insuportável a vida dos demais moradores.

E chega-se a tal conclusão através de três caminhos aparentemente distintos e que confluem para o mesmo entendimento: pela via da análise geral do nosso ordenamento jurídico, por uma detida observação do próprio conteúdo das normas que regulam o condomínio edilício e pela senda hermenêutica do Direito Civil-Constitucional, senha fundamental para o regime de despatrimonialização do direito privado.

A discussão a respeito da possibilidade da exclusão do condômino antissocial veio à tona por ocasião do Código Civil de 2002, mais precisamente através do parágrafo único do art. 1.337, cuja redação é a seguinte:

*O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento anti-social, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembléia.*

O enigma a ser decifrado versa sobre o limite deliberativo dessa eventual nova assembleia, convocável após aplicada a multa descrita pelo dispositivo, isto é, se essa “ulterior deliberação da as-

sembleia” poderá decidir pela exclusão do condômino antissocial, já que o legislador não balizou expressamente o seu conteúdo.

## 2. A INSERÇÃO DO CONDOMÍNIO NO CONTEXTO JURÍDICO ATUAL

De início, interessa diferenciar a situação jurídica da habitação em condomínio edilício, da moradia que não se dá em unidades condominiais.

Os denominados materialistas, ou realistas, diriam que a diferença está no fato de que, no condomínio edilício, temos partes que são de propriedade exclusiva, que seriam as unidades residenciais, e partes que são de propriedade comum dos condôminos (sendo essa, inclusive a distinção feita pelo art. 1.331 do Código Civil), o que não ocorre para aqueles que não moram em condomínio, já que a moradia, em sua totalidade, é de propriedade do dono do imóvel.

Além dessa distinção de caráter materialista, apresenta-se uma diferença de matiz humanista ou personalista, que adiciona um dever peculiar inerente ao condomínio edilício, que vem a ser o dever do condômino de se submeter a um padrão de convivência harmoniosa com os demais.

Portanto, ao decidir habitar em condomínio edilício, o interessado deve saber, de antemão, que terá deveres não apenas patrimoniais, ou seja, inerentes à manutenção e conservação do bem imóvel, as denominadas obrigações *propter rem*, mas também deveres extrapatrimonial, materializados na adoção de atitudes socialmente compatíveis com a convivência em comum.

Tanto isso é verdade que, no inciso IV do Art. 1.336 do Código Civil, o legislador estabelece expressamente como um dos deveres dos condôminos o de não utilizar sua propriedade de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos demais.

É por isso que o capítulo do Código Civil que regula esse instituto não deveria se chamar simplesmente “Do condomínio edilício”. Melhor seria que fosse intitulado “Do condomínio e da convivência edilícia”, já que não regula apenas e tão somente o exercício comum do direito de propriedade, mas também e principalmente a forma de convivência entre os condôminos.

Então, na medida em que se destaca esse dever de convivência, constata-se que o condomínio acaba sendo uma pequena amostra da vida em sociedade, possuindo, inclusive, uma complexa estrutura que o torna quase uma reprodução de uma pequena cidade.

Com efeito, o condomínio possui a sua “Lei orgânica”, que vem a ser a convenção, detém um “prefeito”, personificado na figura do síndico, possui um “Tribunal de Contas”, traduzido no conselho fiscal, e tem até “território”, que vem a ser os limites espaciais em que se expande o condomínio.

E precisamente por ser uma célula da vida em sociedade, um verdadeiro microcosmo jurídico, o condomínio não pode se colocar nem à margem dessa mesma sociedade, nem como uma ilha dentro do próprio ordenamento jurídico.

E isso nos leva naturalmente a dizer que a interpretação das regras que regulam o condomínio há de ser feita levando-se em consideração o todo, ou seja, todo o arcabouço jurídico do Estado, por amor à unidade do sistema.

E se a regulamentação existente para o condomínio não se apresenta tão clara sobre a possibilidade de exclusão do condômino antissocial, há que se sair do particular e ir para o geral, analisando-se o ordenamento jurídico e suas peculiares características, para que, a partir desse levantamento, se possam extrair importantes efeitos em relação ao tema em apreço.

### **3. A VISÃO HOLÍSTICA DO ORDENAMENTO E AS REGRAS DO CÓDIGO CIVIL QUE REGULAM A SITUAÇÃO DO CONDÔMINO ANTISSOCIAL**

Uma visão geral do nosso ordenamento jurídico permite ao intérprete extrair três características que nos ajudarão a resolver o problema da possibilidade ou não de excluir-se o condômino antissocial da convivência condominial.

A primeira característica relacionada ao tema, emana da forma como se comporta o nosso ordenamento quando está diante de alguém que não exerce adequadamente um direito do qual é portador.

E o ordenamento jurídico responde da seguinte forma: aquele que não exerce adequadamente um direito, tem como consequência direta, simples e natural a perda desse mesmo direito.

Entretanto, essa pena capital de perda do direito só é decretada quando o mesmo é exercido de maneira extremamente abusiva e grave, havendo sempre antes uma escala progressiva de sanções para quem exerce irregularmente o seu direito, aplicáveis de acordo com a gravidade do ato ilícito.

E esta assertiva pode ser comprovada com a vinda de quatro exemplos extraídos de áreas absolutamente distintas do nosso Direito.

Começando pelo Direito Penal, observa-se que este ramo do Direito atua sobre aquele que exerce irregularmente o seu direito de liberdade, penalizando-o com a própria perda desse mesmo direito de liberdade.

Entretanto, a perda do direito de liberdade só ocorre quando dele se utiliza para o cometimento de infrações graves, como a prática de um homicídio, por exemplo.

Para outros crimes de menor potencial ofensivo, são previstas penas menores, como multas ou penas restritivas de direitos.

A lógica punitiva do Direito Penal funciona, portanto, desta maneira: o vigor da pena progride à medida da gravidade da infração penal cometida.

Essa lógica não guarda diferença com a regulação punitiva adotada para um instituto completamente distinto e sediado no Direito Civil, mais propriamente no Direito de Família, que vem a ser o pátrio poder.

De fato, o Estatuto da criança e do adolescente prevê que quem exerce irregularmente o pátrio poder tem, como consequência, a perda do próprio pátrio poder.

Porém, o referido Diploma, à luz do seu art. 129, estabelece uma escala progressiva de medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis quando exercem irregularmente o seu direito. Tais medidas vão desde a inclusão em programas oficiais de atendimento à família, passando pela obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado, atingindo as penas de ad-

vertência, culminando com a suspensão e a própria destituição do pátrio poder.

Também no exercício do direito de propriedade, que muito diz respeito ao tema da exclusão do condômino antissocial, tem-se na Constituição a decretação da perda da propriedade para o titular que não promove o seu adequado aproveitamento, de acordo com o art. 182, § 4º.

Entretanto, a Lei Maior também fixa uma escala progressiva de sanções até chegar à perda do direito de propriedade, que começa com o parcelamento ou edificação compulsória, passa pela fixação de IPTU progressivo no tempo, concluindo com a desapropriação mediante pagamento com títulos da dívida pública.

Por último, traz-se à colação outro importante exemplo que lida com o tão fundamental direito de exercício da profissão. E a sistemática não foge à regra aqui alardeada, já que as normas que regulam os mais variados ramos de atuação contemplam a possibilidade de os profissionais perderem o direito de exercer sua função se o fizerem irregularmente.

Entretanto, de igual modo, o regime sancionatório aplicável àqueles que exercem irregularmente sua profissão é escalonado de acordo com a gravidade da falta cometida.

Os advogados, por exemplo, podem ser excluídos do quadro, conforme preceitua o Estatuto da Advocacia, havendo antes a possibilidade da aplicação de penas menores, como de suspensão, exclusão e multa, sendo que a mesma sistemática é adotada em outros regimes profissionais, como medicina, esportes etc.

Então, passando em revista essa pequena amostragem, pode-se constatar como lida o ordenamento jurídico em relação a quem não exerce adequadamente o seu direito: estabelece uma escala progressiva de sanções para o infrator à medida em que seus atos vão se tornando mais graves, culminando com a decretação de perda do próprio direito erroneamente exercido.

Uma vez comprovada essa assertiva, é hora de retornar do geral e voltar para o particular, sendo que o Código Civil segue exatamente a mesma sistemática de escala progressiva de sanções ao condômino faltoso, à medida em que se tornem mais graves os seus atos.

Inicia-se no parágrafo segundo do art. 1.336, em que se sujeita o condômino a pagar o valor previsto na convenção se não cumprir suas obrigações condominiais.

Ato contínuo, o *caput* do art. 1.337 eleva o valor da multa a cinco vezes o valor do condomínio na hipótese de recalcitrância. E o parágrafo único aumenta ainda mais o valor - a até dez vezes - em caso de reiteração de comportamento antissocial que gere incompatibilidade de convivência com os demais, deferindo à ulterior deliberação da assembleia decidir que atitude tomar, por certo em caso de resultar ineficaz essa última penalidade.

Caso se considere que o limite deliberativo dessa nova assembleia é meramente de fixar nova multa, estar-se-á contrariando a lógica da escala progressiva fixada não apenas pelo Código para punir o condômino, mas a lógica do próprio ordenamento em lidar com situações como essas.

Além disso, se se entender que basta pagar multas para que se libere o condômino antissocial, estar-se-á dando a esse instituto conotação satisfativa, indenizatória, fazendo gerar no espírito do hermeneuta mais atento um estado de perplexidade, que o levará minimamente a perguntar-se:

*O pagamento da multa tornaria suportável o que era insuportável antes da sua fixação?*

*ou*

*A incompatibilidade de convivência seria, assim, uma mera questão de preço?*

E a resposta, obviamente é não. É não, porque a natureza jurídica da multa condominial tem caráter de penalização, sanção, mas sobretudo de coerção, já que objetiva forçar o condômino antissocial a adotar uma atitude consentânea com o que se exige para uma convivência em comum.

E se as penalizações pecuniárias não produzirem o efeito desejado, hão de ser adotadas providências mais graves a fim de que o objetivo da coerção, que é o de devolver a paz ao condomínio, seja alcançado.

E é exatamente esse caráter finalista da norma, que proíbe o exegeta de fazer uma interpretação que impeça o condomínio de ser dotado de todos os instrumentos de sanção eficazes para valer o seu direito, o que não seria admissível dentro da boa hermenêutica.

E essa perspectiva se coaduna com a própria forma pela qual o legislador qualifica o condômino antissocial, já que o conceitua como aquele cujo comportamento gere incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores.

Diante desse estado de coisas, o interprete será levado a fazer uma nova pergunta:

*Se o próprio legislador diz que é incompatível, impossível conviver com o sujeito, como poderia o mesmo legislador consentir que ele coabite com os demais, caso continue ainda a manter o seu comportamento abusivo após receber todas as multas coercitivas que lhe forem impostas?*

E para se responder a essa pergunta basta recordar-se ser de sabença trivial que a interpretação deve levar a soluções lógicas, que não conduzam a disparates, nem levem a antinomias dentro do próprio ordenamento, o que não se coaduna em permitir-se a manutenção de alguém dentro do condomínio nessas condições, quando o próprio legislador considerou ser impossível a convivência com ele.

Portanto, não apenas à luz do ordenamento como um todo, mas pela própria sistemática punitiva construída pelo Código Civil para sancionar o condômino faltoso, é possível concluir-se que *o exercício irregular do direito ao uso da unidade condominial pode acarretar, como pena máxima, o impedimento de utilização da referida unidade pelo seu infrator.*

Uma segunda característica do nosso ordenamento jurídico, que reforça a tese acima proposta, consiste no fato de ser também da essência do nosso Direito permitir que as pessoas dissolvam relações jurídicas que importem em coligações de relativa estabilidade, permanência e proximidade com os demais.

Assim ocorre, por exemplo, no direito de associação, em que se permite ao associado romper o vínculo com a entidade; ou no mandato, em que se garante às partes a dissolução do vínculo que os une. Ou também no casamento, em que se concede aos consortes desatarem o laço matrimonial que os vincula, ou, ainda, no condomínio em geral, em que se garante ao condômino exigir a divisão da coisa em comum.

Note-se que essa prerrogativa é dada independentemente da existência de culpa da outra parte, já que tem raiz constitucional, sediada precisamente no direito de liberdade.

Então, se para todos esses casos é deferida essa faculdade de resolução de vínculo, sem se cogitar sobre a existência do elemento subjetivo da culpa, com muito maior razão há que se conceder essa prerrogativa aos condôminos para que possam romper o vínculo com o condômino antissocial, já que este age manifestamente com culpa grave.

Aliás, ser compelido a guardar liame jurídico com a outra parte que age culposamente no trato de uma relação também foge à lógica do sistema.

Basta atentar-se para alguns exemplos, como a viabilidade de excluir-se o associado por justa causa, à luz da previsão contida no art. 57 do Código Civil, sendo justa causa também o elemento legitimador da resolução do vínculo trabalhista que une empregador e empregado.

Tem-se, portanto, que a qualificação dada pelo legislador para atribuir ao condômino a alcunha de antissocial, leva a concluir que se está diante de alguém que comete, à luz do art. 187 do Código Civil, ato ilícito por abuso de direito, uma vez que, no exercício do direito de propriedade, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim social.

Estando, portanto, os atos praticados pelo condômino antissocial na categoria dos atos ilícitos, importa destacar uma terceira característica do sistema normativo, mais especificamente em relação ao ato ilícito, para se concluir que a exclusão do condômino antissocial é não apenas possível, como também atende a um dos anseios do ordenamento jurídico.

Tal se afirma, porque faz igualmente parte do DNA do Direito o objetivo ou quase a miríade de fazer ou de tentar fazer retornar as coisas ao estado anterior em que se deu o ato ilícito, recompondo, na medida do possível, as partes ao estágio em que se encontravam antes da sua ocorrência.

Neste sentido, releva sublinhar que em todas as oportunidades em que se revela possível retroagir para que a situação jurídica precisamente anterior emergja, o legislador assim o faz, adotando essa postura como resposta ideal do ordenamento na recomposição do dano, deixando a indenização como um “plano B”, para reparação do fato lesivo, em caso de ser impossível o manejo da primeira alternativa.

Assim ocorre, por exemplo, no art. 182 do Código Civil, que dá preferência para que as partes sejam restituídas ao estado em que se achavam antes da anulação do negócio jurídico, deixando a hipótese de indenização pelo equivalente, apenas se vier a ser verificada a impossibilidade de restituí-las à situação pretérita.

Da mesma forma, o art. 884, parágrafo único do referido Código, o qual, ao tratar do enriquecimento sem causa, preceitua que se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la e, apenas se a coisa não mais subsistir, é que a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Por fim, tem-se a mesma postura no próprio regime de indenização da responsabilidade civil, em que o art. 947 do Código prevê que, unicamente se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, é que se irá substituí-la pelo seu valor, em moeda corrente.

E é precisamente essa perspectiva tão difícil de retorno ao *status quo* ante perseguida pelo ordenamento jurídico que se mostra presente na exclusão do condômino antissocial, quando se coloca na mão do aplicador da lei a possibilidade de restituir ao condomínio a paz e o sossego que outrora detinha, aliviando-o da companhia com o comunheiro contrário à boa convivência condominial.

Acrescente-se que essa postura exegética encontra-se em simetria com o afim art. 1.277 do CC que trata do uso anormal da propriedade e que defere ao proprietário ou o possuidor de um prédio, o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

Nesse passo, é interessante relembrar que o juiz é dotado de poderes específicos pelo Código de Processo Civil para fazer com que tal providência seja alcançada.

Com efeito, o art. 461, parágrafo quinto, do CPC, prevê expressamente que, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, poderá o magistrado, visando à efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, determinar todas as medidas que entenda necessárias, inclusive a remoção de pessoas, o que ratifica a viabilidade de remoção do condômino antissocial, com o objetivo de devolver-se ao condomínio a tranquilidade que se buscou ter de volta com o ajuizamento da demanda.

Assim, diante dessa visão holística do ordenamento brasileiro, conjugada com a mecânica punitiva estabelecida pelo Código Civil para apenar os condôminos faltosos, conclui-se ser juridicamente possível a exclusão do condômino antissocial.

#### **4. ARGUMENTOS EVENTUALMENTE Oponíveis À TESE DA EXCLUSÃO**

Talvez uma boa forma de se constatar o acerto ou não da tese exposta será fazendo-se um exercício prévio de resposta aos argumentos que deverão ser normalmente oferecidos contra essa fundamentação holística.

Nesse processo de identificação de eventuais vozes refratárias, vislumbra-se no horizonte basicamente a apresentação de três linhas de argumentos contrários à exclusão do condômino antissocial.

O primeiro argumento potencialmente contrário talvez irá dizer que a exclusão do condômino antissocial não poderá se dar, já que vigoraria a regra da especialidade, conhecida pela assertiva de que a regra especial derroga a regra geral e, por esse motivo, não se poderia aplicar o entendimento aqui defendido, já que ha-

veria norma específica para regular o tema, no caso, o conhecido parágrafo único do art. 1.377 do CC.

Entretanto, quer parecer que desse veneno seja possível extrair o seu próprio antídoto, já que a suposta regra especial, que fora editada para dispor sobre esse tema, não dispôs de maneira específica sobre o limite deliberativo dessa “ulterior decisão assemblear”.

Por isso, precisamente por não haver previsão específica, há que se aplicar o modelo geral concebido pelo ordenamento jurídico, para dar a melhor interpretação adequada, a fim de fornecer o mais exato e fidedigno conteúdo da norma.

O segundo argumento contrário talvez irá objetar que a regra sob comento consubstancia uma norma restritiva de direitos, já que limita o exercício do direito de propriedade do condômino, merecendo, portanto, interpretação estrita, o que impediria a exclusão ora proposta para o sujeito antissocial.

Ocorre que a genuína interpretação restritiva a ser aplicada é a aquela que impede a restrição do direito de propriedade da maioria dos condôminos e não aquela que privilegia o condômino antissocial que age manifestamente com culpa grave.

E assim deve ocorrer, pois nos encontramos num Estado Democrático de Direito, em que o Direito só ganha legitimidade se for interpretado e aplicado de forma democrática, ou seja, sob o prisma lógico e natural da maioria, ainda mais quando se encontra legitimada pelo fato de se estar de boa-fé e injustamente privada de viver tranquilamente na sua habitação<sup>1</sup>.

E uma exegese que restrinja ainda mais o direito dessa maioria de fazer valer o seu direito de morar em sossego, em detrimento de alguém que utiliza a sua unidade de maneira antijurídica, reduzirá sobremaneira o âmbito do seu direito de uso da propriedade.

<sup>1</sup> Vide a esse propósito, o magistério de José Afonso da Silva, o qual, ao falar sobre a caracterização do Estado Democrático de Direito leciona que o “... ‘Democrático’, qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos do Estado e pois, também sobre a ordem jurídica. *O Direito, então, imantado por esses valores, se enriquece do sentir popular e terá que se ajustar ao interesse coletivo.* (grifou-se). SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 119.

Não se deve esquecer, que se está diante da figura jurídica de um condomínio, em que os direitos de uso já são limitados por natureza para que se possa permitir a coabitação dos demais, não podendo a mão do operador do direito sufocar ainda mais o direito de propriedade daqueles que só querem viver em paz.

O terceiro e último argumento contrário, que talvez seja o mais robusto a ser transposto, pugna pela aplicação do princípio da legalidade, sedimentado no dogma de que, ante a ausência de regra expressa, prevendo claramente a exclusão do condômino antissocial, não poderia o Judiciário fazê-lo.

Este foi, inclusive, o argumento invocado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação Cível nº 2008.001.11091, pela 17ª Câmara Cível, Rel. Des. Edson Vasconcelos. Da ementa do v. acórdão em apreço, colhe-se a síntese da linha argumentativa de tal corrente.

**CONDÔMINO COM COMPORTAMENTO CONSIDERADO ANTISSOCIAL - PRETENSÃO DE SUA EXCLUSÃO DA COMUNIDADE CONDOMINIAL - SANÇÃO NÃO PREVISTA EM LEI - APLICAÇÃO DE MULTA PELO PRÓPRIO CONDOMÍNIO - FALTA DE NECESSIDADE DE SUPLÊNCIA JUDICIAL.**

*O ordenamento jurídico pátrio não prevê a sanção de exclusão do condômino de sua unidade residencial, ainda que pratique, reiteradamente, atos denominados pela lei como antissociais. Inexistência de lacuna legislativa na hipótese, eis que o Código Civil prevê sanção de multa para o condômino que apresente incompatibilidade de convivência com os demais moradores.*

*Impossibilidade de exclusão do condômino pela via judicial. Afasta-se qualquer argumentação no sentido de que o magistrado, à luz do princípio da função social, por si só, tenha o poder de mitigar o direito fundamental à moradia resguardado na Constituição Federal e criar sanção diversa da eleita como a ideal pelos “representantes do povo”, transmudando nosso “Estado Constitucional de Direito” em um “Estado Judicial de Direito”. A multa pode ser aplicada*

*pela Assembleia Condominial sem a necessidade de tutela jurisdicional, não sendo demonstrado no processo qualquer fato que impeça a deliberação pelo referido órgão em tal sentido. Improvimento do recurso.*<sup>2</sup>

Para que se possa rebater esse importante argumento, há que se valer da perspectiva civil-constitucional de interpretação do Direito Privado, que merece título específico para análise.

## **5. A APLICAÇÃO DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL *IN CONCRETO* E A PERMISSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DO CONDÔMINO ANTISOCIAL.**

O caminho do Direito Civil-Constitucional aponta para a superação da dicotomia do Direito público e privado, com a consequente perda de centralidade do Código Civil e a retirada do seu crachá de “Constituição” do Direito Privado<sup>3</sup> e o mais importante, põe fim ao rígido dogma positivista da subsunção estrita, com a criação das denominadas cláusulas gerais.

Estando, portanto, sob essa perspectiva, o epicentro do nosso ordenamento jurídico sediado no plano constitucional, todas as normas do imponente código hão de ser interpretadas sob o manto dos valores constitucionais, já que, como leciona Perlingieri, “a norma não assume significado em si mesma ou no Código em que se insere, mas ao sistema a que pertence”<sup>4</sup>.

E o sistema constitucional, a que pertence a norma do Código Civil em debate, parece que se alinha com a possibilidade de

<sup>2</sup> RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://srv85.tj.rj.gov.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocument o=0003F9B57B95A658327CCB9181D8DA7E60AF658FC3601D13>.

<sup>3</sup> Quanto a esse aspecto, importa destacar as preciosas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes: “[...] é forçoso reconhecer que o Código Civil não se encontra no centro das relações de direito privado. Tal polo foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento.” TEPEDINO, Maria Celina B.M. “A caminho de um Direito Civil Constitucional”. *Revista de Direito Civil, imobiliário, agrário e empresarial*, nº 65, jul-set 93, p. 24.

<sup>4</sup> PERLINGIERI, Pietro. “Normas constitucionais nas relações privadas”. *Revista da faculdade de direito da UERJ*, n. 6 e 7. Rio de Janeiro: UERJ, 1998/1999, p. 66.

exclusão do condômino antissocial, conforme se pode constatar por vários ângulos.

A uma, pelo próprio núcleo fundamental do direito de propriedade, moldurado que está como uma moeda de duas faces, em que o direito privado de propriedade só é atribuído ao titular se, na sua utilização, cumprir sua função social.

E não se esqueça de que se está diante de um condômino antissocial, ou seja, diante de alguém que não está cumprindo a função social no exercício do direito de propriedade, o que legitimaria a perda do seu direito.

Entretanto, em atenção ao princípio da razoabilidade, através do subprincípio da necessidade, sequer se fará necessária a retirada do direito de propriedade do condômino antissocial, mas apenas um de seus atributos, que vem a ser o direito de uso, mantendo-se - *lhe intactos os demais*, pois esta restrição será o suficiente para atender ao objetivo final da norma<sup>5</sup>.

A duas, pelo próprio princípio da dignidade da pessoa humana, destino e razão de ser do nosso ordenamento constitucional, cânone fluido e abstrato, mas que ganha concretude na hipótese presente, com a valorosa contribuição de Junqueira de Azevedo, o qual, em precioso trabalho<sup>6</sup>, adverte que uma das manifestações desse cânone se dá “pelo respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária”.

Ora, uma das formas lógicas e naturais de preservação da “convivência social igualitária” se dá precisamente fazendo-se com que nenhum condômino utilize abusivamente a sua propriedade em detrimento dos demais, de maneira a gerar uma indigna relação de desigualdade no uso da habitação dentro da comunidade condominial.

<sup>5</sup> Observa Fabio Corrêa Souza de Oliveira que “Quando se preconiza que a medida deve ser necessária, o que se quer é uma conduta estatal que não exceda ao imprescindível para a realização do fim jurídico a que se propõe.” E arremata: “*o meio empregado há de ser o mais leve, o menos gravoso para os direitos fundamentais.*”(grifou-se). OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 99.

<sup>6</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. “Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana”. *Revista USP*, São Paulo, n. 53, março/maio 2002, p.100.

E a três, pelo princípio da solidariedade social, que nos mostra que os direitos não de ser exercidos em contextos sociais. E, como já se fez ouvir por voz abalizada,<sup>7</sup> qualquer situação subjetiva só merece tutela do ordenamento enquanto estiver em sintonia com o interesse social. Essa é a tendência, inclusive, da legislação codificada, que condiciona, em inúmeras oportunidades, a proteção das situações patrimoniais ao cumprimento de deveres não patrimoniais.

E este princípio da solidariedade social talvez seja a maior contribuição que o Direito civil-constitucional poderá dar na interpretação do Direito Privado, vislumbrando-se no horizonte que ele poderá ser manejado como um autêntico *gravame constitucional* a incidir sobre todos os direitos civis, à exceção dos direitos da personalidade.

Ou a dizer-se o mesmo numa outra expressão civilista, esse princípio merece ser cultuado de forma a que todos os direitos passem a estar sujeitos a uma genuína *condição resolutiva constitucional*, perdurando enquanto considerem a existência, as prerrogativas e as legítimas expectativas do próximo.

Utiliza-se, assim, da mesma forma hermenêutica utilizada para interpretar-se o princípio constitucional da função social da propriedade, a qual como sabemos, integra a estrutura e atua como elemento formador do núcleo caracterizador do domínio, tendo-se que a propriedade que não se conforma, portanto, aos interesses sociais relevantes, não é digna de tutela como tal<sup>8</sup>.

A mesma exegese acima perfilhada há de se fazer sentir em relação aos demais direitos. Aliás, não faria sentido entender-se que apenas um único direito fosse marcado pelo ordenamento para perdurar enquanto venha a cumprir sua função social e que esse mesmo ordenamento tenha permitido que todos os demais direitos pudessem existir e serem exercidos sem a observância desse requisito.

<sup>7</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 121.

<sup>8</sup> Neste mesmo sentido: TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. “A garantia da propriedade no direito brasileiro”. *Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, RJ*, v. 6, n. 6, p. 101-119, jun. 2005.

Dessa forma e a ser interpretado na forma aqui proposta, o princípio da solidariedade social passa a ter uma dimensão muito maior do que o privatístico instituto do abuso de direito.

Tal se afirma, uma vez que o instituto do abuso do direito é de natureza civilista, ligado à responsabilidade civil, tendo por finalidade última viabilizar a reparação do ato ilícito praticado, mas não faz, em regra, com que o titular sofra a perda do direito. Tem, portanto, uma aplicação externa, que incide sobre as consequências do direito erroneamente exercido.

Por outro lado, o princípio da solidariedade social é instituto de direito constitucional, no qual se legitimam e se delimitam os direitos subjetivos e, a ser interpretado na forma aqui proposta, deve incidir internamente no próprio direito, fazendo-o perecer se exercido contra o legítimo interesse do próximo.

O princípio da solidariedade social surge, portanto, como ferramenta a ser utilizada para impedir que se perpetre essa incômoda antinomia, atuando como facilitador para que se tenha uma coexistência pacífica entre os direitos presentes em sociedade.

Referido princípio cai, dessa forma, como luva bem ajustada para solucionar o problema proposto, pois obviamente tem-se que o direito de propriedade e o direito de moradia não foram conferidos para proteger o comportamento antissocial e insuportável de seus detentores, que não deverão perdurar quando se atritarem com o legítimo interesse dos condôminos privados da tranquilidade do lar.

Não pode, portanto, o Direito privar os detentores de boa-fé de todos os instrumentos necessários para preservarem o sossego, salubridade e segurança que lhe são conferidos para o justo gozo da propriedade, já que “se o Direito não socorre a quem dorme, deverá socorrer aqueles que querem dormir em paz”.📄

# A Religião entre a Pessoa Humana e o Estado de Direito

**Emerson Garcia**

*Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Doutorando e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa.*

## 1. DELIMITAÇÃO DO PLANO DE ESTUDO

A evolução da humanidade tem demonstrado que o pleno desenvolvimento da personalidade individual e a harmônica convivência social, longe de estarem alicerçados num padrão de pura juridicidade, são diretamente influenciados por referenciais de moralidade e de espiritualidade.

Apesar da universalidade que ostenta, a ideia de moral assume contornos eminentemente voláteis, apresentando conteúdo compatível com a época, o local e os mentores de sua densificação. É conceito mais fácil de ser sentido que propriamente definido, o que não afasta a constatação de que, no ambiente social, são formulados conceitos abstratos, que condensam, de forma sintética, a experiência auferida com a convivência em sociedade, terminando por estabelecer concepções dotadas de certa estabilidade e com ampla aceitação entre todos, o que contribui para a manutenção do bem-estar geral. É justamente a moral que aglutina tais concepções, podendo ser concebida como o conjunto de valores comuns entre os membros da coletividade em determinada época, ou, sob uma ótica restritiva, o manancial de valores que informam o atuar do indivíduo, estabelecendo os seus deveres para consigo e a sua própria consciência sobre o bem e o mal. No primeiro caso, conforme a distinção realizada

pelo filósofo Bergson,<sup>1</sup> tem-se o que se convencionou chamar de moral fechada, e, no segundo, a moral aberta.<sup>2</sup>

A espiritualidade, diversamente da moralidade, não reflete a mera aceitação de *standards* de bem comum, colhidos no ambiente social ou desenvolvidos a partir do livre juízo valorativo que cada indivíduo dotado de plena capacidade intelectual pode realizar.<sup>3</sup> A espiritualidade, em verdade, encontra-se alicerçada em referenciais superiores, que agem na formação dos *standards* que direcionarão o pensar e o agir da pessoa humana, sendo por ela apreendidos, não propriamente criados. Esses *standards*, por sua vez, que têm reconhecida a sua imperatividade, importância ou mero valor a partir de um estado mental baseado na fé, vale dizer, na crença de sua infalibilidade e correção, apresentam inúmeras variações. O pluralismo conduz à necessidade de separação e individualização, de modo que cada conjunto de *standards* possa ser agrupado sob um designativo específico, permitindo o seu reconhecimento e, para aqueles que assim o desejarem, o seu acolhimento. É nesse contexto que surgem e se propagam as religiões, desenvolvendo-se à margem da razão, no plano da espiritualidade, e encontrando sustentação na fé.

Questões de índole religiosa costumam ser foco de incontáveis polêmicas em qualquer Estado de Direito e, no Brasil, não poderia ser diferente. A religião, ao ser vista com as lentes da juridicidade, assume feições bipolares: deve ser analisada tanto sob o prisma da pessoa humana, como sob a ótica do Estado. É justamente essa análise que permitirá seja aferido se há algum limite para a manifestação da fé individual e de que modo o Estado deve lidar com a laicidade, com o pluralismo religioso e com a proteção dos direitos individuais, valores de indiscutível relevância na modernidade.

---

<sup>1</sup> *The Two Sources of Morality and Religion*, trad. de R. Ashley Audra and Cloudsley Breton, com o auxílio de W. Horsfall Carter, Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1977, p. 34 e ss..

<sup>2</sup> Cf. GARCIA, Emerson. “A Moralidade Administrativa e sua Densificação”, in *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal* nº 155/153, 2002.

<sup>3</sup> É a moral crítica a que se referia Hart - *O Conceito de Direito (The Concept of Law)*, trad. de A. Ribeiro Mendes, 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 201.

O objetivo dessas breves linhas é identificar os limites e as potencialidades da relação triangular mantida entre pessoa humana, religião e Estado de Direito.

## 2. LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA

A Constituição brasileira de 1988, preservando a tradição republicana<sup>4</sup> e mantendo-se fiel aos valores acolhidos pela sociedade internacional<sup>5</sup> e pela maioria dos Estados modernos,<sup>6</sup> dispôs, no inciso VI de seu art. 5º, que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

Como projeção da racionalidade do ser humano, a liberdade de consciência lhe assegura o pleno juízo valorativo a respeito de sua existência e do mundo em que inserido. O indivíduo estabelece os seus próprios critérios de “bom” ou “ruim” e orienta as suas decisões de acordo com eles,<sup>7</sup> tendo a dignidade afirmada com o reconhecimento de sua capacidade em formular juízos morais so-

<sup>4</sup> Constituições de 1891 (art. 72, § 3º); 1934 (art. 113, nº 5); 1937 (art. 122, nº 4); 1946 (art. 141, § 7º); 1967 (art. 150, § 5º); e Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 153, § 5º). No Império, face à adoção de uma religião oficial, a católica apostólica romana, eram impostas restrições à manifestação pública de outras crenças: Constituição de 1824, arts. 5º e 179, nº 5.

<sup>5</sup> Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica, adotada em 22/11/1969 e promulgada pelo Decreto nº 678/1992 (arts. 5º, 1; e 12, 1); Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948 (art. 18); e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado em 16/12/1966 e promulgada pelo Decreto nº 592/1992 (arts. 18, 1; e 27).

<sup>6</sup> Vide Primeira Emenda à Constituição norte-americana de 1787, adotada em 1791; e Constituições alemã de 1949 (art. 4º); andorrana de 1993 (art. 11, 1 e parágrafo único); argentina de 1853 (art. 14); belga de 1994 (arts. 19; e 20); cubana de 1976 (art. 54); espanhola de 1978 (arts. 16 e 20 (1, d)); francesa de 1958 (preâmbulo, art. 2º); holandesa de 1983 (art. 6º, 2); italiana de 1947 (arts. 8º, 19 e 20); japonesa de 1946 (art. 20); portuguesa de 1976 (art. 41); russa de 1993 (arts. 14, 2; 28; e 29, 2); suíça de 1874 (art. 49) e de 1999 (arts. 8º, 2; 15; e 72); e turca de 1982 (art. 15, 2); Declaração de Direitos da Virgínia (EUA) de 1776 (Seção 16); Declaração *Dignitatis Humanae* sobre Liberdade Religiosa, do Concílio Vaticano II, de 1965; Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França) de 1789 (art. 10).

<sup>7</sup> STARCK, Christian e SCHMIDT, Thorsten Ingo. *Staatsrecht*, 2ª ed., München: Verlag C.H. Beck München, 2008, p. 158.

bre suas ações e de direcionar a sua conduta de acordo com esses juízos.<sup>8</sup>

Em relação ao alcance da liberdade de consciência e à sua necessária coexistência com os demais valores protegidos pela ordem jurídica, o Tribunal Constitucional Federal alemão (Bundesverfassungsgericht)<sup>9</sup> teve oportunidade de apreciar o seguinte caso: numa área, vizinha à propriedade de um indivíduo protetor dos animais, eram regularmente organizadas caçadas, o que lhe obrigava a, constantemente, ver os animais mortos, afrontando, assim, os valores que vinha seguindo durante toda a sua vida. Entendendo violada a sua liberdade de consciência (*Gewissensfreiheit*), pleiteou a paralisação das atividades. O Tribunal, no entanto, não visualizou qualquer ofensa a esse direito fundamental, isto porque o protetor dos animais não era obrigado a tomar parte nas caçadas, elas não se desenvolviam em sua propriedade e, além disso, eram igualmente protegidas pela ordem jurídica, o que assegurava aos caçadores o direito de caçar. Observa-se, assim, que a consciência individual, ao romper o psiquismo e alcançar a realidade, deve coexistir com os padrões de juridicidade.

A liberdade de crença, por sua vez, é contextualizada no plano da fé, que pode ser livremente escolhida e professada, sem qualquer interferência do Estado ou de outros particulares. Como limite, tem-se a necessidade de resguardar a ordem pública e assegurar igual liberdade aos demais componentes do grupamento, que não podem ser compelidos a violentar a sua consciência e a professar fé alheia. A preocupação com a preservação da ordem pública, aliás, remonta à célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (art. 10).<sup>10</sup> A liberdade de crença pode

<sup>8</sup> FAVRE, Antoine. *Droit Constitutionnel Suisse*, 2ª ed., Fribourg: Éditions Universitaires Fribourg, 1970, p. 279.

<sup>9</sup> 1 BvR 2084/2005, j. em 13/12/2006, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2007, p. 808.

<sup>10</sup> A Declaração “*Dignitatis Humanae*”, do Concílio Vaticano II, dispôs que a liberdade religiosa é um direito civil de todos os seres humanos, o que lhes assegura “estarem imunes de coerção tanto por parte de pessoas particulares, como de grupos sociais e de qualquer autoridade humana” (nº 1); acrescentando-se que, “em matéria religiosa, nem se obriga alguém a obrar contra sua consciência, nem se impede que atue em conformidade com ela, em ambiente privado ou público, só ou associado com outros, dentro dos limites devidos” (nº 2).

ser concebida como a face intrínseca da liberdade religiosa, afeta à intimidade do ser humano, enquanto a liberdade de culto é a sua face extrínseca, momento em que ocorre a exteriorização da fé.

A respeito da liberdade religiosa, também assegurada pela Primeira Emenda à Constituição norte-americana, o Justice William Douglas<sup>11</sup> nela visualizava as seguintes facetas: nenhuma autoridade sectária deve ser investida do poder do governo; o governo não tem influência direta nos assuntos de nenhuma igreja; os cidadãos não são taxados por auxiliarem uma instituição religiosa e nenhuma igreja deve receber recursos públicos; as pessoas podem pertencer à igreja que desejarem, ou a nenhuma, e ninguém pode ser obrigado a participar de cerimônias religiosas, como o casamento; nas disputas internas entre seguimentos da igreja, os juízes devem observar sua disciplina interna; escolas públicas não são agências de ensino religioso, não havendo razão para que o Estado não ajuste os horários das escolas de modo que os estudantes obtenham tal ensino em outro lugar; pais e crianças têm o direito de frequentar escolas privadas religiosas; o exercício de um ritual não pode ser imposto, pelo Estado, ao indivíduo, se isto caminha contra as suas convicções religiosas; a liberdade religiosa engloba os métodos convencionais e os ortodoxos, como o de distribuir literatura religiosa de porta em porta; o funcionamento de uma igreja não deve ser condicionado à concessão de licença ou ao pagamento de taxas ao Estado; a liberdade religiosa deve alcançar tanto aqueles que fundam sua crença num ser supremo, como aqueles que a buscam na ética e na moral; o que pode configurar prática pagã para uma pessoa pode ser religiosa para outra, não sendo função do Estado realizar aferições dessa natureza, inclusive para fins punitivos.

A liberdade religiosa, em suas distintas formas de manifestação, sempre estará lastreada no ideal de tolerância, que antecede e dá sustentação à sua juridicidade. Essa constatação torna-se particularmente clara ao verificarmos a falibilidade humana na formação e na identificação da verdade, de todo acentuada em

---

<sup>11</sup> DOUGLAS, William O. *The Right of the People*, 4ª imp., New York: Pyramid Books, 1966, p. 91-92.

questões de estrita racionalidade, impossível de ser alcançada em relação ao que ultrapassa os liames da razão, como a fé e os distintos modos de manifestá-la.<sup>12</sup>

As liberdades de crença e de culto também trazem consigo um aspecto negativo ou, melhor dizendo, neutral, ínsito e indissociável de qualquer direito fundamental, que consiste justamente na possibilidade de não exercê-lo. A pessoa é livre para ter ou não uma crença, realizar ou não um culto. Nesse sentido, a Constituição andorrana de 1993 (art. 11, 1) tornou expresso o que nela já estaria ínsito, vale dizer, “a Constituição garante a liberdade de pensamento, de religião e de culto, e o direito de toda pessoa de não declarar ou manifestar seu pensamento, sua religião ou suas crenças”.

Deve-se observar, ainda, que nem tudo aquilo que emana de um religioso ou de uma instituição religiosa deve ser indistintamente enquadrado sob a epígrafe da liberdade de crença ou do livre exercício dos cultos religiosos. Nesse sentido, pode-se mencionar o exemplo de uma igreja que faça soar seus sinos, por poucos segundos, a cada hora completa e, aos domingos, no início do culto religioso, por cinco minutos: enquanto a segunda conduta está nitidamente associada à liberdade de crença e culto, a primeira deles se distancia e se enquadra na cláusula geral de liberdade,<sup>13</sup> cujo potencial expansivo somente é limitado pela necessidade de resguardar os direitos alheios e de assegurar a integridade da ordem jurídica.<sup>14</sup> A lei, em qualquer caso, deve assegurar “a proteção aos locais de culto e a suas liturgias” (CR/1988, art. 5º, VI), evitando seja afetada a integridade das instalações religiosas ou comprometida a transmissão dos dogmas que justificam a sua existência.

A correta compreensão da inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença ainda exige seja devidamente delimitado o seu objeto. Em outras palavras, essa liberdade alcança apenas

<sup>12</sup> Cf. VERA URBANO, Francisco P. *La Libertad Religiosa como Derecho da la Persona*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971, p. 22-23.

<sup>13</sup> Constituição brasileira de 1988, art. 5º, II.

<sup>14</sup> STARCK e SCHMIDT. *Staatsrecht...*, p. 159.

a manifestação de fé e religiosidade ou também se projeta sobre as manifestações negativas a respeito do fenômeno religioso? É possível difundir os aspectos negativos das religiões e a crença de que o melhor é não ter crença alguma? Num Estado pluralista e de acentuados contornos liberais, como sói ser a República Federativa do Brasil, a resposta positiva há de prevalecer. Uma verdadeira liberdade religiosa somente poderá existir em estando presente a plena liberdade individual para adotar uma opção em matéria de fé; e isto somente será possível caso a pessoa receba todas as informações necessárias à formação do seu juízo de valor, o que, à evidência, pressupõe seja reconhecido o direito de alguém transmitir tanto as opiniões favoráveis, como as desfavoráveis, a respeito de uma religião.<sup>15</sup> O autor das críticas, no entanto, deve arcar com todas as consequências decorrentes do excesso de linguagem ou do vilipêndio de símbolos ou dogmas alheios, já que ultrapassam os limites do livre exercício do seu direito individual.

É importante observar que tanto a liberdade de consciência, como a de crença, podem permanecer adstritas ao denominado *forum internum*, vale dizer, ao plano puramente psíquico, ou estender-se ao *forum externum*, ocasião em que são exteriorizadas e entram em efetivo contato com a realidade. É justamente sob essa última ótica que a sua proteção jurídica adquire relevância prática.<sup>16</sup>

## 2.1. A proteção da liberdade de crença e convicção

Como projeção direta de sua personalidade, toda pessoa humana desenvolve juízos valorativos que expressam sua forma de ver, situar-se e interagir no meio social, fatores estes que a individualizam enquanto ser racional e que merecem a proteção do Estado. A Constituição brasileira de 1988, como desdobramento necessário do pluralismo e da dignidade humana, que reconhece e protege, obsta que alguém tenha a sua esfera jurídica restringida tão somente por “motivo de crença religiosa ou de convicção filo-

<sup>15</sup> CIAURRIZ, María José. *La Libertad Religiosa en el Derecho Español*, Madrid: Editorial Tecnos, 1984, p. 103-105.

<sup>16</sup> STARCK e SCHMIDT. *Staatsrecht...*, p. 155.

sófica ou política” (art. 5º, VIII).<sup>17</sup> Trata-se de garantia essencialmente direcionada ao pensar, não necessariamente ao agir, isto porque crenças ou convicções podem redundar em atos contrários à ordem jurídica (v.g.: a prática de um homicídio como parte integrante de solenidade religiosa), não eximindo o seu autor da responsabilidade pelos ilícitos que praticar.

Além de proteger a liberdade de crença e convicção, a ordem constitucional permite, igualmente, que qualquer pessoa deixe de cumprir deveres jurídicos de origem legal, genericamente impostos a todos, que colidam com a referida liberdade. Trata-se da denominada *objeção de consciência*, que, em seus contornos mais amplos, indica a recusa em obedecer a um comando de autoridade, a um imperativo jurídico, invocando-se a existência, no foro individual, de impedimentos de ordem axiológica que obstam a adoção do comportamento exigido. A base axiológica que dá sustentação à objeção de consciência pode decorrer de razões morais, filosóficas ou políticas, daí surgindo um sentimento de aversão a uma gama extremamente variável de comportamentos plenamente jurígenos. Reflete uma forma de penetração da moral no direito, que anui em arrefecer a sua imperatividade em prol da consciência individual, preservando um valor indissociável da personalidade humana.

Como necessário contraponto à objeção de consciência, dispôs a Constituição de 1988, também no art. 5º, VIII, que a sua invocação, com o correlato descumprimento de obrigação legal, poderá redundar em privação de direitos caso a pessoa se recuse “a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.” Com isto, busca-se preservar um referencial de igualdade nas relações com o Es-

---

<sup>17</sup> Vide as Constituições alemã de 1949 (art. 4º); andorrana de 1993 (art. 11, 2); argentina de 1853 (art. 14); belga de 1994 (arts. 11; 19; e 131) cubana de 1976 (art. 54); espanhola de 1978 (arts. 16 e 20 (l, d)); holandesa de 1983 (art. 6º, 1); italiana de 1947 (arts. 8º, 19 e 20); japonesa de 1946 (art. 20); portuguesa de 1976 (art. 41) e suíça de 1999 (art. 15); Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França) de 1789 (art. 10). No âmbito do Direito Internacional, vide a Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica, de 1969 (art. 12, 2 e 3); a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (art. 18); e o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, de 1966 (arts. 18, 2 e 3; e 27).

tado, evitando que determinadas pessoas, por cultivarem valores distintos aos de outras, sejam desoneradas de toda e qualquer obrigação legal. A prestação alternativa, que, a exemplo do dever jurídico original, deve ser necessariamente definida em lei, visa justamente a recompor esse referencial de igualdade, inicialmente maculado com a formulação da objeção de consciência.

É importante ressaltar que a objeção de consciência somente fará surgir a obrigação de cumprir a prestação alternativa caso a obrigação original que motivou a sua formulação tenha sido “a todos imposta”. A generalidade da obrigação legal atua como verdadeiro pressuposto de sua própria imperatividade. Tratando-se, ao revés, de obrigação casuística, endereçada a pessoas perfeitamente individualizadas, não será possível impor qualquer privação de direitos àqueles que se negaram a cumpri-la. Aqui, não se terá propriamente “obrigação”, mas, sim, “perseguição”.

## **2.2. Liberdade de crença e tratamento médico**

Face à amplitude da liberdade de crença, que pode albergar variadas manifestações de fé, incluindo certos comportamentos que destoam dos padrões de racionalidade já sedimentados no ambiente social, não será incomum a presença de situações de colisão com outros bens e valores constitucionalmente tutelados. Esse quadro é particularmente delicado nas situações em que a pessoa padeça de patologia, congênita ou provocada por causas externas, e haja negativa de receber o tratamento médico que o atual estágio da técnica considera adequado.

Tratando-se de pessoa plenamente capaz de exteriorizar a vontade, há de prevalecer a autodeterminação, sendo possível que se negue a receber os tratamentos médicos que considere incompatíveis com a sua crença. A simplicidade dessa solução, no entanto, não se estende às situações em que estejamos perante pessoas que, em caráter definitivo ou temporário, sejam total ou parcialmente incapazes de exteriorizar a sua vontade, como as crianças e os alienados mentais. Nesse caso, questiona-se: podem os seus responsáveis legais, lastreados em bases religiosas, proibir que recebam certo tratamento médico? Esse questionamento,

desde logo, suscita reflexões em torno da necessária salvaguarda de outros bens jurídicos igualmente tutelados pela ordem constitucional, como o direito à vida (CR/1988, art. 5º, *caput*) e à saúde (CR/1988, art. 196, *caput*), não sendo demais lembrar que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde...” (CR/1988, art. 227, *caput*).

Essa espécie de colisão, como soa evidente, será necessariamente influenciada pelas especificidades do caso concreto, não comportando respostas definitivas em abstrato. Isto, no entanto, não impede sejam estabelecidas, previamente, duas pautas argumentativas, de caráter objetivo, que influenciarão na solução do caso concreto: (1º) a vida e, em certa medida, o gozo de um bom estado de saúde, são pressupostos necessários ao pleno exercício da liberdade de crença; e (2º) a autonomia da vontade, na hipótese aqui versada, é plena no plano pessoal e relativamente limitada em relação aos incapazes, já que sujeita a certos balizamentos jurídicos de caráter imperativo. A partir dessas pautas objetivas, pode-se afirmar que, nesses casos, a liberdade de crença jamais autorizará o comprometimento da vida, e que, em relação às intervenções médicas destinadas à cura de patologias menos graves, a resolução do caso concreto será influenciada pela existência, ou não, de tratamentos alternativos e pelas conseqüências deletérias que decorrerão da não realização do tratamento inicialmente indicado.

### **2.3. Objeção de consciência ao serviço militar**

Objeção de consciência, em seus contornos mais amplos, indica a recusa em obedecer a um comando de autoridade, a um imperativo jurídico, invocando-se a existência, no foro individual, de fundamentos de ordem axiológica que impedem a adoção do comportamento exigido. A base axiológica que dá sustentação à objeção de consciência pode decorrer de razões filosóficas, religiosas ou políticas, daí surgindo um sentimento de aversão a uma gama extremamente variável de comportamentos plenamente jurígenos. Reflete uma forma de penetração da moral no direito,

que anui em arrefecer sua imperatividade em prol da consciência individual, preservando esse valor indissociável da personalidade humana.<sup>18</sup>

Especificamente em relação à objeção de consciência no âmbito do serviço militar, a Constituição brasileira de 1988, no § 1º de seu art. 143,<sup>19</sup> estabelece alguns balizamentos de natureza pessoal, constitutiva, circunstancial e finalística à sua plena operatividade. No âmbito pessoal, a objeção de consciência somente pode ser formulada pelos alistados. Em termos constitutivos, exige-se que o imperativo de consciência decorra de “crença religiosa” ou de “convicção filofófica ou política”, conceitos que acolhem praticamente todas as razões passíveis de serem invocadas, merecendo especial realce a “convicção filosófica”, à qual pode ser reconduzido qualquer aspecto do pensamento humano. No plano circunstancial, tem-se que a recusa somente pode ser manifestada em “tempo de paz”, previsão justificável na medida em que, em períodos de guerra, o que se encontra em jogo é a própria subsistência do Estado, que não pode ser comprometida em razão da prevalência de interesses individuais; trata-se de juízo de ponderação realizado, *a priori*, pelo próprio Constituinte

Por fim, no plano finalístico, restringe-se o emprego da objeção de consciência às “atividades de caráter essencialmente militar”, o que afasta a possibilidade de recusa a atividades burocráticas ou essencialmente periféricas, como o atendimento em hospitais, sem qualquer contato com operações bélicas. Observa-se, nesse último caso, que a objeção de consciência do direito brasileiro possui maior potencial expansivo que a de outros sistemas, como o alemão, que restringe a formulação da *Kriegsdiens-*

<sup>18</sup> Um interessante resumo da linha evolutiva da objeção de consciência, em que se percebe uma intensa influência de fatores teológicos, pode ser obtida em Rodolfo Venditti. *L'Obiezione di Coscienza al Servizio Militare*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1981, p. 6-36.

<sup>19</sup> Sobre a temática, vide as Constituições alemã de 1949 (arts. 4º, 3; e 12a, 1); chilena de 1980 (art. 22); cubana de 1976 (art. 64); espanhola de 1978 (art. 30(2)); holandesa de 1983 (arts. 98, 3; e 99); italiana de 1947 (art. 42); mexicana de 1917 (art. 31, II e III); paraguaia (art. 113); peruana de 1993 (art. 78); portuguesa de 1976 (art. 276); russa de 1993 (art. 59, 3); suíça de 1999 (art. 59, 3); e venezuelana de 2000 (art. 53).

*tverweigerung* às situações em que seja exigida a utilização de armas (*Waffen*) - GG de 1949, art. 4º, 3.

Preenchidos os requisitos constitucionais, não há espaço para recusa à objeção de consciência. Isto, no entanto, não significa que o objetor esteja imune a todo e qualquer dever jurídico. Nesses casos, o que se verifica é a outorga de competência, às Forças Armadas, para que, na forma da lei (CR/1988, art. 143, § 1º), lhe atribuam um serviço alternativo, o qual, é importante frisar, não pode se contrapor às razões que embasaram a própria objeção de consciência.

### 3. AS RELAÇÕES ENTRE ESTADO E RELIGIÃO: O CARÁTER LAICO DO ESTADO BRASILEIRO

As relações do Estado com o poder espiritual têm sofrido alterações tão intensas quanto as variantes de espaço e tempo utilizadas para contextualizar a respectiva análise.

De um modo geral, os distintos modelos existentes podem ser enquadrados numa das seguintes categorias: (1) Estado teocrático ou sacral, onde, eliminada qualquer possibilidade de pluralismo religioso, verifica-se a interpenetração entre Estado e poder espiritual na consecução do bem comum (v.g.: o fundamentalismo religioso no Irã e no Vaticano); (2) Estado proselitista, cuja característica essencial é não propriamente a confusão entre as figuras, mas a proteção e o enaltecimento de uma religião específica (v.g.: Estados ortodoxos); (3) Estado cooperativo, onde, apesar de reconhecido o pluralismo, poder espiritual e poder estatal apresentam pontos de contato (v.g.: no Reino Unido, o Chefe de Estado deve jurar fidelidade aos dogmas da igreja oficial, a anglicana, sendo, igualmente, o seu chefe); (4) Estado laico ou secular, que passa ao largo da realidade religiosa subjacente ao meio social e elimina, *a priori*, qualquer influência do poder espiritual no ambiente político; laicidade guarda similitude com neutralidade, indicando a impossibilidade de a estrutura estatal poder possuir uma “fé oficial”, privilegiando-a em detrimento das demais; e (5) Estado totalitário ateu ou simplesmente ateu, que vê no poder espiritual objetivos incompatíveis com os do Estado, terminando por vedar as próprias práticas religiosas (v.g.: a extinta URSS).

A Constituição argentina de 1853, mesmo após as suas sucessivas reformas, dispõe, no início do século XXI, que “*el gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano*” (art. 2º).<sup>20</sup> No Brasil, a Constituição de 1824 assegurava a liberdade de culto, em locais fechados, mas considerava, como religião oficial do Estado, a católica, apostólica, romana. Proclamada a República, a Igreja foi separada do Estado, que passou a ser laico: no entanto, face à controvérsia em relação à representação diplomática brasileira no Vaticano, a Reforma de 1926 acrescentou um parágrafo 7º ao art. 72 da Constituição de 1891, tornando expresso que “a representação diplomática do Brasil junto à Santa Sé não implicava violação desse princípio”. O preceito, nitidamente desnecessário, já que a manutenção de relações diplomáticas, por si só, já indica a separação entre os entes, foi repetido nas Constituições de 1934 (art. 176) e 1946 (art. 196), sendo omitido nas demais.

Consoante o inciso I do art. 19 da Constituição de 1988,<sup>21</sup> é vedado ao Estado (1) promover cultos religiosos; (2) manter templos religiosos; (3) estimular a prática de certa religião, com incentivos de qualquer natureza, financeiros ou não; (4) estabelecer relações de dependência ou aliança com organismos religiosos, de modo que diretivas baseadas puramente na fé influam no delineamento de decisões estatais; ou (5) impor restrições ao exercício das demais religiões.<sup>22</sup>

Os limites da relação do Estado com a religião foram objeto de análise pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, o qual, apreciando a amplitude da neutralidade apregoada pelo direito constitucional (GG de 1949, art. 140 c.c. Constituição de Weimar, art. 137, I), decidiu pela impossibilidade de serem afixados crucifixos nas salas de aula das escolas públicas, prática que denotava

<sup>20</sup> BIDART CAMPOS, German J.. *Manual de la Constitucion Reformada*, Tomo I, 5ª reimp., Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 541.

<sup>21</sup> Vide as Constituições de 1891 (art. 11, inc. 2); 1934 (art. 17, II). 1937 (art. 32, b); 1946 (art. 31, II); 1967 (art. 9º, II); e Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 9º, II).

<sup>22</sup> Vide as Constituições alemã de 1949 (art. 140 c.c. Constituição de Weimar de 1919, art. 137, I: “*Es besteht keine Staatskirche*”), andorrana de 1993 (art. 11, 3); belga de 1994 (art. 21, § 1º); russa de 1993 (art. 14, 1 e 2); e suíça de 1999 (art. 72, 2).

a adesão ao cristianismo em detrimento das demais religiões livremente professadas.<sup>23</sup> Não obstante a similitude, nessa temática, da *Grundgesetz* alemã com a atual Constituição brasileira, cremos que a transposição desse entendimento para a nossa realidade exige alguns temperamentos. O primeiro deles consiste no fato de o cristianismo e, mais especificamente, o catolicismo, serem partes integrantes da tradição brasileira, daí decorrendo que a exposição da cruz pode ser vista como mera deferência a esse elemento cultural, em nada refletindo um comprometimento religioso por parte do Estado. O segundo indica que, no Brasil, o pluralismo religioso ainda não resultou numa rejeição socialmente relevante de certos símbolos que fazem parte da nossa tradição. O terceiro, por sua vez, aconselha que medidas dessa natureza, drásticas e que naturalmente serão interpretadas como uma afronta à respectiva religião, decorram de uma reação social, vale dizer, da disseminação do sentimento de discriminação, junto às demais religiões, em relação à exibição de um símbolo característico do catolicismo. A questão, assim, não deve ser analisada puramente *in abstracto*, desconsiderando-se a realidade social. Rendemos homenagem, assim, à sensata advertência de Rui Barbosa:<sup>24</sup> “[n]ão basta compulsar a jurisprudência peregrina: é mister aprofundá-la, joeirando os exotismos intransladáveis, para não enxertar no direito patrio idéias incompatíveis com as nossas instituições positivas”.

A laicidade, é importante observar, raramente se apresenta em “estado puro”, vale dizer, com ampla e irrestrita dissociação entre os poderes espiritual e estatal. No Brasil, por exemplo, são múltiplos os feriados embasados na fé católica (v.g.: o dia de Nossa Senhora Aparecida, padroeira do País), isto sem olvidar a invocação de Deus logo no preâmbulo de nossa Constituição, o que, em “rigor técnico”, configuraria clara afronta àqueles que negam a existência de Deus, como os budistas, ou que apregoam a existência de mais de um Deus, como os hindus. Nos Estados Unidos da América,

<sup>23</sup> BVerfGE 108, 282. Cf. JARASS, Hans D. e PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 10ª ed., München: Verlag C. H. Beck München, 2009, p. 153-154.

<sup>24</sup> Commentários à Constituição Federal Brasileira, colligidos e ordenados por Homero Pires, v. III, *Do Poder Executivo*, São Paulo: Saraiva & Cia., 1933, p. 430.

do mesmo modo, lê-se, em sua moeda oficial, a inscrição “*In God we trust*”. Nesses casos, o que se verifica não é propriamente a irrestrita adesão ao poder espiritual, mas, sim, uma forma de preservação dos valores sedimentados no ambiente social.

Ressalte-se, no entanto, que laicidade não guarda similitude com isolamento, sendo de todo aconselhável que o Estado estabeleça parcerias, com instituições religiosas, visando à consecução de objetivos comuns de interesse público. Essa possibilidade, no entanto, expressamente contemplada no inciso I do art. 19 da Constituição de 1988, não deve privilegiar religiões específicas por vias transversas. Qualquer aproximação do Estado à religião deve se desenvolver com a observância de referenciais de igualdade, estando teleologicamente comprometida com a satisfação do interesse público.

### **3.1. Liberdade de crença e laicidade do Estado**

Em períodos mais remotos, a religião era constantemente utilizada como referencial para o reconhecimento de direitos ou para a participação na vida política do Estado. A intensa expansão do Cristianismo transcendeu as questões religiosas, fazendo que a religião católica, apostólica, romana exercesse total domínio no cenário político do Ocidente. Na Idade Média, os papas criavam e destruíam impérios, nomeavam e depunham imperadores. Estado e religião se interpenetravam de tal modo que se tinha por inaceitável uma dissociação entre as leis terrenas e as leis divinas, vale dizer, aquelas postas pela Igreja e pela interpretação que realizava da Bíblia. O fundamento do Estado era teológico, não teleológico: existia pela vontade de Deus e para servir a Deus. Como afirmou Coulanges,<sup>25</sup> “entre gregos e romanos, assim como entre os hindus, desde o princípio, a lei surgiu naturalmente como parte da religião”(...)”a lei não se discute, impõe-se; não representa trabalho da autoridade; os homens obedecem-na por ser divina”(...)”era reconhecido como cidadão todo aquele que tomava parte no culto da cidade, e desta participação lhe derivavam

<sup>25</sup> *A cidade antiga*, trad. de Jean Melville, Editora Martin Claret, p. 77, 2001, p. 206-213.

todos os seus direitos civis e políticos. Renunciar ao culto seria renunciar aos direitos.”

A intolerância religiosa exacerbada, que conduziu à perseguição e à execução dos infiéis, e o redimensionamento do papel desempenhado pelo Estado conferiram novas nuances ao pensamento filosófico, que passou a prestigiar a individualidade de cada pessoa, atribuindo-lhe uma esfera de liberdade imune à intervenção estatal. Esse movimento precipitou o reconhecimento da separação entre Estado e Igreja e assegurou a liberdade de culto, cujo caráter normativo foi adotado, pela primeira vez, na Declaração de Direitos da Virgínia, de 12 de junho de 1776 (art. 16). A Primeira Emenda à Constituição norte-americana, de 1791, seguiu o mesmo caminho: “*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof*”. Também na França, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, encampou a liberdade de culto: “*nul ne doit être inquieté pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l’ordre public établi par la loi*”. No Brasil, a Constituição de 1824 assegurava a liberdade de culto, mas considerava, como religião oficial do Estado, a católica, apostólica, romana. Proclamada a República, a Igreja foi separada do Estado, que passou a ser laico.

Na Constituição de 1988, o caráter laico do Estado é especialmente percebido pelo teor de seu art. 19, que veda ao Poder Público manter ou subvencionar cultos religiosos ou igrejas, estando igualmente impedido de embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança.

Enquanto a liberdade de crença assegura a qualquer pessoa o direito de escolher livremente a fé que irá, ou não, professar, escolha esta que pode permanecer adstrita ao *forum internum* ou ser exteriorizada, alcançando o *forum externum*, a laicidade do Estado indica a impossibilidade de uma estrutura estatal de poder possuir uma “fé oficial”, privilegiando-a em detrimento das demais. Ter-se-á o tratamento privilegiado de certa “fé” não só quando o Estado estimular a sua prática, com incentivos de qual-

quer natureza, financeiros ou não, como, também, quando impuser restrições ao exercício das demais.

É importante lembrar que o caráter laico do Estado coexiste com a liberdade de crença. Essa constatação, em seus contornos mais basilares, indica que o Estado, conquanto não deva aderir a uma fé específica, deve permitir e proteger toda e qualquer manifestação de fé, mesmo nos bens de sua propriedade; isto, obviamente, se não for comprometida a ordem pública ou a liberdade de crença dos demais componentes do grupamento, o que inclui a liberdade de não professar fé alguma.

A questão, no entanto, pode assumir contornos mais delicados: digamos que um aluno e um professor de escola pública sejam proibidos de frequentar as aulas usando turbante, que seria um símbolo de sua fé e pureza espiritual. Quanto ao aluno, parece não haver maiores dúvidas de que foi violada a sua liberdade de crença, exteriorizada de modo silencioso e perfeitamente compatível com o ambiente escolar. Já em relação ao professor põe-se um complicador: pode ele, enquanto servidor e representante do Estado, exteriorizar a sua crença na sala de aula? Diversamente ao que se verifica em relação ao aluno, que foi diretamente privado de um direito fundamental, no caso do professor, que está no efetivo exercício de uma função pública, constata-se uma aparente colisão entre a sua liberdade de crença e a neutralidade religiosa do Estado, do qual é legítimo representante em sala de aula. Ainda deve ser devidamente considerada a liberdade dos demais estudantes em não ter crença alguma (*negative Glaubensfreiheit*), o que reforça a necessidade de o Estado preservar a sua neutralidade. A identificação da efetiva existência da referida colisão, com as consequências dela decorrentes, exige seja previamente definida uma premissa fundamental: do fato de um único professor usar turbante (ou portar um cordão dotado de crucifixo) decorre a conclusão de que o Estado adota uma postura favorável à respectiva religião? A resposta, à evidência, é negativa. *In casu*, a crença professada, aos olhos de qualquer expectador externo, é integralmente atribuída ao professor, não ao Estado, o que bem demonstra que

ele, a exemplo do estudante, foi igualmente aviltado em sua liberdade de crença.<sup>26</sup>

### 3.2. A imunidade tributária dos templos de qualquer culto

De modo correlato à garantia da liberdade de crença, que assegura a cada indivíduo o pleno juízo valorativo a respeito da fé que pretende, ou não, professar, sem qualquer interferência do Estado ou de outros particulares, a Constituição de 1988, em seu art. 150, VI, b, conferiu imunidade tributária aos templos de qualquer culto, eximindo-os do pagamento de impostos. A *ratio* da norma constitucional parece clara: afastar embaraços ao exercício de um direito fundamental e, face à importância que ostenta no contexto social, estimular o seu desenvolvimento.

A primeira questão a ser enfrentada diz respeito ao alcance subjetivo da imunidade contemplada no art. 150, VI, b, da Constituição de 1988. Apesar de não haver maiores dúvidas quanto à amplitude da expressão “templos de qualquer culto”, o mesmo não pode ser dito em relação às atividades que serão enquadradas sob essa epígrafe. Em outras palavras, basta que uma associação se autointitule “igreja” e possua espaços físicos denominados de “templos” para que, por via reflexa, suas atividades sejam consideradas cultos, incidindo a regra da imunidade tributária? A resposta, por certo, está ínsita no próprio questionamento: vale dizer, na medida em que a ordem constitucional reconhece, separadamente, a “liberdade de associação” e a “liberdade de crença”, decorrendo, desta última, a possibilidade de serem construídos “templos” a ela destinados, afigura-se evidente que as figuras não se sobrepõem, mas, tão somente, se tangenciam. Toda instituição religiosa será uma associação, mas nem toda associação terá fins religiosos, daí o necessário cuidado para que a *ratio* da norma constitucional seja preservada e uma possível fraude tributária evitada.

Os templos de qualquer culto consubstanciam o âmbito de desenvolvimento da liberdade de crença, da fé professada por

<sup>26</sup> STARCK e SCHMIDT. *Staatsrecht...*, p. 155-156.

certas pessoas, sendo dela indissociável. Nesse particular, o Tribunal Administrativo Federal alemão (*Bundesverwaltungsgericht*) já teve oportunidade de reconhecer que associações cognominadas de “igrejas”, que não professem a fé em Deus ou num ser superior (v.g.: Buda), destinando-se, unicamente, à crítica econômica ou social, não possuem objetivos religiosos, não sendo alcançadas pela liberdade de crença assegurada pelo art. 4º, I, da *Grundgesetz* de 1949.<sup>27</sup>

A segunda questão a ser enfrentada está relacionada ao alcance da imunidade tributária, exigindo seja definido se ela somente afastará a incidência de alguns impostos específicos ou se recairá sobre todo e qualquer imposto, com abstração do seu fato gerador. Na primeira hipótese, que se ajustaria à literalidade do art. 150, VI, c, da Constituição de 1988, somente seriam afastados os impostos incidentes sobre o prédio em que professado o culto; na segunda hipótese, por sua vez, seria afastada a literalidade do texto, entendendo-se pelo substantivo “templo” a própria instituição religiosa, o que alcançaria todo e qualquer imposto. Entre esses dois extremos tem-se a regra do § 4º do art. 150, que inclui no âmbito da imunidade “somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades” mencionadas na alínea c do inciso VI. Percebe-se, assim, que a imunidade, conquanto ampla, é limitada pela necessária correlação do fato gerador em potencial com as finalidades essenciais da instituição religiosa.<sup>28</sup>

### 3.3. O ensino religioso nas escolas públicas

Ao reconhecer a liberdade de crença e vedar que o Estado mantenha, estimule, subvencione ou restrinja o exercício de qualquer religião, a Constituição de 1988 delimitou a sua laicidade. Em

<sup>27</sup> BVerwGE 90, 112, 116.

<sup>28</sup> O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de decidir que (1) imóveis de instituição religiosa alugados a terceiros não são tributados pelo IPTU (STF, Pleno, RE nº 325.822/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 18/12/2002, DJ de 14/05/2004); (2) os templos de qualquer culto não estão imunes à contribuição sindical (STF, 2ª Turma, RE nº 129.930/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 07/05/1991, DJ de 16/08/1991).

outras palavras, o Estado deve ser neutro: não pode existir uma “fé oficial” e não deve ser dispensado tratamento privilegiado a religiões específicas.

Laicidade, no entanto, não guarda similitude com o isolamento ou a desconsideração do relevante papel desempenhado pela religião na sedimentação do alicerce ético e moral de qualquer sociedade, o que torna particularmente clara a *ratio* do comando constante do § 1º do art. 210 da Constituição brasileira (“O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental”).<sup>29</sup> Ao determinar a inserção do ensino religioso na grade curricular das escolas públicas de ensino fundamental, a ordem constitucional tem, como objetivo, o de orientar o jovem no exercício de sua liberdade de crença, permitindo o conhecimento da essência de cada religião e, conseqüentemente, a escolha da religião a ser professada. Ínsita na liberdade de crença, está a liberdade de não professar crença alguma, daí decorrendo o caráter facultativo desse tipo de disciplina, cuja relevância deve ser devidamente avaliada pelos pais em relação aos filhos menores (CR/1988, art. 229).

Como soa evidente, o ensino religioso nas escolas públicas deve ser compatibilizado com a neutralidade do Estado, o que impede permaneça ele adstrito a uma ou outra fé específica, desconsiderando os contornos gerais do fenômeno religioso, suas origens e formas de manifestação. Assim, ou a disciplina permanece no plano geral ou é estruturada de modo a permitir a exposição dos traços fundamentais de cada uma das religiões existentes no ambiente sociocultural. Nesse particular, a *Grundgesetz* alemã de 1949, no inciso 3 do seu art. 7º, teve a preocupação de deixar expresso o que já estava implícito no sistema: sem prejuízo da supervisão do Estado, o ensino deve ser ministrado de acordo com os “princípios das comunidades religiosas” (*Grundsätzen der Reli-*

<sup>29</sup> Constituições alemã de 1949 (art. 7º (2, 3)); andorrana de 1993 (art. 20, 3); belga de 1994 (art. 24, § 1º, 3 e § 3º, 1); espanhola de 1978 (art. 27); holandesa de 1983 (art. 23, 3); mexicana de 1917 (art. 3º); peruana de 1993 (art. 22); e suíça de 1999 (arts. 63, 1 e 2; e 66, *caput*, 1 e 2).

*gionsgemeinschaften*). Cada religião deve ter seus dogmas retratados com fidelidade, sem preconceitos ou proselitismos, o que é um claro indicativo da inviabilidade de um único docente, que professe ou simpatize fé específica, ser o responsável pela disciplina. Ainda segundo o paradigma alemão, “nenhum professor pode ser obrigado, contra a sua vontade, a ministrar instrução religiosa” (“*Kein Lehrer darf gegen seinen Willen verpflichtet werden, Religionsunterricht zu erteilen*”), comando que é de todo compatível com a sistemática constitucional brasileira. Afinal, como exigir, por exemplo, que um cristão fervoroso explique aos seus alunos os alicerces do budismo, que apregoa a inexistência de um Deus, e os aspectos que, sob a ótica dessa religião, a diferenciam e a tornam mais densa que as demais?

A temática, como se percebe, é delicada, e exige muito cuidado na transposição do comando constitucional para a realidade, isto sob pena de o ensino religioso se transmutar em evidente proselitismo ou em instrumento de repulsa a religiões específicas. A melhor forma de contornar os obstáculos existentes consiste em contextualizar o ensino religioso no plano histórico, retratando a importância das distintas religiões na evolução da humanidade. Com isto, o Poder Público evita admitir docentes a partir de critérios religiosos e, principalmente, afasta o risco de que o ensino religioso se transmude em proselitismo.

### **3.4. A assistência religiosa nas entidades de internação coletiva**

A liberdade religiosa pode ser concebida em duas perspectivas, uma intrínseca, a liberdade de crença, inerente à intimidade do ser humano, e outra extrínseca, afeta à liberdade de culto, momento em que ocorre a exteriorização da fé. Enquanto a liberdade de crença pode permanecer confinada aos setores mais recônditos da personalidade humana, de modo que o seu exercício sequer seja conhecido por aqueles que convivem com a pessoa no ambiente social, com a liberdade de culto não ocorre o mesmo. Acresça-se que o culto, conquanto possa ser realizado no plano puramente individual, permitindo que a pessoa humana, isoladamente, exteriorize a sua fé, o mais natural é que manifestações

dessa natureza sejam realizadas coletivamente, sendo conduzidas por sacerdotes devidamente qualificados.

Ao assegurar, no inciso VII de seu art. 5º, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, a Constituição de 1988 buscou criar as condições necessárias à plena operatividade da liberdade religiosa.<sup>30</sup> Afinal, a sua face extrínseca, a liberdade de culto, seria inevitavelmente comprometida com as inevitáveis restrições que caracterizam estabelecimentos dessa natureza. O comando constitucional ainda traz consigo outra funcionalidade, a de estimular a aceitação do apoio religioso, contribuindo para a reconstrução psíquica e espiritual de todos aqueles que se encontrem internados. Confinam-se o corpo, liberta-se a mente.

A assistência religiosa, no entanto, deve se compatibilizar com o caráter laico do Estado brasileiro, o que impede que algumas religiões sejam privilegiadas em detrimento das demais. O mais aconselhado, assim, é que seja permitido o acesso, observadas as normas necessárias à garantia da segurança e da disciplina internas, dos representantes das distintas religiões existentes, de modo que os internos que já professam uma fé possam continuar a professá-la, e aqueles que assim o desejem possam iniciar a sua trajetória e exercer livremente a crença que venham a escolher. A forma e os limites dessa assistência serão definidos pela legislação infraconstitucional,<sup>31</sup> que não pode, como soa evidente, destoar dos contornos básicos dessa liberdade constitucional.

No plano infraconstitucional, a Lei nº 9.982/2000 assegura aos religiosos de todas as confissões, respeitadas as normas internas de segurança (art. 2º), o direito de acesso aos estabelecimen-

<sup>30</sup> Vide as Constituições de 1934 (art. 113, nº 6); 1946 (art. 141, § 9º); 1967 (art. 150, § 7º); e Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 153, § 7º). No direito comparado, podem ser mencionadas as Constituições alemã de 1949 (art. 4º); argentina de 1853 (art. 14); cubana de 1976 (art. 54); e italiana de 1947 (arts. 8º, 19 e 20).

<sup>31</sup> Vide: Lei nº 6.923/1981 (Dispõe sobre o serviço de assistência religiosa nas forças armadas); Lei nº 7.210/1984 (Institui a Lei de Execução Penal - art. 24); Lei nº 8.069/1990 (Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente - art. 124, XIV); e Lei nº 9.982/2000 (Dispõe sobre a prestação de assistência religiosa nas entidades hospitalares públicas e privadas, bem como nos estabelecimentos prisionais civis e militares).

tos de internação coletiva, estando o apoio espiritual condicionado à aquiescência dos internados ou, no caso de doentes que não estejam no gozo de suas faculdades mentais, à aquiescência dos seus familiares (art. 1º).

Na sistemática anterior, dispunha a Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 153, § 7º) que “[s]em caráter de obrigatoriedade, será prestada por brasileiros, nos termos da lei, assistência religiosa às forças armadas e auxiliares, e, nos estabelecimentos de internação coletiva, aos interessados que a solicitarem, diretamente ou por intermédio de seus representantes legais.” Como se constata, com o advento da Constituição de 1988 não persiste a exigência de que a assistência seja prestada por “brasileiros”, corolário lógico da amplitude dos direitos fundamentais que o art. 5º, *caput*, reconhece aos estrangeiros. Acresça-se, ainda, que a supressão da autorização para que a assistência religiosa seja prestada “às forças armadas e auxiliares” em nada se confunde com uma espécie de silêncio eloquente, vedando seja tal autorização conferida pela legislação infraconstitucional. Afinal, a funcionalidade dessa assistência é assegurar a materialização da liberdade de crença afeta a todo e qualquer ser humano, inclusive àqueles em serviço junto às Forças Armadas, isto sem olvidar a sua plena compatibilidade com o ambiente militar, fortalecendo espiritualmente pessoas que vivem sob intensa pressão. Tal, no entanto, não significa possa o Estado brasileiro contratar e remunerar religiosos de crenças específicas (v.g.: os Capelães Militares) para prestar esse tipo de atendimento às custas do Erário: além de violar a laicidade do Estado, medidas dessa natureza terminam por privilegiar certas religiões em detrimento de outras e a comprometer o pleno desenvolvimento da liberdade de crença, já que o militar somente terá acesso à religião professada pelo sacerdote contratado pelo Poder Público.

### **Proposições conclusivas**

1) A liberdade religiosa é necessariamente balanceada pelos referenciais de pluralismo, igualdade e tolerância, o que assegura a coexistência das distintas formas de manifestação da espiritua-

lidade, a ausência de posições de preeminência perante a ordem jurídica e a garantia de que todas essas manifestações podem se expandir livremente, sem qualquer censura.

2) A liberdade religiosa alcança tanto o direito de ter uma crença, como o de não ter crença alguma, bem como o direito de emitir opinião crítica sobre qualquer religião.

3) A liberdade religiosa não pode chegar ao extremo de comprometer a vida e a saúde daqueles que não tenham capacidade para externar livremente a sua vontade.

4) O caráter laico do Estado não chega ao extremo de desconsiderar a identidade cultural e as tradições da sociedade, o que autoriza a utilização de símbolos, como o crucifixo, ou a utilização do nome de Deus em documentos oficiais, como o papel-moeda, situação que deve perdurar enquanto não difundido um sentimento de discriminação no âmbito das demais religiões.

5) Devem ser aceitas manifestações religiosas, individuais e silenciosas, de agentes públicos (v.g.: utilização de crucifixos, turbantes etc.), mesmo no exercício da função pública, tão somente enquanto tais manifestações não forem vistas como a postura oficial do Poder Público.

6) O ensino religioso, nas escolas públicas, deve prestigiar a abordagem histórica, sem proselitismo.

7) A assistência religiosa, nos estabelecimentos de interação coletiva, deve preservar a igualdade das distintas religiões existentes, não se mostrando compatível, com a ordem constitucional, a contratação, pelo Poder Público, de religiosos a serem incumbidos dessa atividade. ☐

# Breves Reflexões sobre a Prisão Preventiva nos Crimes de Violência Doméstica e a Possibilidade de Utilização de Medidas de Apoio para Dar Efetividade às Medidas Protetivas de Urgência

Diogo Esteves  
Franklyn Roger Alves Silva  
*Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro*

## I. INTRODUÇÃO

O século XXI se inicia marcando a vitória do constitucionalismo sobre os demais modelos alternativos de institucionalização de poder<sup>1</sup>.

Os ventos da mudança abrem as portas do novo milênio consagrando o predomínio da razão sobre os preconceitos, legalismos e opiniões sem fundamento, indicando o racionalismo como verdadeiro e único caminho para a formação da justiça.

Dentro dessa ótica, a Constituição assume papel primordial, traçando os parâmetros de atuação do Estado e protegendo o indivíduo contra episódicos retrocessos aos modelos autoritaristas que marcaram a história nacional. Analisando-se os passos dados ao longo dos tempos, concluiu-se que o Direito - ao menos aquele que se propõe a ser justo - não mais pode conviver com manifestações

<sup>1</sup> Conforme destaca o ilustre professor Luiz Roberto Barroso, o modelo constitucionalista restou consagrado como “a melhor opção de limitação do poder, respeito aos direitos e promoção do progresso” (BARROSO, Luiz Roberto. “Doze anos da Constituição brasileira de 1988”. In: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002).

legislativas, administrativas ou judiciais desvinculadas dos valores constitucionalmente erigidos como prioritários para o Estado.

Após a Segunda Guerra Mundial, a ilusão positivista até então predominante, que via o legalismo estrito como alternativa ideal para a proteção do indivíduo em face do estado, restou desfeita juntamente com a queda do nazismo na Alemanha e do fascismo na Itália. A utilização da lei como fundamento de validade para as atrocidades cometidas pelos países que compunham o eixo, gerou o profundo descrédito do modelo positivista <sup>2e3</sup>.

Constatou-se ser necessária a existência de norma valorativamente superior e protegida pelos caracteres de imutabilidade, de modo a garantir o efetivo resguardo dos direitos fundamentais em face de maiorias eventuais que, em dado momento histórico, fossem levadas ao poder.

O pós-positivismo, portanto, surge como resposta para as fragilidades do legalismo estrito do positivismo normativista, marcando a essencialidade da proteção aos direitos fundamentais, a ascensão dos valores e a normatividade dos princípios<sup>4</sup>.

No Brasil, o marco inicial da nova era pós-positivista coincide com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que superou

<sup>2</sup> SANTIAGO NINO, Carlos. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1989.

<sup>3</sup> Conforme muito bem lembra o professor Luiz Roberto Barroso, “*a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e obediências a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.*” (BARROSO, Luiz Roberto. “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro”. In: *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 26)

<sup>4</sup> “*O pós-positivismo identifica um conjunto de idéias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetivista do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele a discussão ética volta ao Direito. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro.*” (BARROSO, Luiz Roberto. “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro”. In: *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 47)

a falta de legitimidade das Cartas anteriores e deu um basta nos textos constitucionais utópicos até então vigentes. A extensa participação popular e a sinceridade das disposições nela contidas concederam à nova Constituição força normativa inédita, tornando-a apta para tutelar, de forma direta e imediata, todas as situações jurídicas contempladas em seu texto<sup>5</sup>.

Como decorrência lógica deste processo, a Constituição, que antes era vista como mera “Carta de Promessas” passou agora a regular de forma incisiva e soberana todas as relações sociais. De mero texto político passou a Constituição Federal a assumir função de norma suprema e de fundamento de validade de todo o sistema. Tudo dela retira sua força, e nada contra ela pode existir.

Com efeito, ao se realizar a interpretação de cada uma das regras instituídas pela Lei nº 11.340/06, bem como ao serem definidos os pressupostos para a decretação da prisão preventiva como modalidade de medida protetiva de urgência, torna-se obrigatória a precedente filtragem constitucional de cada uma das normas da Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher.

Não se pretende com o presente estudo sustentar a inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha, ou defender sua expulsão do ordenamento jurídico pátrio. Diante das recentes decisões proferidas pelos tribunais do país sustentando, quase à unanimidade, a compatibilidade da Lei nº 11.340/06 com a Constituição, seria um esforço baldado remar em direção contrária<sup>6 e 7</sup>.

<sup>5</sup> “A Constituição de 1988 foi o marco zero de um recomeço, da perspectiva de uma nova história. Sem as velhas utopias, sem certezas ambiciosas, com o caminho a ser feito ao andar. Mas com uma carga de esperança e um lastro de legitimidade sem precedentes, desde que tudo começou. E uma novidade. Tardiamente, o povo ingressou na trajetória política brasileira, como protagonista do processo, ao lado da velha aristocracia e da burguesia emergente.” (BARCELLOS, Ana Paula de. BARROSO, Luiz Roberto. “O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro”. In: **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 326)

<sup>6</sup> Decidindo incidentalmente pela constitucionalidade da Lei nº 11.340/06: STJ - HC 123804 / MG; STJ - HC 109674 / MT; STJ - HC 101377 / PR; STJ - HC 100512 / MT; TJ/RJ - Apelação 2008.050.03162; TJ/RJ - Apelação 2008.050.04224.

<sup>7</sup> A Carta Proposta das Defensorias Públicas, elaborada no I Encontro Nacional dos Defensores Públicos, defende em sua Proposição 1ª: “A Lei Maria da Penha é constitucional”.

Objetiva-se, com o presente ensaio, tão somente compatibilizar a prisão preventiva, como modalidade de medida protetiva de urgência, com os direitos fundamentais estampados na Constituição Federal. Para tanto, propõe-se a realização de uma interpretação conforme do art. 313, IV do CPP e do art. 20 da Lei nº 11.340/06, realinhando o conteúdo destas normas com os princípios da presunção de inocência e da proibição de excesso. Outrossim, propõe-se a utilização de meios alternativos para dar efetividade às medidas protetivas de urgência, previstos pela própria Lei Maria da Penha, mas que se encontram abandonados no texto legal.

## **II. DAS INOVAÇÕES LEGISLATIVAS INSTITUÍDAS PELA LEI MARIA DA PENHA**

O tema atinente à violência doméstica apesar de já contemplado na Constituição Federal através do § 8º do art. 227, ganhou mais destaque no cenário jurídico brasileiro com a edição da Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006 - a tão famosa “Lei Maria da Penha”.

A rubrica popular da referida lei - Maria da Penha - decorre do fato de ter o Brasil sofrido duras sanções por parte dos organismos internacionais, diante da violência sofrida por Maria da Penha Maia Fernandes, durante o tempo de sua convivência matrimonial.

A violência praticada pelo marido de Maria da Penha lhe acarretou paraplegia irreversível e outras enfermidades incuráveis, constatando-se, ainda, que a forma como eram praticadas as lesões demonstravam a desumanidade do agressor e o sofrimento impingido à vítima.

Diante da ineficiência do Estado, o Brasil foi denunciado<sup>8</sup> perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos<sup>9</sup> pelo fato de não haver tomado, por mais de 15 anos, as providências ne-

<sup>8</sup> Convém aqui consignar a atuação do CEJIL - Centro pela Justiça e o Direito Internacional que se empenhou no Caso da Maria da Penha.

<sup>9</sup> O relatório de mérito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos com o resumo dos fatos se encontra no sítio: [www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm](http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm).

cessárias para processar e punir o autor das agressões, apesar das diversas denúncias apresentadas.

Após as sanções cominadas pelos organismos internacionais, o Brasil destacou sua atenção para o problema das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, constituindo comissão para elaboração de um anteprojeto de lei que tratasse da matéria, regulamentando, por fim<sup>10</sup>, o dispositivo constitucional.

A Comissão que elaborou o anteprojeto de lei envidou todos os esforços na tentativa de formular um diploma legal que conferisse a máxima proteção às mulheres. Entretanto, dentre as diversas inovações introduzidas pela Lei nº 11.340/06, algumas mereceram duras críticas por parte da doutrina, dado equívocos terminológicos<sup>11</sup> e rigorismo no tratamento processual da matéria<sup>12</sup>.

No Direito Penal brasileiro sempre se adotou a divisão formal entre crimes e contravenções, a exemplo do que dispõe a Lei de Introdução ao Código Penal, até que em 1995, inovou-se o ordenamento jurídico ao regulamentar o art. 98, I da Constituição Federal e introduzir os Juizados Especiais Criminais, definindo o conceito de infrações de menor potencial ofensivo.

Com a nova proposta introduzida pela Lei nº 9.099/95, os crimes cujas penas máximas cominadas não fossem superiores a 2 (dois) anos<sup>13</sup> teriam um tratamento diferenciado, eis que da com-

---

<sup>10</sup> A realidade é que a nossa Constituição ainda apresenta diversos dispositivos ainda não regulamentados pelo legislador. A morosidade do Legislativo é tamanha que o próprio Supremo Tribunal Federal alterou sua jurisprudência acerca da natureza e dos efeitos das decisões prolatadas em Mandado de Injunção, diante da excessiva inércia de nossos legisladores.

<sup>11</sup> É o exemplo do art. 16 da Lei nº 11.340/06, que confunde os termos “retratação” e “renúncia”.

<sup>12</sup> A Lei Maria da Penha afasta a aplicação da Lei nº 9.099/95 e, por conseguinte, todos os institutos despenalizadores ali previstos, a exemplo da suspensão condicional do processo e da necessidade de representação nos crimes de lesão corporal leve e culposa.

<sup>13</sup> É bem verdade que até 2006, havia certa divergência acerca da definição das infrações de menor potencial ofensivo, tendo em vista que o art. 61 da Lei nº 9.099/95 descrevia como tais infrações os crimes cujo preceito secundário cominasse pena máxima de 1 (um) ano. Ocorre, entretanto, que com a edição da Lei nº 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Criminais na esfera Federal e lá definiu as infrações de menor potencial ofensivo como os crimes cuja pena máxima não fosse superior a dois anos, a jurisprudência passou a entender que houve verdadeira ampliação no conceito de infrações de menor potencial ofensivo e que, por conta disso, a ampliação introduzida nos Juizados Federais deveria se

petência dos Juizados Especiais Criminais, onde seriam concedidos aos acusados diversos institutos despenalizadores.

Dentre as medidas despenalizadoras, a lei instituiu a composição civil (art. 74), a transação penal (art. 76), a necessidade de representação nos crimes de lesão corporal leve e culposa (art. 88) e a suspensão condicional do processo (art. 89).

Processualmente, a lei também apresentou inovações até então nunca presenciadas pelo modelo processual penal brasileiro, ao impossibilitar a prisão em flagrante pela prática das infrações de menor potencial ofensivo, mediante a assunção do compromisso de comparecimento ao Juizado Especial Criminal (art. 69, parágrafo único).

A Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, com todo o seu rigorismo, fruto da alegada necessidade de se tratar de forma eficaz o combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, afasta todas as disposições acima apontadas, haja vista que o art. 41 da Lei nº 11.340/06 veda a aplicação da Lei nº 9.099/95<sup>14</sup>.

Assim, passa a ser plenamente possível a prisão em flagrante de pessoas que, em tese, tenham praticado infrações de menor potencial ofensivo no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, negando-se a estes acusados, no curso procedimento, benefícios como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Em outras palavras, ao menos a princípio é perfeitamente possível a prisão em flagrante por crimes praticados no contexto de violência doméstica, bem como a decretação da prisão preventiva como garantia das medidas protetivas de urgência, como autoriza o art. 313, IV do Código de Processo Penal<sup>15</sup>.

---

estender aos Juizados Estaduais. Colocando uma pá de cal na discussão, a Lei nº 11.313/06 corrigiu a divergência alterando a redação do art. 61 da Lei nº 9.099/95, que passou a adotar também o critério de pena máxima até 2 (dois) anos.

<sup>14</sup> Essa restrição é fruto das diversas críticas ao tratamento conferido pela Lei nº 9.099/95, cujo objetivo precípuo é evitar a aplicação de pena privativa de liberdade. A sociedade não conseguiu encarar com bons olhos a utilização de cestas básicas como alternativa à prisão pela prática de crimes leves.

<sup>15</sup> Há na doutrina quem critique a inclusão do inciso IV ao art. 313 do CPP, tendo em vista que a grande maioria das infrações praticadas contra mulheres diz respeito ao crime de

Diante do rigor imposto pela Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, o tema atinente à prisão por descumprimento da medida protetiva merece maior a reflexão, sendo necessária a adequação das normas legais aos ditames da Constituição, bem como a utilização de meios alternativos que a própria Lei Maria da Penha prevê, mas que se encontram abandonados no texto legal.

### III. DA SUBSIDIARIEDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR NA LEI MARIA DA PENHA. DA ESCADA DE GRAVIDADE DAS MEDIDAS PROTETIVAS COMO REFLEXO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA PROIBIÇÃO DE EXCESSO

Inspirado na legislação processual penal italiana editada na década de 1930, em pleno regime fascista<sup>16</sup>, o Código de Processo Penal acabou por tratar o acusado como potencial culpado<sup>17</sup>.

Na ponderação entre a tutela da segurança pública e o respaldo à liberdade individual do cidadão, verifica-se a prevalência quase integral da primeira, sendo ao magistrado autorizada a adoção de práticas autoritárias e policialescas.

---

lesões corporais (art. 129, §9º do CP). Entretanto, o preceito secundário do tipo em comento prevê pena de detenção o que, pela dicção do art. 313, II do CPP, impossibilitaria a decretação da prisão preventiva. Logo, há verdadeira desarmonia no sistema processual, eis que se admite a prisão provisória por um crime que, ao final do processo, não acarretará a segregação do condenado, diante dos inúmeros institutos despenalizadores previstos no ordenamento. Nesse sentido, conferir: NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. Ed. São Paulo: RT, 2009, p. 610-611.

<sup>16</sup> A Exposição de Motivos do CPP ressalta: “As nossas vigentes leis de processo asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, especialmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o asseguram contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código (...)”.

<sup>17</sup> A redação original do art. 596 do CPP previa que nem mesmo a sentença absolutória seria suficiente para dissolver a custódia cautelar do acusado, dependendo do grau de apenação do crime. Do mesmo modo, previa o art. 312 do CPP.

Entretanto, tanto o regime político que inspirou a elaboração do código, quanto as ideias que à época preponderavam restaram superadas pelo racionalismo e pelo constitucionalismo que orientam a nova era pós-positivista.

No atual estágio de desenvolvimento do Direito, o processo penal não mais pode ser visto como um instrumento de legitimação da pena, ou como um veículo de aplicação da lei penal. Pelo contrário, deve ser encarado como autêntico e verdadeiro mecanismo de tutela das garantias fundamentais do indivíduo; uma cúpula de proteção do cidadão contra o recorrente abuso e a habitual prepotência do Estado.

Conforme leciona o ilustre professor Leonardo Greco, o processo, como relação jurídica plurissubjetiva, complexa e dinâmica, *“deve formar-se e desenvolver-se com absoluto respeito à dignidade humana de todos os cidadãos, especialmente das partes, de tal modo que a justiça do seu resultado esteja de antemão assegurada pela adoção das regras mais propícias à ampla e equilibrada participação dos interessados, à isenta e adequada cognição do juiz e à apuração da verdade objetiva: um meio justo para um fim justo”*<sup>18</sup>.

Nesse diapasão, superando as amarras provenientes da cultura de poder fascista, que havia adotado como paradigma o princípio da culpabilidade e da potencial periculosidade do agente, a Constituição da República de 1988 seguiu linha diametralmente oposta, instituindo a presunção de inocência como norte para a condução do processo penal brasileiro<sup>19</sup>.

Dessa forma, diante das novas diretrizes traçadas pelo pós-positivismo, torna-se impostergável a realização de uma completa releitura do instituto da prisão cautelar, exorcizando-se por completo os velhos estigmas do ordenamento processual de 1941, e realinhando as normas então vigentes com o sistema de garantias instituído pela Constituição.

<sup>18</sup> GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 17 de novembro de 2008.

<sup>19</sup> Preceitua o art.5º, LVII da CRFB: *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”*.

Para começar, é importante que se entenda que, após o advento da Constituição de 1988, não mais se pode sustentar a manutenção da custódia do acusado, exceto quando presentes os pressupostos autorizadores da prisão preventiva<sup>20</sup>. A manutenção ou decretação da prisão do acusado antes do trânsito em julgado possui inegável natureza cautelar, e para que se sustente deve encontrar-se permeada pelos requisitos elencados no art. 312 do CPP: (i) *fumus comissi delicti* (prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria); e (ii) *periculum libertatis* (perigo à ordem pública, à ordem econômica ou ao adequado transcurso da instrução criminal).

Com efeito, se após comunicada a prisão em flagrante ao magistrado (art. 306 do CPP), este verificar, no exercício de sua atividade rotineira, a ausência de algum dos pressupostos autorizadores da prisão cautelar, deve imediatamente e *ex officio* conceder liberdade provisória (art. 310, parágrafo único do CPP), sob pena de se converter em autoridade coatora e tornar-se alvo de eventual *Habeas Corpus*<sup>21</sup>.

Aliás, diga-se de passagem, o atributo ‘provisória’, após a promulgação da Constituição de 1988, deveria ser concedido para a prisão, e não mais para a liberdade do acusado, que deve ser considerado presumidamente inocente ao longo de toda a instrução processual, mesmo quando a persecução penal for iniciada por intermédio de prisão em flagrante<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> STF - HC 82.903, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 1º-8-2003; STF - HC 82.797, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 2-5-2003; STF - HC 85.237, Rel. Celso de Mello, DJ de 29-4-2005; STF - HC 81.468, Rel. Carlos Velloso, DJ de 1º-8-2003; STF - HC 80.379, Rel. Celso de Mello, DJ de 25-5-2001.

<sup>21</sup> Não obstante seja admissível a impetração de *Habeas Corpus* junto ao Tribunal de Justiça a partir do recebimento do flagrante e da manutenção da custódia cautelar pelo magistrado, na prática tem-se preferido formular inicialmente o requerimento de ‘Liberdade Provisória’ perante o juiz competente, expondo-lhe as razões que motivam o pedido e apresentando-lhe eventuais documentos que atestem a ausência da necessidade da prisão (identidade, CPF, Carteira de Trabalho, comprovante de residência, declarações de conduta, etc.). Somente após, caso seja mantida a prisão, tem-se socorrido ao remédio constitucional.

<sup>22</sup> “Como se percebe ao simples exame do Título IX do CPP, ‘Da Prisão e da Liberdade Provisória’, o ordenamento processual de 1941 (Código de Processo Penal), na configuração

Como decorrência lógica da situação jurídica de inocência e do caráter cautelar da prisão, a privação da liberdade antes do trânsito em julgado deve ser considerada medida excepcional, sendo apenas autorizada quando cabalmente demonstrada e fundamentada sua necessidade (art. 312 do CPP).

Segundo posicionamento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, “*não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos pelo art. 312 do CPP, sendo indispensável a indicação de elementos concretos que demonstrem a necessidade da segregação preventiva*”<sup>23</sup>. Dessa forma, deve o magistrado indicar, de maneira pormenorizada e utilizando-se de elementos probatórios

---

*de seu sistema de prisões antes do trânsito em julgado, partia de uma premissa básica: a prisão em flagrante delicto autorizava o juízo de antecipação da responsabilidade penal (autoria, tipicidade, culpabilidade e existência do fato), com força para a manutenção da custódia do aprisionado como decorrência única da situação de flagrante. Por isso, a atribuição do predicado provisória para a liberdade, e não para a prisão. É claro que havia exceções, já desde aquela época, como, por exemplo, na hipótese do caput do art. 310 do CPP, e de crimes afiançáveis. Prestada a fiança, quando cabível, o aprisionado poderia então gozar de uma liberdade denominada previamente provisória. É dizer: provisória porque provavelmente a condenação, ao final do processo, viria pôr fim àquela situação de liberdade tolerada” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 429)*

<sup>23</sup> HC n. 91.386-BA, Relator: Min. Gilmar Mendes: “A boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter processual, principalmente a proteção judicial efetiva, permite distinguir o Estado de Direito do Estado Policial. O prestígio desses direitos configura também elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica, impedindo que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais. (...)

*Os direitos de caráter penal, processual e processual-penal cumprem papel fundamental na concretização do moderno Estado democrático de direito. (...)*

*A aplicação esmorecida ou não dessas garantias é que permite avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado de Direito e distinguir civilização de barbárie. A diferença entre um Estado totalitário e um Estado Democrático de Direito reside na forma de regulação da ordem jurídica interna e na ênfase dada à eficácia do instrumento processual penal da prisão preventiva. (...)*

*O direito processual penal é o sismógrafo da Constituição, uma vez que nele reside a atualidade política da Carta Fundamental. O âmbito de proteção de direitos e garantias fundamentais recebe contornos de especial relevância em nosso sistema constitucional. (...)*

*A idéia do Estado de Direito também imputa ao Poder Judiciário o papel de garante dos direitos fundamentais. É necessário ter muita cautela para que esse instrumento excepcional de constrição da liberdade não seja utilizado como pretexto para a massificação de prisões preventivas. Em nosso Estado de Direito, a prisão é uma medida excepcional e, por essa razão, não pode ser utilizada como meio generalizado de limitação das liberdades dos cidadãos.”*

já carreados aos autos, porque entende presente no caso concreto o perigo à ordem pública, à ordem econômica ou ao adequado transcurso da instrução criminal<sup>24</sup>.

Assim, a Suprema Corte tem reiteradamente reconhecido como ilegais as prisões preventivas decretadas, por exemplo, com base na gravidade abstrata do delito<sup>25</sup>, na periculosidade presumida do agente<sup>26</sup>, no clamor social decorrente da prática da conduta delituosa<sup>27</sup>, ou, ainda, na afirmação genérica de que a prisão é necessária para acautelar o meio social<sup>28</sup>.

Dentro do estudo da Lei Maria da Penha, embora a prisão preventiva seja adjetivada de '*medida protetiva de urgência*' (Capítulo II da Lei nº 11.340/06), possui ela a mesma natureza das demais prisões cautelares previstas no CPP (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia ou prisão em razão de sentença penal condenatória recorrível). Em assim sendo, encontra-se ela subsumida às mesmas regras e requisitos acima explicitados.

Deve-se observar, porém, que, aos requisitos previstos no art. 312 do CPP, deverá ser agregado um outro, implicitamente inserido no art. 20 da Lei nº 11.343/06. Trata-se da *subsidiariedade* da prisão cautelar, que apenas autoriza a decretação da prisão preventiva como medida protetiva contra o agressor quando se mostrarem ineficazes as demais medidas de urgência elencadas no Capítulo II da Lei Maria da Penha.

Como se observa pela própria leitura do art. 313, IV do CPP (com redação dada pelo art. 42 da Lei nº 11.340/06), a decretação da prisão preventiva, nos crimes praticados mediante violência doméstica e familiar contra a mulher, apenas poderá ser admitida "*para garantir a execução das medidas protetivas de urgência*".

<sup>24</sup> Como exemplo, podem ser indicadas as hipóteses em que o acusado ameaça testemunhas, constringe as vítimas para que estas não deponham ou atua deliberadamente destruindo as provas do ilícito.

<sup>25</sup> HC 90.858/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 21/06/2007; HC 90.162/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 28/06/2007.

<sup>26</sup> HC 90.471/PA, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 13/09/2007.

<sup>27</sup> HC 84.311/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 06/06/2007.

<sup>28</sup> HC 86.748/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 06/06/2007.

Logo, por clara dicção legal, a decretação da prisão preventiva depende da cabal demonstração do descumprimento ou da ineficácia de medida protetiva menos gravosa anteriormente fixada pela autoridade judiciária.

Além disso, a expressa redação do art. 19, § 2º da Lei nº 11.340/06, ao prever que as medidas protetivas “*poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia*”, estabelece verdadeiro mecanismo de escalonamento, determinando a aplicação crescente das medidas, conforme for sendo constatada a ineficácia da tutela menos gravosa anteriormente fixada.

Se a integridade física e psicológica da vítima pode ser tutelada pelo afastamento do agressor do lar (art. 22, I), pela proibição de aproximação (art. 22, II, a) ou pela proibição de efetivação de contato por qualquer meio de comunicação (art. 22, II, b), fere a razoabilidade admitir-se a decretação de sua custódia cautelar. Dispondo o julgador de mecanismos menos restritivos ao direito de liberdade do acusado, deve priorizá-los em detrimento da medida protetiva de prisão.

Conforme leciona o Tribunal Constitucional da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), “*os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais*”<sup>29</sup>.

Dessa forma, em respeito ao princípio da razoabilidade, o art. 19, § 2º da Lei nº 11.340/06 cria verdadeira escada de gravidade entre as medidas protetivas, colocando-se no topo, como último degrau, a medida do art. 20 da Lei Maria da Penha. A prisão preventiva, portanto, apresenta-se como sendo *ultima ratio*, apenas podendo ser decretada quando se verificar o descumprimento ou quando se mostrar ineficaz medida protetiva menos gravosa anteriormente fixada.

<sup>29</sup> BVerfGE, 30:292(316), 39:210(230-1).

Trata-se, portanto, de mecanismo legislativo de controle da discricionariedade do magistrado, que não poderá, *ab hoc et ab hac*, decretar a prisão preventiva do agressor sem que antes percorra, ou fundamentadamente supere, a escada de gravidade das medidas protetivas de urgência.

#### IV. DA HOMOGENEIDADE ENTRE O *CARCER AD CUSTODIAM* E A PENA AO FINAL APLICADA

Como se sabe, a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo<sup>30</sup>. Exatamente por isso, deve a prisão antes do trânsito em julgado guardar estreita homogeneidade com a sanção ao final aplicada ao agente, não se podendo admitir que aquela seja mais gravosa que esta.

Importante esclarecer que a prisão cautelar (*carcer ad custodiam*) não se confunde com a prisão decorrente da imposição de pena (*carcer ad poenam*). Sendo assim, a prisão antes do trânsito em julgado, em face da estrita finalidade a que se destina, não traduz qualquer ideia de sanção. Constitui, ao contrário, instrumento destinado a atuar em benefício da atividade desenvolvida no processo penal<sup>31</sup>.

Se a prisão cautelar constitui, em verdade, simples mecanismo de preservação e atuação do processo, não se pode admitir que represente sanção mais gravosa que a pena ao final imposta ao agente, caso considerado culpado. Diante da presunção constitucional de inocência, o raciocínio deveria ser exatamente o oposto<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> “Guardada a circunstância de que suas origens reconduzem a sistemas diversos - ao americano em um caso e ao alemão em outro - razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis. Cabe a observação, contudo, de que a trajetória do princípio da razoabilidade fluiu mais ligada ao controle dos atos normativos, ao passo que o princípio da proporcionalidade surgiu ligado ao direito administrativo e ao controle dos atos dessa natureza. Vale dizer: em suas matizes, razoabilidade era mecanismo de controle de atos de criação do direito, ao passo que proporcionalidade era critério de aferição dos atos de concretização” (BARROSO, Luiz Roberto. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 36)

<sup>31</sup> GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*, v. III/7, item n. 1, 1945, Forense.

<sup>32</sup> “A prisão cautelar é utilizada, e somente aí se legitima, como instrumento de garantia da eficácia da persecução penal, diante de situações de risco real devidamente previstas em lei. Se a sua aplicação pudesse trazer consequências mais graves que o provimento final

Por essa razão, estabelece o art. 193, 1. do CPP de Portugal, *in verbis*: “As medidas de coação e de garantia patrimonial a aplicar em concreto devem ser necessárias e adequadas às exigências cautelares que o caso requerer e proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas”.

Do mesmo modo o art. 275, 2 do CPP da Itália: “Ogni misura deve essere proporzionata all’entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata”.

No Brasil, embora não seja expressamente prevista a proporcionalidade como requisito necessário para a decretação da prisão cautelar do acusado, esta regra encontra-se inserida dentro de nosso sistema processual penal, como decorrência lógica e direta do princípio da razoabilidade - art. 5º, LV da Constituição Federal<sup>33</sup>.

Sendo assim, não se admite a decretação de prisão preventiva ou a manutenção da prisão em flagrante quando o crime imputado ao agente possibilitar-lhe usufruir de transação penal, suspensão condicional do processo, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, suspensão condicional da pena ou mesmo regime aberto.

O raciocínio é simples: se ao final do processo, independentemente do seu resultado, ganhará o réu sua liberdade, fere a proporcionalidade admitir-se que responda preso toda a instrução processual - mormente se goza da presunção constitucional de inocência.

Ao editar a Lei Maria da Penha, entretanto, pareceu o legislador ignorar os parâmetros de razoabilidade inseridos dentro do *carcer ad custodiam*, passando-se a admitir a decretação da prisão preventiva independentemente da pena *in abstracto* cominada ao delito.

---

buscado na ação penal, ela perderia a sua justificação, passando a desempenhar função exclusivamente punitiva. A proporcionalidade da prisão cautelar é, portanto, a medida de sua legitimação, a sua *ratio essendi*”. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 432).

<sup>33</sup> No Direito Constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de Direito.

A primeira vista, parece ter sido esta a intenção do legislador ao permitir a prisão em flagrante nos casos de crimes de menor potencial ofensivo (art. 41 da Lei nº 11.340/06), ou a decretação da prisão preventiva “*para garantir a execução das medidas protetivas de urgência*” (art. 313, IV do CPP c/c art. 20 da Lei nº 11.340/06).

Entretanto, tendo em vista ser a proporcionalidade princípio instrumental inserido na própria Constituição Federal, verifica-se que sua incidência direta e imediata impede a decretação de qualquer prisão preventiva que não guarde homogeneidade com a pena ao final aplicada ao agente.

Vale lembrar: com o advento do pós-positivismo, a Carta Magna tornou-se verdadeiro filtro de validade de todas as normas inseridas no ordenamento jurídico pátrio. Nenhuma norma pode subsistir como válida se afrontar qualquer dos valores constitucionalmente erigidos como prioritários para o estado de direito brasileiro.

Com efeito, deve-se realizar uma interpretação conforme do art. 20 da Lei nº 11.340/06 e do art. 313, IV do CPP, adequando o conteúdo normativo destas normas ao princípio instrumental da razoabilidade inserido no art. 5º, LV da CRFB.

Conforme leciona o ilustre professor Alexandre de Moraes: “*a supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico*”<sup>34</sup>.

Dessa forma, antes de se aplicar a regra do art. 20 da Lei nº 11.340/06 ou a previsão do art. 313, IV do CPP, deve-se submeter

<sup>34</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 16.

o caso concreto aos parâmetros constitucionais de razoabilidade, aferindo-se, *in casu*, a homogeneidade entre a custódia cautelar e o final provimento de mérito.

Sendo assim, apenas pode ser admitida a medida protetiva de prisão quando esta não se mostrar mais gravosa que a sanção penal ao final imposta ao acusado.

Qualquer interpretação diversa deve ser tida como inconstitucional e deve ser severamente repelida da atuação judiciária. Apenas assim se estará dando à Constituição sua verdadeira valia como norma suprema e conferindo efetivo valor às conquistas históricas e democráticas concentradas em seu texto.

## V. DA UTILIZAÇÃO DE *ASTREINTES* COMO DEGRAU ALTERNATIVO NA ESCADA DE GRAVIDADE DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Como visto, a prisão preventiva, como modalidade de medida protetiva de urgência (Capítulo II da Lei nº 11.340/06), possui a mesma natureza das demais prisões cautelares estabelecidas no CPP, devendo respeitar as mesmas regras para estas estabelecidas. Com efeito, apenas pode ser decretada quanto preenchidos, de forma clara e fundamentada, os requisitos previstos pelo art.312 do CPP (*fumus comissi delicti e periculum libertatis*).

Além disso, em virtude da subsidiariedade da prisão preventiva como medida protetiva, para que seja admitida a utilização desta *ultima ratio* torna-se imprescindível a demonstração do descumprimento ou da ineficácia de demais medidas menos gravosas. Para que se admita a custódia cautelar do acusado, nos termos do art. 313, IV do CPP c/c art.19, § 2º e 20 da Lei nº 11.340/06, deve o magistrado percorrer, ou fundamentadamente superar, cada um dos degraus da escada de gravidade das medidas protetivas de urgência.

Por fim, para que seja admitida a prisão preventiva no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, torna-se imprescindível a estreita homogeneidade entre a prisão cautelar e a pena ao final aplicada ao agente, não se podendo admitir que aquela seja mais gravosa que esta.

Fixadas estas premissas, remanesce, todavia, a questão atinente à efetivação das medidas protetivas de urgência, eis que o

objetivo da Lei nº 11.340/06 é garantir a proteção das mulheres vítimas de violência doméstica e a decretação da prisão em razão do descumprimento da medida imposta tem sido diuturna nos Juizados de Violência Doméstica<sup>35</sup>.

De fato, há a necessidade de se garantir a eficácia da medida protetiva concedida em favor da mulher sendo, todavia, severamente excessiva a punição do agressor com a sua prisão preventiva na hipótese de descumprimento, mormente quando a custódia cautelar não guarda homogeneidade com a pena ao final aplicada.

Sabe-se que, na grande maioria das hipóteses, a violação à medida protetiva se faz comprovada pela mera palavra da vítima. Entretanto, não nos parece que a simples palavra da ofendida seja suficiente para a autorização da decretação da prisão, eis que outras provas concretas e idôneas devem instruir o requerimento de prisão.

Com efeito, a remansosa jurisprudência reconhece que a palavra isolada da vítima não tem o condão de embasar um decreto condenatório. Logo, quiçá admitir a decretação da prisão preventiva sem que haja um mínimo de indícios que demonstrem o descumprimento da medida protetiva<sup>36</sup>.

Eugênio Pacelli, ao analisar a problemática da efetividade das medidas protetivas, registra que a imposição da prisão deve ocorrer de modo excepcional, quando caracterizado o descumprimento da restrição imposta cautelarmente<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> É bem verdade que alguns magistrados, como medida antecedente à prisão, designam audiência especial para esclarecer o autor do fato a respeito das possíveis consequências a ele impostas, caso haja a violação às restrições cautelares.

<sup>36</sup> Nesse sentido manifestou-se o TACrim-SP: *“Inadmissível condenar-se o réu ante simples palavra do ofendido, não corroborada por outros elementos de prova, pois todo crime provoca no ofendido perturbação que, tornando-lhe difícil a percepção exata das coisas, enseja possibilidade de erros”* (TACrim-SP, 3ª Câmara Criminal. Apelação Criminal 37.947, Rel. Ricardo Couto)

<sup>37</sup> ...como existem inúmeras medidas protetivas de urgência menos onerosas para a liberdade individual, tais como o afastamento do lar, a separação de corpos, a proibição de contato e a exigência de distância mínima entre o agressor e a vítima e familiares (art. 22 e art. 23, Lei nº 11.340/06), a prisão preventiva aqui prevista exigirá a violação a uma dessas medidas já determinadas, *de maneira a demonstrar a permanência do risco à pessoa da vítima e de seus familiares*. (Curso de processo penal. 9. Ed. Lumen Juris, 2009, p. 592).

Seria, o caso de se inadmitir a imposição da prisão cautelar, tornando ineficaz a medida protetiva? A resposta, sem sombra de dúvida, é negativa. Analisando mais detidamente a redação da Lei Maria da Penha e realizando a sua devida conjugação com o Código de Processo Civil, encontramos diversos mecanismos capazes de conferir efetividade às medidas protetivas, a exemplo da fixação das medidas de apoio previstas no diploma processual civil, ao que se observa do art. 22, § 4º da Lei nº 11.340/06.

A lei em comento permite a utilização dos §§ 5º e 6º do art. 461, do Código de Processo Civil como instrumento capaz de garantir a efetividade das medidas protetivas deferidas em favor da vítima.

No Direito Processual Civil o adimplemento das obrigações de fazer e não fazer encontra suporte legal no art. 461 do CPC, que prevê as diversas medidas de apoio conferidas ao magistrado para dar efetividade ao seu comando judicial.

Estas medidas<sup>38</sup> têm o condão de garantir o adimplemento das obrigações de fazer e não fazer através, por exemplo, da imposição de multa por descumprimento, dentre outros meios de coerção.

A previsão de astreintes<sup>39</sup> como forma de compelir o devedor ao cumprimento das obrigações impostas tem efeito muito eficaz, como se observa na prática diária das Varas Cíveis, eis que cabe ao juiz fixar o valor<sup>40</sup> que entender suficiente para garantir o resultado prático da obrigação, não havendo qualquer limitação imposta pelo legislador, dada a natureza coercitiva da medida.

<sup>38</sup> Insta registrar que as medidas de apoio do art. 461, § 5º do CPC são meramente exemplificativas, como bem registra José Carlos Barbosa Moreira (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 25. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 192.). Aliás, Fredie Didier Jr. e Rafael Oliveira utilizam-se da expressão cláusula geral executiva como forma de enfatizar o caráter exemplificativo do rol do § 5º (DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. “Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha”. *Revista de Processo*, nº 160. São Paulo: RT, jun. 2008. P. 25).

<sup>39</sup> Trata-se da multa periódica prevista no art. 461 do CPC dotada de nítido caráter coercitivo, com o fim de compelir o devedor a cumprir a obrigação imposta pelo juízo.

<sup>40</sup> “As astreintes não estão limitadas pelo valor da obrigação, cujo cumprimento se destinam a permitir obter”. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. V. II. P. 238)

Aliás, o Código de Processo Civil admite que o magistrado amplie o valor imposto a título de multa se verificada a ineficácia do valor até então vigente ou até mesmo reduzi-lo, quando reputar excessivo ao caso, conforme previsão do art. 461, § 6º.

Nesse diapasão, constata-se que a Lei de Violência Doméstica instituiu um órgão jurisdicional de competência ampla, de modo a conhecer das causas cíveis e criminais que envolvam a violência doméstica.

Em razão da competência atípica instituída pela Lei nº 11.340/06, nada impede que o Juiz do Juizado de Violência Doméstica, em processo de natureza criminal, aplique providência de natureza cível, até porque, há previsão expressa nesse sentido.

A concessão das medidas protetivas previstas no art. 22 da Lei nº 11.340/06 deve levar em consideração as circunstâncias do caso concreto, o estado e o ânimo da vítima, bem como a postura do autor do fato diante do processo e das medidas deferidas pelo juízo.

Da análise do rol de medidas protetivas de urgência previstas em favor da vítima de violência doméstica e familiar, denota-se que as medidas constituem-se tanto em obrigações de fazer quanto em obrigações de não fazer.

Especificamente em relação à proibição de aproximação e contato com a vítima ou seus familiares, medidas estas mais deferidas na praxe do Juizado de Violência Doméstica, tratam-se de autênticas obrigações de não fazer, sendo lícito ao magistrado aplicá-las como forma de garantir a integridade da vítima e de seus familiares.

Na hipótese de eventual descumprimento das medidas protetivas impostas em desfavor do acusado, nada impede que o magistrado defira a cominação das medidas de apoio previstas no art. 461, §§ 5º e 6º do Código de Processo Civil, com fundamento no art. 22, § 4º da Lei nº 11.340/06, tanto na fase de investigação criminal<sup>41</sup> ou no curso da ação penal.

---

<sup>41</sup> Aqui, porém, necessária a ressalva no sentido de que o deferimento da medida protetiva e a cominação de *astreintes* é plenamente possível durante a fase de investigação policial. Verificado pelo magistrado que as medidas de apoio não surtiram o efeito coercitivo necessário, inviável, sob a nossa ótica, a decretação da prisão preventiva durante o inquérito policial, inobstante a previsão autorizadora do art. 311 do CPP. A nosso ver, a parte inicial

Após a cominação de tais medidas se o resultado prático não for alcançado, deve o magistrado determinar, como medida extrema e subsidiária, a prisão preventiva do acusado, na forma do art. 313, IV do Código de Processo Penal, desde que as circunstâncias do caso permitam a constatação de que a prisão cautelar é melhor forma de salvaguardar a integridade e segurança da vítima e de seus familiares.

A utilização de *astreintes* não é nada absurda e, acerca do tema, manifesta-se a doutrina<sup>42</sup> sobre a possibilidade de sua aplicação para garantir a eficácia das medidas protetivas de urgência, face a expressa disposição da Lei nº 11.340/06.

Indagação pertinente acerca do tema diz respeito à força cominatória das medidas de apoio, haja vista que, em relação aos réus hipossuficientes<sup>43</sup>, a multa do art. 461 do CPC não surtiria o efeito prático desejado, eis que a medida não teria o grau de coerção necessário.

Entretanto, como ponto de partida, o argumento de que a cominação de *astreintes* não deve ser direcionada aos hipossuficientes econômicos não guarda qualquer sustentáculo jurídico<sup>44</sup>. Com efeito, o Código de Processo Civil nada exige a respeito da

---

do art. 311 padece de flagrante inconstitucionalidade, dada a inviabilidade de decretação da prisão preventiva antes da deflagração da ação penal. Ora, se o Ministério Público não foi capaz de formar sua *opinio delicti* para oferecer a denúncia, dada a ausência de um mínimo suporte necessário, não é possível que já haja elementos que autorizem a decretação da prisão.

<sup>42</sup> “Tampouco causa espécie a adoção dos mecanismos de efetivação de tutela específica, previstos no artigo 461 do Código de Processo Civil”. (MELLO, Adriana Ramos de. (org.). *Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 122.)

<sup>43</sup> É a realidade de muitos assistidos da Defensoria Pública que não possuem patrimônio e recursos financeiros.

<sup>44</sup> Admitir tal argumento seria o mesmo que dizer que os réus pobres não poderiam ser condenados ao pagamento da pena de multa, eis que não disporiam de recursos financeiros para arcar com a sanção penal, o que seria um verdadeiro absurdo, pois não se pode olvidar que a pena de multa é tida como verdadeira dívida de valor, sendo a ela aplicáveis as disposições das normas fazendárias, nos moldes do art. 51 do Código Penal, não subsistindo em nosso ordenamento jurídico a nefasta conversão da pena de multa descumprida em pena privativa de liberdade.

aferição da hipossuficiência do devedor, como forma de possibilitar a imposição de *astreintes*.

O cumprimento da tutela específica da obrigação de fazer não pressupõe a condição econômica do agressor. Muito pelo contrário, já que se presente a execução da obrigação, caberá ao magistrado analisar a natureza da obrigação e aferir qual das medidas de apoio se revelará mais apta para a efetivação do título executivo.

Aliás, parece-nos que a melhor solução é a adoção da fixação de multa como forma de descumprimento da medida protetiva, pois temos visto que, na grande maioria dos processos, a vítima reata o relacionamento com o autor do fato.

Logo, como o valor da multa reverte-se em favor da vítima, temos a plena possibilidade de que a mesma renuncie ao valor devido na hipótese em que não deseje prosseguir com o feito<sup>45</sup>, eis que a liquidação do valor apurado depende de iniciativa da credora, no caso, a vítima, bem como pelo fato de se tratar de verdadeiro direito patrimonial, ostentando natureza disponível.

Ademais, o próprio magistrado tem o poder de reduzir o valor ou a periodicidade da multa se verificar que a medida de coerção se revelou demasiadamente excessiva.

Fredie Didier Jr. e Rafael de Oliveira<sup>46</sup> são adeptos da posição que admite a prisão civil do agente como forma de garantir a eficácia da medida protetiva. Parece-nos, com o devido respeito aos citados doutrinadores, que a opinião apontada vai de encontro os principais direitos fundamentais previstos na Constituição carecendo, inclusive, de efeito prático.

Como ponto de partida, há que se reconhecer que a única possibilidade de prisão civil remanescente no ordenamento jurídi-

<sup>45</sup> Necessário registrar a grande divergência existente na jurisprudência a respeito da possibilidade de retratação nos crimes de violência doméstica, em especial no que se refere às lesões corporais, tendo em vista que a exigência da representação nos crimes de lesão corporal leve e culposa prevista no art. 88 da Lei nº 9.099/95, não teria incidência nos Juizados de Violência Doméstica, face a inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95 imposta pelo art. 41 da Lei nº 11.340/06.

<sup>46</sup> (DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. “Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha”. *Revista de Processo*, nº 160. São Paulo: RT, jun. 2008. P. 27).

co diz respeito à prisão por dívidas de alimentos, diante da nova posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, afastando a prisão civil do depositário infiel.

Além disso, a prisão, ainda que de caráter civil, necessitaria da prévia cominação legal, o que na hipótese é incorrente, pois ausente a previsão normativa garantindo a prisão civil daquele que descumpre medida protetiva.

Por fim, a discussão acerca do cabimento da prisão civil perde todo seu foco à medida que o Código de Processo Penal admite a prisão preventiva por descumprimento de medida protetiva, como consignado pelo art. 313, IV.

Apenas concordamos com os referidos autores no sentido de que a prisão deve ser utilizada em último caso, após frustradas as demais medidas coercitivas, observando o magistrado, no momento do exame das circunstâncias do caso, o princípio da proporcionalidade.

Assim, há que se entender que a decretação da prisão preventiva deve ser a última consequência, eis que o art. 22, § 4º da Lei nº 11.340/06 admite a aplicação da tutela processual das obrigações de fazer e não fazer, nos moldes do art. 461 do Código de Processo Civil.

Deste modo, afigura-se mais adequada a cominação de astreintes e, caso insista o acusado em descumprir a medida protetiva, que seja decretada sua prisão preventiva, desde que presentes os seus requisitos autorizadores.

Contra a decisão que defere a medida protetiva em favor da mulher vítima de violência doméstica, ainda não há um consenso acerca do recurso cabível, eis que a Lei nº 11.340/06 é silente a esse respeito. No Estado do Rio de Janeiro temos alguns precedentes admitindo tanto a utilização do Recurso em Sentido Estrito, como do Agravo de Instrumento.

Não há dúvidas, todavia, de que na hipótese de decretação da prisão preventiva como meio de conferir efetividade à medida protetiva, a providência adequada será a impetração de *Habeas Corpus* endereçado ao órgão jurisdicional competente.

## VI. CONCLUSÃO

Com o advento do pós-positivismo, assumiu a Constituição Federal o *status* de norma suprema, passando a regular de forma incisiva e soberana todas as relações sociais ocorridas no Estado.

Como decorrência lógica desta força normativa inédita alcançada pela Carta Magna, tem-se que nenhuma norma ordinária poderá ser concretamente aplicada sem que antes sofra a adequada e obrigatória filtragem constitucional.

Nesse diapasão, realizando-se uma interpretação conforme do art. 313, IV do CPP e do art. 20 da Lei nº 11.340/06, constata-se que a decretação da prisão preventiva como modalidade de medida protetiva de urgência apenas poderá ser admitida quando: (i) presentes os requisitos exigidos pelo art. 312 do CPP - *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*; (ii) restar observada a estreita homogeneidade entre a custódia cautelar e sanção ao final aplicada ao agente; e (iii) mostrarem-se ineficazes as demais medidas protetivas de urgência elencadas no Capítulo II da Lei Maria da Penha - art. 20 c/c art. 19, § 2º da Lei nº 11.340/06.

Dessa forma, em respeito ao princípio da razoabilidade, cria-se verdadeira escada de gravidade entre as medidas protetivas, colocando-se no topo, como último degrau, a medida privativa de liberdade prevista no art. 20 da Lei Maria da Penha.

Para que se torne admissível a decretação da prisão preventiva do agressor, portanto, deverá o magistrado percorrer, ou fundamentadamente superar, cada um dos degraus da escada de gravidade das medidas protetivas de urgência.

Como forma de se garantir a efetividade das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha, propõe-se, no presente estudo, a utilização das *astreintes* como medida coativa substitutiva ao *carcer ad custodiam*.

Trata-se de autêntico degrau alternativo, permitindo-se coadunar as medidas protetivas de urgência com o direito fundamental à liberdade e com a presunção constitucional de inocência.

Além disso, a utilização das medidas de apoio previstas no art. 461, §§ 5º e 6º do Código de Processo Civil possui eficácia amplamente confirmada pela prática cotidiana das Varas Cíveis,

podendo o magistrado ampliar ou reduzir a multa a qualquer momento de modo a alcançar os resultados pretendidos.

A própria Lei de Violência Doméstica e Familiar contra mulher tem dispositivo próprio que autoriza a aplicação das medidas de apoio, como forma de garantir a eficácia das medidas protetivas deferidas em favor da vítima.

O Juizado de Violência Doméstica e Familiar lida com muitas questões envolvendo relações de afeto entre as partes. Os ânimos se encontram alterados, a raiva entre as partes é muito alta e cabe ao juiz tentar apaziguar os polos da relação, optando por soluções alternativas à solução do litígio.

Por esta razão é que o magistrado deve se utilizar de todos os instrumentos existentes no ordenamento jurídico para conferir proteção à vítima e, na total impossibilidade, decretar a prisão preventiva, quando presentes seus requisitos autorizadores. 

# Dano Moral Reflexo: A Legitimação Frente ao Cenário Constitucional

Rosana Batista Rabello Brisolla Diuana  
*Advogada. Pós-graduada em Direito Privado pela UFF e em Direito Público e Privado pela EMERJ.*

## I - INTRODUÇÃO

Desde que se consagrou no ordenamento jurídico o instituto da responsabilidade civil da pessoa natural ou jurídica, bem como da administração pública pelos atos lesivos a direitos ou bens de terceiros, reconheceu-se, por via de consequência, o dever de indenizar do agente causador do dano como meio eficaz de restabelecer o *status quo* ante através de compensação patrimonial denominada indenização.

Dentro desta perspectiva, e partindo do pressuposto de que a intervenção estatal se mostra imprescindível para garantir a reparação do dano e afastar a irresponsabilidade, passou a ser extremamente relevante desconstruir o instituto do dano para determinar as suas ramificações e facilitar a sua identificação no caso concreto, definindo os limites subjetivo, quantitativo e qualitativo e fornecendo ao magistrado elementos para dizer o direito, afastando qualquer possibilidade de arbitrariedade, excessiva onerosidade ou enriquecimento sem causa.

Sob esta ótica, surge a figura do dano moral, ou extrapatrimonial, como um dano autônomo decorrente da simples violação a um direito personalíssimo do indivíduo sem que isso lhe afete a esfera econômica reduzindo-a.

Daí dizer que nada obsta que, como resultado de uma conduta ilícita ou lícita causadora do dano, possa se verificar a coexistência do dano moral e do dano material, ou patrimonial, conforme entendimento já sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça através do enunciado nº 37, ou que do dano moral decorra o dano material direta ou indiretamente<sup>1</sup>.

Como o instituto do dano moral configura lesão a bem de cunho imaterial essencial à preservação da dignidade da pessoa humana, que por sua vez é fundamento do Estado de Direito, o dever jurídico de reparar o dano se estabelece neste patamar, o que quer dizer, em uma leitura civil constitucional, que o direito personalíssimo do indivíduo - a honra, a liberdade, o nome, entre outros é um direito fundamental do indivíduo, sendo a reparação moral uma garantia assegurada constitucionalmente.

Portanto, como consecutário lógico do princípio da dignidade humana, na precisa lição de Sergio Cavalieri<sup>2</sup> o dano moral se configura com a violação do direito à dignidade inerente ao indivíduo, sendo desnecessária que se verifique uma reação psíquica da vítima ao dano suportado, o que torna possível reconhecer legitimidade a qualquer pessoa que tenha seu direito violado, podendo, assim, pleitear a devida reparação independentemente da pouca idade que tenha ou de estar limitada por qualquer causa de incapacidade civil absoluta ou relativa.

Contudo, na incansável busca de fazer valer os preceitos constitucionais frente à subjetividade e o certo grau de abstração que existe na aferição do dano moral, nem sempre o operador do direito consegue trazer o sentimento de justiça à vítima do dano.

Os desdobramentos do dano moral dão conta da infinidade de questionamentos possíveis.

Desse modo, ante a omissão legislativa em tratar melhor o assunto, coube à doutrina e à jurisprudência se manifestarem so-

<sup>1</sup> CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3ª ed. rev., amp. e atual. Conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: RT, 2005, p. 22.

<sup>2</sup> CAVALIERI Filho, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. Malheiros, 2005, p. 101.

bre o que se denomina e quando se verifica o dano moral reflexo, sendo a este aspecto do dano moral que se restringe a presente pesquisa científica.

Em linha de princípio, tem-se por dano moral reflexo, indireto ou em ricochete aquele que atinge direito personalíssimo de um indivíduo sem que a conduta do agente causador do dano tenha sido direcionada àquele, mas a pessoa com quem tenha uma relação de afeto por vínculo familiar ou de convivência.

Surgem, então, os legítimos questionamentos acerca da possibilidade de se reconhecer o direito à indenização pelo dano moral reflexo a vítimas indiretas do evento danoso e a legitimidade para requerê-lo, ou seja, se existe a limitação subjetiva ativa, bem como se é possível a coexistência de indenização entre as vítimas do dano direto e do dano indireto, e se existe diferença entre o instituto do dano moral indireto e a possibilidade de transmissibilidade do dano moral direto.

Desta feita busca o presente trabalho identificar e desvendar a linha tênue que existe entre o que é ou não violação a um direito personalíssimo de terceiro, capaz de ensejar direito à indenização apesar de se verificar de forma indireta, bem como seus desdobramentos lógicos.

Para orientar o desenvolvimento da presente pesquisa e proporcionar uma compreensão mais aprofundada e crítica do tema proposto, procedemos ao seguinte questionamento: Em sendo admitido no ordenamento jurídico brasileiro o dano moral indireto ou reflexo, haveria alguma limitação quanto a quem poderia ser o titular deste direito e quanto à matéria ou circunstância em que tal violação poderia ser reconhecida?

A presente pesquisa científica irá, em linhas gerais, analisar as questões teóricas e os efeitos práticos no reconhecimento judicial do dano moral indireto, tendo em vista a inegável importância deste tema no cenário social moderno.

O ponto de partida será uma análise criteriosa do instituto do dano moral e da natureza da reparação, o tratamento constitucional dispensado ao tema, passando por legislações infracons-

titucionais e enunciados e decisões dos tribunais superiores sobre o tema.

Temos como meta demonstrar de forma fundamentada em doutrina, princípios e na lei a possibilidade jurídica e a titularidade para pleitear pretensão indenizatória diante de dano que extrapola a esfera pessoal da vítima direta do evento alcançando pessoas ligadas àquela por alguma circunstância.

Entendemos que não podem ser ignorados os efeitos que decorrem da conduta danosa, sob pena de relegar o objetivo precípuo da Constituição Federal, qual seja, a proteção da sociedade, a proteção do próprio indivíduo, motivo pelo qual se deve reconhecer o direito à indenização pelo dano moral a vítimas indiretas do evento danoso, tendo em vista a intensidade do dano.

Diante da lacuna legal é difícil determinar quais são os titulares do direito à reparação moral por via reflexa, dada a possibilidade de um número indeterminado de ofendidos, portanto, cumpre ao operador do direito, ou seja, a doutrina e a jurisprudência conferir efetividade ao comando constitucional fixando critérios, seja por analogia, seja pela aplicação do Princípio da Razoabilidade, para possibilitar identificar e delimitar quem é o titular do direito, pois é inegável que todos que tenham algum vínculo com a vítima direta do dano sofrem intensamente diante do evento danoso, contudo, tal circunstância não é justificativa para o alcance subjetivo ilimitado, conforme assevera em linhas gerais Sergio Cavaliere Filho<sup>3</sup>.

A escolha do tema proposto se justifica por sua relevância social e jurídica que fez com que o legislador constituinte reconhecesse o direito à reparação do dano moral como um direito fundamental da pessoa, conferindo-lhe *status* de cláusula pétrea, apesar de não ter sido explorada pela legislação civil.

Entendemos que diante da repercussão fática do tema e dos efeitos de seu reconhecimento é imperiosa que seja sanada a omissão legislativa de forma que facilite a concretização dos preceitos e fundamentos constitucionais.

---

<sup>3</sup> Ob. cit., p. 109.

## II - DANO MORAL REFLEXO

### 2.1. Dano Moral: Contextualização até o Dano Moral Reflexo

O dano é um dos elementos essenciais da responsabilidade civil, que, ainda tem como pressupostos a ilicitude da conduta e o nexo causal (ligando a ação ou omissão ao dano).

Nos dizeres de Sergio Cavalieri, o dano é “o grande vilão da responsabilidade civil”, pois não haveria o que recompor se ele não existisse, portanto, o dever jurídico do agente que atuou ilicitamente em restabelecer a vítima ao *status quo ante*, surge do senso de justiça, devendo indenizá-la pelo dano suportado na proporção possível<sup>4</sup>.

Na lição de Gustavo Tepedino, o dano, para ser indenizável, deve ser certo (não hipotético) e atual (já deve estar presente quando da responsabilização), asseverando, contudo, que apesar da regra ser esta, o fato de a sociedade não ser imutável, haverá casos em que será possível a reparabilidade de danos futuros, como, por exemplo, nas hipóteses relacionadas à exposição prolongada a elementos radiativos, vez que as lesões não são detectadas de imediato<sup>5</sup>.

Com efeito, se hoje o dano é conceituado como lesão a um bem jurídico de outrem, que gera efeitos, quer de ordem patrimonial, quer de ordem moral, fazendo nascer o dever de indenizar para o agente causador, nem sempre foi conceituado assim, como veremos mais adiante.

A doutrina destaca que já na Antiguidade encontramos fortes indicativos de que a compensação pecuniária à lesão moral era admitida, podendo citar o Código de Hamurabi (Babilônia) que previa, junto com a vingança, a possibilidade de reparação da ofensa com o pagamento de uma “indenização”. De igual forma dispunha o Código de Manu (Índia). O Direito Romano, ao contrário dos outros citados, permitia a compensação somente em casos específicos, porque entendia que havia bens não patrimoniais que tinham

<sup>4</sup> Ob. cit., p. 95.

<sup>5</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 338.

valor para o homem e que, portanto, mereciam tutela, decerto que com a Lei Aquilia, as hipóteses foram ampliadas<sup>6</sup>.

Contudo, conforme salientado na parte introdutória deste trabalho, o reconhecimento da existência de um dano extrapatrimonial encontrou resistência em suas raízes históricas, sendo repudiada por alguns juristas como Gabba, que defendia a teoria negativista da reparação e entendia que a reparação moral era uma criação da doutrina moderna e que não era possível a sua admissão, pois a subjetividade que envolve a psique humana impede a sua comprovação e valoração, por certo, que a apreciação pecuniária deste bem seria uma imoralidade.

Assim, em uma primeira fase, para os adeptos da teoria negativista não era possível indenizar qualquer lesão que não fosse ao patrimônio do ofendido.

Luiz Roldão dizia que a noção de dano estava diretamente ligada a patrimônio por conta da definição feita por Paulo no Direito Romano, que, nos seus dizeres, foi o que “delineou toda a evolução posterior no sentido de sua concepção exclusivamente patrimonial, a dificultar o acatamento da ressarcibilidade dos danos morais”<sup>7</sup>

Yussef Said Cahali diz que:

*Na realidade, e segundo se evidencia do diversificado das legislações contemporâneas, o princípio da reparabilidade do dano moral reveste-se de um cunho marcadamente ideológico e político. Assim, para saber se o direito deve limitar sua pretensão a proteger os interesses patrimoniais ou se deve conceder certas compensações àqueles que sofrem na própria carne ou são molestados em seus sentimentos, a resposta a ser dada depende de numerosas considerações tanto de ordem ideológica como econômica, o que explica a evolução pela qual têm passado os direitos positivos [...].<sup>8</sup>*

<sup>6</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*. 6ª ed, atual. ampl.. SP: Juarez de Oliveira, 2009, p. 3.

<sup>7</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos da responsabilidade civil*. RJ: Renovar, 2000, p. 94

<sup>8</sup> Ob. cit., p. 34.

Nesta linha de raciocínio, podemos dizer claramente que foi o relevante interesse social que permeia esta matéria que fez com que, primeiro a doutrina e, bem depois, a jurisprudência passasse a aceitar a existência de um dano moral e a possibilidade de sua reparação.

O dano moral, segundo a doutrina, atinge os chamados direitos da personalidade, que são direitos:

*[...] básicos, gerais, porque pertencentes a todas as pessoas em razão do seu nascimento, extrapatrimoniais, porque ligados a valores existenciais que não tem preço - muito embora sua violação possa originar o direito à reparação pecuniária - e absolutos, eis que dotados de oponibilidade erga omnes. [...] estão indissociavelmente ligados à pessoa do seu titular e só por ele podem ser exercidos. São por isso, em princípio, intransmissíveis inter vivos ou causa mortis, embora gozem de proteção mesmo depois da morte do titular [...].<sup>9</sup>*

Os direitos da personalidade como direitos inerentes ao homem, surgiram historicamente em uma fase pré-codificada, com a doutrina jusnaturalista, conjugado à ideia de proteção do mínimo necessário à dignidade da pessoa humana, sendo este um princípio que encontra suas bases fincadas no Cristianismo e nos ideais humanistas e iluministas, que viam o homem como uma unidade autônoma moral e racional que constitui um fim por si só<sup>10</sup>.

Apesar de atualmente não haver discussões quanto ao fato de tais direitos constituírem, em princípio, direitos subjetivos à abstenção, nem sempre foi assim, por certo que não obstante os direitos da personalidade terem representado “uma fonte importante de irrupção dos valores personalistas no Direito Privado”, enfrentaram resistência por parte da doutrina que alegava, “que a

<sup>9</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.122/123.

<sup>10</sup> SARMENTO, Daniel. *Ob. cit.*, p. 111/112.

personalidade não poderia ser objeto de direito, já que ele identificava-se com a titularidade de direitos”<sup>11</sup>.

Por certo que, o caminho percorrido pelos direitos da personalidade para o reconhecimento de sua existência está diretamente atrelado a evolução e incorporação dos direitos humanos na história da sociedade, e denotam a agregação de valores humanitários e solidários a esta com vistas à harmonização social e respeito ao ser humano, sendo adotados como orientadores de conduta por diversos ordenamentos jurídicos, inclusive o nosso.

Neste contexto, os direitos da personalidade foram a mola propulsora para a evidenciação dos direitos humanos tal como conhecemos - como instrumentos aptos a assegurar uma existência digna à pessoa e justificar a legitimidade e reparabilidade do dano moral.

É sobre o fundamento das dimensões dos direitos humanos, que preconiza a dignidade da pessoa como elemento delineador de um Estado de direito, que surge a teoria positivista da reparação moral em contraponto à negativista, refutando os argumentos limitadores desta, sob o fundamento de que qualquer ideia que reduza o conceito de dano a apenas uma categoria de bens aferíveis economicamente, configura afronta à moral humana, e consequentemente, à existência digna do homem.

A pecúnia, como meio de reparar efetivamente a lesão moral, diz esta teoria positivista, não impõe um preço à honra do indivíduo, até porque nunca lhe será equivalente em grandeza, mas é capaz de atenuar as consequências do dano, servindo de conforto para compensar a dor, o dissabor e o constrangimento suportados pelo ofendido, bem como repreender a conduta do violador do direito.

Registra ainda a doutrina<sup>12</sup>, uma terceira teoria, a eclética, que chegou a ser aplicada pelos tribunais brasileiros, mas que por seus próprios fundamentos foi afastada, visto que pregava que a

<sup>11</sup> SARMENTO, Daniel. Ob. Cit., p.122/123.

<sup>12</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 3ª ed. rev. ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: RT, 2005, p. 28/29.

indenização pelo dano moral somente seria cabível quando a causa que tivesse originado esta lesão também tivesse provocado um dano material, ou seja, o que justificava a reparação era unicamente a existência de um dano econômico, excluindo da apreciação o subjetivismo próprio da moral humana e que nada tem a ver com o patrimônio do indivíduo, constituindo bens de natureza distinta passíveis de lesões autônomas.

No direito brasileiro, o artigo 159 do Código Civil de 1916 ensejava algumas dúvidas ao tratar da responsabilidade subjetiva ao omitir qual dano disciplinava, por certo que prevaleceu para a doutrina majoritária a tese de que era tanto o material quanto o moral, pois falava, de forma genérica, em dano decorrente do prejuízo ou da violação do direito. Contudo a jurisprudência entendia que a reparabilidade do dano moral, somente era possível nos casos expressamente previstos na lei<sup>13</sup>.

No entanto, com o advento da Constituição Federal em 1988 e da legislação consumerista em 1990, que expressamente dispunha como direito básico do consumidor a efetiva reparação moral, o conceito de dano mudou de vez, deixando de ter cunho estritamente patrimonial.

Por certo que atualmente, conforme mencionado, não há mais controvérsias sobre a possibilidade de reparabilidade do dano moral, sendo plenamente admitida pelo ordenamento jurídico pátrio, nos termos dos art. 5º, V e X da Constituição Federal e 186 do novo Código Civil (2002), sendo aplicada pelos Tribunais brasileiros a teoria da ampla reparação moral (positivista).

O problema que hoje existe refere-se a quais casos figuram hipóteses de clara violação a ordem moral do homem, a determinação dos ofendidos e o *quantum* indenizatório, vez que este fica a critério do Judiciário.

Na lição de Gustavo Tepedino<sup>14</sup>:

<sup>13</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*. 6ª ed, atual. ampl.. SP: Juarez de Oliveira, 2009, p. 5.

<sup>14</sup> Ob. cit., p. 339.

*As discussões se voltam atualmente para o próprio conceito de dano moral e para a sua liquidação. A impossibilidade de apreciação econômica revela-se uma característica relevante, mas não basta para a sua conceituação. Os autores nacionais e estrangeiros têm debatido intensamente o problema da definição do dano moral. De forma geral, destacam-se duas grandes orientações doutrinárias: i) a que, com base no ordenamento constitucional (CF, art. 1º, III), sustenta ser o dano moral uma ofensa a cláusula geral de tutela da pessoa humana (Maria Celine Bodin de Moraes, Danos à Pessoa Humana, p. 184 e SS); ii) a que entende que o dano moral como qualquer sofrimento ou incômodo humano que não é causado por perda pecuniária: “a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado” (Aguiar Dias, Da responsabilidade civil, p. 730).*

No que se refere ao próprio conceito de dano moral e o objeto de sua violação, vale colacionar a observação feita por Sergio Cavaliere ao dizer que os direitos da personalidade não se resumem às hipóteses de violação à dignidade, podendo ocorrer a violação daqueles sem, no entanto, afetar a existência digna da vítima, motivo pelo qual é mais correto denominar o dano aos bens personalíssimos de dano imaterial. Confira-se:

*Nessa categoria incluem-se também os chamados novos direitos da personalidade: a imagem, o bom nome, a reputação, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais. Em suma, os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis. Resulta daí que o dano moral, em sentido amplo, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada.<sup>15</sup>*

<sup>15</sup> Ob. cit., p. 102.

Daniel Sarmento dá conta de que, a par da definição tradicional dos direitos da personalidade, como dever de abstenção de atos violadores dos bens que protege, a doutrina majoritária entende que tais bens seriam divididos em dois grupos referentes à personalidade física e à personalidade moral ou espiritual, passível de proteção penal e cível, sendo que nesta última a tutela poderia se dar de forma preventiva (abstenção, obrigação de não fazer) ou repressiva (indenizatória).

Nesta linha, no que se refere aos bens da personalidade que estariam sujeitos a tutela judicial, o insigne jurista aponta a existência de dois entendimentos, nos quais teríamos uma corrente, denominada pluralista (que parece ser a solução aplicada pelo novo Código Civil brasileiro), que diz que somente os direitos previstos na legislação é que seriam objeto de tutela, e outra corrente, denominada monista, sustentada por expressiva doutrina, que defende a tese de que, independente de tipificação legal, em uma leitura constitucional há um “direito geral da personalidade” que somado à “cláusula geral de responsabilidade por dano moral” (artigo 186 do novo Código Civil) confere uma ampla proteção a estes direitos.

Conclui Sarmento trazendo a crítica feita por alguns doutrinadores, acerca da afeição de direito subjetivo atribuído pela doutrina tradicional aos direitos da personalidade, por entenderem que tal concepção como dever de abstenção reduz o alcance real destes direitos, bem como sua proteção, por certo que haverá casos em que estes direitos exigiram um atuar, um fazer para a sua concretização, citando como exemplo o dever dos planos de saúde de cobrirem o tratamento de certas doenças. Diz que:

*Neste quadro, alguns autores, como Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Leonardo Mattiello preferiram empregar a expressão “cláusula geral de tutela da pessoa humana”, ao invés de “direito geral da personalidade”, para evidenciar o fato de que a proteção da pessoa nas suas relações privadas não se esgota na garantia de direitos subjetivos. Sem embargo, cumpre enfatizar que, no plano da*

*dogmática constitucional, é hoje tranquilo que os direitos fundamentais podem revestir as mais variadas formas, relacionando-se com diversas posições jurídicas, não tendo de se comprimir na moldura por vezes estreita dos direitos subjetivos. Portanto, não enxergamos qualquer obstáculo na utilização da expressão mais clássica do “direito geral de personalidade”, desde que fique remarcado que o conteúdo deste direito fundamental, em cada caso concreto, não precisa caber na roupagem do que a dogmática civilística tradicional rotulou como direito subjetivo.*<sup>16</sup>

No que se refere à comprovação do dano moral, diz Humberto Theodoro Júnior que “se o incômodo é pequeno (irrelevância) e se, mesmo sendo grave, não corresponde a um comportamento indevido (licitude), obviamente não se manifestará o dever de indenizar (ausência da responsabilidade civil cogitada no art. 159 do CC)”<sup>17</sup>, decerto que caberá ao juiz, utilizando-se da razoabilidade, verificar no caso concreto se violou algum direito da personalidade e se a conduta imputada ao agente foi a causa única deste dano, devendo, em caso afirmativo, fixar uma indenização proporcional à lesão.

Cabe aqui, com pertinência, dizer que, por se tratar de violação a direito da personalidade, não há como provar sua ocorrência, visto que não há como se apurar a mente humana, bastando que se prove a ocorrência do fato, decorrendo da gravidade deste (*in re ipsa*) a constatação da lesão, conforme nos ensina a melhor doutrina.

Sergio Cavalieri diz que:

*[...] o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da*

<sup>16</sup> Ob. cit., p. 123/125 e 127/128.

<sup>17</sup> Ob. cit., p. 9.

*dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser causas. Assim como a febre é uma reação orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade.*<sup>18</sup>

E conclui:

*[...] por se tratar de algo imaterial ou ideal a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove dor, a tristeza ou humilhação através de depoimentos, documentos ou perícias; não teria como demonstrar descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais.*<sup>19</sup>

Da mesma forma, preleciona Carlos Roberto Gonçalves, ao dizer que o ânimo da pessoa que sofre a lesão moral é consequência desta e não a lesão em si, sendo aquela contingente e variável e não um indicativo de que o dano ocorrera.<sup>20</sup>

Por certo que, segundo Gustavo Tepedino, a jurisprudência oscila quanto à “delimitação objetiva da noção de dano moral” tendo decisões mais ampliativas, entendendo que basta restar evidente o dano, e outras mais restritivas, considerando que para ensejar indenização por dano moral deve a lesão causar um estado anímico significativo<sup>21</sup>.

O fato é que a inexistência de parâmetros objetivos para aferição do dano moral, bem como, a eclosão de demandas indenizatórias que veiculam, por vezes, “excessos inaceitáveis, com

<sup>18</sup> Ob. cit., p. 101.

<sup>19</sup> Ob. cit., p. 108.

<sup>20</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9º ed. rev. de acordo com o novo Código Civil. SP: Saraiva, 2005, p. 565.

<sup>21</sup> Ob. cit., p. 340.

exageros que podem comprometer a própria dignidade do instituto”<sup>22</sup>, fazem surgir um problema de ordem prática e de certa forma conceitual, o que faz com alguns operadores do direito, generalizando as situações, invoquem argumentos que, de certa forma, remetem, à teoria negativista da reparabilidade, favorecendo, assim, a impunidade.

Com efeito. Como assegurar os direitos do homem, sem uma efetiva proteção dos únicos direitos capazes de compor a sua personalidade e lhe assegurar o mínimo de dignidade e realização pessoal. Se permitimos que uma lesão à moral humana fique sem a devida reparação, por conta de demandas sem fundamento ou pelo fato da indenização ser fixada pelo juiz, atuaremos contra o direito e o sentimento de injustiça reinará, o que não é mais compatível com o estágio atual da sociedade.

Neste contexto, reconhece-se a plena possibilidade da existência de um dano moral reflexo ou indireto, visto que haverá casos em que um evento danoso envolvendo determinada pessoa surtirá efeitos em outras pessoas, e igualmente afrontar os direitos da personalidade destas, logo, as vítimas indiretas do evento teriam um interesse de buscar em juízo a compensação do seu bem jurídico violado - legitimidade para reclamar direito próprio, decorrente de dano que se originou concomitantemente e em decorrência de dano da vítima direta.

Entende-se, então, por dano moral reflexo, indireto ou em ricochete aquele que atinge direito personalíssimo de um indivíduo sem que a conduta do agente causador do dano tenha sido diretamente direcionada àquele, mas a pessoa com quem tenha uma relação de afeto seja por vínculo familiar ou de convivência, independentemente da existência de um vínculo econômico, lhe sendo conferido o direito de pleitear a devida reparação.

Por óbvio, se o dano moral encontrou muita resistência no seu reconhecimento, mais ainda a sua feição reflexa.

<sup>22</sup> CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3ª ed. rev. ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: RT, 2005, p. 20.

Por certo que, em primeiro momento da história do dano, vingou nos nossos Tribunais a tese de que somente existiria dano moral quando houvesse o dano patrimonial (teoria eclética).

Logo, no caso dos pais que pleiteassem, em decorrência de conduta ilícita de outrem, a reparação em razão da morte de um filho menor, aqueles não fariam jus a qualquer indenização, quer patrimonial (através de pensão alimentar) ou moral, visto que se entendia que, diante da impossibilidade jurídica e às vezes fática de o menor contribuir para a manutenção do lar, não havia prejuízo econômico, pelo que não se podia falar em indenização. Decerto que danos morais, “como parcela autônoma, somente seriam indenizáveis se ofendida a própria vítima do acidente, em sua integridade física”<sup>23</sup>, nunca os atingidos pela via reflexa.

Contudo, era inegável que a morte de um filho, independente de sua idade, provocava dano moral sem precedentes, o que fazia com que essas decisões deixassem um sentimento de injustiça e impunidade.

Assim, neste contexto, antes do advento da Constituição Federal de 1988, veio a súmula 491 do Supremo Tribunal Federal que dispunha, que independente de contribuir ou não para a manutenção da família, o dano decorrente da morte do filho menor era indenizável, sendo tal súmula aplicada para assegurar uma reparação patrimonial pelo fato de os pais terem perdido o que haviam investido no filho com educação e na expectativa frustrada de ver realizado a potencialidade econômica deste<sup>24</sup>.

Como assevera Humberto Theodoro Júnior:

*Como a exegese então dominante não autorizava a indenização de dano puramente moral, a não ser nas hipóteses excepcionais cogitadas em leis expressas, o Supremo Tribu-*

<sup>23</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 3ªed. rev. ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: RT, 2005, p. 81.

<sup>24</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9º ed. rev. de acordo com o novo Código Civil. SP: Saraiva, 2005, p. 574.

*nal Federal qualificava a morte do menor, na espécie, como representativa de um dano econômico “potencial”.*<sup>25</sup>

Com a entrada em vigor da Constituição Federal, houve uma mudança de paradigma, passando os Tribunais a admitir a ampla reparação do dano moral, passando-se a entender que somente seria aplicável a súmula 491 do Supremo Tribunal Federal quando ficasse comprovado que o menor contribuía para a renda familiar, caso em que seria possível a cumulação com o dano moral, o que sempre se verificaria no caso da morte do menor. Caso o menor não trabalhasse, caberia aos pais tão somente dano moral pela perda de um filho, reconhecendo-se, assim, a existência do dano moral reflexo.

Difere das hipóteses de transmissibilidade do dano moral, vez que esta envolve direito sucessório.

Assim, se a vítima direta do dano que promove a demanda indenizatória, contudo vem a falecer no curso deste processo, como estamos diante de ação com natureza patrimonial, o espólio a sucederá no processo (Resp 296.391/RJ).

Vale colacionar posicionamento do Superior Tribunal de Justiça através do seguinte acórdão:

*Administrativo e processual civil. Recurso especial. Ação de reparação de danos materiais e morais. Responsabilidade objetiva do Estado. Acidente em via pública. Ausência de sinalização quanto à existência de obras inacabadas. Lesões comprovadas. Acórdão que condenou o Município apoiado em matéria constitucional (art. 37, § 6º, CF/88) e no acervo fático-probatório dos autos. Incidência da súmula 07/STJ. Ausência de omissões. Vulneração do art. 535, II, CPC, não-reconhecida. Falecimento do autor no curso da ação. Legitimidade ativa do espólio. Juros moratórios. Termo a quo. Evento danoso. Súmula 54/STJ. Revisão do valor da condenação. Impossibilidade. Súmula 07/STJ. Culpa concorrente.*

<sup>25</sup> Ob. cit., p. 25/26.

*Inexistência. Inaplicabilidade do art. 21, e parágrafo único, CPC. 1. Tratam os autos de ação de indenização ajuizada por João Félix Filho em face do Município de Maceió objetivando reparação por danos morais e materiais decorrentes de acidente em via pública que ocasionou-lhe graves lesões físicas. No curso do processo, o autor faleceu, passando a ser representado pela viúva inventariante. A sentença julgou procedente o pedido, condenando o réu ao pagamento da importância de R\$ 25,00 (vinte e cinco reais) a título de dano material, corrigido a partir da data do evento, e R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) pelo dano moral. Acórdão do TJAL negou provimento à apelação voluntária, reconhecendo a legitimidade dos familiares para continuarem no pleito indenizatório, a responsabilidade civil do município e a incidência de juros moratórios a contar da data do dano. Recurso especial indicando infringência dos arts. 535, II, 219 e 21, parágrafo único, do CPC; e 405 do CC. 2. Inexistência de afronta ao art. 535, II, CPC. As questões suscitadas pelo recorrente foram respondidas em segundo grau, sendo despicienda a pretensão de anulação dos julgamentos proferidos. 3. O espólio, detentor de capacidade processual, tem legitimidade para, sucedendo o autor falecido no curso da ação, pleitear reparação por danos materiais e morais sofridos. Precedentes do STJ: Resp 647.562/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 12/02/2007, Resp 648.191/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 06/12/2004; Resp 470.359/RS, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 17/05/2004; AgRgREsp 469.191/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 23/06/2003; Resp 343.654/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 01/07/2002. Em sentido oposto: Resp 697.141/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 29/05/2006. 4. A ação por danos morais transmite-se aos herdeiros do autor por se tratar de direito patrimonial. (Resp 647.562/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ12/02/2007). 5. A responsabilidade objetiva do Município foi reconhecida pelo Tribunal de segundo grau com base na análise do art. 37, § 6º, da CF/88, em combina-*

ção com o exame dos elementos fáticos e circunstanciais dos autos. Impossibilidade, na via estreita do recurso especial, proceder à reforma de julgamento sustentado em premissas de tal natureza. Aplicação da Súmula 07/STJ. Ainda, é relevante a circunstância de inexistência de interposição de recurso extraordinário, atraindo o verbete sumular 126/STJ. 6. “Na seara da responsabilidade extracontratual, mesmo sendo objetiva a responsabilidade configurada nos autos, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, e não a partir da citação” (Resp 780.548/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 14/04/2008). “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.” (Súmula 54/STJ). 7. Não reconhecida a culpa concorrente da vítima, conforme exame do acervo fático-probatório dos autos realizado pelo Tribunal a quo, não há que se falar na aplicação do art. 21 do CPC, nem de seu parágrafo único. Ainda, rememore-se o teor do verbete sumular n. 326/STJ: “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”. 8. Os autos demonstram a condenação do município ao pagamento de R\$ 25,00 (vinte e cinco reais) a título de dano material, corrigido da data do evento, e R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) pelo dano moral. De plano, percebe-se que tais valores não se revelam exorbitantes ou desproporcionais. Nesses termos, tem-se que a pretensão de sua reavaliação encontra óbice na Súmula n. 7/STJ. 9. Recurso especial parcialmente conhecido e não-provido. (REsp 1028187 / AL Ministro José Delgado Primeira Turma DJE 04/06/2008)<sup>26</sup>

Se a vítima direta vem a falecer antes de intentar a demanda ressarcitória, há controvérsias quanto à possibilidade de transmissibilidade, decerto que há um entendimento que diz que sendo a honra um bem personalíssimo, só quem sofre violação pode pleitear

<sup>26</sup> Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 24/03/2009.

ar reparação, logo não há direito sucessório relativo aos danos morais; por outro lado, há o entendimento de que o que se transmite é o direito à indenização e não o direito personalíssimo que sempre se extingue com a morte, visto que o dano já está consumado, portanto, “cuida-se de incorporação aos patrimônios dos herdeiros daquele direito que nasceu e foi reconhecido pela própria vítima, a qual, contudo, não teve a oportunidade de iniciar ação.”<sup>27</sup>

## **2.2. Legitimidade para Pleitear Dano Moral Reflexo, Indireto ou Ricochete**

Uma vez que não está livre de apreciação pelo Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, nos termos da Constituição Federal e da legislação processual civil, uma vez nascido o direito de se pleitear em juízo a reparação ou satisfação de um direito violado, se impõe a observância de determinados requisitos que devem ser preenchidos para a legitimidade da demanda, chamada de condições da ação.

Somente aquele que teve o direito violado pode pleitear em juízo a reparação pelo dano suportado, vez que se trata de direito de próprio.

Observa Sergio Cavalieri que:

*[..]os efeitos do ato ilícito podem repercutir não apenas diretamente sobre a vítima mas também sobre pessoa intercalar, titular de relação jurídica que é afetada pelo dano não na sua substância, mas na sua consistência prática. [...] é o que a doutrina convencionou chamar de dano reflexo, dano em ricochete ou, ainda, como querem outros, dano indireto. [...] o ofensor deve reparar todo o dano que causou, segundo a relação de causalidade. (...) sendo assim, somente o dano reflexo certo e que tenha sido consequência direta e imediata da conduta ilícita pode ser objeto de reparação, ficando afastado aquele*

<sup>27</sup> CAVALIERI Filho, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 6ª ed. Malheiros, 2005, p. 110/113.

*que se coloca como consequência remota, como mera perda de uma chance [..]*<sup>28</sup>

Assim, verificamos que se de um mesmo evento danoso, ocorrer dano moral direto (quando a conduta lesiva é direcionada diretamente à vítima) e dano moral reflexo (quando a conduta lesiva tem seus efeitos suportados por outros em razão de um vínculo afetivo com a vítima direta), ter-se-ão vítimas distintas, com direitos autônomos, portanto, com legitimidade ordinária para intentar diferentes ações indenizatórias<sup>29</sup>.

Vale colacionar trecho de voto do Des. Fernando Foch, na apelação cível 2008.001.53792 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

*[...] A primeira litisconsorte, hoje com oito anos de idade - tinha quatro, quando o feito foi aforado, - nasceu no Hospital Geral de Nova Iguaçu, da rede pública estadual. Não teve a sorte da irmã gêmea veio à luz com uma isquemia no braço esquerdo. Só dois dias depois foi submetida a exame por especialista, cujo veredicto foi de amputação do antebraço, logo também do braço e da mão. Com os pais, bateu as portas do Judiciário para obter a condenação de o Estado indenizá-la por danos materiais, através da prestação de pensões vitalícias, ante a incapacidade laborativa, bem assim, para si, indenização pelo evidente e inegável dano moral - nem o réu nega,- o que também é postulado por seus genitores. Supreendentemente não foi deduzido pedido de reparação estético. [...] Indaga-se: a falta de um braço não provoca discriminação na escola, por exemplo, por parte de outras crianças? E na adolescência, idade do despertar da sexualidade, idade dos flertes, dos namoricos, idade de se “ficar” com alguém, ela não sofrerá discriminação? Sofrerá. E sofrerá na idade adulta. Será discriminada até a morte:*

<sup>28</sup> Ob. cit., p. 124/125.

<sup>29</sup> Resp 122.573/PR. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 24/03/2009.

*ela é diferente, ela tem um braço a menos. O que dizer dos pais? A experiência comum autoriza concluir pela dor indizível dos genitores, ao verem a filha mutilada em razão nada mais, nada menos, do que o catastrófico atendimento médico dispensado na rede hospitalar pública a quem dela necessita, ou seja, quem não pode pagar atendimento particular, salvo, é claro, os que, podendo, para lá são levados em situações de emergência - cúmulo da má-sorte. Serviço público dessa deplorável qualidade pode até não resultar de uma postura ideológica de desprezo pelo pobre, de cuja inexistência cinco séculos de história não me dão certeza. Mas em qualquer caso é, em si, causador de dano moral porque revela um secular desprezo por quem não tem títulos, dinheiro e prestígio. Embora tenha dignidade ínsita à condição humana [...].<sup>30</sup>*

A questão que hoje impõe uma solução refere-se justamente à legitimidade para pleitear a reparação ante a lesão moral, ante a indeterminação dos ofendidos, visto que é muito dificultoso para o operador do direito delimitar quem poderá buscar a reparação.

Estamos diante de vários fatores relevantes, inclusive, referentes à subjetividade que envolve os bens da personalidade e os vínculos afetivos que a vítima direta construiu decorrente das relações familiares, noivados, amizades etc.

Humberto Theodoro Júnior nos lembra que:

*Muitas vezes, mesmo sem parentesco civil, pode a pessoa ser fortemente abalada pela lesão a um ente querido como o filho de criação, o noivo, o companheiro, etc. Em outras circunstâncias, uma parente, mesmo em grau próximo, pode não manter qualquer tipo de convivência ou afetividade com a vítima do dano; pode até mesmo ignorar-lhe a existência ou ser seu desafeto. É claro que, em semelhante conjuntu-*

<sup>30</sup> Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em 24/03/2009.

*ra, não haverá lugar para pleitear reparação por dano moral reflexo.*<sup>31</sup>

Conforme já se asseverou, a omissão legislativa acerca das especificidades envolvendo dano moral acaba por deixar nas mãos do intérprete do direito o estabelecimento de critérios para a identificação dos ofendidos no dano moral reflexo e evitar a impunidade.

Sergio Cavalieri, diante da indeterminação de ofendidos (que pode alcançar tios, sobrinhos, amigos, etc.), recorre ao princípio da razoabilidade e à aplicação por analogia da regra aplicável ao dano material constante no art. 948, II e parágrafo único do artigo 20 do novo Código Civil, “para limitar a indenização àqueles que estavam em estreita relação com a vítima, como cônjuge, filhos e pais. A partir daí, o dano moral só poderia ser pleiteado na falta daqueles familiares e dependerá de prova de convivência próxima e constante”.<sup>32</sup>

É o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, que trazemos através dos votos da lavra do Ministro Sálvio de Figueiredo, nos recursos especiais 157.912/RJ e 160.125/DF que, em linhas gerais, diz que os familiares mais próximos ou do núcleo familiar, como pais, irmãos menores, cônjuge da vítima direta, não precisam provar o prejuízo, seja moral seja patrimonial, advindo da morte desta, portanto, o dano reflexo, nestes casos decorre *in re ipsa*.

Decerto que a dificuldade surge quando saímos do círculo familiar mais próximo, quando temos, então, que estabelecer quem é o sujeito ativo apto a pleitear a reparação moral, já que aqui não valerá a presunção *juris tantum* que existe em relação à família em sentido estrito, sendo imposto aos demais parentes ou terceiros, a obrigação de provar que o dano de fato ocorreu (através de documentos, fotos etc.) e o nexa causal.

Carlos Alberto Bittar observa que, no que se refere à solidariedade, a concorrência ou hierarquia (preferência) entre os

---

<sup>31</sup> Ob. cit., p. 15.

<sup>32</sup> Ob. cit., p. 109.

legitimados ativos, cada um tem direito próprio, autônomo, não excluindo o direito dos demais, o que lhes permite pretender a reparação separadamente.<sup>33</sup>

Daí surge o problema de quantificação do dano moral reflexo quando os vários legitimados (por exemplo, os pais e irmãos menores da vítima) entram em juízo com a ação indenizatória.

Apregoa Humberto Theodoro Júnior:

*É preferível ver-se, na hipótese, o núcleo familiar como uma unidade ou uma comunidade, cuja honra foi ofendida e que, assim, se faz merecedora de reparação geral, em benefício conjunto de todos os seus integrantes. Não que uma criança não tenha honra a ser tutelada, mas é que a sua imaturidade não justificaria uma reparação isolada, fora do contexto maior da família.*<sup>34</sup>

Ousamos discordar deste entendimento, pois cada um dos membros do conjunto familiar tem direito próprio, autônomo que apesar de residirem sob o mesmo teto e estarem ligados pelo mesmo evento danoso, não induz que haja entre eles uma solidariedade ativa, por certo que o juiz ao arbitrar a indenização deverá fazê-lo com razoabilidade em atenção ao direito de cada um.

Por certo que nos dizeres de Aguiar Dias:

*[...] com a outorga de uma soma global, a repartição do quantum entre as vítimas, proporcionalmente ao dano experimentado, se tornaria impossível, além de outras dificuldades que naturalmente suscitaria, sem contar que cada um intenta sua ação por direito próprio, que não depende do procedimento dos demais para prosperar. Não há, nessas hipóteses, solidariedade ativa.*<sup>35</sup>

<sup>33</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9º ed. rev. de acordo com o novo Código Civil. SP: Saraiva, 2005, p. 558.

<sup>34</sup> Ob. cit., p.17.

<sup>35</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11ª ed. rev. atual. de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Belford Dias. RJ: Renovar, 2006, p. 1062.

Vemos, assim, que danos oriundos de morte por acidente de trabalho, perseguição política, perda de filho em casos de fato de serviço, em relação de consumo, bem como a incapacitação deste, negativas de cobertura de plano de saúde, são notadamente exemplos citados pela doutrina e adotados pela jurisprudência, em que os legitimados para pleitear a reparação serão todos aqueles que com a vítima direta do dano tenham forte ligação afetiva, mesmo que desta não dependa economicamente.

O dano decorrente do abalo de crédito, de ações de cobrança só se verificarão na via reflexa se a vítima indireta provar a ocorrência do dano e que foi submetido aos efeitos, como por exemplo, a cobrança ser ilegítima e ser feita de forma a provocar constrangimentos, vexames aos familiares, por certo que a solidarização do cônjuge ou dos outros membros da família com os transtornos sofridos pela vítima direta, não gera presunção absoluta de danos morais por ricochete.

Com efeito, constatamos que a jurisprudência, em algumas hipóteses fáticas, reconhece o dever de indenizar a vítima direta do evento, bem como as pessoas que com ela tenham vínculo familiar.

Vale trazer acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em que reconheceu a ocorrência do dano moral indireto, o nexos causal e a titularidade da esposa da vítima direta diante da negativa de atendimento médico em situação de emergência<sup>36</sup>:

*Embargos de declaração. Decisão monocrática fundada no art. 557 do CPC. Ocorrência de omissão. Vício que ora se sana. Pleito também formulado pela esposa. Dano moral em ricochete. Negativa da prestação de serviços médicos que abala não só a integridade psicológica do paciente, como também a de seus familiares próximos, os quais são alcançados pelo sofrimento de ver seu ente querido submetido a extrema aflição e angústia ante a impossibilidade*

<sup>36</sup> Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em 29 jan. 2009.

*de obter o tratamento indispensável à manutenção de sua saúde e de sua vida, sofrendo, portanto, de forma reflexa, o dano moral causado a ele. Jurisprudência dominante no eg. STJ. Quantum reparatório de R\$ 10.000,00 hábil a minimizar o abalo emocional sofrido pela esposa do paciente que o acompanhou na via tortuosa da busca pela cobertura do procedimento médico urgente. Pleito de majoração do percentual dos honorários sucumbenciais, que não merece acolhida, posto que a lide é de pouca complexidade e sem incidente processual. Parcial provimento dos embargos de declaração. (2008.001.58809 - Apelação Cível. Des. Celia Meliga Pessoa - Julgamento: 18/12/2008 - Decima oitava Câmara Cível).*

### III - CONCLUSÃO

À guisa das considerações feitas, pode-se concluir que, em um primeiro momento, a reparação moral passou por diversas fases no universo social, sendo associada, inicialmente, à imoralidade por impor um pagamento de um valor pela violação de um bem imaterial, contudo, com a ordem jurídica constitucional que se instaurou, firmou-se o seu reconhecimento.

Vimos que a reparação para o dano moral não busca dar um preço para um bem personalíssimo violado, mas dar equivalência, conforto à vítima, trazendo-lhe senso de justiça e afastando a impunidade.

Concluiu-se que, de acordo com o novo enfoque constitucional, a melhor tese é aquela que sustenta ser o dano moral uma ofensa à cláusula geral de tutela da pessoa humana<sup>37</sup>, o que vem a demonstrar claramente que o bem violado no dano moral é distinto da natureza do bem violado no dano material.

Sob esta perspectiva, vimos que os direitos da personalidade como objeto do dano moral não se restringem àqueles previstos na legislação civil, podendo abarcar qualquer bem imaterial, que

<sup>37</sup>CAVALIERI Filho, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 6ª ed. Malheiros, 2005, p. 101/102.

deve ser constatado em cada caso concreto, com base na “cláusula geral de tutela da pessoa humana”<sup>38</sup>.

Assim, haverá casos em que será admitido o dano moral indireto ou reflexo, pois, sendo todos os seres humanos titulares de direitos personalíssimos, nada mais justo que de um evento danoso que produza uma série de efeitos, que alcancem tanto a vítima direta quanto a indireta, faça surgir para cada uma direitos autônomos a serem ressarcidas, por certo que não será lícito fixar um valor indenizatório global.

Pudemos verificar, em linhas gerais, que o dano moral reflexo não se confunde com a possibilidade de transmissibilidade da reparação pelo dano moral.

Por fim, concluímos que, em atenção ao princípio da Razoabilidade, haverá limitação quanto ao número de ofendidos indiretos que teriam direito de pleitear a reparabilidade, sendo que em relação a indivíduos e casos específicos haverá uma presunção que de fato o dano ocorrerá, enquanto que nos demais casos, será imprescindível a prova do dano e do reflexo deste. 

---

<sup>38</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 128.

# O Valor Mínimo da Indenização Cível Fixado na Sentença Condenatória Penal: Notas sobre o Novo Art.387, IV do CPP

Antonio do Passo Cabral

*Procurador da República. Professor de Teoria Geral do Processo e Processo Civil da UERJ. Mestre em Direito Público pela UERJ. Doutorando em Direito Processual pela UERJ e pela Ludwig-Maximilians Universität (Munique, Alemanha).*

## 1. INTRODUÇÃO. INCIDÊNCIA MÚLTIPLA E SISTEMAS DE INTERFERÊNCIA ENTRE AS JURISDIÇÕES CIVIL E PENAL

O fenômeno da incidência múltipla permite que um mesmo fato jurídico repercuta e tenha consequências jurídicas em diversas esferas: penal, civil, administrativa. Assim, quando praticado um crime, além da repressão através da pena, pode ser cabível sanção administrativa ou disciplinar, e também a reparação do dano patrimonial causado à vítima.<sup>1</sup>

Os sistemas no direito comparado variam entre modelos diversos no que tange à possibilidade de que o juízo criminal fixe diretamente, na própria sentença penal, o valor da indenização civil.<sup>2</sup> Dentre estes modelos, os mais importantes são os sistemas

<sup>1</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 26ª Ed., v. II, 2004, p. 2; BURINI, Bruno Corrêa. *Efeitos civis da sentença penal*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 36.

<sup>2</sup> TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, v. I, tomo II, 1956, p.107-113; Idem, *Instituições de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense,

da separação e da adesão. O sistema da separação proíbe que seja postulada reparação civil no processo penal (modelo anglo-americano e holandês). Já o sistema da adesão, previsto na Itália, Alemanha e Portugal, determina a fixação da indenização pelo juízo penal, postulada, ou pela vítima e seus sucessores (chamados frequentemente de “partes civis”), ou pelo Ministério Público como substituto processual.<sup>3</sup> E restringe, por consequência, os requerimentos indenizatórios no juízo cível.

No Brasil, a evolução legislativa foi a seguinte: no Código Criminal do Império de 1830 foi adotada a adesão facultativa, pois a vítima poderia requerer a reparação no juízo cível. Posteriormente, sobreveio o modelo da adesão obrigatória, a partir do Código de Processo Criminal do Império de 1832. Com o advento da Lei n. 261 de 1841, passou-se a adotar o sistema da separação entre as instâncias civil e criminal, que vige até os dias atuais e desvincula a sanção penal da responsabilidade civil.<sup>4</sup> É verdade que o projeto de novo Código de Processo Penal, em tramitação no Congresso Nacional, prevê a adesão facultativa da parte civil,<sup>5</sup> mas ainda

---

v. III, 1959, p. 432 e ss; ASSIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*. São Paulo: RT, 2ª Ed., 2000, p. 44; MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008, p. 238. Sobre a história romana, e a comparação entre os sistemas francês e os diversos modelos dos *Ländern* à época, Cf. BINDING, Karl. *Grundriss des deutschen Strafprozessrechts*. Leipzig: Duncker & Humblot, 5ª Ed., 1904, p. 115-116.

<sup>3</sup>No sistema italiano, discute-se se a parte civil é litiscorsorte, terceiro interveniente ou se haveria conexão de causas. Cf. LEONE, Giovanni. *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1954, p. 117-118 e 121. Na Alemanha, Cf. VOLK, Klaus. *Grundkurs StPO*. München: C.H.Beck, 6ª Ed., 2008, p. 341; BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. Heidelberg: C.F.Müller, 10ª Ed., 2008, p. 359 e ss.

<sup>4</sup>CÂMARA, Alexandre Freitas. “Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal - reflexões sobre a Lei n. 11.719/2008”, in RDPP, n. 56, junho-julho, 2009, p. 72; TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. *Op.cit.*, p. 113-115; Idem, *Instituições de Processo Penal*. *Op.cit.*, p. 439-440.

<sup>5</sup>Sistema similar é adotado na Suíça, como nos mostra SCHMID, Niklaus. *Strafprozessrecht. Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozesses des Kantons Zürich und des Bundes*. Zürich: Schulthess, 4ª Ed., 2004, p.170: “In dem von den Strafverfolgungsbehörden von Amtes wegen betriebenen Strafverfahren beschränkt sich die Rolle des Verletzten üblicherweise darauf, als Zeuge oder Auskunftsperson über den Deliktshergang auszusagen und/oder im Sinne eines Zivil- oder Adhäsionsklägers für den erlittenen Schaden (eingeschlossen Genugtuung und Zins) Ersatz zu beanspruchen. Es soll dem Geschädigten ermöglicht werden, gleichsam im Schlepptau des Strafverfahrens und vor der gleichen Instanz Schadenersatz zu erlangen. Ein zusätzlicher Zivilprozess gegen den Täter wird ihm so erspart, obwohl er einen solchen separat führen kann”.

vige nosso modelo de separação de instâncias, regra consagrada no art. 1.525 do Código Civil de 1916, e reproduzida no Código Civil de 2002 (art. 935): “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

Pela leitura do dispositivo, vê-se que a separação de instâncias não é absoluta, mas mitigada, imersa num mecanismo de interferência, com prevalência da jurisdição penal.<sup>6</sup> Se as questões referidas do art. 935 do CC não forem decisivamente definidas na esfera penal, mantém-se aberta a via cível. Neste sentido, o art. 66 do CPP complementa: “não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”.

Este modelo de separação relativa de instâncias foi moldado a reboque da publicização do direito penal. Como se sabe, nos primórdios de sua trajetória histórica, o direito penal era “privatizado”, e a sanção penal protegia um direito subjetivo da vítima. Aos poucos, a repressão penal passou a tutelar interesses públicos, valores dignos de proteção no ordenamento jurídico (os bens jurídicos), e com isso uma das consequências naturais seria apartar discussões sobre questões patrimoniais do processo criminal.<sup>7</sup> A vítima teve seu papel reduzido e limitadas suas faculdades processuais. No mais, entendia-se que a responsabilidade penal, por ser obrigatória como regra, deveria ser separada

<sup>6</sup> Interferência que se observa também na Argentina. Cf. MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal: fundamentos**. Buenos Aires: Del Puerto, 2ª Ed., 3ª Reimpressão, 2004, p. 178.

<sup>7</sup> Sobre as teorias e a terminologia em torno do bem jurídico, com referências tanto ao direito brasileiro como em relação ao debate no estrangeiro, é lapidar a síntese empreendida por GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato - uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, 2004, *passim*; ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: RT, 5ª Ed., 2004, p. 438 e ss. Sobre a publicização do direito penal e o bem jurídico, Cf. VON LISZT, Franz. **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**. Berlin: J.Guttentag, 8ª Ed., 1897, p. 59-61, especialmente nota 1 da p. 59-60.

da responsabilidade civil, esta facultativa porque toca interesses disponíveis.<sup>8</sup>

Nesse contexto, nosso sistema da separação de instâncias não previa a fixação de indenização em favor da vítima no processo penal, mas sempre atribuiu ao lesado a ação civil *ex delicto*, ajuizada no juízo cível para obtenção da indenização, ainda que na pendência da ação penal (art. 64 do CPP).<sup>9</sup> A vítima lesada tem ainda a opção de aguardar o trânsito em julgado da discussão criminal e utilizar a sentença penal condenatória como título executivo na esfera cível (art. 475-N, II do CPC), porque um dos efeitos “genéricos” da sentença penal condenatória, automático e que não precisa sequer ser mencionado pelo juiz na sentença, é tornar certa a obrigação de indenizar (art. 91, I do CP).<sup>10</sup>

Cabe lembrar que, mesmo sendo título executivo, a sentença penal condenatória transitada em julgado, como não continha, historicamente, fixação do valor da indenização, era um título carecedor de um dos requisitos para sua constituição válida: a liquidez. Fazia-se necessária a instauração prévia de processo de liquidação de sentença para que fosse quantificado o valor do dano e então executada civilmente a condenação criminal (utiliza-se até hoje a liquidação por artigos, prevista no art. 475-E do CPC).

Esta equação entre as esferas criminal e cível revelava um cenário pernicioso que tornava a reparação civil do dano decorrente de um fato criminoso mais demorada e cara, seja pela ação civil

<sup>8</sup> HERTEL, Daniel Roberto. “Aspectos processuais civis decorrentes da possibilidade de fixação de indenização civil na sentença penal condenatória”, in *Revista da AJURIS*, v. 36, n. 114, junho, 2009, p. 63.

<sup>9</sup> Claro que, se a ação civil for ajuizada na pendência da ação penal (art. 64 CPP), é medida cautelosa suspender a demanda cível para não gerar decisões conflitantes (art. 63, parágrafo único CPP). A suspensão da ação civil *ex delicto* é facultativa, a teor dos arts. 110 e 265, IV, a, do CPC, mas convém. Cf. TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. *Op.cit.*, p. 442; HERTEL, Daniel Roberto. “Aspectos processuais civis decorrentes da possibilidade de fixação de indenização civil na sentença penal condenatória”, *Op.cit.*, p. 68. Sobre o tema, Cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 11ª Ed., 2009, p. 171; MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, v. I, 1980, p. 235-236.

<sup>10</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. *Op.cit.*, p. 238-239.

*ex delicto*, seja pelas delongas do processo de liquidação. Além disso, era um modelo que multiplicava o número de processos em tramitação no Judiciário, ainda que a cognição judicial, em todos eles, tivesse pontos comuns de fato e de direito.<sup>11</sup>

A recente reforma do processo penal modificou os arts. 63 e 387, IV do CPP, afirmando que o juiz fixará o valor mínimo da indenização dos danos decorrentes da infração penal, tornando o título executivo parcialmente líquido. O art. 63, parágrafo único do CPP afirma ainda que o valor fixado na sentença penal não impedirá que a parte busque a liquidação para apuração de quantia superior, obtendo, assim, a integral reparação do dano. Note-se que uma só sentença penal pode dar ensejo, concomitantemente, a uma execução pela parcela líquida (o valor mínimo fixado) e à liquidação para fixar o *quantum* do restante.<sup>12</sup> Neste ponto aplica-se o art.475-I, § 2º, do CPC.

A aplicação prática destes novos dispositivos vem criando uma série de problemas e fomentando grande número de indagações sobre seu correto tratamento. O desenho de um sistema coerente e que coordene processo civil e processo penal é um grande desafio para quem estuda a nova legislação. Tentaremos, nas linhas seguintes, passar nossas primeiras ideias e impressões a respeito.

## **2. OBJETIVO DA REFORMA. CELERIDADE. ALTERAÇÃO DO PAPEL DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

O principal objetivo da reforma foi conferir celeridade à indenização, sem que o lesado tenha que suportar a demora do processo de liquidação de sentença ou ajuizar ação autônoma: algum valor já fica definido desde logo.<sup>13</sup> Mas também foi escopo da

<sup>11</sup> Em favor do modelo da cumulação de questões cíveis e criminais no mesmo processo, argumenta-se com economia processual e a vantagem em aceitar a colaboração do ofendido, sem contar a necessária coerência das decisões por serem juízos sobre fatos idênticos. Cf. VOLK, Klaus. *Grundkurs StPO*. *Op.cit.*, p. 341; TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. *Op.cit.*, p.433-434.

<sup>12</sup> HERTEL, Daniel Roberto. “Aspectos processuais civis decorrentes da possibilidade de fixação de indenização civil na sentença penal condenatória”, *Op.cit.*, p. 69-70.

<sup>13</sup> O que veio afirmado expressamente na exposição de motivos da lei reformadora, publicada na Mensagem n. 213, em 30.03.2001, no *Diário da Câmara dos Deputados*, p. 9510.

nova regra reduzir o número de processos, acompanhando uma tendência mundial de resolver certas questões, em casos de incidência múltipla, na mesma relação processual, procurando reduzir ou apagar, de uma só vez e aproveitando a cognição sobre pontos comuns, todos os efeitos que o crime possa ter gerado.<sup>14</sup>

Ao mesmo tempo, e talvez mesmo sem que este fosse um objetivo direto da lei, a nova regra remodela o papel da vítima no processo penal brasileiro, o que também foi sentido no direito comparado nas últimas décadas.<sup>15</sup> Com efeito, o lesado passa a ter seus interesses patrimoniais parcialmente tutelados, o que imporá certamente novas configurações das faculdades e poderes processuais do assistente de acusação.

Vê-se, então, uma tendência de “redescobrimto” da vítima, que se reflete na preocupação do sistema penal com a reparação civil.<sup>16</sup> É verdade que, sistemicamente, o modelo penal brasileiro sempre esteve atento à reparação do dano, o que se percebia em diversas disposições do Código Penal, das quais se pode ver que a reparação possibilita *sursis* especial (art. 78 § 2º); é condição do livramento condicional (art.83, IV); pode ser causa de diminuição de pena (art. 16) ou circunstância atenuante (art. 65, III, b), a depender do momento em que empreendida; é condição para a reabilitação (art. 94, III) e causa de extinção da punibilidade no peculato culposo (art. 312 § 2º). E a redescoberta da vítima vem sendo notada também, de algum tempo, em vários diplomas legais do direito processual penal, como na Lei 9.807/99, que trata da proteção de vítimas e testemunhas ameaçadas, na composição ci-

<sup>14</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal. Op.cit.*, p. 5.

<sup>15</sup> Na Alemanha, p.ex., a *Opferschutzgesetz* de 18.12.1986 (“lei de proteção de testemunhas”), em vigor a partir de 01.04.1987, já alterara a assistência, o procedimento da adesão para fins da reparação *ex delicto* (*Adhäsionsverfahren*) e os poderes da vítima no processo penal alemão. Posteriormente, em 24.06.2004, pela lei de reforma dos direitos das vítimas (*Opferrechtsreformgesetz* ou *OpferRRG*) os direitos das vítimas foram precisados e ampliados. Sobre a evolução, Cf.ROXIN, Claus. “Einführung”, in *Strafprozessordnung*. München: Deutscher Taschenbuch, 45ª Ed., 2009, p. XXI e XXIV.

<sup>16</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; OLIVEIRA, Ana Schmidt de. *A vítima e o Direito Penal*. São Paulo: RT, 1999; RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 17ª Ed., 2009, p. 581.

vil dos danos (positivada na Lei 9.099/95) ou na reparação do dano como condição para a transação penal em crimes ambientais, prevista pela Lei 9.605/98 (art. 26). No bojo das recentes reformas, o ofendido teve também ampliados seus poderes processuais (art. 201 do CPP). Então, cabe enfatizar que esta alteração do art. 387, IV do CPP não é uma mudança brusca, mas resultado de um processo gradual.<sup>17</sup>

No mesmo sentido, queremos destacar que a possibilidade de o juiz fixar, na sentença penal, montante indenizatório em favor da vítima do delito não é novidade no ordenamento brasileiro. O Código de Trânsito já previa, em seu art. 297, uma multa reparatória para a vítima quando a infração tiver causado prejuízos materiais, estabelecendo ainda que a multa será descontada da indenização fixada no cível. Outra disposição similar já tinha sido introduzida no próprio Código Penal pela Lei 9.714/98, que criou a pena de prestação pecuniária, que pode ser revertida em favor da vítima. Embora seja uma pena (sanção criminal), e tenha seu valor balizado e limitado pela lei, seu valor será descontado na indenização total a ser fixada na esfera cível (art. 45 § 1º do CP).

Diante desse quadro legislativo, anterior à última reforma, é possível afirmar que tenha havido alguma mudança nas relações entre as instâncias penal e civil? Teria a nova disposição do art. 387, IV do CPP quebrado o modelo de separação das instâncias? Em nosso sentir, não se altera a classificação de nosso sistema, que continua baseado no modelo de separação. Como nenhum sistema é totalmente puro, trata-se apenas de mais uma atenuação da separação de instâncias brasileira, que já era mitigada.<sup>18</sup> Ou seja, nosso sistema se mantém, mas ganhou, agora, outra exceção. As instâncias continuam independentes, até porque a vítima continua

<sup>17</sup> PRADO, Geraldo. “Justiça penal consensual”, in *Diálogos sobre a justiça dialogal. Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

<sup>18</sup> Com razão MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. *Op.cit.*, p. 241. Sobre a “impureza” dos sistemas no direito comparado, Cf. TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. *Op.cit.*, p.107.

podendo recorrer ao juízo cível para obter a total reparação do dano.<sup>19</sup>

### 3. A QUANTIFICAÇÃO DO DANO COMO PODER-DEVER DO JUIZ, CONDICIONADO À EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS SUFICIENTES

Cabe perquirir qual o espaço de conformação que a regra do art. 387, IV do CPP confere ao juiz. A literalidade do texto (“fixará”) mostra que se trata de um poder-dever. Não existe faculdade do magistrado. A lei pretendeu, como vimos, facilitar e acelerar a indenização *ex delicto*. Para tanto, a recente reforma ampliou apenas as possibilidades de cognição do magistrado na esfera penal. Com efeito, além de já ser um efeito automático da condenação “tornar certa a obrigação de indenizar”, permite-se agora que o juiz conheça dos prejuízos civis e seja quantificada quantia mínima, desde logo, no próprio processo criminal. Porém, ao contrário do efeito genérico de tornar certo o dever de indenizar, a fixação do *quantum* mínimo da reparação civil é um efeito secundário (ou anexo) da condenação, e tem que constar expressamente da sentença.<sup>20</sup>

Não obstante, dizer que se trata de um poder-dever que deve constar da sentença não significa dizer que sempre haverá fixação da indenização ou tampouco que qualquer omissão em mencionar na decisão o *quantum* permita impugná-la. A quantificação do valor mínimo indenizatório depende da existência de provas nos autos que permitam ao juiz aferir a extensão do dano ou ao menos ter algum parâmetro para tanto. E não poderá o juízo criminal ampliar demais a atividade probatória a respeito do dano civil para não

<sup>19</sup> Claro que, para chegarmos a esta conclusão, compreendemos a parcela do *quantum* indenizatório como sendo componente de um dos efeitos secundários extrapenais da sentença condenatória, e não uma pena, à moda da prestação pecuniária.

<sup>20</sup> BALTAZAR JR., José Paulo. “A sentença penal de acordo com as leis de reforma”, in NUC- CI, Guilherme de Souza (Org.). **Reformas do processo penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 283; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A sentença penal como título executório civil”, in **Revista de Direito Penal**, n. 4, out-dez, 1971, p. 46-47. Contra, afirmando não ser efeito da condenação e ser apenas uma faculdade do magistrado, RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. *Op.cit.*, p. 581.

causar desvios procedimentais ou subverter a correta condução do processo para a solução da pretensão punitiva.

Em muitos casos, a avaliação não trará grandes dificuldades para o juízo, e tampouco introduzirá largos incidentes probatórios. Os exemplos são muitos, tanto na esfera federal como estadual. Pensemos em casos de roubos e furtos, onde o inventário de bens subtraídos, com avaliação indireta, ou um ofício do órgão público lesado, serviriam como balizamento razoável para o mínimo indenizatório; ou ainda um simples ofício do INSS quantificando o valor atualizado do benefício fraudado. Outras vezes, porém, será difícil fixar qualquer valor, mesmo mínimo, pela complexidade dos delitos envolvidos.

De fato, pode ocorrer que não haja elementos suficientes para fixar qualquer valor, inclusive mínimo, nas causas referentes a delitos muito sofisticados e a condutas que lesem uma grande quantidade de indivíduos. Exemplos são alguns crimes financeiros, fraudes societárias, formação de cartel, *insider trading*, etc., que podem gerar prejuízos variados a investidores, agentes econômicos, acionistas minoritários, muitos dos quais são ainda desconhecidos e outros que podem nem mesmo ter ciência da fraude ou do processo criminal. Nestes casos, os parâmetros para aquilatar o “mínimo” podem não ser trazidos aos autos sem sacrifício do bom andamento processual.

Isso pode ocorrer também nos crimes “tradicionais”. Sem embargo, e sobretudo nos delitos contra a vida e contra a honra, pode ser que também exista dificuldade em empreender a quantificação do valor do dano sem que se abram grandes incidentes instrutórios a este respeito.<sup>21</sup> Em todas estas hipóteses, pode o juiz deixar de fixar o valor.

<sup>21</sup> TJ/PR - Processo n. 0569880-2 - Rel. Des. Eduardo Fagundes, j.03.09.2009; TJ/RJ - Apelação n. 2008.050.06896 - Rel. Des. Marcus Quaresma Ferraz - Julg.18/02/2009: “(...) Tribunal do Júri. Artigo 121, § 2º, inciso IV e § 4º (...) No tocante a fixação da indenização, de acordo com a nova redação conferida ao artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, é grande a dificuldade de, no processo penal, ter a efetiva comprovação do valor dos danos sofridos pela vítima, ou pelos seus sucessores, principalmente quando esses sequer participaram do feito como assistentes, como no presente caso. O juiz, na verdade, não dispõe de elementos suficientes de convicção para aferir o valor da indenização, e, desse modo, é certo que deverá exercer esse novo atributo de forma muito cautelosa, a fim de que não

Entretanto, como se trata de poder-dever, o juiz deverá justificar a impossibilidade de quantificação.<sup>22</sup> Por conseguinte, sendo ou não possível a quantificação, a ausência de manifestação do magistrado na sentença é atacável por meio dos embargos de declaração. Quando for possível quantificar, o vício será a violação do dever legal de fixar o valor mínimo; e quando não for possível, o vício será a ausência de justificação desta impossibilidade.

A legitimidade para embargar, contudo, é restrita: como se trata de um interesse patrimonial, disponível e individual, só o ofendido poderá recorrer, até porque é vedado pela Constituição da República que o Ministério Público patrocine causas individuais disponíveis. Apenas uma exceção pode ser imaginada para esta legitimidade: quando a ação civil *ex delicto* puder ser ajuizada pelo MP, na forma do art. 68 do CPP, é natural que ao *parquet* seja também assegurada a legitimidade recursal contra a parte da decisão que fixou erroneamente ou deixou de fixar o valor mínimo da reparação. Lembremos que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a norma do art. 68 do CPP é constitucional se (e enquanto) a Defensoria Pública não estiver adequadamente instalada para desincumbir-se da tarefa de tutela dos hipossuficientes econômicos.<sup>23</sup>

#### **4. DESNECESSIDADE DE REQUERIMENTO. AMPLIAÇÃO LEGAL DA COGNIÇÃO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO OU À CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA**

sejam praticadas injustiças, suprimindo do réu seus direitos fundamentais de exercício da ampla defesa e contraditório. Em consequência, como bem determinou a nova disposição legal, o juiz deverá restringir-se a fixação de um valor mínimo de indenização, e, assim, percebe-se com nitidez o exagero do quantum fixado na sentença, que muito além das indenizações globais, integrais, fixadas nos juízos cíveis, que se utilizam de todas as garantias atinentes ao devido processo legal para a correta fixação dessas indenizações, atribuiu o valor elevadíssimo de 100 salários mínimos, forçando frisar que tanto o apelante como a vítima têm precária situação financeira. Apelo parcialmente provido, para adequar as penas e fixar o valor mínimo da indenização na quantia correspondente a quatro salários mínimos, mantidas as demais cláusulas da sentença”.

<sup>22</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal. Op.cit.*, p. 242; BALTAZAR JR., José Paulo. “A sentença penal de acordo com as leis de reforma”, *Op.cit.*, p. 285.

<sup>23</sup> Confira-se RE 196.857, Rel. Min. Ellen Gracie, j.06.03.2001.

Tem-se entendido majoritariamente que não é necessário requerimento para que o magistrado fixe o valor mínimo da condenação. Por força do art.387, IV do CPP, a cognição judicial e o *thema decidendum* são estendidos *ope legis* à quantificação do dano, isto é, o poder de fixar o valor mínimo decorre diretamente da lei, já que o objetivo da reforma é tornar, ao menos parcialmente, o título executivo líquido.<sup>24</sup>

De fato, o pedido ou requerimento a respeito foi dispensado pelo legislador, até porque a vítima muitas vezes desconhece o direito à indenização ou possui algum temor em ajuizá-lo. Assim tem sido também o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.<sup>25</sup>

Se não é necessário requerimento, entendo que devam ser afastados todos os argumentos que apontam ofensa à correlação entre acusação e sentença ou ao sistema acusatório.<sup>26</sup> Ou ainda posicionamentos que concluem pela inconstitucionalidade da postulação, se formulada pelo MP em favor da vítima, porque um tal pedido do órgão acusatório em benefício do ofendido seria decorrente de uma legitimidade extraordinária não pre-

<sup>24</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal. Op.cit.*, p. 170; BALTAZAR JR., José Paulo. “A sentença penal de acordo com as leis de reforma”, *Op.cit.*, p. 286.

<sup>25</sup> TJ/RJ - Apelação n. 2009.050.03079 - Rel. Des. Siro Darlan de Oliveira - julg.11/08/2009; TJ/RJ - Apelação n. 2009.050.04847 - Des. Suely Lopes Magalhães - Julg. 19/08/2009 - “(...) Embora desnecessária a manifestação do Ministério Público, cabe ao juízo considerar o prejuízo sofrido pela vítima, nos termos exatos do artigo 387, inciso IV, do CPP, e justificar adequadamente a fixação do valor a ser pago a título de reparação. (...)”; TJ/RJ - Apelação n. 2009.050.00995 - Des. Suely Lopes Magalhães - julg.11/03/2009: “(...) Desnecessário o pedido formal com vistas a apuração do valor mínimo para a reparação, quando este encontra-se cabalmente demonstrado.”

<sup>26</sup> Pela necessidade de pedido, RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal. Op.cit.*, p. 582-583. Câmara afirma que haveria incompatibilidade da regra com o sistema acusatório. Se o MP não pode formular pedido a respeito, as funções de acusar e julgar estariam na mesma pessoa: o juiz. Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. “Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal - reflexões sobre a Lei n.11.719/2008”, *Op.cit.*, p. 79. Não obstante, estamos com aqueles que ligam o modelo acusatório à pretensão punitiva, ao delito e seus aspectos penais. Não há que confundir ação civil e ação penal, e esta exista, para aplicação do direito penal. Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal. Op.cit.*, p. 4; MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal. Op.cit.*, p. 83; MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal. Op.cit.*, p. 443 e ss.

vista em lei.<sup>27</sup> Sem embargo, se houvesse necessidade de requerimento, a reparação deveria ser postulada pela vítima, como nos sistemas europeus de adesão, o que não é o caso brasileiro, antes ou depois da nova lei.

## 5. A PROTEÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL: VALOR MÍNIMO E RESTRIÇÃO DA COISA JULGADA

Numa primeira aproximação, as restrições probatórias sobre a extensão dos danos civis poderiam ferir direitos processuais do réu, que poderia ver violado o devido processo legal e sobretudo seu direito à prova, que reflete importante aspecto da ampla defesa: o direito de defender-se provando.<sup>28</sup> Isto se dá porque, no curso do processo-crime, seria inconveniente abrir instrução probatória muito detalhada, ou ainda introduzir espaço de larga cognição judicial a tal respeito, o que poderia gerar transtornos à boa tramitação do processo penal.

Porém, a lei, de alguma forma, procura atenuar os prejuízos que o réu poderia sofrer em seu direito de defesa, ao prever que a fixação do valor do dano, no juízo criminal, pode gerar apenas uma avaliação parcial. Trata-se de uma compensação sistêmica a este déficit defensivo. Ao juiz cabe fixar o *valor mínimo*, deixando a definição do valor integral do dano sofrido para um procedimento mais alongado, sem restrições de prova e onde todas as garantias fundamentais processuais serão amplamente observadas.

Assim, se os argumentos e a prova a serem levados ao processo penal para a definição do prejuízo não podem ser sempre muito aprofundados, a fórmula que a legislação encontrou para, ao mesmo tempo, facilitar a indenização ao lesado e proteger os direitos do réu ao devido processo legal, foi limitar a indenização, na sentença condenatória penal, apenas ao valor mínimo do dano, que deverá ser descontado na esfera cível.

<sup>27</sup> Assim sustenta CÂMARA, Alexandre Freitas. “Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal - reflexões sobre a Lei n. 11.719/2008”, *Op.cit.*, p. 74.

<sup>28</sup> Confira-se, por todos, GRECO, Leonardo. “As garantias fundamentais do processo: o processo justo”, *in Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Fac. Direito de Campos, 2005, p. 282.

Além disso, as restrições probatórias e redução da cognição exigem outra compensação, a favor dos direitos fundamentais, referente à estabilidade da decisão que fixa o valor indenizatório na esfera penal. A doutrina brasileira sempre compreendeu que, toda vez que restrições de natureza diversa, inclusive probatória, reduzirem a possibilidade de aprofundamento da cognição judicial, as decisões não podem tender à definitividade. A superficialidade do conhecimento do juiz e possíveis ofensas a garantias processuais são as razões pelas quais não se admite que tais decisões sejam revestidas da autoridade de coisa julgada.<sup>29</sup>

Ora, se a fixação criminal sobre o dano, ainda que em valor mínimo, fosse firmada sempre em caráter definitivo, ou seja, se sobre o mínimo fixado na esfera criminal houvesse formação de coisa julgada, não poderia haver restrições probatórias. Portanto, devemos concluir que, diante das limitações que impedem ampla produção de prova para a fixação do valor mínimo do dano, a cognição judicial revela-se sumária. A consequência teórica desta constatação é compreender que, neste ponto, a sentença criminal pode não assumir uma estabilidade forte, típica da coisa julgada. Vale dizer, o valor indenizatório mínimo adquire apenas uma estabilidade fraca, própria de decisões precárias, baseadas em cognição menos intensa e sujeitas a alterações.<sup>30</sup> Assim, a cognição sobre a quantificação do dano poderá ser reaberta integralmente no futuro, e mesmo aquele valor mínimo definido na esfera penal

<sup>29</sup> WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. Campinas: Bookseller, 2ª Ed., 2000, p. 124 e ss.

<sup>30</sup> Algo similar é previsto no sistema germânico. A *Strafprozessordnung* prevê no § 406 que o juiz decida sem resolver a questão, hipótese chamada “*Absehen von der Entscheidung*”, na qual a decisão, segundo a doutrina, não é coberta pela coisa julgada. O efeito é apenas fazer cessar a litispendência, permitindo que o lesado, sem estabilidade da decisão, possa fazer valer a pretensão de outro modo. É a conclusão de BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. *Op.cit.*, p. 360: “‘*Absehen von einer Entscheidung*’ in diesen Fällen bedeutet, dass das Gericht den Antrag weder ablehnt noch verwirft. Das Absehen hat zur Folge, dass die Rechtshängigkeit endet, ohne dass rechtskräftig über die Ansprüche entschieden wird. Der Verletzte kann den Anspruch anderweit geltend machen”. Lembramos ao leitor que este efeito de “fazer cessar a litispendência” tem, no modelo alemão, extrema relevância, por se tratar de um sistema de adesão com restrições à reparação *ex delicto* na esfera cível se o lesado não tiver requerido no juízo criminal.

poderá ser rediscutido, seja na liquidação do restante do prejuízo, seja na ação civil *ex delicto*, ou ainda na impugnação ao cumprimento de sentença.<sup>31</sup>

Diversa é a estabilidade da sentença criminal no que tange ao “dever de indenizar”. Mesmo antes da reforma, por força do art. 91, I do CP, sempre fora compreendido como um “efeito genérico” da sentença tornar certa tal obrigação. O *an debeatur* é definido pelo juiz criminal em cognição exauriente, e a “certeza” do título, fixada na esfera penal, torna-se imutável e indiscutível, não podendo haver rediscussão no cível, como já afirmava a doutrina clássica. Tornaghi dizia que a sentença penal traz certeza não só no que se refere ao seu conteúdo criminal (a pena) mas também no que tange à declaração da obrigação de indenizar: resolve o *an debeatur*, deixando para a liquidação o *quantum debeatur*.<sup>32</sup> E o panorama não mudou após a edição do art. 387, IV do CPP. É só a liquidez do título executivo, ou seja, a fixação do valor mínimo do dano, que está submetida potencialmente a novas discussões, de acordo com a prova produzida e a cognição possível.

O leitor poderia imaginar alguma incongruência: como imaginar que o valor mínimo, definido na esfera penal, possa ser rediscutido no cível? Poderia o juízo cível, após fixado o dever de indenizar no processo penal, concluir não haver valores a ressarcir? Ora, se isso ocorrer, não será estranho ao sistema processual, em que é possível a chamada “liquidação pelo valor zero”, na qual, apesar de fixado o *an debeatur*, o processo liquidatório não apura qualquer valor.<sup>33</sup>

## 6. NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO

Anteriormente, ficou assentado que o juiz tem o poder-dever de fixar o valor mínimo da indenização, que independe de pedido

<sup>31</sup> Portanto, a cognição depende do resultado da prova, e, em sendo sumária, não torna a discussão sobre o mínimo indenizatório imutável e indiscutível. Ocorre aqui algo similar à cognição no mandado de segurança.

<sup>32</sup> TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. *Op.cit.*, p. 442-443 e 445-446.

<sup>33</sup> Claro que o fenômeno da liquidação por valor zero é excepcional, e geralmente, como bem lembrou Fredie Didier Jr., “patológica”, porque a existência de dano é pressuposto do *an debeatur* do título. Não obstante, é uma possibilidade admitida na doutrina e que funcionaria como regra de fechamento sistêmico no modelo aqui proposto.

expresso. Ao magistrado são abertas cognição e decisão a respeito do tema por força de lei, podendo conhecer de ofício das questões referentes ao valor do dano.

Porém, a moderna configuração do princípio do contraditório exige que haja debate entre as partes mesmo a respeito das questões que o juiz possa conhecer *ex officio*. No processo contemporâneo, não são permitidas as chamadas decisões-surpresa ou juízos de “terza via”.<sup>34</sup> Portanto, embora seja dispensado requerimento do interessado, não basta que haja prova suficiente dos prejuízos: deve haver debate prévio no processo.<sup>35</sup> E isto se aplica também ao processo penal, mesmo impregnado do interesse público que lhe é característico.<sup>36</sup> Assim têm sido as decisões de nossos tribunais a respeito do art. 387, IV do CPP.<sup>37</sup>

E o mesmo é notado também no direito comparado, onde, mesmo quando a lei processual penal permite que o juiz decida

<sup>34</sup> CABRAL, Antonio do Passo. “Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LX, n° 2, apr.-giug., 2005, p. 456-457; Idem, *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 247 e ss; DIDIER JR., Fredie. “O princípio da cooperação: uma apresentação”, in *Revista de Processo*, ano 30, n. 127, set. 2005, p. 77-78; FERRAND, Frédérique. “Le principe contradictoire et l’expertise en droit comparé européen”, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 52, n° 2, 2000, p. 357; COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del ‘giusto processo’*. Torino: G.Giappichelli, 2004, p. 58-59; NUNES, Dierle José Coelho. “O princípio do contraditório: uma garantia de influência e não surpresa”, in DIDIER JR., Fredie e JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 168-169; DENTI, Vittorio. “Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio”, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1968, p. 224-225; GRECO, Leonardo. “O princípio do contraditório”, in *Revista Dialética de Direito Processual*, n° 24, mar., 2005, p. 76-77.

<sup>35</sup> Não podemos, com todas as vênias, concordar com HERTEL, Daniel Roberto. “Aspectos processuais civis decorrentes da possibilidade de fixação de indenização civil na sentença penal condenatória”, *Op.cit.*, p.65.

<sup>36</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª Ed., 2005, p. 116-117.

<sup>37</sup> TJ/SP - Apelação n° 990.09.105572-7, Rel. Des. Pinheiro Franco, j.24.09.2009; Apelação n° 990.09.077292-1, Rel. Des. Fábio Gouveia, j.17.09.2009; TJ/MG - Processo n. 1.0243.07.004753-1/001, Rel. Des. Antonio Carlos Cruvinel, j.19.05.2009; TJ/MG - Processo n.1.0290.00.005820-3/001, Rel. Des. Renato Martins Jacob, j.24.06.2009; TJ/RS - Apelação n° 70028617801, Rel. Des. Dálvio Leite Dias Teixeira, j.16.09.2009; TJ/ES - Apelação n° 38070044276 - Rel. Des. Sergio Bizotto Pessoa de Mendonça, j.11.02.2009.

sem requerimento, exige-se contraditório.<sup>38</sup> O modelo português, p.ex., calcado no sistema da adesão, prevê que a vítima, para fins de obter a indenização cível, tenha que formular pedido no processo penal respectivo, restringindo as hipóteses de formulação de pedido indenizatório autônomo na esfera cível (arts. 71 e ss do CPP português). Mas permite que o juiz fixe o valor, mesmo na ausência de qualquer pedido, se circunstâncias especiais apontarem a necessidade de proteção da vítima. Neste caso, a lei lusitana é clara em exigir o contraditório (art. 82-A).

Não se pode, de outro lado, confundir necessidade de contraditório com exigência de requerimento. O contraditório não precisa de pedido ou requerimento para ser implementado. O magistrado pode suscitar o debate intimando as partes para que controvertam a respeito do tema. O mais importante é que a defesa do réu tenha oportunidade de discutir os valores apontados nos autos como sendo o prejuízo do lesado.

Na prática, alguns membros do MP têm solicitado ao juízo providências para que a questão da fixação do valor mínimo seja esclarecida, ora requerendo que conste do mandado de citação o alerta para que o réu também se defenda do valor, ora solicitando que aos autos venha alguma prova a respeito da extensão dos danos. Seriam válidas tais postulações? Entendemos que sim. Não se trata de requerimento parcialmente interessado, mas apenas com o objetivo de correta aplicação da lei, em favor da verdade real e preservando, até mesmo, o direito do réu ao contraditório.

## **7. INTERESSE RECURSAL NA APELAÇÃO**

Já analisamos a possibilidade de oposição de embargos de declaração contra a decisão omissa a respeito da fixação do valor mínimo, tanto nos casos em que possível a quantificação, se o juiz não o fizer, quanto nos casos em que impossível aferir o valor mínimo, se o juiz não justificar a impossibilidade de fazê-lo. Para

<sup>38</sup> Pedimos licença para divergir de CÂMARA, Alexandre Freitas. “Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal - reflexões sobre a Lei n.11.719/2008”, *Op.cit.*, p. 74 e RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal. Op.cit.*, p. 582, que fazem associação necessária entre o contraditório e a existência de pedido.

tanto, tem-se entendido cabíveis os embargos, até porque, como vimos, trata-se de um poder-dever do magistrado.

Agora a questão é outra: tendo sido fixado um valor, e não concordando com ele o lesado ou o condenado, pode haver recurso de apelação dirigido àquele capítulo da sentença? Existiria interesse em recorrer? A questão é complicada porque, tanto para o réu condenado quanto para a vítima irredimida, haveria utilidade no julgamento do recurso pela superior instância, que colocaria o recorrente numa posição jurídica mais favorável do que aquela anterior ao provimento recursal.<sup>39</sup>

Os Tribunais têm entendido cabível a impugnação por parte do réu. Seu interesse em recorrer parece ser mais facilmente compreendido pela relativa estabilidade que a decisão adquire mesmo em sede de cognição sumária, causando-lhe prejuízo imediato de ter que, na esfera civil, impugnar o valor já fixado no processo penal. Esperemos para ver se assim se firmará a jurisprudência.

Porém, talvez a mesma solução não se encaixe bem na posição do ofendido. Ainda que vejamos forte tendência de prestigiar a vítima no processo penal brasileiro, continuamos no sistema de separação relativa de instâncias. Neste quadro, ao lesado faltaria o interesse na perspectiva da necessidade do provimento. Com efeito, como o lesado tem aberta a via cível para liquidar o valor restante do prejuízo, ou mesmo a possibilidade de ajuizar a ação civil *ex delicto*, fica mais difícil visualizar seu interesse-necessidade quando requer que a majoração ocorra no próprio processo penal.

## **8. FIXAÇÃO EM CAPÍTULO PRÓPRIO DA SENTENÇA. CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DO VALOR**

Como questão de técnica, é conveniente que a reparação civil seja fundamentada de forma destacada na decisão. Isso ocorre porque a indenização cível enseja um capítulo próprio, que será tratado processualmente com relativa autonomia, dentro da teo-

<sup>39</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Interesse e legitimação recursal para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas. São Paulo: RT, 2000, p. 185 e ss.

ria dos capítulos de sentença.<sup>40</sup> São várias as consequências deste tratamento, principalmente no campo recursal.

Por exemplo, se o condenado entender equivocado o valor fixado, terá legitimidade para recorrer; se o recurso for parcial, e atacar apenas esta parte da sentença, o restante da decisão transita em julgado e pode ser expedida carta de execução de sentença (“carta de guia” ou “guia de execução”) para cumprimento da pena.

Outra consequência relevante da aplicação da teoria dos capítulos de sentença tocaria a prescrição penal quando houver recurso parcial apenas para reformar o capítulo referente à indenização cível. Neste caso, o trânsito em julgado do capítulo referente à pena deve ser certificado, o que tem repercussão tanto na prescrição da pretensão punitiva (cujo marco final é o trânsito em julgado), quanto da pretensão executória (que se interrompe com o início da execução da pena). Além disso, se o juiz tivesse que esperar o trânsito em julgado do capítulo referente à indenização para executar a pena, haveria um incentivo à impunidade e aos recursos meramente protelatórios desta parte da decisão.

Na fixação do valor mínimo, pode o juiz criminal utilizar os parâmetros dos arts. 948 e seguintes do CC,<sup>41</sup> que dispõem sobre critérios para a quantificação do dano em casos de homicídio, ofensas à saúde ou que diminuam a capacidade de trabalho, ofensas à honra, prisão ilegal, esbulho, cárcere privado, dentre outros.<sup>42</sup>

E os tribunais têm sido equilibrados na aplicação do art. 387, IV do CPP. Já se decidiu que, se o valor fixado pelo juiz criminal é bem inferior à estimativa do dano, ou reflete razoável proporção às consequências do delito (pensemos em crimes graves, como o homicídio ou atentado violento ao pudor, p.ex.), a sentença não

<sup>40</sup> Sobre o tema, no processo civil, Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 1ª Ed., 2ª tiragem, 2004, *passim*.

<sup>41</sup> BALTAZAR JR., José Paulo. “A sentença penal de acordo com as leis de reforma”, *Op.cit.*, p. 287.

<sup>42</sup> Vejam-se as seguintes decisões: TJ/SP - Apelação n. 1172741001, Rel. Des. Fábio Rogério Bojo Pellegrino.

merece correção.<sup>43</sup> No entanto, se a *res furtiva* foi parcialmente recuperada e a fixação do valor mínimo levou em consideração o total dos bens furtados (por meio de avaliação indireta realizada a partir das declarações do próprio ofendido), haveria excesso do juízo criminal.<sup>44</sup>

### 8.1. Fixação nas hipóteses de co-autoria. A diferença das responsabilidades civil e penal

Situação tormentosa na aplicação prática do art. 387, IV do CPP certamente será verificada nos casos de concurso de agentes, não só nos processos em que é imputada a prática de delitos em co-autoria ou participação, como também nos casos em que co-autores e partícipes não são processados na mesma relação processual, seja por razões de conveniência da persecução (art. 80 do CPP), seja porque só foram descobertas provas suficientes (justa causa) posteriormente ao ajuizamento da pretensão, já em fase adiantada do processo em andamento.

A dificuldade decorre da diferença de tratamento entre a responsabilidade civil e penal quando há concorrência de autores para o evento ilícito. Enquanto a responsabilidade civil é solidária, importando, de regra, em divisão *pro rata* da indenização entre os coautores (art. 942 e parágrafo único do CC), a responsabilidade

<sup>43</sup> TJ/RJ - Apelação n. 2009.050.03122 - Des. Denise Rolins Lourenço - julg. 18/06/2009: "(...) Por fim, não tem razão a defesa no que tange o afastamento da indenização imposta na sentença. Em relação à quantia de R\$ 1.000,00 (hum mil reais) fixada na sentença para reparação de danos, é ínfima, considerando-se o prejuízo sofrido pela vítima, no caso, uma motocicleta marca Honda, modelo CBX 250 Twister, ano 2007 que não foi recuperada. O determinado não se contrapõe ao disposto no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal. Recurso defensivo parcialmente provido". TJ/MG - Processo n.1.0470.07.037672-3/001 - Rel. Des. Julio Cesar Gutierrez, j. 20.05.2009: "Crime de Trânsito - Homicídio Culposo - Reparação dos danos - Quantum Indenizatório - Recurso Desprovido. A fixação do valor mínimo para a reparação dos danos causados pela condenação deve considerar os prejuízos sofridos pelo ofendido ou sua família, nos termos do inciso IV do art. 387 do CPP, acrescentado pela Lei 11.719/08. - O arbitramento de indenização em 20 (vinte) salários, em virtude da morte, por atropelamento, de criança de três anos de idade, não atenta contra o princípio da razoabilidade, sendo inadmissível a redução do valor". Assim também o TJ/PR - Processo n. 0567227-7 - Rel. Des. Ronald Juarez Moro, j. 24.09.2009.

<sup>44</sup> TJ/RJ - Apelação n. 2008.050.07428 - Rel. Des. Siro Darlan de Oliveira, julg. 05/05/2009.

criminal é fixada na medida da culpabilidade de cada agente, com as possibilidades de consideração, p.ex., de participação de menor importância (art. 29 e parágrafo do CP).

É verdade que, a partir do novel art. 944 e parágrafo único do CC, as hipóteses de culpa concorrente, no direito privado, começam a levar em consideração os chamados “graus de culpa” e sua influência na fixação do montante da indenização, mas o dispositivo ainda é novo e muito polêmico.

No processo penal, em caso de condenação, se ambos forem coautores e tiverem condutas similares ou de igual importância para a produção do resultado, pode-se impor a fixação do mínimo dividida isonomicamente entre os condenados. Mas a questão assumirá contornos mais tortuosos quando a decisão for diversa para cada um dos agentes ou quando estivermos diante de autoria e participação, sobretudo de menor importância. Pensemos no exemplo de processo ajuizado contra dois réus, um condenado e o outro absolvido por falta de provas sobre o dolo. Ou na hipótese em que é extinta a punibilidade em relação a um dos agentes, p.ex., pela morte, e o corréu é condenado. Nestes casos, embora a responsabilidade criminal tenha sido afastada, a reparação civil ainda é possível: no primeiro caso, porque pode haver responsabilidade civil por culpa em sentido estrito; no segundo caso, porque os sucessores do falecido responderão civilmente nas forças da herança.<sup>45</sup> Como fixar o valor mínimo do dano?

Alguns autores, diante das dificuldades de tratamento da questão, vêm afirmando que não cabe indenização em casos de concorrência de culpas.<sup>46</sup> Em nosso entender, é possível a fixação, e a chave para resolver os problemas neste ponto é a compreensão de que a cognição sobre o valor total do dano não é excluída pela fixação do mínimo: não há formação de coisa julgada, podendo

---

<sup>45</sup> Se a morte for na fase executória, a execução civil já iniciada não sofre qualquer sobressalto, apenas com redirecionamento aos sucessores. Cf. BALTAZAR JR., José Paulo. “A sentença penal de acordo com as leis de reforma”, *Op.cit.*, p. 288.

<sup>46</sup> BALTAZAR JR., José Paulo. “A sentença penal de acordo com as leis de reforma”, *Op.cit.*, p. 287.

ser reaberta a questão na esfera cível. Portanto, tenho que deva haver condenação *pro rata* na sentença criminal. Na esfera cível, os corréus condenados tanto poderão ser cobrados em conjunto pelo restante do prejuízo, caso a vítima assim deseje, como poderão regredir e discutir as “repercussões internas” do ressarcimento entre eles, seja pela solidariedade, seja pela diferenciação do grau de culpa.

A solução é um pouco diversa nos casos de absolvição e extinção da punibilidade. Quando houver decisão absolutória, é o fundamento usado pelo magistrado para a absolvição que será determinante: se os motivos excluírem a responsabilidade civil, a fixação do mínimo reparatório cairá integralmente sobre o réu condenado no crime. Isso ocorrerá quando o juiz criminal concluir pela inexistência do fato ou negativa de autoria (art. 935 do CC) em relação ao corréu. Todavia, se os fundamentos absolutórios não excluíram a possibilidade de responsabilização civil, a fixação do mínimo na sentença condenatória não é coberta pela coisa julgada, e então haverá possibilidade de ajustes desta fixação no juízo cível.<sup>47</sup> Assim, o juízo criminal não precisa ficar receoso de impor valores excessivos a apenas um ou alguns condenados. Digo o mesmo nos casos de extinção de punibilidade em que seja possível a responsabilização civil: se o juiz criminal não fixar *pro rata* a indenização, qualquer exacerbação poderá ser resolvida na esfera civil, onde as repercussões internas da solidariedade poderão ser solucionadas inclusive com modalidades requintadas de intervenção de terceiros.<sup>48</sup>

<sup>47</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal. Op.cit.*, p.175, onde, comentando as interferências entre as instâncias, afirma que: “É de se registrar, todavia, que a matéria vedada à discussão na instância cível limita-se exclusivamente à existência do fato e à respectiva autoria. Assim, parece-nos perfeitamente possível a alegação, no cível, de concorrência de culpa no evento danoso, ainda que tal questão não tenha sido abordada no juízo criminal, ou, se abordada, não tenha se mostrado suficiente para afastar a responsabilidade penal”.

<sup>48</sup> Por todos, especialmente sobre o chamamento ao processo e sua ligação com a solidariedade, Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros, 4ª Ed., 2006, p.158-159.

## 8.2. Crimes em que o sujeito passivo é o Estado. A execução fiscal e o conceito de dívida ativa não tributária

Outra indagação acerca do tema é especialmente relevante para os processos de competência da Justiça Federal, onde frequentemente o sujeito passivo do delito é o Estado. Nestes casos, havendo dano ao erário, cabe à Fazenda Pública a execução civil da indenização.

Seria portanto de questionar se pode haver fixação do valor mínimo da condenação por parte do juízo criminal, porque a Fazenda Pública goza de especiais privilégios para a execução de seus créditos, quantificados pelo próprio Estado, que produz unilateralmente o título executivo. É o formato da inscrição em dívida ativa e execução fiscal.

É certo que a execução fiscal não se esgota nos créditos de natureza tributária (art. 2º da Lei 6.830/80), mas será que o procedimento abrangeria também créditos de natureza indenizatória? Será que o conceito de “dívida ativa não tributária” é tão amplo? Afinal, a Lei 4.320/64 menciona que as receitas não tributárias decorrentes de “indenizações” poderão ser inscritas em dívida ativa (art. 39 §§ 1º e 2º).

Humberto Theodoro Jr. tem posição ampliativa, admitindo que até mesmo obrigações de natureza contratual possam ser executadas por execução fiscal.<sup>49</sup> O STJ tem jurisprudência vacilante sobre quais são os créditos da Fazenda Pública que são passíveis de execução fiscal. Já se decidiu que a execução fiscal só poderia ser usada para créditos tributários ou aqueles decorrentes de ato ou contrato administrativo típico. Na hipótese, afastou-se a possibilidade de execução fiscal de indenização por danos praticados ao patrimônio do DNER em acidente automobilístico.<sup>50</sup> Nos casos de recebimento ilegal de benefício previdenciário, fraude comum na prática da Justiça Federal, o Superior Tribunal tem negado a possibilidade de execução fiscal.<sup>51</sup> Porém, outros acórdãos já a admitiram.<sup>52</sup>

<sup>49</sup> THEODORO JR., Humberto. *Lei de execução fiscal*. São Paulo: Saraiva, 5ª Ed., 1998, p.14.

<sup>50</sup> REsp n. 362.160-RS, Rel. Min. José Delgado, DJ 18.3.2002.

<sup>51</sup> REsp n. 414.916-PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 20.5.2002.

<sup>52</sup> REsp n. 381.721-PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 1.7.2002.

Entendemos que, embora amplo, o conceito de “dívida ativa não tributária” não permite que a Fazenda Pública transforme-se em exequente de qualquer de seus créditos. Os privilégios próprios da execução fiscal só fazem sentido se a dívida cobrada decorre de uma atividade típica da pessoa jurídica de direito público, onde de regra os fatos são mais ou menos padronizados e já existem procedimentos e regulamentação para auxiliar a quantificação do dano. Neste sentido é a jurisprudência mais recente do STJ, inclusive afirmando que pouco importa, para verificar se cabe utilizar a execução fiscal, se o crédito é, em tese, incluído ou excluído da disciplina de Lei 4.320/64.<sup>53</sup> Já se decidiu também que a incerteza fática em casos de reparação civil não se compatibiliza com o modelo da execução fiscal.<sup>54</sup> Portanto, ainda que o sujeito passivo seja o Estado, será, de regra, cabível e útil a fixação do valor mínimo.

Não obstante, temos que concluir que não deverá haver fixação do valor mínimo em delitos tributários. Isto porque a jurisprudência firmou entendimento de que a deflagração da persecução penal depende do término do procedimento administrativo fiscal,<sup>55</sup> onde já vem quantificada a obrigação tributária, e consequentemente, havendo inscrição em dívida ativa, já haverá liquidez. Seria inconveniente ao processo penal, além de ter pouca ou nenhuma utilidade, a abertura cognitiva a respeito.

<sup>53</sup> Assim afirmou o STJ: REsp n. 867.718-PR, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 04.02.2009; REsp n.439.565-PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 11.11.2002, e no REsp n. 414.916-PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 20.5.2002, em cuja ementa se lê: “(...)2.O INSS tem, sem sombra de dúvidas, o direito de ser ressarcido de danos materiais sofridos em razão de concessão de aposentadoria fraudulenta, devendo o beneficiário responder, solidariamente, pela reparação dos referidos danos. 3. O conceito de dívida ativa não tributária, embora amplo, não autoriza a Fazenda Pública a tornar-se credora de todo e qualquer débito. A dívida cobrada há de ter relação com a atividade própria da pessoa jurídica de direito público. 4. *In casu*, pretende o INSS cobrar, por meio de execução fiscal, prejuízo causado ao seu patrimônio (fraude no recebimento de benefício), apurados em “tomada de contas especial”. 5. A apuração de tais fatos devem ser devidamente apurados em processo judicial próprio, assegurado o contraditório e a ampla defesa (...)”. A questão da Lei 4.320 encontra-se decidida nos embargos de declaração ao referido REsp.

<sup>54</sup> REsp 440.540-SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 01.12.2003.

<sup>55</sup> BALTAZAR JR., José Paulo. “A sentença penal de acordo com as leis de reforma”, *Op.cit.*, p. 286.

### 8.3. A questão dos danos morais

Discussão candente em sede doutrinária tem sido a possibilidade ou não de que o juízo criminal fixe danos morais, ainda que em valor mínimo.<sup>56</sup> Discussões similares também diferenciam alguns componentes do próprio dano material, como danos emergentes e lucros cessantes, que devem ser igualmente ressarcidos na esfera cível.

Ainda que a lei não faça qualquer restrição, majoritariamente se tem entendido não ser possível a fixação de valor mínimo a título de danos morais na sentença condenatória penal. Tal ilação, se não decorre da letra da lei, talvez seja tributária da tradição da doutrina do processo penal ao estudar a ação civil *ex delicto*, sustentando só ser cabível reparação civil quando o crime cause algum “prejuízo material”, o que excluiria os danos morais.<sup>57</sup>

Tenho que a questão não seja resolvida pela natureza do dano, se material ou moral, se referente aos danos emergentes ou lucros cessantes, etc. O que deve ser o norte para tal verificação é a prova necessária para aferir o valor mínimo dos danos. E é forçoso reconhecer que dificilmente os danos morais podem ser provados sem grandes incidentes probatórios, p.ex., por prova exclusivamente documental. Note o leitor que o mesmo talvez não seja tão improvável de ocorrer com os lucros cessantes.

Portanto, embora na maioria dos casos o dano moral necessite de prova alongada para sua aferição, se a prova estiver nos autos ou puder ser facilmente obtida, pensamos ser possível a fixação.

### 9. A questão dos limites subjetivos da coisa julgada

Alexandre Câmara coloca uma objeção contra a aplicabilidade da nova disposição invocando a disciplina da coisa julgada.

<sup>56</sup> TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*, *Op.cit.*, p.424; OLIVEIRA, Eugênio Paccelli de. *Curso de Processo Penal*. *Op.cit.*, p. 70; BALTAZAR JR., José Paulo. “A sentença penal de acordo com as leis de reforma”, *Op.cit.*, p. 87.

<sup>57</sup> Sobre a controvérsia, é de fundamental importância, mesmo sob o panorama legislativo pretérito, a leitura de TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. *Op.cit.*, p. 120-127 (especialmente p. 123 nota 24) e p. 132-135.

Para Câmara, após a reforma, os limites objetivos da coisa julgada criminal passaram a abarcar também a fixação do *quantum* referente ao mínimo indenizatório. E como a vítima não participou do processo, a vinculatividade ínsita à coisa julgada não poderia ser invocada por ela porque a coisa julgada não poderia beneficiá-la, a teor do art. 472 do CPC. Diz o autor: “Afinal, admitir que a coisa julgada alcance quem não participou do processo (nem foi substituído por alguém que tenha promovido a defesa de seu interesse), acarretaria uma inconstitucional violação ao princípio do contraditório”.<sup>58</sup> Portanto, em seu entender, se a coisa julgada não beneficia o ofendido que não participou, o condenado causador do dano poderia, na execução civil, discutir a própria existência da obrigação de indenizar, fixada anteriormente no juízo penal.

Assim não pensamos. Em primeiro lugar, a existência da obrigação de indenizar, a certeza do título executivo, é firmada na esfera criminal com formação da coisa julgada, como vimos. Ora, se isto ocorria antes da reforma, por força do art. 91, I do CP, não enxergamos como poderia ter sido modificado tal panorama após a alteração legislativa, que se limitou a modificar o sistema no que se refere à liquidez. A restrição probatória que justifica a queda de cognição (e a compensação de uma estabilidade mais tênue) diz respeito apenas à quantificação do valor mínimo. Por esta razão, discordamos também que a fixação do valor seja compreendida pelos limites objetivos da coisa julgada. Como afirmamos, se há restrições probatórias que impeçam cognição exauriente, não pode haver estabilidade forte típica da coisa julgada.<sup>59</sup>

Além disso, é moeda corrente no direito processual a diferença entre a vinculatividade da coisa julgada e os efeitos da sentença, o que é até lembrado por Câmara em seu texto. Se assim o é, ainda que o mínimo indenizatório fixado fosse compreendido

<sup>58</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. “Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal - reflexões sobre a Lei n.11.719/2008”, *Op.cit.*, p. 77-78.

<sup>59</sup> É claro que, como afirma Dinamarco, citado por Câmara, no momento da execução pode ser que já tenha havido pagamento, o que desfaria a “certeza” do título. Mas a possibilidade de alteração posterior no mundo dos fatos (no caso, pelo pagamento), não implica negar que, no momento da prolação da sentença, o dever de indenizar tenha sido fixado em cognição exauriente e com formação de coisa julgada.

nos limites objetivos da coisa julgada e se tornasse imutável, com o que não concordamos, ao réu condenado não seria dado rediscutir a questão na esfera cível.

De fato, é justamente a diferença entre eficácia da sentença e autoridade de coisa julgada, clássica no pensamento de Liebman,<sup>60</sup> que permite compreender que o art. 472 do CPC não trata dos efeitos das decisões, mas da vedação de rediscussão ínsita à coisa julgada, isto é, da proibição de reabertura do debate sobre as questões decididas. Os efeitos de decisões tomadas em um processo podem sim atingir terceiros que dele não participaram,<sup>61</sup> e inclusive são tais efeitos, atuais ou potenciais, que justificam o “interesse jurídico” nas intervenções de terceiros. Portanto, antes de ser violador do contraditório, compreender que terceiros podem ser atingidos pelos efeitos de uma decisão é justamente o que autoriza sua participação no processo.

O que os limites subjetivos da coisa julgada estabelecem (art. 472 do CPC) é que aqueles que participaram do processo (e portanto puderam argumentar, debater, impugnar), ficam vinculados ao que foi decidido, impedidos de rediscutir. Para outros sujeitos não participantes, não existiria tal vinculatividade, e estes poderiam reabrir o debate, em outros processos, sobre o que ficou decidido anteriormente.

No nosso caso, o causador do dano, o réu que discutiu a questão na esfera penal, que participou do processo e foi condenado, fica sim vinculado à coisa julgada. A este não será possível reabrir, em sede executiva, a discussão sobre a existência da obrigação de indenizar, pois ele próprio fica a ela vinculado.<sup>62</sup> De outra parte, é verdade que a vítima que não se habilitou como assistente de acusação, e então não participou, estaria excluída da vinculatividade, e poderia rediscutir tudo novamente; porém, a vítima, aqui, foi vencedora, e não faria qualquer sentido que o próprio lesado se

<sup>60</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 4ª Ed., 2007, *passim*.

<sup>61</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Saraiva, 3ª Ed., 1986, p. 111-112.

<sup>62</sup> TJ/SP - Apelação n. 892397700, Rel. Des. Richard Francisco Chequini.

opusesse à execução da parcela mínima dos danos que lhe beneficia. Lembremos ainda, no que tange ao *quantum* fixado, que este está excluído dos limites objetivos da coisa julgada porque sobre este ponto a cognição não é exauriente.

## 10. CONCLUSÃO

O debate sobre o novo art. 387, IV do CPP traz à tona diversas questões ainda muito novas e com escassa penetração nos Tribunais para que pudéssemos ver o norte das orientações jurisprudenciais.

No mais, como afirmamos anteriormente, imaginar um sistema coerente para aplicação da nova lei, bem como um modelo que coordene sem incongruências as esferas penal e cível, é tarefa deveras delicada, onde toda opção teórica e cada premissa adotada geram desdobramentos que podem, adiante, revelar-se contraditórios com algum ponto anterior da formulação. Procuramos, portanto, estruturar sobretudo um modelo consistente.

Assim, não foi nosso objetivo fazer um relato sobre as soluções judiciais atuais para os problemas que surgem de sua aplicação, mas apenas um inventário das discussões doutrinárias que vêm sendo observadas nas igualmente escassas manifestações dos especialistas, fornecendo aos leitores, a título propositivo, nossas primeiras impressões sobre como a reforma processual penal pode, neste ponto, ser corretamente aplicada. ☐