

REVISTA DA

ISSN 2236-8957

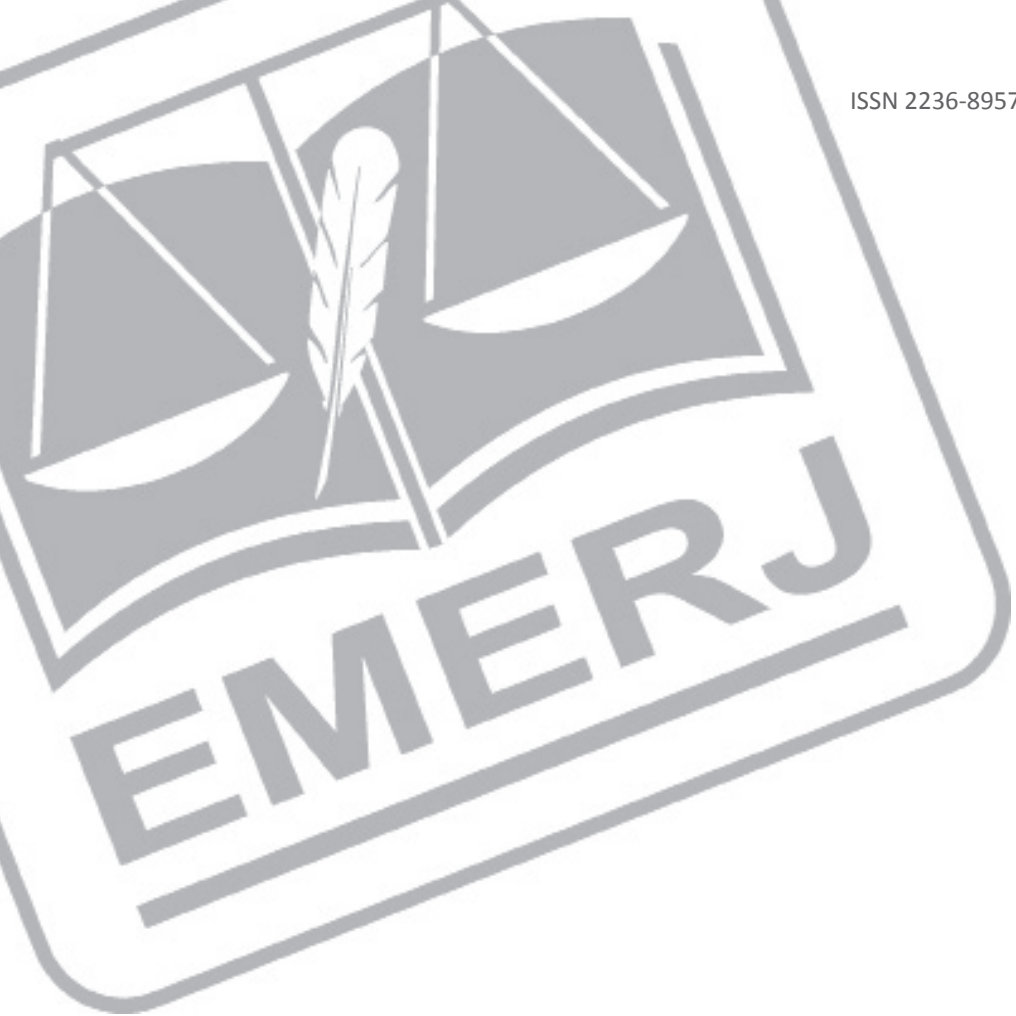
EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO ♦ V. 18 ♦ N. 69 ♦ Junho / Julho / Agosto ♦ 2015



Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro

ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

v. 18 - n. 69 - 2015
junho / julho / agosto

Rio de Janeiro

R. EMERJ	Rio de Janeiro	v. 18	n. 69	p. 1-199	jun - ago. 2015
----------	----------------	-------	-------	----------	-----------------

© 2015 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

Min. Luiz Fux; Min. Luis Felipe Salomão; Min. Marco Aurélio Bellizze; Des. Caetano Ernesto da Fonseca Costa; Des. Nagib Slaibi Filho; Des. Sergio Cavalieri Filho; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. Jessé Torres Pereira Júnior; Des. Geraldo Prado.

Coordenação: Des. Nagib Slaibi Filho.

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Programação Visual:** Rodolfo Santiago.

Revisão Ortográfica: Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silveiras.

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

Rio de Janeiro: EMERJ, 1998 -

v.

ISSN 1415-4951 (versão impressa)

ISSN 2236-8957 (versão *on-line*)

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. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3365

www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Diretoria da EMERJ

❖ DIRETOR-GERAL

Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa

❖ DIRETOR-ADJUNTO

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

❖ CONSELHO CONSULTIVO

Desembargador Ricardo Couto de Castro

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

Desembargadora Patrícia Ribeiro Serra Vieira

Juíza de Direito Maria Aglaé Tedesco Vilardo

Juiz de Direito Luiz Márcio Victor Alves Pereira

Juiz de Direito Rubens Roberto Rebello Casara

❖ COMISSÃO DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

*VINCULADOS ÀS ATIVIDADES DE **FORMAÇÃO INICIAL**:*

Desembargador Milton Fernandes de Souza (Presidente)

Desembargadora Jaqueline Lima Montenegro

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

Juiz de Direito Carlos Gustavo Vianna Direito

Juíza de Direito Maria Paula Gouvêa Galhardo

Juiz de Direito José Guilherme Vasi Werner

*VINCULADOS ÀS ATIVIDADES DE **FORMAÇÃO CONTINUADA**:*

Área de Direitos Humanos, Gênero, Ética, Filosofia e Sociologia

Desembargador Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira e Juíza de Direito Adriana Ramos de Mello

Área de Direito Civil, Processo Civil, Consumidor e Empresarial

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo e Juiz de Direito Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes

Área de Direito Penal, Processo Penal, Idoso, Criança e Adolescente
Desembargador Alcides da Fonseca Neto e Juiz de Direito André Ricardo de Franciscis Ramos

Área de Direito Constitucional, Administrativo, Tributário e Eleitoral
Desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade e Juiz de Direito João Luiz Ferraz de Oliveira Lima

❖ **PRESIDENTE DA COMISSÃO ACADÊMICA**

Desembargador Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

❖ **COORDENADOR DE ESTÁGIO**

Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

❖ **COORDENADOR DO PROGRAMA DE EAD**

Juiz de Direito Marcos Augusto Ramos Peixoto

❖ **COORDENADOR DE ASSUNTOS COMUNITÁRIOS**

Prof. Miguel Lanzellotti Baldez

❖ **SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO**

Rosângela Pereira N. Maldonado de Carvalho

❖ **ASSESSORA DO DIRETOR-GERAL**

Fernanda Castro Faria Graça Melo

Sumário

- 7 | Apresentação**
- 9 | Corrupção e Violência: Reféns, Até Quando?**
Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho
- 14 | Do Princípio Constitucional do Contraditório: Vertentes Material e Formal (À Luz da Evolução Jurisprudencial e Legislativa do Regramento Processual Civil)**
Reis Friede
- 29 | O Amicus Curiae e a Respectiva Admissibilidade no Direito Concorrencial Brasileiro. Uma Excepcional Hipótese de Integração de Entidade Persecutória de Fins Lucrativos**
Durval Pimenta de Castro Filho
- 50 | O Novo CPC, o Processo Eletrônico e os Meios Digitais**
Ana Amélia Menna Barreto
- 56 | O Equívoco do STJ na Colheita de Votos e na Proclamação do Resultado Durante o Caso “Odebrecht X Gradin”**
Felipe Barreto Marçal
- 64 | O Inexplicável Oblívio da Prescrição e da Decadência como Fatos Jurídicos *Lato Sensu* pelo Código Civil Brasileiro**
Sérvio Túlio Santos Vieira
- 102 | Prescrição e Decadência no Direito do Consumidor: O Fim da Polêmica**
Thiago Ferreira Cardoso Neves

115 | A Colidência e a Equalização de Direitos Fundamentais na Seara Biográfica

João Pedro Accioly Teixeira

129 | O Teste 360º de Confusão de Marcas

Filipe Fonteles Cabral e Marcelo Mazzola

156 | Fiança Policial na Lei Maria da Penha: Possibilidade

Augusto Yuzo Jouti

172 | O Crime de Violação de Direito Autoral e os Princípios Constitucionais Penais

Ana Luzia de Sousa Lima

199 | Normas para Apresentação de Artigos

Apresentação

A Revista da EMERJ vai para o número sessenta e nove, com dezoito anos de circulação, desde quando foi instituída pelo Desembargador Manoel Carpena Amorim, nosso segundo Diretor-Geral.

Hoje, sob a segura direção do estimado Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa, a Revista da EMERJ não só prossegue em sua gloriosa esteira como se adapta às novas exigências, volta a se tornar, como fonte de referência, a Revista digital ampla e acessível a todos os que buscam e fazem a Justiça.

A densidade, a profundidade e a atualidade dos temas apresentados tradicionalmente nesta Revista, podem ser comprovadas com o artigo, de pg. 115 a 128, do Professor João Pedro Accioly Teixeira, o qual se reporta e critica a decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal, de 10 de junho de 2015, sobre a indenização no caso de biografias inautorizadas.

Na mesma linha instigante, sem prejuízo de outros artigos nesta mesma edição, o de pg. 56 a 63, do aluno Felipe Barreto Marçal, sobre o caso Odebrecht X Gradin.

A Revista da EMERJ cumpre o seu insubstituível papel de traduzir o Direito na atualidade.

Desembargador Nagib Slaibi Filho

Coordenador da Revista da EMERJ



Corrupção e Violência: Reféns, Até Quando?

Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Desembargador e Presidente do TJRJ

“Ai de vós, escribas e fariseus hipócritas, porque purificais a parte exterior do copo e do prato, enquanto o interior fica cheio de rapina e intemperança! Fariseu cego, purifica primeiro o interior do copo, a fim de que também o exterior se torne puro.

Ai de vós, escribas e fariseus hipócritas, que sois semelhantes a sepulcros caiados, por fora dotados de bela aparência, mas por dentro cheios de ossadas de mortos e de toda podridão.

(Jesus Cristo, **Evangelho segundo São Mateus.**)

Também a nação brasileira, entre perplexa e indignada, indaga até quando seus algozes pela corrupção e violência abusarão de sua paciência. Agora, já não apenas da tolerância e da inércia fruto da omissão, mas do esmagamento da liberdade de ir e vir e até da própria vida e da integridade física e emocional.

Até onde ousará ir o insuportável jogo de empurra, pelo qual os poderes político e econômico enveredam, com torpeza e cinismo, entre as veias submissas da consciência social que, entre drogada e amorfa, se anestesia com as eternas promessas da hipocrisia daqueles que num ciclo interminável as repetem?

Não será demasia, em sociedade pretensamente civilizada, bradar um grito de basta! Não é mais possível conviver de forma passiva com os tiros – de balas perdidas, mas achadas no corpo das vítimas – ou facadas

desferidas pelos farristas de todas as formas de violência letal contra a liberdade e a vida.

Esse inconformismo com a barbárie dos assassinatos em série, muitas vezes cometidos por adolescentes, tem que atuar concretamente em união da sociedade civil com a imprensa e os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, despertos de uma letargia que a todos aniquila.

Chega de declarações grandiloquentes e tristemente vazias de abertura de “rigorosos inquéritos e processos” que, mesmo quando concluídos com êxito, não conseguirão devolver a vida e a integridade de tantas mutilações à nossa volta.

Essas reflexões me vieram a partir de uma carta da zelosa Juíza de Direito Yedda Christina Chig-San Filizzola Assunção, da 1ª Vara Criminal de São João de Meriti que, escandalizada com um estado de coisas inadmissível, afirma:

“NÃO, a sociedade não quer redução de pena.

NÃO, a sociedade não quer benefícios despenalizadores.

NÃO, a sociedade não quer recursos sem fim que a nada servem, senão adiar o cumprimento da pena, na esperança da prescrição.

NÃO somos juízes da vontade do povo, somos juízes das garantias, ainda que contra a vontade da maioria, dirão alguns. Mas que garantias?

Garantia das pessoas que foram amarradas em carros para assegurar a fuga de ladrões em cidades do interior?

Garantia dos moradores de favela, que não podem andar onde desejam na hora que desejam e são obrigados a conviver com armas e drogas, vendo seus filhos serem aliciados pelos criminosos?

Garantia da servidora do TJRJ que foi morta porque o carro deu um “tranco”?

Garantia da menina que foi morta pelo padrasto em Duque de Caxias?

Garantia do menino que foi morto pelo pai, que “não gostava muito dele” ?

Garantia da moça morta no réveillon em Belford Roxo?

Garantia para a turista que foi estuprada e deformada dentro de uma van?

(...)

É preciso mudar as lentes, não estamos em um Estado Totalitário e Punitivo. Estamos no meio de uma guerra civil, pessoas são mortas por carteiras, celulares, bicicletas, ou por nada...

Tudo é muito pior do que no Estado Islâmico que tanto querem demonstrar como sendo a mais brutal face do homem. Lá há uma razão, a qual repudio, mas há uma razão. Aqui não há mais... Por que você fez isso, eu pergunto todos os dias? A pergunta quase sempre é um dar de ombros...

(...)

Repita-se, todo policial que mata deve ser punido. O bandido que mata deve ser punido. O rico que corrompe deve ser punido. O juiz que prevarica deve ser punido. E ficar preso desde o flagrante se for preso no ato. E nesta guerra civil, neste caos de desordem pública, deve ficar preso como meio de prevenção de novos crimes. A sociedade não aguenta mais a sensação de impunidade...

Chega de benefícios para sustentar que saiam tantos quantos entram.

Chega de legitimar a bandidagem.

Chega de demagogia.

Há pessoas más no mundo, há pessoas boas. A nossa função é garantir que as primeiras não agridam às segundas. Garantindo a paz.

Estamos falhando. Reiteradamente.

A insegurança pública é nossa culpa. Admitamos.

E ouçamos a voz da rua.

Não me calo.”

O repto emocionado da Juíza não parece ecoar no deserto, bastando verificar as mídias de todos os dias, servindo como exemplo a manchete de 01/06 último do jornal **O Globo**: “A polêmica da vez – Cunha

propõe consulta popular sobre redução de maioria ..., questão deve ir a referendo em 2016”, também corroborada pelo texto de capa da revista Época de 25/05 passado, sob o título: “É hora de conversar sobre isso – o assassinato de um ciclista no Rio de Janeiro provoca uma discussão inadiável no país: como punir menores por crimes graves?”.

De outro lado, é lógico que a questão não se resume tão somente ao deslocamento do foco da violência para a redução da maioria penal, tema que é apenas mais um daqueles a serem profunda e cautelosamente tratados. Por isso, o TJRJ está organizando um grande debate, com a participação de todos os interessados, autoridades, juristas, cientistas políticos e sociedade civil, que constitui o respeitável público cuja voz se impõe ouvir. Devendo o debate terminar com propostas efetivas sobre os males a combater, com urgência, pelos meios mais eficazes e menos danosos, a serem encaminhadas a todos os Poderes, às autoridades de segurança pública e à opinião pública cujos integrantes, especialmente das classes médias e das camadas mais carentes e desinformadas da população, arcam com os custos inacreditáveis do festival de horrores.

Também não se esqueça de voltar prioritariamente a atenção aos direitos humanos fundamentais que – na demagogia dos catilinas modernos – servem apenas para proteger bandidos. Urge, igualmente, desmistificar a balela, que muitas vezes aparece sob o surrado mote de que: “... a polícia prende, a justiça solta”, sem que os pregoeiros do fratismo irresponsável tenham a mínima informação sobre dados concretos do processo ou até da prosaica circunstância de que, muitas vezes, a prisão é ilegal e a soltura, imposição da lei.

Importante registrar que não pode passar ao largo do debate o tema da corrupção, que tudo indica nos atingir desde 1500, e que – nem por ser quase sempre invisível – se mostra com a face traiçoeira e sugadora do sangue da grande coletividade.

A legislação tem tido alguma evolução, estão chegando os novos códigos penal e de processo penal, mas nada adiantará sem uma firme tomada de posição da sociedade brasileira contra os patrões e esbirros da corrupção, escancarada nos processos do mensalão e do petrolão, que são apenas exemplos de uma realidade surreal e inadmissível. Delação premiada certamente ajuda, mas situando-se no final do ciclo criminoso, não pode transfigurar-se em solução definitiva. Não se desconhecem esforços das autoridades, estão aí as UPPs que, somente havendo inadiável

agregação de políticas sociais de apoio às populações mais sofridas, poderão produzir algum resultado.

Igualmente a Justiça tem procurado atuar nos limites da legalidade, não sendo razoável tomar o todo pela parte apenas por alguns exemplos isolados de abusos injustificáveis (passeio de juiz com o porsche de conhecido empresário, cuja penhora ele mesmo determinara para recolhimento ao depósito público, entre muitos outros que lamentavelmente poderiam ser lembrados). Mas, insista-se, essa conduta vergonhosa é absolutamente minoritária e deve ser combatida com todo o rigor, até mesmo acrescido pela qualificação dos autores dos apontados delitos contra a garantia constitucional de uma justiça decente deste conceito e de seus desdobramentos no imaginário popular.

Enfim, corrupção e violência são faces nem sempre distintas de uma barbárie que vem se banalizando pela cínica repetição no cotidiano. Impõe-se a consciência da coesão social, traduzida em reação pautada pela Constituição e pelas normas legais, mas firme e portadora de necessária insubmissão cidadã. O crime organizado, a corrupção ativa e passiva, como tantos outros abusos inqualificáveis, e a violência quase invariavelmente gratuita contra a liberdade e a vida não podem continuar sob o privilégio da impunidade. É imperiosa a reação de todos os segmentos sociais – sem dúvida, amplamente majoritários – e do Estado por seus poderes e autoridades, antes que se faça fila para os velórios de todos os dias e continue a se meter descaradamente a mão no bolso dos indefesos, principalmente dos aposentados, dos economicamente carentes e dos desempregados. Ninguém se iluda com ajuste fiscal ou qualquer outra panaceia que pretensamente vá salvar a lavoura.

Que o Brasil, em particular o nosso querido Estado do Rio de Janeiro, possa se livrar das hienas, antes que elas devorem nossa dignidade e possibilidade de uma vida digna desse nome. O desemprego crescente e a decrepitude dos serviços essenciais à população exigem contrapartida vigorosa, com o engajamento da sociedade saudável e a rigorosa contenção dos setores que cada vez mais lucram vertiginosamente com a insanidade da estrutura social, com o apetite insaciável do capital financeiro – bancos de um modo geral –, do crime organizado e dos senhores de baração e cutelo. Quem sabe, pode-se começar pelo combate incessante e civilizado contra a condição de reféns da corrupção e das outras formas de violência? ❖

Do Princípio Constitucional do Contraditório: Vertentes Material e Formal (À Luz da Evolução Jurisprudencial e Legislativa do Regramento Processual Civil)

Reis Friede

Desembargador Federal. Professor Titular e Pesquisador do Programa de Mestrado (MDL) da UNISUAM e da UVA. Mestre e Doutor em Direito e autor de mais de 15 obras na área de Ciência Jurídica Processual.

Resumo: O presente artigo analisa as duas vertentes em que se desdobra o princípio constitucional do contraditório - contraditório *material* e contraditório *formal* - enfocando suas características e examinando sua relação com a tutela antecipada e a tutela cautelar, tecendo considerações sobre a mitigação do alcance das diferenças de ambos os institutos nos últimos anos e, em particular, no novo regramento processual civil.

Palavras-chave: CONTRADITÓRIO MATERIAL E FORMAL. TUTELA ANTECIPADA. TUTELA CAUTELAR.

Abstract: This article examines two aspects in which unfolds the adversarial principle - material and formal adversary systems - focusing on their characteristics and examining its relationship to injunctive relief and provisional remedy, with considerations on the mitigation of the reach of the differences of both institutes in recent years and, in particular, the new civil procedural rule.

Keywords: ADVERSARIAL PRINCIPLE. INJUNCTIVE RELIEF AND PROVISIONAL REMEDY.

1. INTRODUÇÃO

Contraditório, de contradita¹, é Princípio Constitucional previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o *contraditório* e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”), sendo, corolário do Princípio do Devido Processo Legal.

NERY JR. (*apud* CAVALCANTI, 2001) afirma que o *contraditório* é a própria exteriorização da *ampla defesa*, “pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor se apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa da que foi dada pelo autor”².

O mencionado princípio deve ser entendido de maneira ampla, na qualidade de atuação positiva da parte em todos os passos do processo, influenciando diretamente em quaisquer aspectos – sejam fatos, provas, pedidos da outra parte – que sejam importantes para a decisão do conflito. Deixou, portanto, o mesmo de ser apenas e restritivamente um elemento para a dialética do processo, para se caracterizar através da participação efetiva da parte na totalidade do processo.

De acordo com DI PIETRO (2000, p. 491):

“O *princípio do contraditório*, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da *bilateralidade do processo*: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação. Exige: notificação dos atos processuais à parte interessada; possibilidade de exame das provas constantes do processo; direito de assistir à inquirição de testemunhas; direito de apresentar defesa escrita.” (grifos nossos)

2. MODALIDADES DE CONTRADITÓRIO

Não obstante a ampla variedade de classificações doutrinárias relativas ao denominado *princípio constitucional do contraditório*, é impor-

1 “Contestação, impugnação, contradição; contraditória” (HOUAISS)

2 O princípio do *contraditório* se confunde, em grande parte, com o princípio da *ampla defesa*: “é mesmo a sua própria exteriorização, formando os dois um dos alicerces do devido processo legal, que, por sua vez, exige a estrutura dialética como o meio necessário para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente” (THEODORO JÚNIOR, 1990, p. 22).

tante esclarecer que, muito provavelmente, conforme salientam diversos autores a propósito do tema, a mais importante dentre elas é a que define o *instituto jurídico-processual* em duas diferentes vertentes: o chamado *contraditório material* (ou contraditório efetivo) e o denominado *contraditório formal*.

2.1. Contraditório Material

O *contraditório material*, como o próprio nome sugere, alude à plenitude da máxima jurídica de que somente é possível (e mesmo lícito) decidir uma lide meritória (resolver um *conflito de interesses*) após a *prévia* (e, portanto, *anterior*) oitiva das alegações, fundamentos e provas de ambas as partes litigantes, constituindo-se, portanto, em um *instrumento* de nítido *conteúdo substancial* e que se estabelece necessariamente *a priori*.

Como bem esclarece ASSIS (1997), o *princípio do contraditório*, em sua *vertente material* (efetiva) - consagrando-se como um dos pilares sobre que se sustenta a atividade processual - “significa, em termos práticos, que em processo não pode haver *surpresas*, circunstância esta que impõe, sempre, e de forma insuperável, seja, em qualquer hipótese, ouvida previamente a parte contrária antes do *decisum* (*audiatur et altera pars*). No plano teórico, o *princípio do contraditório* se materializa através do binômio *informação - reação*”, na precisa e atual lição do processualista italiano LA CHINA (1970, p. 394), *verbis*:

“(...) il principio Del contraddittorio si articola, nelle sue manifestazioni tecniche, il due aspetti o tempi essenziali: informazione, reazione; necessaria sempre la prima, eventuale la seconda (ma necessario chi sia resa possibile!)”

Corroborando e adaptando à realidade brasileira, o *conceito* em epígrafe também foi, com mérita propriedade, elencado por NERY JÚNIOR (1992, p. 122/123), nos seguintes termos:

“Por *contraditório (material)* deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis”. (acréscimo e grifos nossos)

2.2. Contraditório Formal

O denominado *contraditório formal*, considerando sua necessária construção conceitual, em sentido diametralmente oposto, por sua vez, traduz-se, em última análise, por uma incontestada *ficção processual*, tendo em vista que o mesmo somente possui aplicação prática nas hipóteses restritivas em que o processo concerne a uma denominada *jurisdição impropriamente considerada* (jurisdição extensiva), desprovida de *caráter material* (*satisfatividade* inerente ao direito substantivo reclamado) e ausente de *índole meritória* (como nos casos relativos à *tutela se segurança cautelar*³), permitindo - ao reverso da regra constitucional - que o julgador decida um incidente nitidamente processual ou um aspecto não-meritório (a concessão de uma *medida liminar de natureza cautelar*, por exemplo) excepcionalmente *inaudita altera pars*, ou seja, sem a prévia e anterior oitiva de uma das partes, ainda que condicionada a sua necessária e posterior manifestação, constituindo-se, por consequência, em um contraditório de nítida *feição processual* (desprovido, pois, de *conteúdo material* e dotado apenas de *continente formalizante*) e que, embora também deva se estabelecer, em regra, *a priori* (observe que a concessão de liminares *inaudita altera pars* se caracteriza sempre como exceção), pode, em situações excepcionais, se perfazer *a posteriori*.

3. DA DISCIPLINA JURÍDICO-PROCESSUAL PREVISTA NO CPC/73

Durante a vigência do CPC/73 - mesmo após a reforma que introduziu o instituto da *Tutela Antecipada* em 1994 - a diferenciação entre

3 Não caracteriza exagero reafirmar, mais uma vez, que a *tutela cautelar* alude ostensiva e exclusivamente a uma forma de *jurisdição impropriamente considerada* (uma jurisdição essencialmente extensiva) que, em nenhuma hipótese, permite a caracterização efetiva de uma *lide de caráter meritório*. Por via de consequência, a sentença de *unho cautelar* não pode e, de fato, não objetiva, em nenhum caso, a obtenção de um resultado concreto que venha, de alguma maneira, a *antecipar* os efeitos próprios da sentença da ação principal, *salvo em situações excepcionaisíssimas, em que a proteção cautelar concedida - sempre por vias transversas - esvazia indiretamente (sem propender ostensivamente a esta finalidade) o conteúdo meritório da lide cognitiva*.

Fora desses limites estreitos, o emprego da *tutela cautelar* é apenas e tão somente uma forma jurídica *distorcida*, uma *falácia* desvirtuada de seus preceitos e objetivos fundamentais.

De igual monta, também é importante observar - em tom de advertência sublime - que na *tutela cautelar*, na qual inexistente efetiva jurisdição e lide meritória (a lide impropriamente considerada é apenas "de dano"), há sempre um aspecto insuperável de *referibilidade processual* (e não propriamente material, comum nas tutelas cognitivas) a um direito efetivo que se deseja, a seu tempo, ver referendado no *processo principal* (alusivo, em última análise, a uma autêntica jurisdição, de índole cognitiva, com caracterização de lide meritória).

É, pois, exatamente esta característica de *cautelaridade* referencial - que se opõe à denominada *satisfatividade* relativa ou absolutamente *exauriente* pretendida no processo de conhecimento - que deve ser perseguida e encontrada necessariamente na *tutela assecuratória*, para permitir e viabilizar sua plena identificação.

as modalidades de contraditório (material e formal) sempre se apresentou com reconhecida nitidez, sendo certo que a regra segundo a qual o *contraditório formal*, muito embora pudesse ser verificado *a posteriori* (através da concessão de liminares *inaudita altera pars*), era, inclusive, textualmente amparada, dentre outras, pelo regramento normativo previsto no art. 804 do CPC/73, particularmente para a concessão da *tutela de segurança cautelar*, que expressamente condicionava a possibilidade de ineficácia da *medida cautelar* para o seu deferimento *inaudita altera pars, verbis*:

“É lícito ao juiz conceder liminarmente (...) a medida cautelar, *sem ouvir o réu*, quando verificar que este, *sendo citado*, poderá torná-la ineficaz (...)”.

A *contrario sensu*, portanto, era expressamente vedado - mesmo se tratando de incontestada hipótese de *jurisdição imprópria* e, consequentemente, de *contraditório formal* - a concessão da chamada *antecipação in limine* quando ausente a condição excepcional prevista em lei.

“É vedado ao juiz conceder, liminarmente, a medida cautelar se se verificar que a citação do réu não poderia torná-la ineficaz (CPC/73, art. 804). Provada a concessão da medida liminar e a existência, executada ela, de danos de difícil reparação, dá-se a segurança para cassar-se o ato impugnado” (ac. 5a CCTJ/RJ, MS 58/90 (u), rel. des. HUMBERTO MANES, JTERJ, 26 (ago./90), Ementário 26/90, Ementa 39, p. 7).

“O despacho que concede a medida liminar não precisa ser amplamente fundamentado, bastando que nele o juiz justifique sucintamente a concessão vestibular. *Só pode ser concedida in limine medida cautelar quando ocorra justo receio que, em assim sendo, torne-se a mesma ineficaz caso venha a ser deferida posteriormente*” (ac. unân. da 2a Câm. do TJSC, de 29.8.84, no agr. 2.747, rel. des. RUBEM CÓRDOVA) (grifos nossos).

“A liminar *inaudita altera pars* tem apoio expresso no CPC/73, art. 804, primeira parte, não, porém, incondicionadamente. Impõe-se, como freio a discricão judicial, a verificação no caso,

de que o réu, sendo citado, possa tornar o procedimento ineficaz. Assim, é de se considerar excepcional a concessão, sem audiência da parte contrária. Indispensável é que o juiz, com rigor, avalie os fatos, em ordem a determinar se o retardo da providência até o momento ulterior à citação do réu não implicará frustração do resultado prático colimado pelo autor” (ac. 4a CCTA/SP, agr. 115.900-1/Mogi das Cruzes (u), rel. des. NEY ALMADA, Adcoas BJA 8 (20.3.90), 126.702, p. 118).

Todavia, mesmo durante a vigência plena e originária do CPC/73, é cediço reconhecer que parcela da jurisprudência mais recente iniciou um processo de mitigação do alcance da expressa restrição legal inserta no art. 804 do CPC/73, ainda que a concepção hermenêutica permanecesse plenamente válida, em respeito, sobretudo, aos fundamentos do próprio princípio do contraditório.

“A liminar em medida cautelar, em regra, deve ser deferida *inaudita altera pars*, sem necessidade de prévio contraditório, bastando estarem presentes os pressupostos concessivos. (...)”

(STJ, EDcl na MC 17853 / PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 01/07/2011)

“A concessão de liminar *inaudita altera pars* (art. 804 do CPC/73) em sede de medida cautelar preparatória ou incidental, antes do recebimento da Ação Civil Pública, para a decretação de indisponibilidade (art. 7º, da Lei 8.429/92) e de sequestro de bens, incluído o bloqueio de ativos do agente público ou de terceiro beneficiado pelo ato de improbidade (art. 16 da Lei 8.429/92), é *lícita*, porquanto medidas assecuratórias do resultado útil da tutela jurisdicional, qual seja, reparação do dano ao erário ou de restituição de bens e valores havidos ilicitamente por ato de improbidade, o que corrobora o *fumus boni juris*. Precedentes do STJ: REsp 821.720/DF, DJ 30.11.2007; REsp 206222/SP, DJ 13.02.2006 e REsp 293797/AC, DJ 11.06.2001.

(...)”.

(STJ, REsp 1078640 / ES, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 23/03/2010)

3.1. Tutela Antecipada e Contraditório Material

Não é por outra razão que na hipótese de eventual concessão da *tutela antecipada* (por se tratar de tutela de mérito) - de forma diversa da *tutela de segurança cautelar* - sempre foi reconhecido o obstáculo maior (e, nesse sentido, insuperável, salvo em situações excepcionálíssimas que, em certa medida, correspondem à *tutela específica* (art. 461, §3º, do CPC) caracterizado pela efetiva presença do *princípio constitucional do contraditório* (na hipótese, *contraditório material*) a impedir, de forma sinérgica, o *deferimento da antecipação sem a oitiva prévia da parte contrária*, considerando, particularmente, que a própria referibilidade ao direito material, inerente ao processo de conhecimento (onde se encontra inserido o instituto da tutela antecipada), por si só invalida qualquer mecanismo desafiador do princípio maior, segundo o qual qualquer decisão meritória (mesmo que antecipada e, neste especial, reversível (e de cognição sumária) somente pode ser procedida pelo julgador após a necessária manifestação de ambas as partes litigantes.

“A antecipação de tutela prevista no art. 273 do CPC possui inexorável natureza cognitiva. O provimento antecipatório, por isso, é de ordem satisfativa, e, por meio dele, o que se obtém é a antecipação da tutela jurisdicional de mérito. Ou seja, o ordenamento jurídico permite ao juiz que entregue ao autor aquilo que o mesmo objetiva alcançar por intermédio do processo antes do momento normal de entrega da prestação da jurisdição – a sentença.

Por isso, e por não ostentar natureza cautelar, a antecipação de tutela, prevista no art. 273 do CPC, não se presta a assegurar a eficácia do resultado útil de um processo principal. O provimento antecipatório, assim, exercido em processo de conhecimento, não substitui a tutela cautelar e nem se confunde com ela, que deve ser buscada por meio de processo cautelar, por óbvio. É nossa posição, desde quando começamos a falar sobre o quê, enfim, era possível ao juiz deferir na via da antecipação da tutela.

Uma e outra providência liminar (antecedente) são, por isso, diferentes. Tutela cautelar liminar, como se viu, é diferente de tutela antecipada no processo de conhecimento.

A tutela cautelar liminar pode ser deferida sem citação do réu. É o que se lê, expressamente, no art. 804 do CPC, que tem a seguinte redação: 'é lícito ao juiz conceder liminarmente, ou após justificção prévia, a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá, torná-la ineficaz (...)'. Essa possibilidade é da própria índole da tutela cautelar de urgência, já que, dependendo do direito discutido, o réu, caso venha a saber da propositura da ação e da pretensão do autor, pode efetivamente antecipar a prática do ato temido, em detrimento dos interesses em risco. Então, o chamado 'fator surpresa' é da própria essência da tutela cautelar, que, como se afirmou, objetiva assegurar o resultado de outro processo; tenciona impedir que aconteça um gravame qualquer ao direito que a parte autora afirma ter.

Mas, indaga-se: como conciliar essa possibilidade de se admitir a existência de providências determinadas pelo juiz sem ciência da parte contrária se a Constituição da República garante, às partes, o direito ao contraditório (material) (art. 5º, inciso LV)? (...)

É sabido que qualquer interpretação de texto infraconstitucional ordinário – aí incluídos, portanto, os de natureza processual – deve, sempre e sempre, buscar harmonização com o texto constitucional, na advertência sempre precisa de Couture (Eduardo Couture, *in* **Interpretação das Leis Processuais**, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 3ª edição, 1993, ps. 38/40). Até para que se realize a pretensão de eficácia da Constituição, garantindo a sua força normativa (Konrad Hesse, *in* **A Força Normativa da Constituição**, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991, pág. 16). Do contrário, isto é, se a interpretação se afasta das bases traçadas pelo Texto Maior, daí haverá de decorrer evidente desarmonia com o querer constitucional, o oposto, portanto, do pretendido pelo preceito da interpretação conforme à Constituição, sugerido por Larenz (Karl

Larenz, *in* **Metodologia da Ciência do Direito**, tradução de José Lamego, Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2ª edição, 1989, ps. 410/414).

À luz desses princípios, tem-se que a única alternativa plausível capaz de justificar a possibilidade de deferimento liminar de tutela jurisdicional sem a audiência do réu – e, por isso, em aparente desrespeito ao princípio constitucional do contraditório – é buscar apoio em outro princípio processual constitucional: o princípio do devido processo legal, constante do art.5º, inciso LIV, da Constituição da República. Ou seja, se a providência consta expressamente de texto de lei processual; se o juiz observou a lei para atingir os objetivos do processo; se há, em resumo, previsão legal para aquela providência; enfim, se foi observado o rigor processual previsto em lei, então é possível admitir a possibilidade de eventual quebra dos rigores do princípio do contraditório (material). É como se um princípio compensasse o outro, com um e outro equilibrando-se reciprocamente.

Assim, e desde que há expressa previsão legal para a concessão de tutela cautelar liminar sem prévia citação do réu – constante do art. 804, do CPC -, é possível ao juiz aparentemente ‘violado’, ‘desobedecer’ o princípio do contraditório (em sua vertente material) ao amparo do princípio do devido processo legal, e deferir a medida pretendida pelo autor sem audiência da parte contrária (perfazendo-se um oportuno contraditório formal, *a posteriori*). Essa argumentação vale para todas as hipóteses em que há possibilidade de antecipação de provimento jurisdicional sem citação do réu. Basta conferir, além do artigo 804 do CPC, os artigos 461, § 3º, 797, 928, 1.050 e 1.051, todos do mesmo Código. Por isso, toda vez que houver possibilidade de antecipação de tutela jurisdicional sem citação do réu, é preciso que haja expressa previsão para tanto em texto de lei. E, com isso, estar-se-á prestigiando o princípio do devido processo legal.

A contrario sensu, quando não houver previsão legal para antecipação, a mesma não será possível, já que, em tal caso – inexistindo devido processo legal –, haverá de se garantir

prevalência ao princípio constitucional do contraditório (em sua vertente material), que pressupõe, obrigatoriamente, a audiência da parte contrária. E claro está, como consequência, que a norma inserta no art. 804 do CPC tem seu limite de aplicação restrito aos objetivos do processo cautelar, não se prestando a servir ao processo de conhecimento, por razões óbvias, não sendo permitido ao intérprete, por isso, elasticar o seu conteúdo normativo para que o mesmo possa alcançar situação processual regulada por norma específica do processo de conhecimento.

(...)” (ASSIS, 1997) (grifos e acréscimos nossos)

“Entendo que deva ser obedecido, no procedimento em que se postula a *antecipação de tutela*, o *princípio do contraditório*. Não é possível sua concessão sem audiência da parte contrária, que deve responder no prazo que se prevê para a cautelar, que me parece o mais indicado (...)” (CALMON DE PASSOS, 1996, p. 26-27)

Tal obstáculo - é importante mais uma vez reafirmar - inexistente e sempre inexistiu, de modo efetivo, na *tutela cautelar*, posto que, neste caso, de forma diversa da *tutela antecipada*, não há discussão sobre a questão de fundo (*meritum causae*), existindo tão somente uma referibilidade processual (intrínseca) que, de nenhuma forma, concerne ao direito material controvertido, permitindo, em caráter excepcional, a caracterização do denominado *contraditório formal* que, embora, a exemplo do contraditório material, deva ser sempre observado *a priori* (ou seja, com a oitiva prévia de ambas as partes), pode ser, entretanto, observado *a posteriori*, ou seja, após o eventual deferimento da medida acautelatória, em face do próprio objetivo de preservação (urgente), que é, indiscutivelmente, inerente à tutela cautelar.

“(…) uma vez fixada a natureza cognitiva (não cautelar, portanto) do provimento jurisdicional por meio do qual se deferre a antecipação da tutela com fundamento no art. 273 do CPC, é de se indagar: pode haver antecipação de tutela sem

citação do réu? A resposta – ressalte-se: a única resposta juridicamente possível, tecnicamente correta e processualmente viável – é a de que, dentro dos contornos do artigo referido, só tem cabimento a antecipação de tutela desde que tenha havido citação do réu. E por que isso? Porque: a) a antecipação, nesse caso, tem natureza cognitiva e não cautelar, quando, então, seria possível aplicar-se a ela, por extensão lógica, a regra do art. 804, do CPC; e b) inexistente previsão legal expressa, em nenhum dos incisos e parágrafos do art. 273 do CPC que permita ao juiz conceder provimento antecipatório sem citação do réu.

Além do mais, e se a regra geral, com assento constitucional, é a que determina a observância do princípio do contraditório, então a exceção – isto é, o dispositivo de lei que permite a violação ao princípio do contraditório com a adoção de providências sem citação do réu –, haverá de merecer, necessariamente, interpretação restritiva, como é elementar em Hermenêutica (Miguel Reale, *in Lições Preliminares de Direito*, Ed. Saraiva, São Paulo, 9ª edição, 1981, pág. 315).

Por isso tudo, negando natureza cautelar ao provimento jurisdicional de antecipação da tutela (que tem natureza cognitiva); inexistindo previsão legal para a antecipação sem prévia citação do réu; e, finalmente, prestigiando a regra geral determinada pelo princípio do contraditório – não excepcionada por disposição expressa de lei, na hipótese –, é que ressei incabível ao autor pedir e ao juiz deferir provimento antecipatório, com base no art. 273 do CPC, sem que tenha havido citação do réu. A antecipação de tutela, em casos que tais, haverá de ser apreciada e decidida, como consequência, após a angularização da relação processual, com a necessária citação do réu, em qualquer das duas hipóteses contempladas nos incisos I e II do art. 273 do CPC.”

(ASSIS, ob. cit.) (grifos e acréscimos nossos)

Por efeito consequente, em sua concepção originária, somente seria lícita a concessão da *tutela antecipada inaudita altera pars* em situações excepcionalíssimas, em que a mesma - não obstante a sua incontesteste

vertente material originária (jurisdição própria) - aludir, ainda que tangencialmente, a uma forma derivada de *jurisdição imprópria* (extensiva), típica dos atos jurisdicionais de execução (ou assemelhados), como os previstos (ou análogos) para a hipótese da *tutela específica* (essencialmente, espécie do gênero *tutela antecipatória*) que possui expressa previsão autorizativa ínsita no art. 461, § 3º, do CPC, *verbis*:

“Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, ou juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

(...)

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

(...)”

Não obstante todos os argumentos técnico-processuais alinhavados, bem como o rigor corretivo da hermenêutica aplicável à espécie, é cediço reconhecer que muitos autores - bem como expressiva parte da jurisprudência - há muito, têm desafiado os limites legais da *tutela antecipada* para, com fulcro na característica excepcionalíssima (e até então inédita) de sua necessária *reversibilidade*, entender possível a concessão *inaudita altera pars*.

“(...) Em caráter excepcional, poderá ser concedida a tutela antecipada, *inaudita altera parte*, se presentes os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, bem como a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação, em decisão devidamente fundamentada. (...)”

(STJ, AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR 2000/0020613-0, Rel. Min. Paulo Galotti, 2ª T., DJ 11/09/2000, p. 231)

“(...) LIMINAR CONCEDIDA SEM PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DO PODER PÚBLICO. POSSIBILIDADE. HIPÓTESE EXCEPCIONAL. (...)”

Excepcionalmente, o rigor do disposto no art. 2º da Lei 8.437/92 deve ser mitigado em face da possibilidade de graves danos decorrentes da demora do cumprimento da liminar, especialmente quando se tratar da saúde de menor carente que necessita de medicamento. (...)”

(STJ, REsp 439833 / SP, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª T., DJ 24/04/2006, p. 354)

“(...) A *antecipação de tutela*, assim como as *medidas liminares* (vinculadas aos pressupostos da plausibilidade jurídica e do perigo na demora), tem exame célere, dada a urgência natural da demanda, *prescindindo de prévia oitiva da parte contrária*. (...)”

(STJ, AgRg na SLS 18 / RJ, Rel. Min. Edson Vidigal, Corte Especial, DJ 06/12/2004, p. 170)

4. DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS RELATIVAS AO TEMA

Destarte, seguindo a evolução jurisprudencial que em grande medida refugiu a correta técnica interpretativa sistemática para reconhecer a necessária prática impositiva reclamada pelo clamor dos jurisdicionados por uma justiça mais célere, ainda que menos técnica, o Projeto de Lei nº 8.046/2010 simplesmente refundiu, em certos aspectos, os diferentes institutos da *Tutela de Conhecimento Antecipada* (art. 273 do CPC) e da *Tutela de Garantia Cautelar* (art. 804 do CPC), renomeando-as sob o *nomen iuris* genérico de “*Tutela de Urgência*” (art. 276 do mencionado projeto de lei), mitigando, em grande medida, a até então significativa diferenciação entre os princípios do contraditório material e do contraditório formal.

5. CONCLUSÕES

Como visto, a concepção moderna do princípio constitucional do contraditório entende que “não se pode mais, na atualidade, acreditar

que o contraditório se circunscreva ao dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento” (NUNES, p. 81).

Conforme analisamos, há duas vertentes em que se desdobra o princípio constitucional do contraditório: o *contraditório material* (alusivo ao Direito material controvertido (e, conseqüentemente, ao aspecto jurisdicional próprio, de caráter meritório) e o *contraditório formal* (relativo a aspectos exclusivamente processuais).

O *contraditório material* (verdadeiro) é sempre observado “*a priori*”, ou seja, qualquer decisão (antecipada ou não) de natureza meritória somente pode ser efetivada com a oitiva prévia das partes contentoras.

Já o *contraditório formal* (ficcional e impróprio), embora também deva ser observado, em regra, “*a priori*”, pode ser efetivado, excepcionalmente, “*a posteriori*” ou, em outras palavras, a decisão processual (não meritória) pode ser, à guisa de exceção, tomada sem a oitiva de uma das partes (ou até eventualmente de ambas (decisões *ex officio*) e, somente após sua plena efetivação, permitir vistas à outra parte (ou ambas as partes).

Por fim, registre-se que, na hipótese de eventual concessão da *tutela antecipada* - pelo menos em sua concepção originária - há sempre o obstáculo maior caracterizado pela efetiva presença do *contraditório material a impedir*, de forma sinérgica, o *deferimento da antecipação sem a oitiva prévia da parte contrária*, não obstante haver hipóteses excepcionáíssimas em que pode ser concedida *inaudita altera pars* com fulcro na característica de sua necessária *reversibilidade*, como bem salienta parcela da doutrina e da jurisprudência, concluindo-se, entretanto, que a evolução jurisprudencial e as alterações legislativas em andamento inegavelmente se orientam no sentido da crescente mitigação das diferenças entre as vertentes do contraditório material e formal. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

HOUAISS, A. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa.**

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 12. ed., 2000.

CAVALCANTI, B. N. B. "A Garantia constitucional do contraditório". **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: Acesso em: 14 jun. 2008.

ASSIS, Arnaldo Camanho de. **Antecipação de Tutela e Citação do Réu**, Brasília, 1997.

LA CHINA, Sergio. **L'esecuzione Forzata e le Disposizione Generali del Codice di Procedura Civile**, Milano, 1970.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

NUNES, Dierle *et al.* **Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Revista Forense*, v. 310, 1990.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Inovações no CPC**. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 1996.

O *Amicus Curiae* e a Respectiva Admissibilidade no Direito Concorrencial Brasileiro. Uma Excepcional Hipótese de Integração de Entidade Persecutória de Fins Lucrativos

Durval Pimenta de Castro Filho

Advogado. Contabilista. Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Universidade Candido Mendes – UCAM. Expositor de Direito Processual Civil na EMERJ. Professor convidado de Direito Processual Civil do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP e professor concursado na UCAM. Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil – Novo CPC, na UCAM.

1. PROPEDÊUTICA

Trata-se, em primeiro lugar, de um estudo realizado em um delicado período de transição normativa, razão pela qual a investigação ora empreendida não se detém sob o pálio do Código de Processo Civil de 1973, e muito menos procura analisar, sob a ótica restritiva do novel diploma, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, as perspectivas que a superdimensionada comunidade de intérpretes porventura possa vislumbrar.

O instituto em exame, assimilado pelo direito pátrio, por intermédio dos preceitos dos artigos 7º, § 2º, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, 482, § 3º; 543-A, § 6º; e 543-C, § 4º, do Código de Processo Civil, alusivos, respectivamente, à declaração de inconstitucionalidade, ao

recurso extraordinário e ao recurso especial, bem como pelo artigo 23, § 1º, da Resolução nº 390, de 17 de setembro de 2004, do Conselho da Justiça Federal, foi declaradamente erigido à modalidade de intervenção de terceiros pela dicção normativa do artigo 138 da Lei nº 13.105/15, reproduzindo o novel legislador a distintiva e peculiar terminologia, por sua vez empregada na supracitada Resolução.

Impende esclarecer que o denominado *amicus curiae* não se traduz por um fenômeno subjetivamente processual de exclusiva atualidade, vez que suas raízes conduzem o estudioso a um lapso temporal em que a atuação deste especial interveniente muito se diferenciava do que hodiernamente assimilado pela doutrina e pela jurisprudência, haja vista a inarredabilidade do interesse jurídico, sustentáculo da admissibilidade deste novo integrante da relação processual.

Nesse contexto, não há que se olvidar que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, amplificou, de forma considerável, a denominada comunidade de intérpretes, indubitosa e expressiva tradutora da consolidação do Estado de Direito Democrático. Tais respectivos efeitos invariavelmente incidiram sobre as demais ramificações jurídicas, mormente no que concerne ao Direito Processual Civil, disciplina cientificamente receptora do referido *amicus curiae*, entidade inigualavelmente peculiar, se comparada às demais formas de intervenção assimiladas pelo ordenamento pátrio.

Por essa razão, empreendeu-se uma investigação interdisciplinar de forma a extrair a viabilidade da integração do *amicus curiae* à determinada relação processual, em que o fato gerador da pretensão deduzida em juízo diga respeito ao direito concorrencial e marcário, haja vista os respectivos e indefectíveis desdobramentos socioeconômicos relativamente aos demais atores direta ou indiretamente alcançados pelos efeitos provenientes da sentença ou do acórdão.

2. AMICUS CURIAE. ETIMOLOGIA. ESCORÇO HISTÓRICO. PROPOSTA CONCEITUAL

Proveniente do latim, a expressão *amicus curiae* significa, em literal tradução, amigo da cúria, amigo da corte.¹ Em princípio, corresponde a

1 Quanto ao significado da expressão *amicus* corresponde a “amigo, favorável, agradável, útil”. A terminologia *curiae* se traduz por “cúria, a Côte, Senado, tribunal, templo ou lugar onde se reuniam as cúrias.” (CRETELLA JÚNIOR, José. CINTRA, Geraldo Ulhôa. **Dicionário Latino – Português**, 3ª ed., São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1953, p. 77/78 e 305).

um extraordinário colaborador da atividade jurisdicional, portador de exclusivo e superlativo conhecimento pontualmente equidistante da inteligência judicial. No que se refere à gênese desse extraordinário interveniente, disserta o contemporâneo CARLOS GUSTAVO RODRIGUES DEL PRÁ:

"A figura do *amicus curiae* já é antiga no direito. Há notícia de que suas raízes se encontram no direito romano, mas certamente em uma conformação bastante distinta daquela que chegou até nossos dias. De forma mais precisa, podemos apontar sua ascendência no direito inglês medieval, pois que, de certa forma, sua previsão já se encontrava nos chamados *Year Books*, nos séculos XIV a XVI¹³".²

Nesse contexto, permite-se a referência ao magistério de JAVIER PARICIO, citado por JÔNATAS LUIZ MOREIRA DE PAULA, a respeito da atividade jurisdicional romana em 74 d. C., onde havia o exercício de uma função proeminentemente auxiliadora da jurisdição, em que se vislumbra uma forma, ainda que obviamente distanciada da sofisticação atual, de contribuição de uma entidade portadora de específico e imprescindível saber, posto que "Em cada província a jurisdição máxima era exercida pelo governador, auxiliado por um conselho assessor, em que deviam figurar conhecedores do direito romano e das tradições jurídicas locais".³

JUAN IGLESIAS, reportando-se às compilações pre-justinianeias, precisamente à denominada Lei das Citações, traz à baila, a juízo do autor do presente artigo, um exemplo, ainda que historicamente embrionário, da participação de expressiva entidade concorrente para a formação da convicção judicial:

"A) Ordenação do *jus*. Compilações de *iura*. – Com o fim de facilitar a consulta dos *iura* clássicos, e por ocasião de estes serem invocados perante os tribunais, estabelece-se por uma constituição de Teodosio II e Valentiniano III, do ano 426, dotada de

² *Amicus Curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, Curitiba: Juruá, 2008, p. 25.

³ *História do Direito Processual Brasileiro*: das origens lusas à escola crítica do processo, 1ª ed., São Paulo: Manole, 2002, p. 75.

eficácia legal, a fim de obrigar ao juiz as opiniões de Papiniano, Ulpiano, Paulo, Gaio e Modestino. Tal é a chamada Lei das Citações, que regula, de resto, o modo segundo o qual hão de se ter em conta as opiniões dos juristas mencionados: opostos os pareceres, prevalecem os da maioria; prevalece o de Papiniano em caso de empate, e, se não é possível aplicar nenhum destes dois critérios, o juiz é livre para adotar o que estimar oportuno. Dita constituição é acolhida no Codex Theodosianus,⁵⁷ Teodósio outorga também eficácia vinculante aos autores citados em suas obras pelos cinco juristas mencionados."⁴

Igualmente elucidativa é a afirmação do tratadista CASSIO SCARPI-NELLA BUENO, ao se reportar à razão histórica determinante da participação desse extraordinário sujeito do processo:

"Tal intervenção justificou-se, do ponto de vista histórico, pela necessidade de que conhecimentos estranhos ao juízo fossem levados à sua presença, pouco importando em que consistiam esses conhecimentos. O passado da figura revela, com clareza, o ânimo de *neutralidade* que inspirou o instituto e seu intuito de, agindo no processo, aproximar o juiz dos fatos relevantes para julgamento, independentemente da iniciativa das partes." (Grifo no original).⁵

No contexto das ilustrações correspondentes aos atemporais institutos que em princípio guardariam alguma identidade, ainda que embrionária com o *amicus curiae* da atualidade, tem lugar a proposição de BARUCH SPINOZA, em seu **Tratado Político**, aplicável ao regime monárquico, referindo-se à formação de um conselho formado pelos cidadãos integrantes da *Civitas*, elegíveis, desde que contassem com o mínimo de 50 (cinquenta) anos de idade e que não tivessem incorrido em prática delituosa:

"Durante o tempo em que o conselho não estiver em sessão, os conselheiros que representam cada um dos clãs poderão examinar o assunto entre si e, se lhes parecer de grande im-

4 **Direito Romano**, atual. Juan Iglesias Redondo, trad. Cláudia de Miranda Avena, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 109.

5 **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro**: um terceiro enigmático, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 125.

portância, consultar outros cidadãos que tenham feito parte, ou sido candidatos ao conselho."⁶

No que se refere ao caráter previamente exemplificativo da atualidade do panorama conceitual, traz-se à colação o magistério da constitucionalista DAMARES MEDINA:

"O *amicus curiae* é um terceiro que intervém em um processo, do qual ele não é parte, para oferecer à corte sua perspectiva acerca da questão constitucional controvertida, informações técnicas acerca de questões complexas cujo domínio ultrapasse o campo legal ou, ainda, defender os interesses dos grupos por ele representados, no caso de serem, direta ou indiretamente, afetados pela decisão a ser tomada."⁷

Pode-se afirmar, no sentido proeminentemente jurídico da palavra, a juízo do articulista, que a terminologia em comento, a título conclusivo do aspecto conceitual, corresponde, atualmente, em uma perspectiva da Lei nº 13.105/15, a um atributo legal destinado a todo aquele cuja dimensão do interesse jurídico resulta em inigualável distinção dos demais intervenientes assimilados tradicionalmente pelo ordenamento processual civil, recaindo exclusivamente sobre entidade portadora de incontestável representatividade institucional, em que o superlativo conhecimento acerca da matéria **sub judice** inegavelmente contribuirá, cientificamente, para melhor formação da convicção judicial.

Delineada a dimensão histórica e a difusão conceitual, observados os limites da presente investigação, volta-se o estudo para a atribuição institucional do *amicus curiae* no processo judicial hodierno, principalmente no que diz respeito à extensão dos poderes e faculdades porventura outorgados ao extraordinário colaborador da jurisdição, inigualável aos demais auxiliares do juízo, em que as respectivas e determinadas atribuições não lhes permitem proceder, senão em estreita e invariável conformação com o que dispuser a norma jurídica aplicável ao exercício da específica atividade.⁸

6 **Tratado Político**, trad. Norberto de Paula Lima, São Paulo: Ícone, 1994, p. 70.

7 **Amicus Curiae: amigo da corte ou amigo da parte?**, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17.

8 Nesse contexto, a dicção normativa do artigo 162, § 4º, do Código de Processo Civil, atribui ao serventuário o encargo de praticar determinados atos, legalmente denominados ordinatórios, cujos efeitos concorrem adminis-

Segundo a atualidade do direito pátrio, a terminologia *amicus curiae* tem expressão no artigo 138 da Lei nº 13.105/15 – Novo Código de Processo Civil. Anteriormente ao sobredito Estatuto Processual, nenhuma textual referência em lei, *stricto sensu*, havia no ordenamento.⁹

3. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DA INTERVENÇÃO DO *AMICUS CURIAE*. DA RELEVÂNCIA DA MATÉRIA *SUB JUDICE* E DA REPRESENTATIVIDADE INSTITUCIONAL DA ENTIDADE INTERVENIENTE

Relativamente ao direito material, objeto da presente investigação, consiste o mesmo em Direito Marcário, contextualizado na ambivalência do Direito de Propriedade Intelectual, vale dizer, Direito do Autor e Direito da Propriedade Industrial, este último abrangendo marcas e patentes, ensejando, por conseguinte, inquestionável desdobramento na conglobante ramificação do Direito Constitucional Econômico, regido pela principio-logia insculpida no texto do artigo 170, incisos I a IX, da Constituição da República Federativa do Brasil, lembrando a previsão igualmente constitucional dos primeiros no artigo 5º, incisos XXVII e XXIX.

Destarte, as ramificações constitutivas da Ciência do Direito acima referenciadas contêm, inapelavelmente, ilimitada dimensão política e econômica, de forma que a vindoura composição do conflito intersubjetivo de interesses invariavelmente acaba por produzir efeitos na superdimensionada esfera social, mormente no que tange ao Direito do Consumidor. Nesse sentido, a expressiva topografia legal extravagante, ora exemplificativamente retratada pelo artigo 36, incisos X, XI e XVIII, da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2.011, espeque normativo concernente à tipificação de conduta infratora à ordem econômica.

Pode-se afirmar que a incontornável magnitude da disciplina em debate vem conduzindo a atual jurisprudência à admissão da extraordinária participação do denominado *amicus curiae*, desde que preenchidos os requisitos fidedignamente tradutores da relevância da matéria *in judicio deducta*, do interesse jurídico do pretenso interveniente e de sua

trativamente para o desenvolvimento do processo, obviamente desprovidos de caráter decisório, haja vista recair a investidura jurisdicional exclusivamente sobre o magistrado.

9 Afirmava CASSIO SCARPINELLA BUENO, sob a égide do sistema processual civil anterior, não ter havido expressa inclusão da terminologia *amicus curiae* na legislação, ressalvado o artigo 23, § 1º, da Resolução nº 390, de 17 de setembro de 2004, do Conselho da Justiça Federal. (*Op. cit.*, p. 126).

representatividade, aliados a critérios judiciais objetivamente rigorosos, conforme se infere do elucidativo e v. acórdão prolatado nos autos do Recurso de Agravo de Instrumento nº 227249, processo originário nº 201302010040720, Relator Desembargador Federal Paulo Espírito Santo, julgado em 25 de junho de 2013, pela Primeira Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.¹⁰

Não por acaso, tem lugar o magistério de CASSIO SCARPINELLA BUENO, ao afirmar que:

"O INPI, como executor das normas de propriedade industrial, deve obedecer a princípios impessoais, como a livre concorrência, o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, ao passo que o titular e proprietário tem interesse de ordem particular sobre a propriedade imaterial atacada."¹¹

Sendo assim, a hipótese em que a *res in judicio deducta* disser respeito ao direito marcário e concorrencial, conduzirá o Tribunal à prolação de um v. acórdão, cujos efeitos, invariavelmente, incidirão sobre o direito coletivo do público alvo da atividade econômica igualmente desempenhada pelo extraordinário interveniente. Ou seja, o exercício do direito de propriedade intelectual que fundamenta a inserção do *amicus curiae*, em que pese hermeticamente encartado na pessoa jurídica de direito privado litigante, fará surtir, necessariamente, efeitos sobre o interesse público do destinatário final do produto ou do serviço. Nesse sentido, o exemplificativo preceito normativo do artigo 6º, inciso II, da Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor.

Nesse contexto, vale cogitar a hipótese em que uma proeminente sociedade empresária invista pesadamente em pesquisa e desenvolvimento (P & D) voltados para a elaboração de soluções e implementação de tecnologia em determinado setor da atividade econômica, e por essa razão, erigida a uma incontestável posição de liderança e representatividade no próspero mercado nacional, concorrendo simultaneamente para a qualificação e certificação de profissionais, disponibilizando-os para atuação naquele mesmo setor de atividade econômica, empreendimento-

10 RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Recurso de Agravo de Instrumento nº 227249. Processo originário nº 201302010040720. Órgão Julgador – Primeira Turma Especializada – Relator Desembargador Federal Paulo Espírito Santo. Julgamento: 25/06/2013. Disponível em: www.trf2.jus.br Acesso em 12 mai. 2015.

11 *Op. cit.* p. 296.

-escola, por exemplo, inigualavelmente tradutor do exercício da função social da empresa.^{12 e 13}

Em que pese não se tratar a hipotética interveniente de associação civil sem fins lucrativos, natureza jurídica a ter lugar rotineiramente nas hipóteses de admissibilidade de *amicus curiae*, consistindo a sociedade empresária em tese em uma entidade econômica de expressão, transcendente à produção e/ou prestação de serviços meramente persecutórios de lucro, efetivamente geradora de emprego e renda, contribuinte de escol, corporação que, além do investimento em pesquisa e desenvolvimento (P & D), disponibiliza para os profissionais daquele expansivo setor de produtos e/ou de serviços de excelente qualidade e eficiência, inegavelmente influentes na satisfação do respectivo destinatário final.

Em se tratando de uma organização empresarial geradora de um significativo contingente de profissionais tecnicamente habilitados para o atendimento da ininterrupta ascensão do mercado consumidor, estará, repita-se, a denominada *função social da empresa* diligentemente cumprida, posto que a referida entidade corporativa reinveste os resultados provenientes da atividade econômica lucrativa na preservação da dignidade da classe trabalhadora, assegurando-lhe, haja vista a qualitativa superioridade dos respectivos bens de produção, a manutenção do emprego e a conseqüente geração de renda, em detrimento de uma subjetiva e argentária persecução do aumento da margem de lucro, sem que haja uma positiva e transparente repercussão na esfera social.

12 Entenda-se por função social da empresa a diuturna geração de benefício socioeconômico indistintamente endereçado para a coletividade, institucionalmente sobreposto ao subjetivado e corporativo interesse, genuinamente persecutório de lucro. Por exemplo, concorre para o desempenho da função social da empresa a entidade que observa os predicados da Lei nº 10.097, de 19 de dezembro de 2000 – Lei da Aprendizagem, diploma que altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, e estabelece as diretrizes fundamentais para a qualificação “técnico-profissional” do maior de 14 e menor de 18 anos, de forma a viabilizar o respectivo ingresso no mercado de trabalho.

13 Sobre o tema função social da empresa há incontestável pertinência temática, mormente em se tratando de corporações, na reflexão de Walfrido Jorge Warde Jr.: “O poder econômico deve-se submeter aos processos democráticos, a despeito das suas habituais ineficiências, sob pena de se produzirem males ainda maiores. Nos meandros desses processos, se ao escritor político cabe dizer ao povo o que deve querer, então, ao jurista, para que se estabeleça relação idealmente ortogonal entre direito e política, que marca o aparecimento do constitucionalismo moderno, caberá alertar o legislador sobre o que e como deve fazer para obedecer ao povo.” (“Controle Gerencial e o Grupo de Sociedades” in **Os Grupos de Sociedades: organização e exercício da empresa, org. Danilo Borges dos Santos Gomes de Araujo e Walfrido Jorge Warde Jr, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 150).**

Não obstante, a jurisprudência pátria não tem sido receptiva à participação, na extraordinária qualidade de *amicus curiae*, de pessoa jurídica de direito privado consistente em sociedade empresária, por entender que o respectivo interesse é meramente corporativo, econômico, portanto, não encartada nas previsíveis hipóteses em que rotineiramente tem havido lugar para as associações sem fins lucrativos intervirem naquela especial condição. Em caráter ilustrativo, a manifestação pretoriana correspondente ao v. acórdão prolatado nos autos do Recurso de Agravo de Instrumento, processo originário nº 201400001023563, Relatora Desembargadora Federal Simone Schreiber, julgado em 25 de novembro de 2014, pela Segunda Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região,¹⁴ fracionário e v. julgado que reafirma a legitimidade da Associação Brasileira das Indústrias de Química Fina, Biotecnologia e suas Especialidades – ABIFINA, para intervir na especial qualidade de *amicus curiae*.

Na espécie, o que se extrai da sobredita decisão é o reconhecimento judicial no sentido de a eventual e ponderada admissibilidade do *amicus curiae* coisa alguma fazer em detrimento da “rápida solução do litígio”,^{15e16} ou comprometer o regular desenvolvimento do processo, haja vista a incontornável finalidade de sua excepcional integração àquela relação jurídica.

Nesse diapasão, paradigmático é o entendimento esposado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, admitindo a simultânea integração, na qualidade de *amicus curiae*, de entidade empresarial inegavelmente persecutória de fins lucrativos, AMERICAN AIRLINES,

14 RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Recurso de Agravo de Instrumento. Processo originário nº 201400001023563. Órgão Julgador – Segunda Turma Especializada. Relatora Desembargadora Federal Simone Schreiber. Julgamento: 25/11/2014. Disponível em: www.trf2.jus.br Acesso em 12 mai. 2015.

15 A expressão “rápida solução do litígio” remete o estudioso ao princípio da celeridade da prestação jurisdicional, correspondente a uma assertiva de que *ao juiz caberá diligenciar a condução do feito, de modo a compatibilizar o exercício dos poderes e faculdades assegurados a todos os sujeitos do processo com a invariável premência da composição da lide*.

16 A respeito da terminologia princípio, Humberto Ávila reproduz o ensinamento de Josef Esser: “Para Josef Esser, princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado.”¹⁶ Mais do que uma distinção baseada no grau de abstração da prescrição normativa, a diferença entre os princípios e as regras seria uma distinção qualitativa.¹⁷ O critério distintivo dos princípios em relação às regras seria, portanto, a função de fundamento normativo para a tomada de decisão.” (**Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 55).

INC. e a associação IATA - INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION, por intermédio da v. e monocrática decisão proferida nos autos do Recurso Extraordinário nº 636.331,¹⁷ Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, cujo teor é abaixo reproduzido:

DESPACHO: *A American Airlines, Inc. requer ingresso no feito na condição de **amicus curiae** para que possa colaborar com o julgamento, nos termos da Petição nº 8.979/2012. Defiro o pedido de ingresso, com fulcro no art. 323, § 3º, do RISTF.*

Remetam-se os autos à Procuradoria-Geral da República, para parecer (art. 160 do RISTF).

Publique-se.

Brasília, 29 de maio de 2012.

*Ministro **GILMAR MENDES** - Relator*

Documento assinado digitalmente.

Enfim, se a rotina pretoriana, relativamente à admissibilidade do *amicus curiae*, era restritivamente receptiva às entidades sem fins lucrativos, desprovidas de interesse econômico imediato, a hipótese em que determinado e expressivo agente econômico, gerador de emprego e de renda, dotado de suficiente expertise na matéria de direito em debate, puder comprovadamente concorrer para que melhor possa o Estado-juiz formar convicção, desde que não atue em detrimento da “rápida solução do litígio” e do regular desenvolvimento do processo, não haverá razão de direito para afastar a admissibilidade de pessoa jurídica de direito privado, sob o exclusivo e fragilizado argumento da finalidade lucrativa e concorrencial.

Na situação em estudo sobressairia o interesse inigualavelmente institucional da pretensa interveniente, na medida em que seguramente poderia contribuir para melhor convicção judicial, alcançando, dessarte, a mesma finalidade que qualquer outra entidade sem fins lucrativos alcançaria, desempenhando *a mesma atribuição processual*. Vale dizer, subsidiar, em razão de seu específico e profundo conhecimento, a convicção judicial acerca das vicissitudes componentes do direito da concorrência,

17 BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331. Órgão Julgador – Primeira Turma. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 29/05/2012. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 01 mai. 2015.

expressivo corolário do igualmente constitucional princípio da livre iniciativa, logo, interesse público, por excelência.

4. DO RESPECTIVO INTERESSE JURÍDICO NA EXTRAORDINÁRIA INTERVENÇÃO. UMA ANÁLISE SOB O PÁLIO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

Independentemente da proximidade da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, entende-se oportuna a referência à normativa quanto à admissibilidade do *amicus curiae* sob a égide do Estatuto de 1973, vez que ao estudioso da ciência do processo não é facultado olvidar que o sistema adotado no Brasil relativamente à aplicação da lei processual no tempo é o do isolamento dos atos, implicando, portanto, o alcance da lei nova aos feitos em curso, respeitado o que praticado foi sob a regência da lei anterior. Nesse sentido, o sempre oportuno magistério de MOACYR AMARAL SANTOS:

"A lei nova, encontrando um processo em desenvolvimento, respeita a eficácia dos atos processuais já realizados e disciplina o processo a partir da sua vigência. Por outras palavras, a lei nova respeita os atos processuais realizados, bem como os seus efeitos, e se aplica aos que houverem de realizar-se."¹⁸

O tema em referência, inegavelmente relativo à utilidade porventura extraída da pretensa intervenção, desafia preliminarmente a reprodução do magistério do tratadista CASSIO SCARPINELLA BUENO:

"Para nós, o interesse que motiva (que *legitima*) a atuação do *amicus curiae* em juízo é 'jurídico'. Mas é um 'jurídico' diferenciado, que não pode ser confundido ou assimilado com o interesse que conduz um 'assistente' ou outro 'terceiro' qualquer a um processo entre outras pessoas para nele intervir das variadas formas que o nosso direito, tradicionalmente, lhe reconhece. Não se trata, isto é certo, de um interesse jurídico *subjetivado*. Mas se trata, com essas ressalvas, de um

18 *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 1, 23ª ed., atual. Aricê Moacyr Amaral Santos, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 32.

interesse que é *jurídico*. É um interesse jurídico porque é previsto, porque é agasalhado, porque é tutelado pela ordem jurídica considerada como um todo. E, se assim, no plano do 'direito material', não há razão para que não o seja *também* no plano do direito processual. É interesse *jurídico*, portanto. (Grifos no original)."¹⁹

Desta forma, ainda que interesse de agir tenha o sujeito parcial do processo que ostentar para justificar a respectiva participação, a extraordinária condição do denominado *amicus curiae* não o assemelha aos demais intervenientes (assistente, oponente, nomeado à autoria, litisdenunciado, chamado ao processo), modalidades tradicionais de terceira, segundo a normativa do Código de Processo Civil de 1973, de forma que o aludido sistema o classifique erigindo-o a uma categoria inapelavelmente especial, segundo os termos do artigo 543-C, § 4º, do Código de Processo Civil, ao expressar "(...) pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia." Outro não é o sentido da lição professada pelo precitado autor:

"Para nós, terá 'representatividade adequada' toda aquela pessoa, grupo de pessoas ou entidade, de direito público ou de direito privado, que conseguir demonstrar que tem um específico *interesse institucional* na causa e, justamente em função disso, tem condições de contribuir para o debate da matéria, fornecendo elementos ou informações úteis e necessárias para o proferimento de melhor decisão jurisdicional. Meros interesses corporativos, que dizem respeito apenas à própria entidade que reclama seu ingresso em juízo, não são suficientes para a sua admissão na qualidade de *amicus curiae*²⁶". (Grifo no original)²⁰

Não obstante mais sucinto e objetivo, porém não menos aqui-latado é o ensinamento de CARLOS GUSTAVO RODRIGUES DEL PRÁ, afirmando que "(...) a figura do *amicus curiae* envolve diferentes fenômenos (instrumento de informação à disposição do juiz e de

¹⁹ *Op. cit.* p. 505.

²⁰ *Idem*, p. 146/147.

participação ativa da sociedade em assuntos de seu interesse), mas todos caracterizados pelo auxílio em benefício da corte.”²¹

“Auxílio em benefício da corte”, eis o escopo da injunção do *amicus curiae*, sujeito, por assim dizer, que embora extraordinário ao feito, *integra, colabora, participa*, de maneira a contribuir para a convicção judicial conforme a extensão do seu empírico e/ou científico saber a respeito da matéria de direito colocada ao debate, conhecimento que lhe outorga representatividade. Compõe a democrática profusão de intérpretes, produto de um constitucionalismo comunitário, declaradamente assentado na Constituição da República de 05 de outubro de 1988, transcendente ao positivismo jurídico hermeticamente voltado para a defesa do interesse individual. Nesse contexto, a proficiência da tratadista GISELE CITTADINO:

“O constitucionalismo ‘comunitário’, calcado no binômio dignidade humana-solidariedade social, ultrapassa, segundo seus representantes, a concepção de direitos subjetivos, para dar lugar às liberdades positivas. Uma visão comunitária da liberdade positiva limita e condiciona em prol do coletivo a esfera da autonomia individual. Em outras palavras, os direitos fundamentais não mais podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, ‘antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir. Em cada um dos direitos fundamentais e entre eles, a Constituição delimita espaços normativos, preenchidos por valores que constituem bases de ordenação da vida social. É legítimo falar de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais como dimensão valorativa, visto que a medida ou o alcance de sua validade jurídica são em parte determinados pelo reconhecimento comunitário, e não simplesmente remetidos para a opinião e a vontade de seus titulares’²⁸.”²²

21 *Op. cit.* p. 57.

22 **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 17.

Indubitavelmente, a referida profusão de atores institucionais potencialmente legitimados a intervir na qualidade de *amicus curiae*, observado o inarredável binômio interesse jurídico e representatividade, conduz o autor a uma análoga reflexão inspirada na filosofia clássica, ora retratada pelo ensinamento de IVÁN C. IBÁN e LUIS PRIETO SANCHÍS, os quais se utilizam das concepções platônica e aristotélica para dissertar a respeito do enquadramento individual, no âmbito da comunidade política sob o aspecto distintivo entre o público e o privado:

"Desde una famosa obra de CONSTANT suele distinguirse entre la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos como dos formas contrapuestas de concebir la posición del hombre en el seno de la comunidad política. La *polis* griega y la *civitas* romana preclásica serían las dos formaciones históricas típicas y PLATÓN y ARISTÓTELES los teóricos más destacados de esa concepción antigua que desconocía la distinción entre el 'ciudadano' y el 'particular', entre el súbdito y el creyente, entre ideales políticos y exigencias éticas individuales. De esa visión orgánica de la sociedad y el Estado 'procede en el mundo antiguo la indiferenciación del *ethos*, la esencialidad e incluso imposibilidad de una distinción entre política, moral, y religión', (CERRONI)."²³

A lição professada pelos supracitados autores espanhóis auxilia o intérprete na delicada tarefa de avaliar a dimensão do interesse jurídico (transindividual) e da representatividade (expressão institucional) do pretense interveniente, ora qualificado como *amicus curiae*. Em termos, partindo-se agora de uma contemporânea "visão orgânica da sociedade", será preciso que o julgador proceda a uma criteriosa análise da transposição do interesse individual do *amicus curiae* para um interesse juridicamente mais elevado, proveniente da incontestável representatividade.

Desarte, em que pese o pretense *amicus curiae* porventura consistir em uma sociedade empresária inegavelmente persecutória de lucro e por essa razão presumidamente ostentar interesse corporativo relativamente à matéria *sub judice*, interesse de caráter inegavelmente institucional, igualmente se revela, por se tratar a referida entidade de um expressivo agente econômico, exercente de atividade geradora

23 *Lecciones de Derecho Eclesiástico*, 2ª ed., Madrid: Tecnos, 1987, p. 42.

de efeitos, cuja superlativa dimensão alcança indistintamente o direito do consumidor, ramificação jurídica declaradamente prodigiosa no que tange às garantias asseguradas ao fragilizado signatário daquela relação. Ou, se for o caso, à coletividade alcançada pela eventualidade de efeitos lesivos provenientes da atividade econômica, segundo inteligência do artigo 17 da Lei nº 8.078/90.

Em termos, consistiria a hipotética sociedade empresária em uma valiosa portadora de conhecimento externo, inegavelmente contributivo para a convicção judicial, de forma que o almejado escopo social da jurisdição, retratado pela prolação da sentença justa, venha ser efetivamente alcançado. Nesse sentido, vale-se, mais uma vez, do oportuno magistério de CASSIO SCARPINELLA BUENO:

"Seja nos casos em que o *amicus curiae* intervém por determinação do juiz, seja naqueles casos em que ele intervém espontaneamente, o que caracteriza, historicamente, essa figura é a possibilidade e a necessidade de informações usualmente estranhas ao conhecimento do juiz serem consideradas por ele, serem, em alguma medida, levadas em conta para um correto julgamento da causa."²⁴

Acrescenta, mais adiante, o referenciado tratadista:

"Não há, contudo, como desconsiderar que suas alegações serão tanto mais críveis e, conseqüentemente, levadas em conta pelo magistrado na exata proporção em que ele, *amicus curiae*, mostrar-se 'confiável', 'idôneo', 'imparcial', 'neutro', 'respeitado' no seu específico ramo de atividade, seja por entidades privadas ou públicas."²⁵

Destarte, é igualmente inadmissível que um determinado agente econômico subverta o direito marcário, destacada ramificação científica, pretendendo se tornar titular de propriedade industrial afrontando o disposto no artigo 124, inciso VI, da Lei nº 9.279/96, infração cujos efeitos serão incontornavelmente lesivos não só à consagrada e constitucional livre concorrência, bem como ao direito do destinatário final do produto ou do

²⁴ *Op. cit.*, p. 405.

²⁵ *Idem*.

serviço, de igual modo sob a égide da Magna Lei, naturalmente fragiliza- do pela tenacidade do poder econômico ora exercido pelo infrator, razão pela qual digno de especial tutela jurídica, sob o pàlio de lei extravagante, cujo teor da precitada norma de direito marcário se reproduz:

"Art. 124. Não são registráveis como marca:

VI - sinal de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, quando tiver relação com o produ- to ou serviço a distinguir, ou aquele empregado comunente para designar uma característica do produto ou serviço, quanto à natureza, nacionalidade, peso, valor, qualidade e época de produção ou de prestação do serviço, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva;"

Corroborando o rigor da precitada dicção normativa, é trazida a colação a manifestação pretoriana ilustrada pelo v. acórdão prolatado nos autos de Recurso de Apelação, processo originário nº 201251010302517, Relator Desembargador Federal Paulo Espírito Santo, julgado em 13 de junho de 2014, pela Primeira Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.²⁶

Não por acaso, o novel Diploma Processual Civil erige o denomina- do *amicus curiae* à declarada e incontestável qualidade de terceiro inter- veniente, segundo a precisa dicção normativa do artigo 138, tema versa- do no tópico a seguir.

5. UMA PERSPECTIVA SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.105, DE 16 DE MAR- ÇO DE 2015 - NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O assunto é inapelavelmente objeto de acirrado debate, em sede doutrinária e jurisprudencial, mormente no que diz respeito à dimensão do interesse jurídico e à controversa representatividade do pretense in- terveniente, afirmação ora retratada pelo v. acórdão prolatado nos au- tos do Recurso Extraordinário nº 658312/SC, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 27 de novembro de 2014 pelo Tribunal Pleno²⁷ do Supremo

26 RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Recurso de Apelação. Processo originário nº 201251010302517. Órgão Julgador – Primeira Turma Especializada. Relator Desembargador Federal Paulo Espírito Santo. Julgamento: 13/06/2014. Disponível em: www.trf2.jus.br. Acesso em 04 mai. 2015.

27 BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 658312/SC. Órgão Julgador – Tribunal Pleno. Rela- tor Ministro Dias Toffoli. Julgamento: 27/11/2014. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 13 mai. 2015.

Tribunal Federal, razão pela qual obteve especial tratamento legal da normativa posterior ao Código de Processo Civil de 1973.

Em outras palavras, o novel diploma processual civil brasileiro, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, contextualizou o denominado *amicus curiae* no capítulo concernente à intervenção de terceiros, iniciativa do legislador que, a juízo do articulista, contribui, em princípio, para melhor discernimento acerca da respectiva natureza jurídica, bem como para cientificamente mensurar a real dimensão dos poderes e faculdades a serem judicialmente outorgados a esse sujeito, segundo os termos do artigo 138, § 2º, do supracitado diploma, o qual, sob o pálio do novo ordenamento, ainda que topograficamente, foi declaradamente erigido à incontestável categoria de terceiro interveniente.

Nesse contexto, questão elegante diz respeito a real dimensão dos poderes e faculdades porventura assegurados ao *amicus curiae*, observadas as textuais restrições pertinentes à recorribilidade, assentadas nos §§ 1º e 3º do sobredito dispositivo legal. No que respeita à admissibilidade do *amicus curiae*, com inigualável coerência absteve-se casuisticamente o legislador, estabelecendo, *in genere*, para efeito da respectiva inclusão, como *fato constitutivo do direito* do extraordinário interveniente “a relevância da matéria”, “a especificidade do tema objeto da demanda”, ou ainda, “a repercussão social da controvérsia”.

Ou seja, desde que incontroversa a *científica dimensão atribuída à matéria pela profusa comunidade de intérpretes*, ou que haja *superlativa peculiaridade no assunto em que tecnicamente consiste a demanda*, ou ainda que *os efeitos provenientes daquele conflito sejam indistintamente transcendentais aos interesses intersubjetivos dos atores parciais daquele processo*, atrelados à uma incontestável representatividade, terá lugar a admissibilidade do *amicus curiae*.

Digno de nota é o preceito do artigo 138, § 1º, da Lei nº 13.105/15, advertindo que a integração do *amicus curiae* ao processo não infirma o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*,²⁸ insculpido no artigo 43 do supracitado Estatuto Processual, exceto, obviamente, na hipótese de supressão do órgão judiciário, pois, ainda que possível fosse cogitar o deslocamento da competên-

28 Acerca do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, disserta o processualista Athos Gusmão Carneiro: “A competência, determinada *no momento em que foi proposta a demanda, não mais se altera*, ainda que se modifiquem os ‘dados’, de fato ou de direito, em função dos quais se operou tal determinação”. Assim, se a ação é ajuizada em Curitiba, porque o réu lá era domiciliado, é irrelevante a circunstância de, posteriormente, transferir o réu domicílio para São Paulo. (Grifos no original). (**Jurisdição e Competência**, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 76).

cia do juízo, por ser a mesma absoluta, *de lege ferenda*, em razão da pessoa do extraordinário interveniente, tecnicamente acertada a dicção normativa ao preservar a competência do juízo originário em detrimento da expressão institucional do *amicus curiae*, ainda que de inigualável proeminência.

No que se refere ao estágio do processo em que terá lugar a integração do amigo da Corte, em que pese parecer desnecessário, vale ressaltar que a dicção normativa do artigo 138, § 2º, “Caberá ao juiz ou ao relator (...)”, outra conclusão, em princípio não se permite, senão que a intervenção do *amicus curiae* tenha lugar em qualquer grau de jurisdição, em que pese a terminologia *juiz*, em sentido amplo, significar o integrante da magistratura, independentemente do respectivo grau hierárquico. Nesse contexto, digna de nota é a redação da norma contida no artigo 555 do Código de Processo Civil de 1973, dicção empregada em alusão à colegialidade.²⁹ Todavia, este não se afigura, a juízo do autor, o sentido da norma jurídica encartada na Lei nº 13.105/15, vez que utiliza a dogmática do processo terminologia confinadamente aplicável ao elemento constitutivo da magistratura de primeiro e de segundo graus. Aliado a este argumento, cumpre ainda afirmar que é de exclusividade do relator a atribuição do denominado juízo prévio de admissibilidade quando em sede originária ou recursal provocado for o respectivo órgão fracionário.

Quanto ao imperativo da fundamentação da respectiva decisão, novidade alguma foi trazida, tendo em vista a respectiva preexistência na redação do texto do artigo 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil, correspondente ao princípio da obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais, predicado reproduzido no artigo 11, *caput*, da Lei nº 13.105/15. Nesse sentido, vale a conclusão de CASSIO SCARPINELLA BUENO de que, “Na medida do possível, a decisão que analisar a intervenção do *amicus curiae* deverá tecer considerações objetivas com as razões pelas quais defere ou indefere sua intervenção (...)”.³⁰

Isto é, caberá ao magistrado, independentemente da hierarquia jurisdicional em espécie, *externar com objetividade e clareza os elementos de convicção condutores da decisão de admissibilidade ou de solicitação, valendo-se, principalmente, do prudente critério judicial, ora constituído pelos cânones da razoabilidade e da proporcionalidade.*

29 Art. 555. No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes. (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 2001).

30 *Op. cit.* p. 201.

Despiciendo esclarecer que, em se tratando de decisão interlocutória, sentença e acórdão, o imperativo da fundamentação é inarredável, posto que o ato judicial em alusão invariavelmente *constitui, modifica, ou extingue* determinado direito material ou processual da parte.

CONCLUSÃO

A título de considerações finais, pode-se afirmar que o trabalho de pesquisa consistiu, primeiramente, na realização de um exame de caráter nitidamente interdisciplinar, promovendo um diálogo entre 02 (duas) ramificações constitutivas da ciência do direito, inigualavelmente concorrentes para o desenvolvimento do assunto, haja vista o superlativo grau de representatividade que haverá de ostentar o pretense interveniente, predicado comum às mais expressivas corporações de direito privado, genuinamente persecutórias de fins lucrativos.

Em segundo lugar, depreendeu-se uma investigação intertemporal do direito processual civil, vez que realizada uma análise da sistemática sob o pálio da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, bem como sob a égide da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Novo Código de Processo Civil, considerando-se que, além do caráter proeminentemente pedagógico, o sistema adotado no Brasil, do isolamento dos atos processuais, tem por perfectibilizados os atos praticados sob a regência da lei anterior, restando, assim, preservados os respectivos efeitos. Nesse sentido, o artigo 1.211, *caput*, do Código de Processo Civil de 1973, bem como o artigo 1.046 do novel diploma.

Dos argumentos acima expendidos, infere-se que o tema objeto da empreendida investigação desafia a superlativa comunidade de intérpretes a instaurar um *forum* permanente de debates, de forma a consigná-lo na extensa e disputada agenda acadêmica, obrigatoriamente receptiva aqueles assuntos, cuja diuturna operacionalidade forense aflige o mais proficiente estudioso, máxime quando a matéria *sub judice* ainda permanece equidistante da consolidação intelectual dos pretores.

Buscou-se, observados os limites da proposta da pesquisa, elaborar um diagnóstico acerca de um assunto indubitavelmente controvertido na seara processual civil brasileira, o qual, não obstante a imemorial existência noticiada pela História do Direito, guardadas as devidas proporções, corresponde à extraordinária admissibilidade de integração ao feito de

um terceiro, cujo interesse jurídico, de caráter reconhecidamente institucional para intervir, não se confunde com aquele que ornamenta, sob um aspecto privado, os sujeitos declaradamente parciais do processo.

Espera-se, com o advento da Lei nº 13.105/15, que a profusa comunidade de intérpretes desperte, além daquele rotineiramente demonstrado, maior interesse pelo debate acerca das implicações que a extraordinária intervenção protagonizada pelo *amicus curiae* poderá resultar, mormente no que diz respeito à controvérsia envolvendo entidades que, embora institucionalmente representativas, e, por essa razão, em princípio, observadoras da função social, correspondem a superdimensionadas sociedades corporativas em que o respectivo porte econômico e a persecução lucrativa acabam por se tornar um obstáculo para que intervenham na qualidade de *amicus curiae*.

Finalmente, cumpre reiterar que o equilibrado intento lucrativo, inarredável característica do sistema capitalista, desde que *pari passu* ao cumprimento da função social da empresa, pedra angular da institucionalização do desenvolvimento econômico, não há de ser objeto de arrefecimento jurisdicional quanto à admissibilidade de uma sociedade empresária, inegavelmente representativa, para ingressar no feito na qualidade de *amicus curiae*. ❖

BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro**: um terceiro enigmático, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. CINTRA, Geraldo Ulhôa. **Dicionário Latino – Português**, 3ª ed., São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1953.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**, elementos da filosofia constitucional contemporânea, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

GOMES DE ARAUJO, Danilo Borges dos Santos e Walfrido Jorge Warde Jr. Org. **Os Grupos de Sociedades**: organização e exercício da empresa, São Paulo: Saraiva, 2012.

IBÁN, Iván C. **Lecciones de Derecho Eclesiastico**, 2ª ed., Madrid: Tecnos, 1987.

IGLESIAS, Ruan. **Direito Romano**, atual. Juan Iglesias Redondo, trad. Cláudia de Miranda Avena, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEDINA, Damares. **Amicus Curiae: amigo da corte ou amigo da parte?**, São Paulo: Saraiva, 2010.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do Direito Processual Brasileiro**: das origens lusas à escola crítica do processo, 1ª ed., São Paulo: Manole, 2002.

RODRIGUES DEL PRÁ, Carlos Gustavo. **Amicus Curiae**: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, Curitiba: Juruá, 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, v. 1, 23ª ed., atual. Aricê Moacyr Amaral Santos, São Paulo: Saraiva, 2004.

SPINOZA, Benedictus de. **Tratado Político**, trad. Norberto de Paula Lima, São Paulo: Ícone, 1994.

Constituição Federal:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

Legislação:

Código de Processo Civil e Constituição Federal, 43ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

Informação obtida via internet:

www.stf.jus.br

www.trf2.jus.br

O Novo CPC, o Processo Eletrônico e os Meios Digitais

Ana Amelia Menna Barreto

*Advogada, Docente, Mestre em Direito Empresarial,
Presidente da Comissão de Direito e TI da OAB/RJ*

O novo Código de Processo Civil - Lei 13.105/15 - pouco se ateu a prática processual em meio eletrônico, deixando de promover a desejada e necessária unificação das regras e procedimentos relativos à tramitação processual nesse meio.

Em sentido oposto, a insegurança jurídica restou pavimentada, tendo em vista a delegação de poderes ao Conselho Nacional de Justiça e ainda, supletivamente, aos tribunais, para 'regulamentar a prática e a comunicação oficial de atos processuais por meio eletrônico e velar pela compatibilidade dos sistemas, disciplinando a incorporação progressiva de novos avanços tecnológicos e editando, para esse fim, os atos que forem necessários, respeitadas as normas fundamentais do Código' (art. 196)¹.

Existem em funcionamento cerca de 40 sistemas informatizados diferentes adotados pelos vinte e sete Tribunais de Justiça, por cinco Tribunais Regionais Federais, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Apenas a Justiça Trabalhista cuidou de adotar um sistema único.

Acresce-se a essa realidade o fato de que cada um dos Tribunais instituiu deveres processuais através de atos infralegais, que adentram matéria de ordem processual e absolutamente díspares entre si.

Dessa forma, os usuários dos sistemas informatizados - que a advocacia é a maior cliente - permanecerão obrigados não apenas a conhecer o funcionamento técnico, mas também as regras do peticionamento de cada um dos Tribunais em que atuam.

Dentre as tímidas inovações trazidas pelo novo CPC consideramos de caráter positivo, as seguintes previsões:

¹ Outras competências estão previstas nos arts. 837, 879, § 3º, 882, 945 e 979.

- A admissão do peticionamento em papel, caso o Poder Judiciário não disponibilize, gratuitamente, os equipamentos necessários à prática de atos processuais e à consulta e ao acesso ao sistema e aos documentos dele constantes (art. 198 e parágrafo único);

- A acessibilidade garantida às pessoas com deficiência pelas unidades do Poder Judiciário, acessibilidade aos seus sítios na rede mundial de computadores, ao meio eletrônico de prática de atos judiciais, à comunicação eletrônica dos atos processuais e à assinatura eletrônica (art. 199);

- A necessidade de cumprimento de requisitos previstos no Marco Civil da Internet no que se refere à adoção de padrões abertos (art. 195), a independência da plataforma computacional, acessibilidade e interoperabilidade dos sistemas, serviços, dados e informações que o Poder Judiciário administre no exercício de suas funções (art. 194);

- A realização de audiência de conciliação ou de mediação por meio eletrônico (art. 334, § 7º);

- A gravação da audiência de instrução e julgamento por qualquer das partes, independente de autorização judicial (art. 937, § 6º);

- A admissão da prática de atos processuais por videoconferência, ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, no depoimento pessoal da parte, na oitiva de testemunhas e na acareação, nos casos em que esses residam em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo (art. 236, § 6º, art. 453, § 1º e art. 461, § 2º);

- A permissão de o advogado realizar sustentação oral por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, caso tenha domicílio profissional em cidade diversa daquela onde está sediado o tribunal (art. 937, § 4º);

- A desnecessidade de motivação quanto à discordância quanto ao julgamento por meio eletrônico dos recursos e dos processos de competência originária que não admitem sustentação oral, sendo apta a determinar o julgamento em sessão presencial (art. 945, § 3º).

NÃO PREV ISTO

Infelizmente o novo *Codex* não cuidou de estabelecer a validade do recolhimento das custas processuais por meio eletrônico, assim

como das informações sobre andamento processual prestadas nos sites oficiais dos Tribunais.

As Turmas do Superior Tribunal de Justiça vêm adotando entendimentos díspares quanto à aceitação do pagamento do preparo via internet, sendo ora rejeitado, ora admitido².

Em relação à validade das informações prestadas no site dos Tribunais o novo Código apenas se manifesta no que se refere às informações constantes de seu sistema de automação³, disciplinando que sua divulgação goza de presunção de veracidade e confiabilidade (art. 197).

Após a vigência da Lei 11.419/2006 - em homenagem à adoção de recursos tecnológicos - a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça manifestou-se no sentido de atribuir confiabilidade e conseqüente valor oficial às informações processuais que são prestadas pela página oficial dos tribunais, mesmo que apresente um caráter informativo³.

ASSINATURA DIGITAL

A procuração poderá ser assinada digitalmente (art. 105, § 1º), assim como a assinatura dos juízes em todos os graus de jurisdição pode ser feita eletronicamente (art. 205, § 2º), em votos, acórdãos e demais atos processuais (art. 943).

MEIOS DIGITAIS

A incorporação dos meios digitais na prática processual encontra-se prevista nos seguintes registros:

- **Indicação de endereço eletrônico:** do advogado na procuração (art. 287); do autor e do réu na petição inicial (art. 319, II e § 2º); do perito, quando de sua nomeação (art. 465, § 2º, III) e do inventariante, quando das primeiras declarações (art. 620, II).

² Aceitação do pagamento do preparo via internet no AgRg no REsp 1.232.385, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, 4ª Turma, julgado em 6.6.2013, Dje 22.8.2013; AgRg no Ag 665456/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 24/05/2005, e, validade rejeitada por ausência de fé pública em comprovante de pagamento extraído da internet no Ag. Regimental no REsp 1.103.021/DF, Relator Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 26/05/2009; no AgRg no Ag 1206578/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, julgado em 15/12/2009, no AgRg no Agravo em REsp 414.122 - SP (2013/0342738-7), julgado em 17/12/2013; e Agravo em REsp 302.483 - SC (2013/0049809-9), Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Dje 22/05/2013).

³ REsp 1186276/RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, , julgado em 16/12/2010, Dje 03/02/2011 e REsp 960.280 - RS (2007/0134692-2), Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 07/07/2011, Dje 14/06/2011.

- A intimação por meio eletrônico foi prevista nas seguintes hipóteses:

- Quando o advogado que postular em causa própria não comunicar sua mudança de endereço ao Juízo, poderá ser intimado por meio eletrônico (art. 106, II, 2º);
- Do perito ou assistente técnico com dez dias de antecedência da audiência de instrução e julgamento (art. 477, § 4º);
- Do devedor para cumprir a sentença, se não tiver procurador constituído nos autos (art. 513, § 2º, III);
- Do intimado do pedido de adjudicação, se não tiver procurador constituído nos autos (art. 876, § 1º, III);
- Do Ministério Público, principalmente por meio eletrônico, para se manifestar em agravo de instrumento (art. 1.019, III);
- Da advocacia pública (art. 183, § 1º);
- Da Fazenda Pública para impugnação de execução (art. 535);
- Do Juiz ou relator em representação perante o corregedor do tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça contra juiz ou relator que injustificadamente exceder os prazos previstos em lei, regulamento ou regimento interno (art. 235, §§ 1º e 2º).

- Intimação dirigida a sociedade de advogados: Os advogados poderão requerer que, na intimação a eles dirigida, figure apenas o nome da sociedade a que pertençam, desde que devidamente registrada na Ordem dos Advogados do Brasil (art. 272, § 1º).

- Obrigação de cadastramento de empresas públicas e privadas nos sistemas de processo eletrônico: Com exceção das microempresas e das empresas de pequeno porte, as empresas serão obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio (art. 246, § 1º).

- Porte de remessa e de retorno: Dispensado o recolhimento em autos eletrônicos (art. 1007, § 3º).

- Prazo em dobro para litisconsortes com diferentes procuradores: Não se aplica no processo eletrônico para os litisconsortes que tiverem di-

ferentes procuradores, de escritórios de advocacia distintos, para todas as suas manifestações, em qualquer juízo ou tribunal, independentemente de requerimento (art. 229, § 2º).

- **Leilão judicial eletrônico:** Permitida a alienação por esse meio, podendo os Tribunais editar disposições complementares e dispor sobre o credenciamento de corretores e leiloeiros públicos (art. 879, II e § 3º).

- **Agravo de instrumento em autos eletrônicos:** Dispensada a junta de cópias da petição inicial, da contestação, da petição que ensejou a decisão agravada, da própria decisão agravada, da certidão da respectiva intimação ou de outro documento oficial que comprove a tempestividade e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado e de declaração de inexistência de qualquer dos documentos referidos (art. 1.017, § 5º).

- **Ata Notarial:** Poderá constar dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos (art. 384).

- **Videoconferência:** Será admitida a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real (art. 236, § 3º).

Admitido o depoimento pessoal da parte e a inquirição de testemunhas pelos meios acima citados em caso de residirem em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo (arts. 385, § 3º, art. 453, § 1º), assim como na acareação (art. 461, § 2º).

- **Julgamento de recursos por meio eletrônico:** A critério do órgão julgador, o julgamento dos recursos e dos processos de competência originária que não admitem sustentação oral poderá realizar-se por meio eletrônico (art. 945), podendo qualquer das partes apresentar discordância do julgamento por meio eletrônico (§ 2º), independentemente de motivação, que será apta a determinar o julgamento em sessão presencial (§ 3º).

TEMAS A SEREM ENFRENTADOS PELOS TRIBUNAIS

Entendemos que algumas questões deverão vir a ser regulamentadas pelos Tribunais, em vista da falta de clareza dos novos dispositivos.

Sem pretensão de esgotar os questionamentos, apontamos dois pontos que geram dúvidas quanto a sua aplicação:

- Exigência de cadastramento no sistema pelas empresas

Enquanto a Lei 11.419/2006 institui o caráter voluntário de credenciamento no sistema informatizado do Tribunal (art. 5º), o novo CPC determina que as empresas de pequeno porte, as públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, efetivadas preferencialmente por meio eletrônico.

Indaga-se quem seria eleito como responsável pelo credenciamento no sistema e regular acompanhamento do envio de intimações e citações.

- Intimação da sociedade de advogados

Nos sistemas informatizados existentes o cadastro do advogado é de ordem pessoal, não estando disponibilizado o cadastramento do escritório de advocacia.

Entendemos que, nesta hipótese, a intimação dirigida a sociedade de advogados somente poderá ser realizada através do Diário de Justiça Eletrônico. ❖

O Equívoco do STJ na Colheita de Votos e na Proclamação do Resultado Durante o Caso “Odebrecht X Gradin”

Felipe Barreto Marçal

Advogado. Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Aluno da EMERJ.

“Não desistam do Brasil”. Foi essa frase e um julgamento equívoco – já íamos escrevendo “infeliz” – do STJ que motivaram o presente artigo. Isso porque, apesar de a questão de fundo aqui tratada vir sendo abordada pela doutrina desde, no mínimo, desde 1974¹, não desistimos de alertar para o problema, muito menos do nosso Poder Judiciário – que esperamos em breve integrar.

Antes de tudo, deve-se ressaltar que a crítica aqui feita é extensível a praticamente todos (senão todos) os órgãos colegiados do Poder Judiciário no país, a fim de que comecem (ou continuem) a colher de forma correta os votos proferidos nas sessões colegiadas.

Pois bem. No dia 12.08.2014, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça deu continuidade a um julgamento envolvendo as famílias Odebrecht e Gradin², num processo que versa sobre a compra “de ações da Odebrecht Investimentos S/A (Odbinv)”³.

Contudo, o STJ não estava diante do mérito do processo ou do recurso, mas de uma questão processual e preliminar àqueles: se o litígio deve se desenvolver judicialmente ou extrajudicialmente (por mediação

1 Por todos: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, v. V: arts. 476 a 565. 17ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 698-705 (cuja primeira edição foi publicada em 1974); “Notas sobre alguns fatores extrajudiciais no Julgamento colegiado”, in **Temas de direito processual**: sexta série. Rio de Janeiro: Saraiva, 1997, p. 145 e s.. Para a íntegra do artigo, consulte: http://www.iabnacional.org.br/article.php3?id_article=1632.

2 REsp nº 1331100 / BA.

3 Para maiores detalhes sobre o caso: “Pedido de vista interrompe julgamento de disputa de ações na Odebrecht”, in http://www.migalhas.com.br/Quentes/17_M1173260_51045-Pedido+de+vista+interrompe+julgamento+de+disputa+de+acoes+na+Odebrecht, consultado em 13.08.2014.

ou arbitragem⁴), sendo imperioso, para isso, interpretar cláusulas (compromissórias) presentes no acordo firmado entre ambas as partes.

Como se sabe, as Turmas do Superior Tribunal de Justiça são compostas por cinco Ministros (art. 2º, § 4º, do RISTJ) e reúnem-se com a presença de, pelo menos, três deles (art. 179 do RISTJ).

Assim, teve início o julgamento da questão com a presença de apenas quatro Ministros, dos cinco que compõem a 4ª Turma, estando ausente o Min. Luis Filipe Salomão.

De acordo com o que se colhe da consulta processual realizada no site do STJ, o Presidente da Turma, Min. Raul Araujo proclamou o resultado parcial do julgamento com dois votos negando provimento ao recurso (considerando válida a cláusula de arbitragem) e um voto dando provimento (considerando-a nula). O voto do Ministro Antonio Carlos, “divergindo da Relatora e do Ministro Raul Araujo”, foi no sentido de que a análise das cláusulas configura supressão de instância e restou computado como de “parcial provimento ao recurso”. Por ter sido consignado que o Min. Antonio Carlos inaugurou uma “segunda divergência”, entendeu o Presidente não ter havido consenso da maioria absoluta, razão pela qual se suspendeu o julgamento, a fim de que fosse tomado o voto do Ministro ausente (art. 181, § 2º, do RISTJ) ou para que fosse convocado Ministro de outra Turma (§ 3º)⁵.

No entanto, com todas as vênias, não houve qualquer “segunda divergência” inaugurada pelo Min. Antonio Carlos nessa votação, tampouco necessidade - até o presente momento - de se suspender o julgamento. Com efeito, o que houve, de fato, foi a apresentação de questão nova/distinta e um equívoco - bastante grave e corriqueiro - na colocação das questões para votação e no cômputo dos votos proferidos.

Isso porque “já se averbou que não é concebível o cômputo de votos heterogêneos. Todos os membros do tribunal, a qualquer momento, hão de estar-se pronunciando sobre igual matéria: ou a mesma prelimi-

4 Não utilizamos os termos como sinônimos, mas, conforme apontado na notícia supracitada, o Min. Raúl Araujo “reconheceu a validade da cláusula contratual que estabelece a solução por meio de mediação ou arbitragem, como hipóteses que não se excluem”.

5 Resultado que é possível extrair das consultas processuais: “24/06/2014(18:30hs) Proclamação Parcial de Julgamento: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Raul Araújo, conhecendo em parte do recurso e negando-lhe provimento, divergindo da relatora, e o voto do Ministro Antonio Carlos Ferreira, dando parcial provimento ao recurso, divergindo da Relatora e do Ministro Raul Araujo, PEDIU VISTA o Ministro Marco Buzzi. (3001)”; “12/08/2014(16:10hs) Proclamação Parcial de Julgamento: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Marco Buzzi, conhecendo em parte e negando provimento ao recurso especial, acompanhando a divergência, decidiu-se pela renovação de julgamento com a convocação de Ministro da Terceira Turma para compor o quórum. (3001)”.

nar, ou o mesmo aspecto do mérito, se mais de um existe”.⁶

E foi exatamente o que ocorreu nesse julgamento, mas que foi chamado de “segunda divergência”. Explicamos, mas por partes.

Em primeiro lugar, o mérito do recurso julgado pelo STJ, como já dito, é a competência do Poder Judiciário ou de algum órgão de arbitragem/mediação⁷. No entanto, o Min. Antonio Carlos Ferreira trouxe à discussão um novo tema: se o próprio STJ (ou o TJ/BA) deveria apreciar onde o processo deveria se desenvolver, com base em supressão de instância. Em outras palavras, acrescentou nova questão ao julgamento.

É importante notar, para que não pare qualquer dúvida, que o Min. Antonio Carlos não se manifestou sobre a validade das cláusulas ou sobre onde deveria se desenvolver o processo (na esfera judicial ou na extrajudicial). Em vez disso, suscitou questão anterior, prévia, cuja solução pode impedir o julgamento do objeto do recurso pelo STJ, se acolhida, sendo, portanto, verdadeira preliminar àquela anteriormente em debate⁸ (preliminar - ao mérito - do recurso).

Sobre o tema, é importante trazer as seguintes lições de Barbosa Moreira sobre a classificação das questões preliminares:

“Conceito de questão preliminar – Nos termos em que procuramos fixá-lo alhures, o conceito de preliminar envolve relação entre duas questões, tais que a solução de uma, conforme o sentido em que se pronuncie o órgão judicial, cria ou remove obstáculo à apreciação da outra. A própria possibilidade de apreciar-se a segunda depende, pois, da maneira por que se resolva a primeira. Esta se diz, então, preliminar daquela.

(...)

Preliminares do recurso e preliminares da causa – Cumpre distinguir com toda a precisão três classes de questões preliminares:

6 MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Questões de técnica de julgamento nos tribunais", in **Temas de direito processual**: sexta série, p. 293.

7 Como não se trata do escopo do presente artigo, confira-se: MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A competência como questão preliminar e como questão de mérito", in **Temas de direito processual**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 95 e s.

8 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil** : volume 1. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 309.

a) as preliminares *do recurso*, isto é, questões de cuja solução depende a possibilidade de julgar-se o mérito da impugnação: tais são, normalmente, em primeiro lugar, a competência do órgão *ad quem*, e em seguida todas as questões concernentes à admissibilidade do recurso – cabimento, legitimação e interesse em recorrer, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, tempestividade, regularidade formal, preparo (cf., *supra*, o comentário nº 145);

b) as preliminares *ao julgamento do mérito da causa*, como a relativa à legitimidade das partes, que podem ser, no recurso, questões pertinentes ao respectivo mérito: por exemplo, se se trata de apelação interposta contra sentença que declarou o autor carecedor de ação, por falta de legitimação para agir, o órgão *ad quem*, ao resolvê-la, não estará decidindo se conhece ou não da apelação, mas se lhe dá ou lhe nega provimento (cf., *supra*, o comentário nº 145);

c) as preliminares *de mérito*, a saber, as questões já situadas no âmbito do *meritum causae*, mas suscetíveis, se resolvidas em certo sentido, de dispensar o órgão julgador de prosseguir em sua atividade cognitiva (*v.g.*, a questão da prescrição).⁹

“Não se há de dizer de uma questão X que seja, em si mesma, prejudicial ou preliminar, mas que é prejudicial ou preliminar da questão Y.”¹⁰

Nesse sentido, já é possível perceber que o Min. Antonio Carlos não estava votando sobre as mesmas questões anteriormente discutidas (e já votadas por alguns dos Ministros), razão pela qual não poderiam os votos ser computados em conjunto.

Com efeito, o art. 561 do CPC estabelece que, “rejeitada a preliminar, ou se com ela for compatível a apreciação do mérito, seguir-se-ão a discussão e julgamento da matéria principal, pronunciando-se sobre esta os juízes vencidos na preliminar”, tal como ocorre no presente caso. Aliás, apesar da redação pouco precisa do dispositivo, não há dúvida de

9 Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, v. V: arts. 476 a 565, p. 700.

10 “Questões prejudiciais e questões preliminares, in Direito processual civil” – ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 89.

que “havendo preliminar já situada no plano do mérito (...), o tribunal deve apreciá-la antes da matéria restante; incide aí, igualmente, a regra do art. 561, *fine*”.¹¹

Significa isso que o Presidente da sessão, uma vez suscitada a supressão de instância – logicamente anterior à correta interpretação das cláusulas sobre resolução extrajudicial dos conflitos -, deveria ter colocado essa questão em discussão e, somente se superada, - após o anúncio do resultado dessa questão específica – ter passado à análise das cláusulas compromissórias, reiniciando o procedimento de votação acerca dessa questão e votando *todos os Ministros presentes* (mesmo os porventura vencidos sobre a supressão de instância e os que já tiverem se manifestado sobre a validade das cláusulas)¹².

Afinal, somente se não houve/houver supressão de instância é que o tribunal poderá adentrar a questão principal do recurso. E - não podemos esquecer - “compete ao presidente indicar ao colegiado a matéria que, em determinado momento, se encontra em discussão ou vai ser objeto de deliberação. Inclui-se nessa competência o mister de submeter especificadamente aos votantes cada uma das preliminares acaso suscitadas (ou suscitáveis pela própria presidência) e velar para que não se misturem umas com as outras”.¹³

Assim, diante do que foi feito, somaram-se quantidades heterogêneas – que, pelas leis da física (e do Direito!!) não se misturam -, fazendo com que o resultado do julgamento fosse erroneamente pronunciado até o momento, ao se anunciar que não houve votos suficientes para a resolução da questão¹⁴. Destaque-se que, de fato, não houve votos suficientes, mas justamente porque os Ministros estavam votando questões distintas e tanto a colocação das matérias em discussão quanto essa adição – teratogênica¹⁵ e indevida – não foram devidamente abordadas.

11 Idem. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, v. V: arts. 476 a 565, p. 700.

12 Idem. “Questões de técnica de julgamento nos tribunais”, in **Temas de direito processual**: sexta série, p. 294.

13 Idem. “Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no Julgamento colegiado”, in **Temas de direito processual**: nona série, p. 162.

14 Idem, *op. cit.*, p. 163.

15 Pelo acerto da terminologia aqui empregada, confira-se, por todos: “Essa denominação [‘teratológico’], a rigor, é equivocada. Teratologia, literalmente, é a ‘especialidade médica que se dedica ao estudo das anomalias e malformações ligadas a uma perturbação do desenvolvimento embrionário ou fetal’ (**Dicionário Houaiss da língua portuguesa, verbete teratologia**). Portanto, nem mesmo em sentido figurado o termo pode ser considerado bem empregado. É que terat(o) é antepositivo que tem origem no grego téras atos, a significar ‘coisa monstruosa, monstro’ etc. e, portanto, ‘teratologia’ seria a ciência que estuda as coisas monstruosas. Uma decisão ‘teratológica’ seria, assim, uma decisão ‘científica’ [que discorresse sobre as formações não esperadas]. Mais adequado, pois, seria qualificar

E antes que se diga que a questão não tem qualquer conteúdo prático, pode-se, por exemplo: proclamar vencedor alguém que foi derrotado (v.g. quando juízes do órgão colegiado julgavam procedente o pedido por fundamentos/causas de pedir diversos/as) e vice-versa; impedir que se verifique a real divergência entre os votos vencedores e o vencido, no caso de embargos infringentes¹⁶ etc.

Tendo sido, portanto, apontado o vício na condução do julgamento e na colheita dos votos, é importante indicar o que deve ser feito daqui em diante.

Como se trata de equívoco na proclamação do resultado, este pode ser suprido por advertência, *ex officio*, de qualquer um dos Ministros votantes ou mediante levantamento de questão de ordem pelo advogado. Merece destaque, ainda, o fato de que a sessão está suspensa e, portanto, ainda não chegou ao fim, não havendo qualquer empecilho para que *nessa mesma sessão* (ainda que continuada em dia posterior, nos termos do art. 455 do CPC) se corrijam os vícios existentes.

Ademais, não sendo sanados os erros na própria sessão, é possível que se interponham embargos de declaração¹⁷ para a correção do que foi decidido, o que não se confunde com a modificação dos votos após a

a decisão monstruosa, aberrante, como ‘teratogênica’ (já que teratogênico é o que causa teratogenia, formação e desenvolvimento no útero de anomalias que levam a malformações). O que há na decisão aberrante é uma teratogenia, e não uma teratologia. Mas seria muito difícil modificar esse vício de linguagem a essa altura...” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual do Mandado de Segurança**, 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 335-336, nota de rodapé nº 17.) Acreditamos que a confusão tenha se originado por conta de outros termos, como, por exemplo, “biologia”: “biológico” se refere tanto o que diz respeito ao estudo da ciência quanto ao que possui as características (de vida) do objeto de estudo da biologia. Em atenção ao princípio do contraditório, aguardamos uma resposta à altura para esse ponto, a fim de solucionar a divergência.

16 Esse foi, na verdade, um caso, julgado pelo TJ/RJ, em que atuei como estagiário: dois Desembargadores condenaram a parte que eu representava ao pagamento de danos morais, fixados em R\$ 10.000,00, ao passo que o terceiro entendia não ter havido dano moral. Ao haver a interposição de embargos infringentes (pois o acórdão havia reformado a sentença somente no capítulo referente ao quantum indenizatório), não se conseguia precisar o escopo da divergência a ser votada. Isso porque houve erro na colheita dos votos: se um Desembargador entendia não ter havido dano moral, deveria o colegiado ter votado essa questão (preliminar, mas que integrava o mérito do recurso e da causa), para, se superada, passar ao exame do *quantum*, de modo que todos os integrantes da turma julgadora pudessem votar nessa questão (art. 561 do CPC). Nada impediria, contudo, que o Desembargador que entendeu não existir dano moral num primeiro momento, se vencido nessa questão, arbitrasse valor de R\$ 0,00 ou qualquer outro que entendesse devido. Ao menos aí se poderia delimitar o escopo da divergência (o *quantum* entre os R\$ 10.000,00 dos votos vencedores e o valor fixado no voto vencido) ou até mesmo eliminá-la, caso o prolator do voto vencido anteriormente concordasse com os demais.

17 Barbosa Moreira aponta que, “se houve equívoco no anúncio do resultado e no momento não se deu por ele, é lícito a qualquer dos juízes que participaram do julgamento requerer, na sessão seguinte, que se retifique a ata, para fazer constar o que verdadeiramente se decidiu” (**Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, v. V: arts. 476 a 565, p. 677). Apesar de concordamos com o ilustre professor, ressaltamos que, no presente caso, a retificação do resultado produziria a impossibilidade de conclusão do próprio julgamento ou, ainda, sua anulação, devendo, para tanto, existir nova intimação das partes, a fim de que se retome o julgamento.

proclamação do resultado – esta, inteiramente vedada pelo ordenamento jurídico¹⁸ –, conforme já decidiu o próprio STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA ENTRE ACÓRDÃO LAVRADO E VOTO CONDUTOR. AUSÊNCIA DE CONCLUSÃO DO JULGAMENTO. ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO. NECESSIDADE.

- Devem ser acolhidos os embargos de declaração quando existente divergência entre o resultado do julgamento e o acórdão lavrado, prevalecendo o dispositivo do voto vencedor.

- Na hipótese, todavia, não houve a colheita de todos os votos, nem se alcançou a maioria absoluta para proclamação do resultado (art. 181, RI/STJ).

- Embargos de declaração parcialmente acolhidos para anular o acórdão.”

(EDcl no REsp 866.414/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 22/04/2013)

Por fim, aproveitamos para antecipar que não será lícito aos Ministros, em momento posterior, defender a – tão falada – “nulidade de algibeira”, já que o erro de proclamação do resultado se trata de nulidade absoluta, cognoscível até mesmo de ofício, a qualquer tempo¹⁹, aplicando-se o art. 245, parágrafo único, do CPC:

¹⁸ Por todos: MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Julgamento colegiado – modificação de voto após a proclamação do resultado?”, in **Temas de direito processual**: sétima série. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001, p. 107 e s.

¹⁹ Aliás, sem desviar do foco do trabalho, sustentamos que a referida “nulidade” de algibeira deveria ser chamada de “anulabilidade” de algibeira, já que as nulidades, relativas e absolutas, podem ser conhecidas de ofício, aplicando-se a regra do art. 245, parágrafo único, do CPC, que impede a preclusão. Isso porque nos filiamos ao entendimento dominante na doutrina processual. Por todos, acerca da diferença entre nulidade absoluta, nulidade relativa e anulabilidade: CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**: volume 1, p. 289-290. Há autores, contudo, que não fazem distinção entre nulidades relativas e anulabilidades, como o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira (**Prazos e nulidades em processo civil**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 40).

Esse não é, aparentemente, o que entende o STJ, que *de lege ferenda* deixa de aplicar o art. 245, parágrafo único, mesmo às nulidades que considera cognoscíveis de ofício (dentre elas, a relativa): “(...) NULIDADE RELATIVA ARGUIDA APENAS EM AGRAVO REGIMENTAL. PRECLUSÃO. (...) 1. A não observância da regra contida no art. 71 do RISTJ gera apenas nulidade relativa, de modo que, caso não seja reconhecida de ofício, deve ser suscitada até o início do julgamento do recurso pelo colegiado ou monocraticamente pelo relator, nos termos do § 4º do citado artigo. (...)” (AgRg no Ag 1392923/RN, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 25/06/2014).

“Art. 245. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

Parágrafo único. **Não se aplica esta disposição às nulidades que o juiz deva decretar de ofício**, nem prevalece a preclusão, provando a parte legítimo impedimento.”

Diante de todo o exposto, e não havendo qualquer pretensão de inovar no assunto – caso contrário, não seriam tantas as referências ao professor Barbosa Moreira -, esperamos que o STJ reconheça o equívoco no julgamento e o corrija, antes que se inicie um círculo vicioso (com a convocação de outro Ministro, que continuará com a votação de questões distintas).

Ainda, “sem desistir do Brasil” e dos órgãos colegiados que integram o Poder Judiciário, esperamos ver superados esses vícios recorrentes na apresentação das questões para julgamento e na colheita dos votos proferidos, pronunciando-se corretamente os resultados.

Afinal, como apontado anteriormente, há inequívocas repercussões práticas e, “se o problema é praticamente importante, então compensa que a ele se volte de vez em quando, ténue que seja a esperança de vê-lo um dia bem resolvido. Ao menos nisto não se dirá que pecamos por omissão.”²⁰ ❖

20 MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Que significa ‘não conhecer’ de um recurso?”, in **Temas de direito processual**: sexta série, p. 143.

O Inexplicável Oblívio da Prescrição e da Decadência como Fatos Jurídicos *Lato Sensu* pelo Código Civil Brasileiro

Sérvio Túlio Santos Vieira

Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça - RJ. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense - UFF. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA. Pós-doutorando na UMSA.

1 – INTRODUÇÃO

O presente texto aprofunda o estudo sobre a natureza jurídica da prescrição e da decadência como fatos jurídicos *lato sensu*, rechaçando o tradicional conceito de que na primeira ocorre a perda da ação atribuída a um direito ou da pretensão e que, na segunda, se dá a extinção do próprio direito. Inadmita-se a vinculação desses fatos jurídicos a institutos processuais, porfiando-se pela consagração de que elas têm o condão, no caso da prescrição, de originar a aquisição ou a perda do direito subjetivo e, na decadência, de ocasionar a perda do direito potestativo, independentemente do socorro processual. O estudo se inicia com considerações sobre o decurso do tempo nas relações jurídicas, natureza da prescrição, conceito, momento inicial da contagem do prazo, espécies, iniciativa e arguição, impedimento, suspensão e interrupção, prazos estabelecidos em lei para o exercício dos direitos subjetivos e seus efeitos. Invoca-se dispositivos legais do Código Civil de Napoleão, de 1804, do Código Civil de Vélez Sarsfield, de 1869 - inspirado no Esboço de Teixeira de Freitas - e do novo Código Civil e Comercial Argentino, de 2014, que tratam a prescri-

ção aquisitiva e a prescrição extintiva como fatos jurídicos. Enfatiza-se a prescrição contra a Fazenda Pública. Prossegue-se com anotações sobre a decadência, seu conceito, espécies, características e efeitos. Apresenta-se os consectários da prescrição e da decadência. Nas considerações finais, critica-se os Estatutos Civilísticos de 1916 e de 2002, que não dão ênfase à prescrição como fato jurídico, nem reconhecem a usucapião como prescrição aquisitiva de direito.

2 – O DECURSO DO TEMPO NAS RELAÇÕES JURÍDICAS

2.1 - Breve Histórico sobre o Tempo nas Relações Jurídicas

O direito romano não reconhecia a prescrição como fato jurídico de aquisição ou de extinção de direito. Para a doutrina romana, a prescrição - tal como renomados autores ainda entendem - está intimamente jungida ao direito de propor ação judicial, causa de extinção, que decorre do seu não exercício no prazo estabelecido em lei. Com os estudos que levaram à classificação das ações quanto ao prazo para o seu exercício, o direito romano passou a dividi-las em dois grupos: as ações perpétuas (*perpetuae*) e as ações temporárias (*temporariae*). As ações, em regra, eram imprescritíveis. A prescrição em Roma só se verificava em raros casos, tendo em vista a longevidade do prazo para o exercício das ações.

Segundo José Carlos Moreira Alves, “*no sistema das ações da lei não havia prazo para que se intentasse uma ação: todas eram perpétuas*”. Para o autor, no fim do período clássico, já se admitia a arguição de *exceptio* ou *praescriptio longi temporis* pelo réu, nas ações reais, quando ele possuía “*a coisa por 10 anos, entre presentes ou 20, entre ausentes, com base em relação jurídica que pudesse justificar a aquisição do direito*”.¹ Ebert Chamoun registra que essa classificação das ações surgiu no Baixo Império e que as ações perpétuas (*actiones perpetuae*) eram as que, em princípio, prescreviam em 30 ou 40 anos e, contra a Igreja, em 100 anos. “*As ações temporárias (actiones temporales) prescrevem geralmente em um ano. Essa distinção data de uma constituição de Teodósio II, de 424,*

1 **Direito Romano**, 14. ed. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2010, p. 247.

a qual introduziu no direito romano o instituto da prescrição extintiva, de origem helênica”.²

A prescrição trintenária, isto é, a *praescriptio longissimi temporis* também foi adotada pelo direito romano. Por essa espécie de prescrição, extinguiam-se todas as ações reais e pessoais. Há notícia de que a prescrição longíssima restou perfilhada após o reconhecimento da *praescriptio longi temporis*, vale dizer, a prescrição com prazo reduzido que extinguiu a ação em dez ou em vinte anos, de conformidade com o direito justiniano. Anota Washington de Barros Monteiro: “Foi Justiniano quem refundiu completamente o instituto, destacando sua dupla face, aquisitiva e extintiva, sendo a primeira modo de adquirir a propriedade pela posse prolongada, e a segunda, meio pelo qual alguém se libera de uma obrigação pelo decurso do tempo”.³

Na Antiguidade, no direito de Justiniano, houve o reconhecimento da prescrição aquisitiva como modo de convolar a posse em propriedade. No tocante à prescrição extintiva, vinculava-se o fato extintivo à perda do direito de ação. Decorrido o prazo para o seu exercício, tornava-se impossível obter o cumprimento do dever jurídico. O titular não dispunha de qualquer meio extrajudicial para exercer o direito e ver cumprido o dever jurídico.

A edição do Código de Napoleão, em 1804, logo após a consolidação da Modernidade pela Grande Revolução, de 1789, mesmo com a consagração das duas espécies de prescrição, manteve a vinculação da prescrição ao exercício do direito de ação. A vetusta redação do considerado *ancien article 2262 du Code Napoléonien*, dispunha: “*Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans, sans que celui qui allègue cette prescription soi obligé d’en rapporter un titre, ou qu’on puisse lui opposer l’exception déduite de la mauvaise foi*”. Com a promulgação de *la Loi 2008-561, du 17 juin 2008*, na Era Contemporânea ou Hipermoderna, dá-se o abandono da vinculação do fato extintivo à propositura da ação e da prescrição *longissima temporis* (trintenária). O sobredito preceptivo legal é substituído pelo art. 2.219, com a proclamação da autonomia do fato extintivo, sem vinculá-lo ao direito de ação, como se analisará. Ele afasta o decurso do prazo de trinta anos para decretar a consumação da prescrição e admite que este fato jurídico extingue o direito.

² *Instituições de Direito Romano*, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 117.

³ *Curso de Direito Civil*, Parte Geral, v. 1, 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 286.

2.2 - O Decurso do Tempo como Lastro da Prescrição

As relações jurídicas não podem se eternizar. Como todas as relações, ainda que estabilizadas e duradouras, vergam-se ao decurso do tempo, submetendo-se ao termo certo, *dies certus quando*, ou ao termo incerto, *dies incertus quando*, como ocorre com a morte da pessoa natural. Todos os direitos subjetivos e grande parte dos direitos potestativos - malgrado os primeiros contem com dever jurídico a ser cumprido e os derradeiros não - devem se sujeitar a um prazo razoável para o seu exercício, sob pena de perpetuação da sua duração. Se assim não fosse, eles teriam existência mais duradoura do que a existência da pessoa física.

Para que o exercício dos direitos não se eternize, a lei estabelece prazo para o titular assumir comportamento positivo, com a ressalva do exercício dos direitos puramente potestativos - impropriamente chamados de imprescritíveis - consagrando que ele tem o ônus de agir comissivamente para protegê-los. Quando deixa de fazê-lo, o decurso do tempo se encarrega de transferir o direito para o patrimônio de outrem ou de extingui-lo, impedindo que o seu titular jamais possa exercê-lo, seja por que via for.

Enquanto não ocorre o implemento do termo resolutivo ou final para que exija o cumprimento do dever jurídico, o titular do direito subjetivo há que assumir conduta comissiva dentro do prazo estabelecido em lei. Deve entregar-se ao *facere* no tempo designado pelo diploma legal que trata do seu direito subjetivo. Se não o faz, repita-se, assiste sua aquisição por aquele que tinha o dever jurídico de se abster do exercício da posse sobre a coisa da qual é titular ou perde os efeitos do direito subjetivo que decorreriam em seu prol.

O decurso do tempo é o fundamento para o fato jurídico em que se adquire ou se extingue direito subjetivo. Trata-se de arremedo de sanção imposta pela norma jurídica que estabelece prazo para o seu exercício. O transcurso do tempo é a advertência inscrita no preceptivo legal de que o direito do titular será adquirido por outrem, se ele não tomar uma providência que demonstre o seu exercício, ou que ocorrerá sua extinção, com a perda dos efeitos que reverteriam em seu favor.

Como adiante se verá, além de estabelecer prazo para o exercício do direito, a lei, em reverência deste, motiva o titular a assumir condutas que revelem vontade de não deixá-lo extinguir, colocando à sua disposi-

ção causas interruptivas da prescrição, através de simples providências que enumera. Se pelo menos assim procede, afasta o decurso do prazo que serve de lastro à consumação da prescrição extintiva do direito.

3 – SOBRE A PRESCRIÇÃO

3.1 - A Equivocada Vinculação da Prescrição ao Direito de Ação

Ao tempo da vigência do Digesto Civil de 1916, renomados juristas, dentre eles Clóvis Beviláqua, J. M. de Carvalho Santos, Miguel Maria de Serpa Lopes, Washington de Barros Monteiro, Sílvio Rodrigues, Antonio Luiz da Câmara Leal e Maria Helena Diniz, prelecionavam que a prescrição consiste na “perda da ação atribuída a um direito”, em decorrência da inércia do titular, durante certo lapso de tempo. Seus estudos foram influenciados, *data venia*, pela equivocada norma insculpida no art. 178.

Beviláqua, integrante dessa corrente, sustentava que “*prescrição é a perda da acção atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dellas, durante um determinado espaço de tempo*”.⁴ Carvalho Santos enfatizava que a prescrição “*pode definir-se como sendo um modo de extinguir os direitos pela perda da acção que nos assegurava, devido à inércia do credor durante um decurso de tempo determinado pela lei e que só produz seus efeitos, em regra, quando invocada por quem dela se aproveita*”.⁵ Serpa Lopes afirmava: “*Como já havíamos sustentado na 1ª edição, não temos motivos para modificar nosso parecer, contrário à opinião comum: a prescrição atinge a acção e não o direito*”.⁶ Barros Monteiro, no mesmo sentido de Beviláqua, registrou que “*com efeito a prescrição atinge diretamente a acção e por via oblíqua faz desaparecer o direito por ela tutelado...*”.⁷ Seguindo a mesma linha, Sílvio Rodrigues anotava: “*o que perece, portanto, através da prescrição extintiva, não é o direito. Este pode, como ensina Beviláqua, permanecer por longo tempo inativo, sem perder sua eficácia. O que se extingue é a acção que o defende*”.⁸

4 *Theoria Geral do Direito Civil*, 5. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1951, p. 370.

5 *Código Civil Brasileiro Interpretado*, v. III, 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 371.

6 *Curso de Direito Civil*, v. I, 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 560.

7 *Curso de Direito Civil*, Parte Geral, v. I, 31. ed. São Paulo, Saraiva, 1993, p. 288.

8 *Direito Civil*, v. 1, Parte Geral, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 321.

Câmara Leal, apesar do seu aprofundado trabalho acerca do tema, abraçou a doutrina romana registrando: “*Não é, pois, contra a inércia do direito, mas contra a inércia da ação que a prescrição age, a fim de restabelecer a estabilidade do direito, fazendo desaparecer o estado de incerteza resultante da perturbação, não removida pelo seu titular*”.⁹ Maria Helena Diniz, na esteira de Câmara Leal, aduz: “*O que caracteriza a prescrição é que ela visa a extinguir uma ação mas não o direito propriamente dito*”.¹⁰

Orlando Gomes apresentou um conceito intermediário, admitindo a extinção do direito pela prescrição, sem desvincular o fato extintivo do direito de ação. Para ele, “*prescrição é o modo pelo qual um direito se extingue pela inércia, durante certo lapso de tempo, do seu titular, que fica sem ação própria para assegurá-lo*”. Contudo, ao tratar da distinção entre prescrição e decadência, sem enfatizar a espécie de direito que é extinto, perfilhou a tradicional diferença, afirmando que “*a prescrição visa a ação, enquanto que a decadência tem em mira o direito*”.¹¹ No mesmo sentido, Arnaldo Wald quando anuncia que “*a base da prescrição extintiva é a inércia do titular do direito durante um certo prazo, que é fixado por lei e cujo decurso importa perda da ação judicial própria*”.¹²

Após a vigência do Código Civil de 2002 - em que o legislador se refere à perda da pretensão no art. 189 - outros não menos renomados juristas continuaram a conceituar a prescrição como faziam os sobreditos autores ou passaram a conceituá-la consoante o disposto na sobredita norma. Arnaldo Rizzardo, *exempli gratia*, prossegue com a conceituação tradicional, enfatizando: “*verdade que se extingue somente a ação, continuando a vigorar o direito, mesmo que em estado latente, com a possibilidade de, até, em vários casos, voltar a atuar. Extinguindo-se a ação, o direito resta sem tutela legal*”.¹³ No mesmo sentido, Paulo Nader: “*pode-se definir a prescrição extintiva como a perda do direito de ação em decorrência da inércia do seu titular, durante certo lapso temporal superior ao estabelecido em lei*”.¹⁴ Carlos Roberto Gonçalves apresenta conceito que se afina com a vinculação da prescrição à pretensão: “*hoje, no entanto, predomina o entendimento, na moderna doutrina, de que a prescrição*

⁹ *Da Prescrição e da Decadência*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 10.

¹⁰ *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 1^o v. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 194.

¹¹ *Introdução ao Direito Civil*, 4. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1974, p. 527 e 536.

¹² *Direito Civil*, Introdução e Parte Geral, 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 226.

¹³ *Parte Geral do Código Civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 588.

¹⁴ *Curso de Direito Civil*, Parte Geral, v. 1, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 450.

*extingue a pretensão, que é a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio. O direito material, violado, dá origem à pretensão (CC, art. 189), que é deduzida em juízo por meio da ação. Extinta a pretensão, não há ação. Portanto, a prescrição extingue a pretensão, atingindo também a ação. O instituto que extingue somente a ação (conservando o direito material e a pretensão, que só podem ser opostos em defesa) é a perempção”.*¹⁵

3.2 - A Natureza Jurídica e o Conceito de Prescrição como Fato Jurídico

No quadro geral dos fatos jurídicos *lato sensu* figuram os acontecimentos naturais e as ações humanas. Os acontecimentos naturais, como o próprio nome está a indicar, decorrem da natureza sem que haja interferência do ser humano. As ações humanas são provenientes da conduta do indivíduo. Ambos têm o condão de produzir efeitos jurídicos (aquisição, resguardo, transferência, modificação ou extinção de direitos). Dentre os primeiros, chamados de fatos jurídicos *stricto sensu*, podem ser ressaltados o nascimento, a morte, a avulsão, a aluvião, a formação de ilhas e o abandono do álveo.

As ações humanas podem ser lícitas, ilícitas e inerciais. As ações humanas lícitas se subdividem em atos jurídicos e negócios jurídicos. Dentre os atos jurídicos figuram, *exempli gratia*, a caça, a pesca, a especificação, a comistão e a adjunção. Nos negócios jurídicos estão os contratos, a emancipação negocial, a cessão de crédito, o casamento, a união estável, a condução gratuita, a transação, a promessa de recompensa, a cessão e a renúncia da herança, o testamento, o codicilo, além de outros. No cenário das ações ilícitas estão as infrações penais, disciplinares, os atos ilícitos em geral, tais como os administrativos, civis, trabalhistas, previdenciários ou fiscais. No quadro das ações inerciais ou das inações figuram dois fatos jurídicos em sentido amplo: a prescrição e a decadência.

O Código Civil de 1916 dispôs sobre os efeitos dos acontecimentos naturais ou das condutas humanas. Acenava para o fato de que não se cogitando de ato ilícito, qualquer um daqueles efeitos poderia ser emolurado como relevante consectário de acontecimento natural ou de comportamento humano, fatos traduzidos em galhos da grande árvore dos

¹⁵ **Direito Civil Brasileiro**, v. 1, Parte Geral, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 518.

fatos jurídicos (em sentido amplo). O diploma civilístico da Modernidade encartou a prescrição e a decadência - sem a esta se referir - nos fatos jurídicos *lato sensu*, como se vê da leitura dos arts. 161 e ss., que compunham o Título III, do Livro III, da Parte Geral.

O art. 81 dispunha: “*todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos se denomina ato jurídico*”. Mesmo denominando o negócio jurídico de ato jurídico, não se olvidou de proclamar os efeitos dos fatos jurídicos em sentido amplo, através de verbos que podem ser utilizados como substantivos: aquisição, resguardo, transferência, modificação e extinção de direitos. O exame apriorístico do sobredito preceptivo legal deixa consagrar que em se cogitando de conduta lícita (comissiva ou omissiva) - como é o caso da prescrição e da decadência que são frutos de um comportamento inercial não contrário ao direito - ambas, ainda que emolduradas como fatos jurídicos *lato sensu*, poderiam ter sido desvinculadas dos postulados processuais.

Ainda que sem reconhecer a autêntica origem da prescrição, o diploma civilístico ab-rogado, vez ou outra se apresentava coerente com o encarte da prescrição dentre os fatos jurídicos, divorciando-se momentaneamente do equivocado registro de “prescrição da ação”, proclamando o seu poder de extinguir o direito, como se vê da leitura dos arts. 166, 167 e 1.531, *in fine*. Esses preceptivos legais consagram que a prescrição tem o condão de extinguir o direito e não a ação. Aquelas normas representavam a maior consagração de que o legislador - em instantes de lucidez - admitia a verdadeira natureza jurídica da prescrição. A regra geral do art. 178, noticiando que “*prescreve em ... a ação*”, se traduzia em simples mensagem de fixação de prazo específico para o exercício de determinado direito subjetivo - sem se preocupar com o correto uso das palavras técnicas - na tentativa de informar ao leitor, pelo menos, que se tratava de um fato extintivo, se o seu titular não assumisse um comportamento comissivo.

O Código Civil de 1916 não conceituou a prescrição. A primeira norma referente ao fato extintivo do direito tratava da renúncia, no art. 161, ainda que encartando a prescrição no Título III, do Livro III, da Parte Geral, denominado “Fatos Jurídicos”, que se iniciava no art. 74. A apresentação da prescrição como fato extintivo se dava com o art. 177, que estabelecia os prazos para exercício dos direitos subjetivos de caráter pessoal ou real, entre presentes e entre ausentes, contados do dia em que a “ação” podia ser proposta. Tal como ocorre com o Código Civil de 2002, o Título III do

Estatuto Civil de 1916 não fazia qualquer alusão à prescrição aquisitiva ou usucapião, sempre olvidada como tal, ao reverso de legislações alienígenas.

Na tentativa de melhor conceituar a prescrição, o Código Civil de 2002 estatui no art. 189 que, *“violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”*. A nova redação se esforça para aproximar a prescrição do fato extintivo. Não consegue, porém, aproximá-la da sua natureza jurídica, vinculando seu conceito à perda da pretensão, mantendo a prescrição distante da sua origem. O jovem ordenamento civilístico ratificou a inclusão da prescrição nos *“Fatos Jurídicos”* (Título IV, do Livro III, da Parte Geral), mas lamenta-se ter perdido a oportunidade para corrigir a equivocada vinculação a instituto processual, *id est*, a pretensão.

Desde a vigência do Código Civil de 1916, um grupo de juristas conceitua a prescrição e a decadência com acerto, desvinculando-a de qualquer instituto processual. Esse grupo é constituído por Francisco Clementino de San Tiago Dantas, Caio Mario da Silva Pereira, Francisco dos Santos Amaral Neto, Fábio Ulhoa Coelho, Ebert Chamoun e José Roberto de Castro Neves. Eles não hesitam em apresentar a prescrição e a decadência como fatos jurídicos e advertem que a primeira acarreta a aquisição ou a perda de direito subjetivo e a segunda a perda de direito potestativo.

San Tiago Dantas afirma que *“deixamos de dizer que a prescrição consome a actio e passamos a dizer que consome o próprio direito”*.¹⁶ Caio Mário se refere à prescrição como fato jurídico que tem como corolário a perda do direito. Segundo ele *“perda do direito, dissemos, e assim nos alinhamos entre os que consideram que a prescrição implica em algo mais do que o perecimento da ação”*.¹⁷ Na mesma linha do escorrito pensamento jurídico, Francisco Amaral sustenta que a *“prescrição é a perda do direito subjetivo em virtude da inércia do seu titular no prazo fixado pela lei”*.¹⁸

Fábio Ulhoa Coelho, depois de afirmar que a extinção do direito em razão do decurso do prazo é referida, em termos gerais, como prescrição, diz que tanto ela quanto a decadência *“reúnem os mesmos elementos: inércia do sujeito em exercer o direito (fator subjetivo) e decurso do tempo fixado em lei (fator objetivo)”*. E, reconhecendo que são fatos extintivos do direito, conclui: *“presentes os dois fatores acima apontados - inércia*

¹⁶ Programa de Direito Civil, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 343.

¹⁷ Instituições de Direito Civil, v. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 589.

¹⁸ Direito Civil Brasileiro, Introdução, Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 619.

do titular e decurso do tempo - extingue-se o direito por prescrição ou decadência”.¹⁹ Ebert Chamoun, ao tratar da aquisição e perda de direitos, destaca: “o tempo é, simultaneamente, um fato aquisitivo e extintivo de direitos. Prescrição é o nome que se dá aos efeitos do tempo nas relações jurídicas. Se esses efeitos são aquisitivos de direitos, a prescrição se chama aquisitiva ou usucapião; se são extintivos, a prescrição se chama extintiva”.²⁰ Castro Neves enfatiza: “conclui-se, portanto, que a prescrição está intimamente ligada ao direito subjetivo. Caso o prazo fixado na lei para o exercício do poder transcorra, sem que o titular do direito subjetivo exija o cumprimento do dever, haverá a prescrição”.²¹

O mais vetusto diploma civilístico, ou melhor, o *Code Civil*, promulgado na Era Moderna, em vigor desde 1804, na última *édition officielle*, du 30 août 1816, consoante *les dispositions transitoires résultant de la Loi n° 2008-561, du 17 juin 2008* - agora convolado em diploma civilístico da Era Hipermoderna - mantém o escoreito conceito de prescrição no referido art. 2.219: “*La prescription extinctive est un mode d’extinction d’un droit résultant de l’inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps*”. Outros diplomas civilísticos editados nas Eras Moderna e Pós-moderna devem ser reverenciados, uma vez que apresentam conceitos doutrinariamente corretos.

Sobre o tema, o *Código Civil de la República Argentina, Ley 340, de 29/9/1869*, inspirado no Esboço de Teixeira de Freitas, merece elogio. Dispõe o art. 3.947 que a prescrição se traduz em modo de aquisição de um direito ou de liberação de uma obrigação, como corolário do decurso do tempo: “*Los derechos reales y personales se adquieren y se pierden por la prescripción. La prescripción es un medio de adquirir un derecho o de libertarse de una obligación por el transcurso del tiempo*”. O novo *Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (Ley 26.994, de 07/10/2014)* não se refere à prescrição como fato extintivo da pretensão. No art. 2.532 estabelece que, na ausência de normas referentes à prescrição aquisitiva e à prescrição liberatória, são aplicáveis as normas das Disposições Comuns aos Direitos Reais e Pessoais.

O Código Civil Italiano, da mesma forma, se credencia a receber encômios, ao estatuir no art. 2.934: “*ogni diritto se estingue por prescri-*

¹⁹ *Curso de Direito Civil*, v. 1, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 372-373.

²⁰ *Instituições de Direito Romano*, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 79.

²¹ *Uma Introdução ao Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 183.

zione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge”. E ainda a Lei nº 67/2007, de Portugal, que cuida da responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas: “O direito à indemnização por responsabilidade civil extracontratual do Estado, das demais pessoas jurídicas colectivas de direito público e dos titulares dos respectivos órgãos, funcionários e agentes, bem como o direito de regresso prescrevem nos termos do artigo 498º do Código Civil, sendo-lhes aplicável o disposto no mesmo Código em matéria de suspensão e interrupção da prescrição”.

Cumprindo observar que os Diplomas Civilísticos francês, argentino e italiano, bem como a lei civil portuguesa, não vinculam o fato jurídico a institutos de direito processual. Não há referência à perda da ação ou da pretensão quando se procede à leitura dos indigitados preceitos legais, ao reverso do que equivocadamente ocorre com as Leis Civis brasileiras de 1916 e de 2002, desprezando os conceitos e definições consagrados durante anos por tradicionais e por novas leis civilísticas. Mister não olvidar que prescrição é fato jurídico.

Considerando que os efeitos jurídicos se traduzem em aquisição, resguardo, transferência, modificação e extinção de direito, a prescrição tem natureza jurídica de fato jurídico em sentido amplo. Em decorrência do comportamento inercial do titular do direito e do decurso do tempo, haverá sua aquisição por outrem ou sua perda. O decurso do tempo e a conduta inerte do titular do direito - que não o prestigia, por meio de seu exercício, em desfavor daquele que está vinculado a cumprir o dever jurídico - são os responsáveis pela eclosão do fato jurídico aquisitivo ou extintivo do direito.

A conduta inercial não se traduz em fenômeno natural. O “não atuar”, ainda que omissivo, se traduz em comportamento humano. Não advindo da força da natureza, a prescrição não pode ser emoldurada como fato jurídico *stricto sensu*. Mais adequado enquadrá-la como fato jurídico *lato sensu*, uma vez que se cogita de ato lícito decorrente da vontade do titular do direito de se manter inerte enquanto flui o tempo para o seu exercício.

Adentrando um pouco mais na investigação, verifica-se que desvincular a prescrição de qualquer instituto processual é o mais adequado para emoldurá-la como fato jurídico *lato sensu*. Isto porque é o decurso do tempo e não a ausência de ingresso em juízo que acarreta a aquisição ou a extinção do direito. Não se vê como confundir direito subjetivo com direito de ação.

A lei põe à disposição do titular do direito subjetivo prazo para o seu exercício. Este pode se efetuar pela via extrajudicial ou judicial. Relevante que ele o exerça e não se quede inerte, assumindo comportamento positivo, para que não venha a ocorrer a liberação do dever jurídico. Assim, conceitua-se a prescrição como “o fato jurídico em que se adquire ou se extingue direito subjetivo, em virtude do fluxo do tempo e da inércia do titular”.²²

O principal efeito da prescrição é a aquisição ou a perda de direito subjetivo. Descabe falar em perda da ação, fato jurídico processual, ou mesmo em perda da pretensão, igualmente de índole processual. A ação é direito público subjetivo processual, autônomo e abstrato – corolário de uma pretensão insatisfeita – de exigir do Estado a prestação jurisdicional em caso concreto, que pode ou não corresponder a um direito. Também não cabe dizer que prescrição é perda da pretensão.

Falar em perda da pretensão é estabelecer vínculo entre o fato extintivo do direito e a perda do direito de ação exercido através do pedido (*res in judicio deducta, pretensio, petitum*), ou seja, o que o autor pretende obter na via judicial através do exercício do direito de ação. Ação e pretensão são institutos de direito processual.

É bem verdade que a pretensão se revela como a exteriorização do direito subjetivo. Consiste no fato de o seu titular querer que o sujeito passivo venha a cumprir o dever jurídico fora ou dentro do ambiente processual. Representa a vontade lançada no mundo jurídico de vê-la satisfeita quer pela via extrajudicial, quer pelo acesso à justiça. Entrementes, apresenta-se mais afinada com a exigência judicial, haja vista o sentido técnico da palavra *pretensio*. Rejeita-se essa dependência porque o direito subjetivo, como se verá adiante, pode ser exercido por meios extrajudiciais.

O direito subjetivo é aquele que à faculdade de agir do titular corresponde um dever jurídico. O dever jurídico integra a relação jurídica, cujo titular é o detentor do direito subjetivo. Corresponde, no sentido oposto, ao direito do titular. São os seguintes exemplos: a) numa relação jurídica de crédito, o sujeito ativo é titular do direito subjetivo e o sujeito passivo é o agente que tem o dever jurídico de pagar (arts. 304 e ss. do Código Civil); b) ocorrendo acidente de trabalho o segurado tem direito subjetivo de exigir do INSS o pagamento das prestações dos benefícios

22 SANTOS VIEIRA, Sérgio Túlio. "Dos Fatos Extintivos do Direito: Prescrição, Decadência, Preclusão e Perempção", *Livro de Estudos Jurídicos*, n. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991, p. 229.

correspondentes, enquanto que a autarquia federal tem o dever jurídico de efetuar-lo (arts. 18, I, h, 19 e ss. da Lei nº 8.213/91).

Analisando os sobreditos exemplos vê-se que a prescrição não é a extinção da ação e sim do próprio direito (subjeto), vale dizer, que a ele corresponde um dever jurídico. Dizer que a prescrição é a perda da ação ou da pretensão é adotar a teoria imanentista ou civilista da ação, no direito processual desde há muito ultrapassada pela teoria do direito autônomo e abstrato de Degenkolb.

O direito positivo - toda vez que leva em conta o seu verdadeiro conteúdo - consagra que a prescrição é a extinção do direito e não da pretensão, como acontece com os seguintes preceptivos legais: a) art. 2.027, parágrafo único, do Cód. Civil, que trata da prescrição do direito de anular a partilha; b) art. 810, *in fine*, do Cód. Proc. Civil de 1973, que cuida do indeferimento da medida cautelar, estabelecendo que o pronunciamento jurisdicional nesse sentido não impede a propositura da ação principal, salvo se no processo cautelar o juiz "*acolher a alegação de prescrição do direito do autor*"; c) art. 103, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91, que versa sobre a prescrição quinquenal do direito do segurado de exigir prestações não pagas, nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes; d) o art. 1º - C da Lei nº 9.494/97, que estabelece o prazo de cinco anos para o exercício do direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Contra o conceito de que a prescrição extingue o direito subjetivo e não a ação insurgem-se doutrinadores. Argumentam que se a assertiva fosse verdadeira poderia haver repetição de indébito quando o devedor solvesse obrigação prescrita. Para refutar a crítica, argumente-se que o devedor, quando assim procede, renuncia à prescrição. O sujeito passivo solve a dívida não por dever jurídico e sim por dever moral, com arrimo no imperativo categórico kantiano. Melhor comungar com o art. 2.538 do novo Código Civil e Comercial da Nação Argentina, Lei nº 26.994, de 2014: "*El pago espontáneo de una obligación prescripta no es repetible*".

3.3 - Momento Inicial

O momento inicial da prescrição é aquele em que o direito subjetivo vem a ser negado, vale dizer, no instante em que ocorre o descumprimento.

mento do dever jurídico. O dito momento é chamado de lesão do direito subjetivo. Por ocasião do surgimento da lesão, isto é, no instante em que o cumprimento do dever jurídico não é obtido pelo titular do direito subjetivo, inicia-se a prescrição. Tem-se o seguinte exemplo: Carol é titular de um crédito (direito subjetivo de exigi-lo) que tem como devedora Margarida (dever jurídico de pagar). O não pagamento do crédito pela devedora na data do seu vencimento acarreta a lesão. A partir desse momento se inicia a contagem do prazo prescricional.

Se o titular do direito subjetivo não assume comportamento positivo e cruza os braços, deixando passar o tempo, a lesão convalesce em favor do protagonista que tem o dever jurídico. Vale dizer que o convalescimento da lesão se dá em prol do sujeito passivo da relação jurídica, liberando-o do dever jurídico correspondente. Conseqüentemente, pode ser dito que a prescrição é a convalescença da lesão dos direitos subjetivos.

O prazo prescricional é contado em prol do sujeito passivo da relação jurídica, ou seja, daquele que tem o dever jurídico e em desfavor de quem é titular do direito subjetivo. Só o direito subjetivo está sujeito à lesão. Na decadência não há lesão, porque se traduz em corolário do não exercício de direito potestativo, vale dizer de uma faculdade de agir sem correspondência de dever jurídico. No direito potestativo nenhum dever jurídico é negado ao seu titular.

O direito subjetivo se apresenta como uma moeda, que tem cara e coroa. A cara é o direito subjetivo em si; a coroa, o dever jurídico. O direito potestativo, só tem cara, haja vista que, inexistindo dever jurídico, não há coroa.

3.4 - Espécies

A inércia do titular pode resultar na aquisição ou na perda do direito subjetivo por outrem, daí a prescrição se apresentar como aquisitiva ou extintiva. Quando se dá a aquisição de direito real pertencente a outrem, através do exercício prolongado da posse, há prescrição aquisitiva. Quando o direito subjetivo é simplesmente extinto, há prescrição extintiva.

A prescrição aquisitiva ou positiva é também conhecida como usucapião. Cogita-se da perda de direito subjetivo real - propriedade, enfiteuse, superfície, direito do promissário comprador, concessão de direito real de uso - pelo titular, que não exerce posse sobre seu bem, ocorrendo

a aquisição de um daqueles direitos reais pelo possuidor, através do exercício prolongado do poder de fato. Nessa espécie de prescrição ocorre a conversão da posse, via de regra, em propriedade pelo seu exercício prolongado, que gera o efeito jurídico ressaltado, observados os requisitos estabelecidos em lei.

Na prescrição positiva, a inércia é de quem deveria exercer posse sobre o direito real do qual é titular, deixando que outrem - que não lhe é subordinado e com quem não mantém relação jurídica - a exerça. O titular do direito deixa entender que não mais lhe interessa ser proprietário do bem. A prescrição aquisitiva ou usucapião é modo de aquisição da propriedade e de outros direitos reais, de acordo com o que dispõem os arts. 1.238 a 1.244, 1.260 a 1.262 do Cód. Civil. Pode ser arguída em defesa pelo possuidor não proprietário, nas ações possessórias e petitorias, quer na contestação, quer através de reconvenção (Súmula 237, do Supremo Tribunal Federal; art. 7º da Lei nº 6.969/81).

Se o tradicional conceito de prescrição, consagrando que é a “perda da ação atribuída a um direito” estivesse correto, como sustentado pelos doutrinadores antes mencionados, a usucapião, vale dizer, a prescrição aquisitiva na sua única forma, não existiria, havendo lugar, apenas, para a prescrição extintiva. Na usucapião, não se deve olvidar, há fato jurídico de aquisição, pelo possuidor, do direito de propriedade de outrem. Diz o art. 712 do Código Napoleônico: *“la propriété s’acquiert aussi par accession ou incorporation et par prescription”*.

O *Code Civil*, de conformidade com a Lei 561, de 17 de junho de 2008, dispõe no art. 2.258 sobre a prescrição aquisitiva nos seguintes termos: *“La prescription acquisitive est un moyen d’acquérir un bien ou un droit par l’effet de la possession sans celui qui allègue soit obligé d’en rapporter un titre ou qu’on puisse lui opposer l’exception déduite de la mauvaise foi”*. O Código Civil da República Argentina, Ley 340, de 29/9/1869, não se olvidou de tratar da prescrição aquisitiva no art. 3.948: *“La prescripción para adquirir, es un derecho por el cual el poseedor de una cosa inmueble, adquiere la propiedad de ella por la continuación de la posesión, durante el tiempo fijado por la ley”*. Igualmente, o *Código Civil y Comercial de la Nación Argentina* (Ley 26.994, de 07/10/2014), estatui no art. 1.897: *“La prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley”*. Por fim, ratificando a assertiva de que na prescrição se dá a aquisição de direito, o novel Diploma Civilístico Argentino, ao tra-

tar das *Disposiciones comunes a la prescripción liberatoria y adquisitiva*, dispõe no art. 2.565: “*Los derechos reales principales se pueden adquirir por la prescripción en los términos de los artículos 1897 y siguientes*”.

A prescrição aquisitiva requer: a) *res habilis*, isto é, que o bem esteja *in commercium* (art. 2.260 do Código Civil Francês; art. 3.952 do Código Civil Argentino de 1869); b) posse exercida sobre o bem do titular do domínio com cinco características, vale dizer, *animus domini* (pública ou ostensiva), independente ou não contratual, mansa e pacífica (justa), ininterrupta e sem oposição (arts. 2.261 e 2.266 do Código Civil Francês; art. 1.900 do Código Civil e Comercial Argentino de 2014); c) decurso do prazo estabelecido em lei para a espécie de prescrição (arts. 1.238 e ss. do Código Civil Brasileiro; art. 2.272 do *Code Napoléonien*; arts. 3.999, 4.015 e 4.016 do Código Civil Argentino; arts. 1.898 e 1.899 do Código Civil e Comercial Argentino; d) expedição do decreto judicial reconhecendo sua convalidação em propriedade (arts. 941 e 945 do Código de Processo Civil de 1973; art. 1.905 do Código Civil e Comercial Argentino; e) transcrição da sentença no Serviço de Registro da circunscrição imobiliária onde o imóvel se situa (art. 167, I, nº 28, da Lei nº 6.015/73). No que atine ao prazo de exercício, o possuidor pode unir sua posse à do seu antecessor, de acordo com o estatuído nos arts. 1.243 do Código Civil Brasileiro, 2.265 do Cód. Civil Francês e 1.901 do Código Civil e Comercial Argentino de 2014.

No caso brasileiro, o Código Civil de 2002 - tal como ocorria na vigência do Estatuto Civil de 1916 e ainda ocorre na vigência de leis ordinárias - não utiliza a expressão *prescrição aquisitiva*. Há um injustificável repúdio do legislador em reconhecer essa espécie de prescrição como fato jurídico aquisitivo do direito, consagrando ele próprio, inexplicavelmente, que só há uma espécie de prescrição: a extintiva, vinculando-a, no mencionado art. 189, à perda da pretensão, apesar de aludir à usucapião como modo de aquisição da propriedade nos arts. 1.238, ss., 1.260 e ss.

Ao proclamar - no preceptivo inaugural do Título referente à prescrição - que ocorre a extinção da pretensão depois de violado o direito, se o titular deixa de observar os prazos fixados nos arts. 205 e 206, o Estatuto Civil de 2002 se posiciona na contramão das legislações que seguem a classificação doutrinária e tratam dos efeitos das duas espécies de fatos jurídicos em sentido amplo. O jovem diploma civilístico trata da usucapião, apenas, na Parte Especial. Não se refere à prescrição aquisitiva na Parte Geral, nem a reconhece como tal no Livro III, atinente aos Direitos das Coisas. Atesta o seu descuido no trato de relevante instituto.

Além disso, dá a impressão a quem lê sobre a usucapião que se trata tão só de *modus acquisitionis* da propriedade e que não se emoldura dentre os efeitos da posse pela vetustez do seu exercício sobre o bem do proprietário, nem se cogita de prescrição aquisitiva de outros direitos reais. Com essa omissão, O Código Civil vigente se posiciona em plano inferior aos Estatutos Civilísticos que reconhecem as duas espécies de prescrição, encartando-as, implicitamente, dentre os fatos jurídicos *lato sensu*.

A prescrição aquisitiva é a demonstração maior e a assertiva final de que na prescrição não se perde a ação, nem se extingue a pretensão e sim se adquire direito, *in casu*, subjetivo. Ao titular do direito real compete assumir um comportamento positivo, impedindo que o possuidor - que tinha o dever jurídico de se abster - exerça direito e poder de fato sobre o bem. No entanto, se não o faz, perde o direito real para ele, que, por sua vez, o adquire pela posse prolongada.

Observa-se que o possuidor deveria se pautar pela observância do dever jurídico de abstenção de exercer posse sobre o direito real alheio, uma vez que essa espécie de direito é absoluto, sem sujeito passivo determinado, além de ser imposto *erga omnes*. O titular, por sua vez, deveria lançar mão de um dos meios judiciais para impedir, comumente, a convalidação da posse em propriedade, como, *exempli gratia*, propor ação reivindicatória ou ação de reintegração de posse, por haver suportado violação ao seu direito real. Ao ser convalidada a posse em propriedade, em decorrência do seu titular assumir comportamento omissivo, a prescrição em comento produz, concomitantemente, dois efeitos jurídicos: a perda da propriedade para o *dominus* e sua aquisição pelo possuidor.

Qualquer que seja sua espécie, a prescrição aquisitiva ou usucapião pode ser arguida como matéria de defesa, sendo processualmente conhecida como preliminar de mérito. Cogitando-se de defesa, a prescrição deve ser alegada no mesmo prazo estabelecido em lei para o exercício do direito subjetivo. Apesar de não utilizar as palavras adequadas, esforça-se o art. 190 do Cód. Civil para dizer que o direito de defesa deve ser exercido no mesmo prazo designado por lei para exercício do direito subjetivo, dispondo que “*a exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão*”.

Para o titular do direito real, a usucapião é prescrição extintiva e, para o possuidor, prescrição aquisitiva. Se há produção de efeitos jurídicos, a prescrição aquisitiva é um fato jurídico, que não se imiscui com perda de ação ou de pretensão. Aí se vislumbra o inexplicável oblívio da prescrição como fato jurídico em sentido amplo.

A prescrição extintiva ou negativa é também conhecida como liberatória. Trata-se da perda do direito subjetivo de qualquer natureza em que o titular nada faz, quedando-se inerte, até que - em se verificando o decurso do prazo estabelecido em lei - ocorre sua perda. A prescrição liberatória, como o próprio nome está a indicar, exonera o sujeito passivo do cumprimento do dever jurídico, tudo em decorrência da inércia do titular que deixa de exercer o seu direito, durante certo lapso de tempo. Diz o art. 2.219 do Código Civil Francês, na tradução para o espanhol: *“La prescripción es un modo de extinción de un derecho resultante de la inacción de su titular durante un cierto lapso de tiempo”*.

A prescrição extintiva também é conhecida como prescrição ordinária ou comum. O displicente titular do direito subjetivo - que deveria prestigiá-lo para obter os benefícios do seu exercício - opta por nada fazer. Ele reverencia a inércia, fazendo tábula rasa do direito que, no espaço de tempo designado em lei, deveria exercer no seu próprio interesse. Constatando-se a inércia no que concerne ao exercício do direito, ele anuncia a prática de uma liberalidade: a renúncia do proveito que teria se o exercesse no tempo e modo estabelecidos em lei.

Apesar de em outras palavras se referir à improcedência do pedido formulado na demanda, o vetusto Código Civil da República Argentina, Lei 340, de 29/09/1869, considera a prescrição extintiva uma decorrência do não exercício do direito pelo seu titular no tempo designado por lei, quando consumada. Dispõe o art. 3.949: *“La prescripción liberatoria es una excepción para repeler una acción por el solo hecho que el que la entabla, ha dejado durante un lapso de tiempo de intentarla, o de ejercer el derecho al cual ella se refiere”*. Sem dizer em que consiste o novo Código Civil e Comercial da Nação Argentina, ao invés de apresentar o conceito de prescrição extintiva, preferiu estabelecer o momento inicial da contagem do prazo para liberação do dever jurídico, cognominando-o de prestação, como se infere da leitura do art. 2.554: *“El transcurso del plazo de prescripción comienza el día en que la prestación es exigible”*.

3.5 - Iniciativa e Arguição

A prescrição pode ser alegada pela parte a quem ela aproveita, vale dizer, pode ser arguida por quem será beneficiado. Contudo, àquele que tem o dever jurídico é facultado renunciar à alegação de prescrição, seja

expressa, seja tacitamente, desde que esta já tenha se consumado. Antes disso, não é possível renunciar à prescrição, como previa o disposto no art. 2.220 do Código Napoleônico, antes da reforma da Lei 561, de 17 de junho de 2008.

A renúncia da prescrição é versada no art. 191 do Cód. Civil, sendo considerada tácita quando o interessado pratica ato incompatível com o direito de invocá-la. No mesmo sentido, o art. 2.251 do Código Civil Francês, na redação da precitada *Loi 2008-561*: “*La renonciation à la prescription est expresse ou tacite. La renonciation tacite résulte de circonstances établissant sans équivoque la volonté de ne pas se prévaloir de la prescription*”. E ainda o art. 2.535, 1ª parte, del *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*, dispendo: “*La prescripción ya ganada puede ser renunciada por las personas que pueden otorgar actos de disposición. É o caso do devedor que, após 10 (dez) anos do vencimento da obrigação, procura o credor para satisfazer a dívida prescrita ou renegociá-la, deixando de invocar, em seu prol, o decurso do prazo estabelecido no art. 205 do Cód. Civil que o beneficia, em respeito ao dever moral.*

A renúncia da prescrição não tem o condão de convolar a obrigação - agora natural - em obrigação jurídica. Contudo, a iniciativa do sujeito passivo da relação jurídica fundada no fato de querer cumprir o dever jurídico - mesmo sabendo que ele não pode mais ser exigido - funciona como arremedo de ressurreição do direito subjetivo extinto pelo decurso do tempo.

Em outras palavras, pode ser dito que a renúncia da prescrição é um arremedo de reencarnação de o direito subjetivo convolado em espírito pela sua morte, em decorrência de o sujeito passivo - malgrado já desobrigado do cumprimento do dever jurídico - haver assumido conduta demonstradora da vontade de satisfazer o que o sujeito ativo, durante o tempo decorrido, não exigiu. A natureza jurídica da renúncia é de ressurgência do direito subjetivo, ainda que destituído de força para ser exigido.

Os prazos prescricionais inadmitem convenção das partes, segundo o disposto no art. 192. Isto quer dizer que os prazos de prescrição contêm normas cogentes, que não podem ser revogadas pela vontade das partes. Qualquer pacto no sentido de modificar os prazos de prescrição é nulo, nos termos do art. 166, VII, 2ª parte, do *Digesto Civilístico*. A propósito, o preceptivo inscrito no art. 2.533 do *Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*: “*Las normas relativas a la prescripción no pueden ser modificadas por convención*”.

A prescrição pode ser pronunciada pelo juiz quando alegada por quem ela aproveita. A arguição é admitida em qualquer oportunidade e grau de jurisdição (art. 193). Entrementes, afigura-se juridicamente prudente que o julgador aguarde a alegação por quem a prescrição beneficia como adiante se sustentará.

Na vigência do Código Civil de 1916 o juiz só podia reconhecer a prescrição *ex officio* quando se cogitava de direito subjetivo não patrimonial (art. 166). Quando o devedor era acionado para pagar a dívida vencida há mais de 20 (vinte) anos (art. 177) e não alegava prescrição, o juiz não podia, *ex officio*, reconhecê-la, em consonância também com o art. 219, § 5º, do Cód. Proc. Civil de 1973. Os direitos subjetivos são, em regra, direitos patrimoniais. Relembre-se o seguinte aresto: “*Cheque - Prescrição. De ofício o Juiz não pode conhecer e decretar*” (TJRJ, 8ª Câm. Cível, unân., Ap. nº 11.391, em 13/05/80, Rel. Des. Paulo Dourado de Gusmão, in D. Of. de 03/09/81, Parte III, pág. 63).

Ao entrar em vigor, o Código Civil de 2002 manteve a proscrição, dispondo no art. 194: “*o juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz*”. Revogado o art. 194 do Estatuto Civil pela Lei nº 11.280/06 e alterada a redação do § 5º do art. 219 da Lei Processual, o reconhecimento *ex officio* da prescrição passou a ser admitido, mesmo em se tratando de direito patrimonial. Contudo, há incompatibilidade entre o poder do juiz de reconhecê-la *ex officio* e a faculdade de quem tem o dever jurídico de cumpri-lo. Ao renunciar à arguição de prescrição, o sujeito passivo da relação jurídica - ainda que tardiamente e mesmo liberado - prestigia o direito subjetivo cujo cumprimento lhe poderia ser exigido.

Ao reconhecer que o direito subjetivo do titular está extinto pela prescrição, sem que o sujeito passivo da relação jurídica tenha alegado, o Estado-juiz retira do obrigado a faculdade de renunciar à prescrição, já que estava disposto a cumprir *dever jurídico*, ainda que proveniente de *obrigação natural*. Por isso o art. 2.247 do *Code Napoléonien* mantém a vedação do reconhecimento *ex officio* da prescrição pelo juiz, dispondo, mesmo depois da reforma estabelecida pela Lei 561, de 17 de junho de 2008: “*Les juges ne peuvent pas suppléer d’office le moyen résultant de la prescription*”. No mesmo sentido, o art. 2.552 del *Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*: “*El juez no puede declarar de oficio la prescripción*”.

Mister não olvidar que o sujeito passivo pode querer cumprir o dever jurídico, ainda que conhecendo o fato de o direito estar extinto pela inércia do titular. E assim o quer por *dever moral*, pautando-se pelo imperativo categórico a que alude Emmanuel Kant: “Assim a moral me exige que eu cumpra a promessa que fiz num contrato, ainda que a outra parte contratante não pudesse me obrigar a isso” (**Doutrina do Direito**, p. 31).

O titular do direito subjetivo, que não o exerce no prazo estabelecido, suporta as consequências da sua omissão. A extinção do direito é o seu maior consectário. Quando não é titular e sim assistente de relativamente incapaz ou o representante legal de pessoa jurídica que não o exerce e der causa à prescrição, causando prejuízo, deverá suportar os efeitos da sua omissão. À pessoa relativamente incapaz e à pessoa de existência ideal é facultado exercer o direito subjetivo de buscar indenização do assistente ou do seu representante (art. 195).

Na contagem do prazo prescricional para aquisição do direito de propriedade de bem que esteja no comércio (*res habilis*), pode ocorrer a modificação da qualidade de proprietário, por sucessão, como, por exemplo, o seu decesso. Nesse caso, uma vez iniciada em favor do prescribente, ou seja, em prol daquele a quem a prescrição possibilita a aquisição do direito de propriedade, o prazo prescricional continua a correr contra o sucessor do titular, isto é, contra quem a prescrição aquisitiva extinguirá o domínio (art. 196). O sucessor do direito de propriedade, dentro do prazo que ainda lhe resta, deve tomar a iniciativa para interromper a contagem do prazo, de modo que o possuidor não complete o tempo estabelecido em seu favor para arguir prescrição aquisitiva.

3.6 - Impedimento, Suspensão e Interrupção

A fim de que a lesão não convalesça, a lei criou causas que dificultam a consumação da prescrição, proporcionando o cumprimento do dever jurídico do direito subjetivo, mesmo após o aparente decurso do prazo. Ditas causas impedem o início do prazo, suspendem ou interrompem sua contagem. Neste último caso, faz com que ele se reinicie, com o abandono do prazo anteriormente decorrido.

O legislador houve por bem levar em conta situações especiais que justificam a dilatação do prazo para o exercício do direito subjetivo.

Do contrário, a lesão convalesceria em favor do sujeito passivo. Este, de modo fácil, seria desde logo liberado do cumprimento do dever jurídico em situações desfavoráveis ao sujeito ativo da relação jurídica.

A decadência não dá margem à lesão. Tratando-se de direito potestativo, traduzido em faculdade de agir, sem correspondência de dever jurídico, não há que se preocupar com seu cumprimento. Inexistindo a menor possibilidade de ocorrer lesão, o prazo decadencial não pode ser impedido, suspenso ou interrompido (art. 207 do Código Civil). Os ordenamentos civilísticos se preocupam com situações especiais do titular do direito subjetivo, que justificam a dilatação do prazo para seu exercício, de modo que ele possa exigir o cumprimento do dever jurídico.

O impedimento da prescrição se verifica quando o prazo para exercício do direito subjetivo se inicia e ocorre fato que não permite sua contagem. A lesão que poderia ocorrer, se a contagem do prazo fosse autorizada, resta adiada. Na verdade, a lei estabelece que a contagem do prazo prescricional não tem início, incidindo a causa impeditiva, como bem dispõe o art. 2.233 do Código Civil Francês: *“La prescription ne court pas...”*.

A suspensão da prescrição é constatada quando, iniciado o decurso do prazo para exercício do direito subjetivo, ocorre fato que permite sua sustação. A lesão que poderia ocorrer, se a contagem do prazo não fosse sustada, resta, outrossim, adiada. São casos excepcionais que paralisam provisoriamente o prazo prescricional decorrido.

Na suspensão da prescrição reinicia-se sua contagem, após a cessação da causa suspensiva. O prazo anteriormente decorrido é somado no cômputo geral. *“La suspension de la prescription en arrête temporairement le cours sans effacer le délai déjà couru”*, de acordo com o art. 2.230 do Código Civil Francês, na redação da Lei 561, de 17 de junho de 2008” ou *“La suspensión de la prescripción detiene el cómputo del tiempo por el lapso que dura pero aprovecha el período transcurrido hasta que ella comenzó”*, consoante o disposto no art. 2.539 do Código Civil e Comercial da Nação Argentina.

No caso brasileiro, as causas impeditivas e suspensivas constam dos arts. 197, 198 e 199 do Estatuto Civilístico. Como se infere da leitura das normas jurídicas ali insculpidas, a Lei Civil não separou as causas impeditivas das causas suspensivas da prescrição. Para identificar as causas impeditivas e as causas suspensivas cumpre observar se elas incidem antes ou durante a contagem do prazo prescricional. A causa impeditiva é

uma barreira de uma represa, construída no início da contagem do prazo prescricional; a causa suspensiva é um parêntesis no decurso do prazo prescricional já iniciado.

A interrupção da prescrição se verifica quando o titular do direito subjetivo assume comportamento revelador do seu interesse em evitar que a lesão venha a convalescer em prol do sujeito passivo da relação jurídica. Trata-se de um comportamento voluntário do titular do direito subjetivo, reconhecido por lei, em que ele se mostra interessado em impedir o convalhecimento da lesão. Através da assunção de conduta prevista em um dos incisos do art. 202, o dito titular pratica ato que revela o exercício ou o preexercício do direito.

Na interrupção da prescrição, cessada a causa que lhe deu origem, o tempo decorrido antes da sua incidência não é somado, como acontece na suspensão. As causas interruptivas apagam o prazo prescricional iniciado. O prazo designado em lei é reiniciado. *“L’interruption efface le délai de prescription acquis. Elle fait courir un nouveau délai de même durée que l’ancien”* (art. 2.231, do Código Civil Francês) ou *“el efecto de la interrupción de la prescripción es tener por no sucedido el lapso que la precede e iniciar un nuevo plazo”* (art. 2.544 do Novo Código Civil e Comercial da Nação Argentina).

Na vigência do Código Civil de 1916 não havia limite de vezes para interromper a prescrição, como deixa entrever o art. 173. Antes de cessada a causa interruptiva, o titular do direito subjetivo podia provocar sua renovação, como, por exemplo, notificar o devedor mais de uma vez. Com a vigência do Cód. Civil de 2002, a interrupção da prescrição só é possível uma única vez, segundo estabelece o art. 202: *“a interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez...”*. A limitação tem por fim afastar a perpetuação do exercício do direito subjetivo, pois se aquele que tivesse de cumprir o dever jurídico fosse, *exempli gratia*, periodicamente notificado judicialmente pelo titular, dificilmente seria liberado do cumprimento do dever jurídico, deixando de ser beneficiado com o fato extintivo.

Os seis incisos do referido preceptivo foram erigidos em causas taxativas de invalidação do tempo decorrido antes do implemento de cada uma delas, renovando-se o prazo prescricional. Cessada a causa interruptiva a prescrição se reinicia, desprezando-se o tempo decorrido anteriormente. Um novo prazo tem início, como se nada tivesse ocorrido. Todo tempo decorrido antes da citação é jogado fora. Isto porque as causas impeditivas, suspensivas e interruptivas também são aplicáveis à prescrição

aquisitiva em prol do proprietário e contra o possuidor, na maior proteção do direito subjetivo de propriedade, de acordo com o art. 1.244.

O inciso III do art. 202 estabelece que o protesto cambial, vale dizer, o protesto extrajudicial de títulos e outros documentos de dívida, de que tratam os arts. 1º e ss. da Lei nº 9.492/97, interrompe a prescrição. O dito inciso dispõe em sentido contrário ao verbete da Súmula 153 da Suprema Corte: “*simples protesto cambiário não interrompe a prescrição*”. O entendimento sumulado do Excelso Pretório está revogado.

Consoante restou analisado, o prazo prescricional, uma vez interrompido, recomeça da data da cessação da causa interruptiva. Em se tratando de rompimento do prazo pela via judicial, ele será reiniciado a contar do último ato processual que interrompeu a prescrição (art. 202, parágrafo único). Nesse caso se infere a prescrição intercorrente.

O impedimento e a suspensão da prescrição ocorrem enquanto estiverem presentes as causas previstas em lei. Verificada a presença de uma das causas dos arts. 197 a 199, pode ser dito que o prazo prescricional não fluirá. As causas impeditivas e suspensivas incidem de pleno direito (*pleno juris*), prescindido de qualquer iniciativa do titular do direito subjetivo, quer judicial, quer extrajudicial.

O impedimento e a suspensão da prescrição são instituídos para proteger titulares de direito subjetivo que mantêm relação jurídica com os que devem cumprir dever jurídico. Algumas causas levam em conta a relação jurídica decorrente de direito de família; outras consideram a situação daqueles que estão impossibilitados ou têm dificuldade de agir voluntariamente, como ocorre com marido e mulher, ascendentes e descendentes durante o poder familiar, menores, incapazes em geral, ausentes do País a serviço público e os que servem às Forças Armadas em tempo de guerra.

O vetusto princípio do Direito Romano consagrou que a prescrição não corre contra os que não podem agir voluntariamente: “*contra non volentem agere num currit praescriptio*”. Ou, então, “*la prescription ne court pas ou est suspendue contre celui que est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure*” (art. 2.234 do Código Napoleônico, na redação da Lei nº 561, de 17 de junho de 2008). O art. 440 da Consolidação das Leis do Trabalho adotou esse princípio dispondo: “*contra os menores de 18 (dezoito) anos não corre nenhum prazo de prescrição*”.

As causas interruptivas dependem de iniciativa do interessado. Isto quer dizer que, para a validade da interrupção da contagem do prazo prescricional, o titular do direito subjetivo deve agir de forma a provocar a incidência de uma das causas enumeradas no art. 202 do Cód. Civil. Tudo é direcionado no sentido da invalidação do espaço de tempo decorrido antes de recair a causa interruptiva e dar início a um novo prazo, de modo a afastar o fato extintivo do direito.

Os prazos de prescrição que podem ser interrompidos estão previstos nos arts. 205 e 206. O ordenamento civilístico perfilhou um prazo comum para o exercício dos direitos subjetivos em geral, sejam eles pessoais, sejam reais. A era da prescrição vintenária a que se referia o art. 177 do Código Civil de 1916 ficou para trás. Agora, o prazo ordinário de prescrição dos direitos subjetivos é 10 (dez) anos. Toda vez que a Lei Civil não estabelecer prazo menor para o seu exercício o decênio é o prazo comum de prescrição dos direitos subjetivos.

Para saber se o prazo para exercício do direito subjetivo é comum ou especial basta ler, em primeira mão, o art. 206. Em seguida, deve ser consultada a Parte Especial do Código Civil ou, se for caso, a legislação especial que rege a matéria. Se no art. 206, antes mencionado, não for encontrado prazo diferenciado, que vai de 01 (um) a 05 (cinco) anos, nem a lei especial dele tratar, é porque o prazo é comum, vale dizer, de 10 (dez) anos, conforme dispõe a norma básica insculpida no art. 205.

No que diz respeito aos prazos de prescrição iniciados antes da entrada em vigor do Código Civil, em 11/01/03, não se deve olvidar da regra inscrita no art. 2.028: *“serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”*. A contagem do prazo é definida pelo decurso de mais da metade do que dispunha a lei civil anterior. Portanto, a contagem é dotada de ultratividade. Se não decorrido mais da metade do prazo, este é regido pelo Cód. Civil de 2002.

3.7 - Prescrição contra a Fazenda Pública

Quando o direito subjetivo pertencente às pessoas jurídicas de direito público interno é objeto de discussão na via administrativa ou em juízo, na Justiça Administrativa ou na Justiça Comum, diz-se que ele envol-

ve a Fazenda Pública. Verificando-se que a União, os Estados membros, o Distrito Federal, os Municípios, as Autarquias e as Fundações Públicas são titulares de direito subjetivo em que há conflito de interesses instaurado, ele também pode ser objeto de prescrição aquisitiva ou extintiva. Em razão da qualidade dessas pessoas de direito público, dá-se a incidência de preceptivos legais que originam acirrados debates, mormente quando se tem notícia de que os bens integrantes do domínio das pessoas jurídicas de direito público são imprescritíveis.

A prescrição ora se apresenta como fato jurídico aquisitivo ora como fato jurídico extintivo do direito subjetivo, de acordo com o que foi visto. O titular do direito subjetivo - que deve assumir comportamento positivo para impedir o convalescimento da lesão - é o particular ou a Fazenda Pública. Na prescrição contra o particular adquire-se direito subjetivo através da usucapião. Também extingue direito quando se tratar de prescrição liberatória, tudo em virtude do fluxo do tempo e da inércia do seu titular. Em se tratando de Fazenda Pública, merece estudo se o caso é de prescrição aquisitiva ou de prescrição extintiva.

3.7.1 - Prescrição Aquisitiva dos Bens Públicos

Na prescrição aquisitiva o particular – titular do direito subjetivo – é prejudicado, uma vez que perde o que exercia para outro particular ou para a Fazenda Pública. Em se cogitando de prescrição aquisitiva, a Fazenda Pública não pode ser sujeito passivo da relação jurídica para ser atingida. Isto porque, em se tratando de prescrição positiva, que resulta na aquisição do direito de propriedade pertencente ao Estado (em sentido amplo) pelo particular, vê-se que se a usucapião é modo de aquisição juridicamente impossível.

Os bens públicos, ou seja, os que integram o domínio das pessoas jurídicas de direito público, são imprescritíveis, de acordo com o disposto nos arts. 20, 26, 183, § 3º e 191, parágrafo único, da Constituição Federal, 98 e 102 do Cód. Civil e 200 do Decreto-lei nº 9.760/46: *“Os bens públicos da União, seja qual for a sua natureza, não são sujeitos a usucapião”*. No mesmo sentido o verbete da Súmula 340, da Suprema Corte: *“Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais como os demais bens públicos não podem ser adquiridos por usucapião”*.

Ao integrar o domínio daquelas pessoas, os bens públicos não podem ser objeto de aquisição, como se manifesta, em outras palavras, o art. 3.952 do Código Civil Argentino de 1869: *“Pueden prescribirse todas las cosas cuyo dominio o posesión puede ser objeto de una adquisición”*. Interpretando este preceptivo legal, Lilian Nora Gurfinkel de Wendy enfatiza que podem ser adquiridos por prescrição aquisitiva *“muebles o inmuebles cuya adquisición por prescripción no esté prohibida, por ejemplo, las cosas del dominio público, las cosas que pertenecen al Estado nacional o provincial, las declaradas imprescritibles por leyes especiales”*.²³ Acrescenta Arnaldo Rizzardo: *“Quaisquer bens imóveis podem ser objeto do usucapião, desde que não sejam públicos e se encontrem no comércio”*.²⁴

A imprescritibilidade desses bens se deve ao fato de eles estarem fora do comércio, como estatui o art. 2.260, do Código Napoleônico, na redação da Lei nº 561, de 2008: *“On ne peut prescrire les biens ou les droits qui ne sont point dans le commerce”*. No mesmo sentido, o disposto na 1ª parte do art. 237 do Código Civil e Comercial da Nação Argentina, de 2014: *“Los bienes públicos del Estado son inalienables, inembargables e imprescriptibles”*. Se eles são inalienáveis, impenhoráveis e imprescritíveis, são bens que estão fora do comércio.

As terras devolutas e os terrenos de marinha integram os bens domaniais da União a que se refere o art. 99, III, do Cód. Civil, de acordo com o que dispõem os arts. 1º, *a* e *e*, do Decreto-lei nº 9.760/46, 1º e ss. do Decreto-lei nº 2.398/87, 1º e ss. da Lei nº 9.636/98. Antes da vigência da Carta da República de 1988, as terras devolutas podiam ser adquiridas pela usucapião especial, *ex vi* dos arts. 4º, § 2º, da Lei nº 6.969/81, 1º e ss. do Decreto nº 87.620/82, que se constituía numa via administrativa. Depois da promulgação da Carta Federal não é mais possível adquirir terras públicas por prescrição aquisitiva, *ex vi* do disposto nos arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único, que dispõem: *“os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”*.

3.7.2 - Prescrição Extintiva a Favor da Fazenda Pública

Na prescrição extintiva, o titular do direito subjetivo, que é o particular, perde o direito que deveria ter exercido em desfavor da Fazenda

²³ **Derechos Reales**, Tomo I, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, p. 242-243.

²⁴ **Direito das Coisas**, 5. ed. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2011, p. 247.

Pública. Em se cogitando de prescrição negativa, a Fazenda Pública pode ser sujeito passivo da relação jurídica, que sai beneficiada, liberando-se do dever jurídico que deveria cumprir. Isto porque em se tratando de prescrição liberatória, que resulta na extinção do direito subjetivo, o particular, voluntária ou involuntariamente, deixa passar em branco o prazo para o seu exercício.

O prazo para o titular exercer direito subjetivo em desfavor da Fazenda Pública vem sendo discutido. Regem a matéria o Decreto nº 20.910/32 e o Decreto-lei 4.597/42. Se o direito subjetivo for direcionado contra a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, aplica-se o art. 1º do Decreto-lei nº 20.910/32. Se for dirigido contra as autarquias e fundações públicas, tem aplicação o art. 1º do Decreto-lei nº 4.597/42. Observe-se que, em linhas gerais, foi fixado o quinquênio como prazo prescricional.

Ao tratar da aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública - esclarecendo ao leitor que a prescrição é fato extintivo do direito e não da ação - a Lei nº 9.494/97, no art. 1º-C, ratifica o quinquênio como prazo para exercício do direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e estabelece o lustro quando os danos são causados por agentes das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Malgrado duvidosa a incidência da indigitada norma à prescrição do direito de obter indenização das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, no tocante ao prazo de cinco anos para o seu exercício, certo é que na época nenhum dispositivo do Código Civil de 1916 se referia especificamente àquele direito, como se infere da leitura do art. 178. Aplicava-se o prazo geral de prescrição vintenária, previsto no art. 177 da Lei Civil ab-rogada.

O Código Civil de 2002 inovou sobre o prazo para o exercício do direito de obter a reparação civil do dano. Consoante dispõe o art. 206, § 3º, V, o direito de obter dita reparação prescreve em três anos. Este preceptivo não faz qualquer referência à espécie de indenização a ser obtida, nem à pessoa que se vinculou a cumprir o dever jurídico. Pergunta-se: a dita norma de prescrição trienal revoga a de prescrição quinquenal estabelecida no Decreto nº 20.910/32 e no Decreto-lei nº 4.597/42? É relevante que se leve em conta a espécie de direito que o sobredito art. 206 § 3º, V, está tratando. A norma é específica para todo e qualquer direito à indenização. Creio que a pergunta merece pronta resposta.

Os dispositivos de ambos os decretos, que têm força de lei, estabelecendo o quinquênio, não se referem ao direito à reparação civil do dano.

Dizem respeito a todo e qualquer direito, deixando entrever que se trata de um prazo geral para o titular exercê-lo contra as pessoas jurídicas de direito público, chamadas de Fazenda Pública. É norma de caráter geral, como a do art. 177 do Cód. Civil de 1916.

Como não havia, mas agora há dispositivo legal que cuida especificamente do prazo para o exercício do direito subjetivo de obter a reparação civil do dano, aplica-se o princípio *lex specialis derogat lege generali*. A norma especial do art. 206 § 3º, V, do Código Civil, por tratar especificamente do direito à indenização por dano, não pode ser desprezada somente pelo fato de se entender que normas editadas em 1932 e 1942 estabeleciam que *todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal* prescrevem em cinco anos. O fato de o direito à reparação ser direcionado em desfavor da Fazenda Pública é desinfluyente.

Demais disso, a norma que trata especificamente de um direito subjetivo, insculpida no Código Civil (Lei nº 10.406/02), que é posterior, revoga as normas constantes do Decreto nº 20.910/32 e do Decreto-lei nº 4.597/42, de caráter geral. Não se olvide de outro princípio: lei posterior revoga a anterior. É o que está inscrito no art. 2º § 1º, do Decreto-lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, vem entendendo diversamente na sustentação de que no art. 1º do Decreto 20.910/32, traduzindo-se em norma específica, a prescrição dos direitos subjetivos contra a Fazenda Pública se dá no lustro e não no triênio estabelecido no dispositivo legal do Estatuto Civilístico de 2002 (R. Esp. nº 1251993, Rel. Min. Mauro Campbell Marques). Apesar de respeitável, em decorrência do uso da indigitada expressão “*todo e qualquer direito ou ação*”, cogita-se, *permissa venia*, de entendimento equivocado da Corte Federal, por abandonar os sobreditos princípios gerais de direito.

4 - SOBRE A DECADÊNCIA

O tradicional conceito de que a decadência se traduz na perda do próprio direito, em decorrência da inércia do titular, durante certo tempo, se apresenta incompleto. Isto porque a definição não alude à natureza do direito que é extinto. A prescrição também extingue direito. Esse conceito pode inculir no leitor do ordenamento jurídico positivo e das obras dou-

trinárias existentes no estado da arte tratar-se do mesmo instituto, com nomes diferenciados, levando em conta apenas o momento em que se dá a referida extinção. Cumpre, destarte, apresentar a natureza jurídica da decadência e completar o conceito desse fato extintivo do direito.

4.1 - Natureza jurídica e Conceito

Considerando que os efeitos jurídicos consistem em aquisição, resguardo, transferência, modificação e extinção de direito, tal como se verifica na prescrição, a decadência tem natureza jurídica de fato jurídico em sentido amplo. Em decorrência do comportamento inercial do titular do direito e do decurso do tempo, ocorre sua perda. O transcurso do tempo e a conduta inerte do titular do direito - que não o prestigia, por meio de seu exercício - são os responsáveis pela eclosão do fato jurídico extintivo do direito.

A conduta inercial não se traduz em fenômeno natural. O “não atuar”, ainda que omissivo, se traduz em comportamento humano. Trata-se de inação. Não advindo da força da natureza, a decadência não pode ser emoldurada como fato jurídico *stricto sensu*. Mais adequado enquadrá-la como fato jurídico *lato sensu*, na mesma direção da prescrição, uma vez que se cogita de ato lícito decorrente da vontade do titular do direito de se manter inerte enquanto flui o tempo para o seu exercício.

Para bem conceituar a decadência, procede-se a uma breve recordação do conteúdo do direito potestativo. Este se traduz em espécie do direito que, à faculdade de agir do titular, não corresponde dever jurídico ou, quando corresponde, este dever se apresenta muito distante de uma aparente exigência. Toda vez que o titular deixa passar *in albis* o prazo para exercer direito potestativo verifica-se a decadência.

Investigando-se um pouco mais, se constata que não há razão para se omitir a natureza do direito que é extinto na decadência. A identificação da espécie de direito que é extinto é exatamente o que distingue a decadência da prescrição negativa. Ambas se traduzem em fatos jurídicos *lato sensu*. O decurso do tempo e a inércia do titular, tal como na prescrição liberatória, acarretam a extinção do direito.

A lei põe à disposição do titular do direito potestativo um prazo para o seu exercício. Ele pode ser exercido na via extrajudicial ou através

do acesso à justiça. É relevante que ele o exerça e não se quede inerte, assumindo comportamento positivo, para que não venha a ocorrer sua extinção. Assim, conceitua-se a decadência como “o fato jurídico que aniquila direito potestativo, em virtude do fluxo do tempo e da inércia do titular”.²⁵

Direito potestativo é aquele que, à faculdade de agir do titular, não corresponde a prestação de outrem. O efeito da decadência é a perda de direito potestativo. Chamada de caducidade pelo Código Civil e Comercial Argentino de 2014, dispõe o art. 2566, ao tratar dos seus efeitos: “*La caducidad extingue el derecho no ejercido*”.

Em estudo anterior, restou consagrado que o direito subjetivo é aquele que, à faculdade de agir do titular, corresponde um dever jurídico. Se, ao reverso, não há correspondência, presente está o direito potestativo, submetido à decadência e não à prescrição, caso o seu titular se mantenha inerte, deixando passar *in albis* o prazo para o seu exercício. De acordo com o que foi visto, o direito potestativo é caracterizado pela não correspondência do dever jurídico.

Em consonância com o que restou analisado no estudo da prescrição extintiva, descabe igualmente falar em perda da ação ou da pretensão. Devido à sua natureza, não se vê como vincular a decadência à perda de direito de índole processual. A decadência diz respeito a direito potestativo.

4.2 - Os Direitos Potestativos e sua Extinção pela Decadência

Os direitos potestativos podem ser classificados em não decadenciais e decadenciais. Os não decadenciais são aqueles que podem ser exercidos a qualquer tempo, em razão de expressarem uma faculdade de agir evidente, não se vislumbrando motivo para a fixação de prazo para o seu titular assumir uma conduta comissiva. Não se vergam à decadência.

A lei, erroneamente, chama os direitos potestativos não decadenciais de direitos imprescritíveis. Tendo cometido um cochilo, deixou passar que, em se cogitando de faculdade de agir, inexistente dever jurídico a cumprir. Eles não estão submetidos à prescrição, e sim, à decadência. São os direitos potestativos ostentados nos arts. 682, I, 688, 1.034, 1.297,

²⁵ SANTOS VIEIRA, Sérgio Túlio. "Dos Fatos Extintivos do Direito: Prescrição, Decadência, Preclusão e Perempção", *Livro de Estudos Jurídicos*, n. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991, p. 238.

1.320, 1.601, 1.804 e 1.806 do Código Civil e no art. 24, parágrafo único da Lei nº 6.515/77. Em todos esses casos não há fixação de prazo para o titular assumir um comportamento positivo. A qualquer tempo podem ser exercidos.

Os direitos potestativos que não podem ser exercidos a qualquer tempo, e sim no prazo fixado em lei, são decadenciais. Não expressam uma faculdade de agir absoluta e sim relativa, sendo razoável a fixação de prazo para o seu titular assumir um comportamento positivo. Vergam-se à decadência. Os direitos potestativos decadenciais são confundidos com os direitos subjetivos submetidos à prescrição extintiva. Muitas vezes são chamados de prescritíveis. Observando-se sua natureza, vê-se que eles não se confundem com os direitos subjetivos. São exemplos de direitos potestativos submetidos à decadência os que constam dos arts. 45, parágrafo único, 48, parágrafo único, 119, parágrafo único, 178, 445, 500, 501, 504, 618, parágrafo único, 1.251, 1.302, 1.555, 1.560, I, II, III e IV, 1.795, 1.815, parágrafo único, 1.859, 1.965, parágrafo único, 1.909, parágrafo único, do Código Civil e dos arts. 51, parágrafo 5º, da Lei nº 8.245/91, 103 da Lei nº 8.213/91, 54 da Lei nº 9.784/99 e 103-A da Lei nº 8.213/91.

As duas espécies de direitos potestativos submetidos à decadência, ou seja, os não decadenciais e os decadenciais, apresentam características que não são encontradas na prescrição extintiva. As normas que impedem ou suspendem a prescrição não têm aplicação à decadência (art. 207 do Cód. Civil). Isto se deve ao fato de inexistir dever jurídico a ser cumprido em direito potestativo. Da mesma forma, o precitado Código Civil e Comercial Argentino consagra que não há razão para suspender ou interromper a contagem de prazo para extinguir direito potestativo. Dispõe o art. 2.567: *“Los plazos de caducidad no se suspenden ni se interrumen, excepto disposición legal en contrario”*.

Nessa espécie de direito, em que não há dever jurídico a ser cumprido, inexistente a menor possibilidade de ocorrer lesão. Se à exigência do titular dessa espécie de direito não há cumprimento de dever jurídico, inexistente razão para sustar prazo em andamento. Há uma única exceção. Na hipótese da decadência vir a atingir direito potestativo de pessoa absolutamente incapaz, admite-se a incidência de causa impeditiva e de causa suspensiva, para que ela não venha a perdê-lo (art. 208 c/c art. 198, I, do Código Civil).

Observe-se que o dispositivo legal não abrange a interrupção. As

causas interruptivas necessitariam de iniciativa do titular do direito potestativo. Se, na verdade, é uma faculdade de agir sem correspondência de dever jurídico, não faria sentido possibilitar ao titular proceder, por exemplo, ao protesto judicial ou extrajudicial ou a qualquer outro meio previsto no art. 202 do Estatuto Civil.

A decadência não pode ser objeto de renúncia (art. 209). Se o prazo decadencial é fixado por lei, como ocorre com o direito potestativo do locatário de obter a renovação do contrato de locação comercial, o juiz pode pronunciá-la *ex officio* (art. 210). Em se tratando de prazo decadencial fixado por convenção, a parte a quem ela aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, ficando o juiz, no entanto, impedido de reconhecê-la *ex officio* (art. 211 do Código Civil).

5 - CONSECTÁRIOS DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA

No exame dos conceitos de prescrição e de decadência foi dito que, ocorrendo a aquisição ou a extinção de direito subjetivo, está presente a primeira; em se verificando a extinção de direito potestativo, resta identificada a segunda. Ambos os fatos extintivos do direito têm um ponto comum, qual seja, a inércia do titular, deixando fluir o tempo. A diferença diz respeito à qualidade do direito que é extinto. Esse estudo diz respeito aos consectários internos.

A prescrição e a decadência constituem um corolário do desprezo do direito pelo titular. São sanções que a lei aplica àqueles que se desinteressam pelo exercício do direito subjetivo ou do direito potestativo. Destaca Arnoldo Wald que *“ambos os institutos visam simultaneamente a punir os inativos (dormientibus non succurrit jus) e garantir a estabilidade das relações jurídicas”*.²⁶ Ou como prefere José Roberto de Castro Neves: *“O ordenamento não protege os desidiosos, os indolentes, os preguiçosos”*.²⁷

Para dar ênfase aos consectários da prescrição e da decadência, rejeita-se a clássica distinção de que na primeira ocorre a “perda da ação ou da pretensão” e, na segunda, a “perda do próprio direito”. Apresenta-se o rol das características de uma e de outra e enfatiza-se que ambas são espécies de fatos jurídicos em sentido amplo. As características que atuam

²⁶ **Direito Civil**, Introdução e Parte Geral, 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 226.

²⁷ **Uma Introdução ao Direito Civil**, 3. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 180.

como diferenças das consequências de uma e de outra são: a) na prescrição se adquire ou se extingue direito subjetivo; na decadência sempre se extingue direito potestativo; b) na prescrição ocorre lesão do direito subjetivo, porque o seu titular não vê correspondido o dever jurídico; na decadência não há lesão do direito, haja vista que inexistente correspondência de dever jurídico em direito potestativo; c) os prazos prescricionais podem ser interrompidos e suspensos a fim de que a lesão não convesça; os prazos decadenciais não podem ser, porque não há lesão a convescer; d) os direitos subjetivos devem ser exercidos nos prazos designados, ainda que no decênio, vale dizer, no prazo máximo de dez anos; parte dos direitos potestativos admite seu exercício a qualquer tempo, não se sujeitando a prazos designados, fato demonstrador de que as faculdades de agir, sem correspondência, não estão submetidas à prescrição ou à decadência.

De acordo com as normas processuais vigentes, a prescrição e a decadência acarretam a extinção do processo com resolução do mérito. O julgamento do processo pode ocorrer no seu nascedouro quando o juiz, indeferindo a inicial, decreta a improcedência liminar do pedido, após se defrontar com uma ou com outra (art. 295, IV, do Cód. Proc. Civil de 1973; art. 332 § 1º, da Lei nº 13.105/15, novo Código de Processo Civil). Trata-se da única hipótese em que o juiz, despachando a petição inicial, resolve desde logo a demanda com resolução de mérito, o que não ocorre com as demais causas de indeferimento da exordial constantes dos arts. 295 da Lei Processual de 1973 e 330 do Estatuto Processual de 2015, que acarretam a extinção do feito sem resolução do mérito (art. 267, I, do Cód. Processo de 1973; art. 485, I, da Lei Processual de 2015). Esse estudo diz respeito aos consectários externos.

Pergunta-se: mas por que a prescrição e a decadência extinguem o processo com resolução de mérito? A resposta não é difícil. Ambas são espécies de fatos jurídicos extintivos do direito. Se os dois fatos jurídicos extinguem direitos (subjetivo ou potestativo), a extinção do processo só pode ocorrer com resolução do mérito. Isto quer dizer que o Estado-juiz, ao pronunciar a prescrição ou a decadência decreta: “o mérito está solucionado, porque o direito em que a pretensão estava alicerçada está extinto”.

De acordo com o que restou exposto no estudo das características da prescrição e da decadência, a semelhança consiste em considerá-las “galhos da frondosa árvore dos Fatos Jurídicos”. Produzem efeitos jurídicos negativos. Em palavras já pronunciadas diversas vezes: são fatos extintivos do direito subjetivo ou do direito potestativo, respectivamente.

Os direitos perdem a força para os dois meios de exigência: extrajudicial ou judicial. Trata-se de corolário da inobservância dos prazos que a lei coloca à disposição do titular para assumir comportamento comissivo. Se extinguem direitos, como vem se afirmando, são fatos jurídicos. No sentido desse entendimento, Fredie Didier Jr: *“Decadência e prescrição são fatos jurídicos que se relacionam com o passar do tempo e se referem à extinção ou encobrimento de determinada eficácia jurídica”*.²⁸

No momento em que o autor apresenta a *res in judicio deducta*, denominada pelo art. 189 do Código Civil de *pretensão*, o faz com esteio no direito subjetivo ou no direito potestativo. É o titular deste ou daquele direito que resolve exercê-los. Só que o faz tardiamente na via judicial, vindo a beneficiar aquele que tinha dever jurídico a cumprir, de imediato ou remotamente. Como diz Pontes de Miranda: *“a prescrição apenas encobre a eficácia da pretensão e da ação, ou só da ação”*.²⁹ Ou como sustenta Humberto Theodoro Júnior: *“Hoje, todavia, tanto a prescrição quanto a decadência são vistas como formas de extinção de efeitos do direito e o que as distingue é apenas a causa da respectiva perda da eficácia”*.³⁰

Deixando fluir *in albis* o prazo para o exercício do direito subjetivo ou do direito potestativo e havendo o reconhecimento judicial da ultrapassagem do prazo em razão da inércia, o demandante jamais poderá reproduzir qualquer pedido fundado em um ou em outro, uma vez que eles estão extintos. Quando o Estado-juiz diz que o direito subjetivo ou potestativo do autor está extinto pela prescrição ou pela decadência, ele está proclamando que o autor não tem razão “desestimando” o pedido, como diz o *Derecho Procesal* ibero-americano. Dizer que o direito está extinto é consagrar que o demandado não precisa mais cumprir o dever jurídico. Ele está liberado de satisfazer a pretensão deduzida pelo demandante.

Reconhecida a prescrição do direito do autor, o juiz, a toda evidência, não pode apreciar o mérito propriamente dito. Proclamar que o autor não tem mais direito a ser apreciado, porque não o exerceu no prazo designado em lei, é o mesmo que dizer: o direito subjetivo do autor não se credencia à apreciação. Por isso, não só condiz com a Lei Civil como também com a Lei Processual Civil dizer que a prescrição extintiva é do direito e não da ação. Se a assertiva não fosse verdadeira, o que poderia ser dito da prescrição aquisitiva?

²⁸ *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 544.

²⁹ *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo III, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 452.

³⁰ *Curso de Direito Processual Civil*, v. I, 49. ed. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2002, p. 328.

Se o direito não mais existe, porque foi atingido por uma ou por outra, o Digesto Processual as encartou com acerto (art. 269, IV, do Estatuto Processual de 1973), ainda mais com a vigência do novo Código de Processo Civil, anunciando que “*haverá resolução de mérito quando o juiz decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou de prescrição*” (art. 487, II). Inequivocamente, são fatos jurídicos que resolvem o processo com julgamento de mérito. Se fossem emolduradas como fatos jurídicos que extinguem o processo sem resolução do mérito, no alentado rol do art. 267, o autor, modificando o pedido, poderia demandar o réu novamente, contrariando não só a natureza jurídica de ambas como também a sistemática perfilhada pela Lei Processual de 1973.

Caso o juiz não reconheça de ofício a prescrição ou a decadência ao despachar a inicial, compete ao réu arguir uma ou outra na resposta. A arguição é matéria de mérito e não de preliminar, porque se o direito do autor está extinto não tem mais força para ser exigido. Caso o réu não argua a prescrição entende-se que ele renunciou ao benefício que lhe traria o fato extintivo, *ex vi* do disposto no art. 191 do Código Civil.

Como foi visto, o juiz não está impedido de reconhecê-la *ex officio*, considerando o disposto no § 5º do art. 219 do Estatuto Processual de 1973, na redação dada pela Lei nº 11.280/06: “*o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição*”. Se no curso do processo o juiz resolve apreciar a arguição de prescrição, sem acolhê-la, está proferindo decisão interlocutória, manifestando-se sobre questão incidente (art. 162 § 2º, do Cód. Proc. Civil de 1973; art. 203, § 2º, do Estatuto Processual de 2015).

Se o juiz não reconhece a prescrição ou a decadência por ocasião da apresentação da petição inicial, deverá proferir sentença de julgamento conforme o estado processo toda vez que o réu invocar um ou outro fato extintivo do direito (art. 329 c/c art. 269, IV, do Cód. Processual de 1973; art. 354 c/c art. 487, II, do Estatuto Processual de 2015). Poderá aguardar o momento processual adequado, pois “*em alguns casos, embora raros, a prescrição ou a decadência podem exigir instrução*”.³¹ Em se cogitando de procedimento ordinário ou especial de jurisdição contenciosa, poderá prosseguir até a fase de julgamento antecipado da lide, pronunciando *ex officio* o fato extintivo (art. 330, I, do Código Processual de 1973; art. 355, I, do Estatuto Processual de 2015). Ultrapassado o exame da inicial e arguída pela defesa a prescrição ou a decadência, deve o

31 Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, **Processo de Conhecimento**, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 238.

juiz extinguir o feito. As precitadas normas processuais utilizam o verbo no imperativo: “*ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts..... o juiz declarará extinto o processo*”.

Após a revogação do art. 194 do Código Civil e modificada a redação do art. 219, § 5º, do Cód. Proc. Civil de 1973, pela Lei nº 11.280/06, e também ao entrar em vigor o novo Estatuto Processualístico (art. 487, II), tem-se que em qualquer momento do processo o juiz pode, de ofício, reconhecer a prescrição, julgando extinto o feito com resolução do mérito. Se a prescrição não tiver se consumado ou se houver dúvida sobre o reconhecimento de causa impeditiva, suspensiva ou interruptiva, dará andamento ao feito. De qualquer forma pode, a qualquer tempo, pronunciar o fato jurídico extintivo do direito.

Ao reconhecer a prescrição ou a decadência do direito do autor o juiz, extinguindo o processo no seu nascedouro, está proferindo sentença. Consoante o disposto nos arts. 162, § 1º, da Lei Processual de 1973 e 203 § 1º, do Estatuto Processual de 2015, sentença é o pronunciamento do juiz que põe fim à fase cognitiva do processo comum. Logo, a decisão que pronuncia a prescrição e a decadência, julgando extinto o processo com pronunciamento de mérito, desafia apelação (art. 513 da Lei Processual de 1973; art. 1.009 do Estatuto Processual de 2015).

6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código Civil de 1916 desvirtuou a natureza jurídica da prescrição, ao consagrar nos arts. 177 e 178 que ela extingue a ação. Incutiu no leitor a falsa ideia de que o fato extintivo do direito mantém inteira e indissolúvel vinculação com o direito de ação. O Estatuto Civilístico não se divorciou dos conceitos do direito romano, apesar de em três preceptivos reconhecer que na prescrição extintiva ocorre a perda do direito e não da ação, como se viu na análise dos arts. 166, 167 e 1.531. Em momento algum fez referência à decadência.

Quanto à prescrição aquisitiva, o dito Estatuto olvidou por inteiro a sua natureza jurídica. Não a tratou na Parte Geral como modo de aquisição de direitos reais. O fez com *nomem juris* diverso na Parte Especial, no Livro II, ao cuidar dos modos de aquisição da propriedade em geral. Chamou de usucapião. Além disso, como se não fosse espécie de prescrição, utilizou o substantivo no masculino, isto é, *o usucapião*, como se vê da lei-

tura dos arts. 530, III, 550, 551 e 618. Com isso, consagrou um inexplicável oblvio da prescrio aquisitiva como fato jurdico *lato sensu*.

O C3digo Civil de 2002, na tentativa de aproximar a prescrio da sua natureza jurdica, vincula o fato extintivo do direito subjetivo à perda da pretens3o, como se viu no estudo do art. 189. Igualmente, n3o cuida da prescrio aquisitiva na Parte Geral. Prefere fazê-lo na Parte Especial, agora, ao menos, reconhecendo - ainda que implicitamente - se tratar de fato aquisitivo e extintivo do direito subjetivo, ao identific-la como *a usucapi3o*, ou seja, no feminino, consoante disp3oem os arts. 1.238 e ss., notadamente o art. 1.244, ao estabelecer que as causas que obstat, suspendem ou interrompem a prescrio se aplicam  usucapi3o.

Malgrado ambos os Estatutos hajam emoldurado a prescrio no Livro III, da Parte Geral pertinente aos Fatos Jurdicos - o de 1916 no Título III e o de 2002 no Título IV - eles n3o d3o ênfase  sua natureza jurdica. Ela n3o restou reconhecida como fato decorrente da inércia, *lato sensu*, em que se adquire ou se extingue direito subjetivo. Os ditos Diplomas insistem em subordinar os efeitos da prescrio a institutos processuais. A decadência s3o mereceu tratamento no ordenamento civilístico p3s-moderno, assim mesmo sem qualquer regulamentao capaz de encart-la como fato jurdico extintivo do direito potestativo, como se vê dos arts. 207 a 211.

Para a Lei Civil a prescrio e a decadência - de modo inconcebível - ainda n3o atingiram a maioria, isto é, a autonomia jurdica. Elas s3o podem ser declaradas quando houver arremedo de tutoria processual para produzir efeitos, vale dizer, quando n3o for proposta ao, deixar de ser deflagrada a pretens3o em juízo ou for aforada demanda por dvida paga. A prescrio e a decadência, consoante normas encartadas na Parte Geral, inexplicavelmente, n3o s3o credoras de capacidade para originar a aquisi3o ou a extin3o de direitos. O encarte da usucapi3o no Capítulo II, do Título II, do Livro III, da Parte Especial, referente ao Direito das Coisas - apenas como modo de aquisi3o da propriedade e n3o dos multifrios direitos reais - d a entender que n3o se trata de prescrio aquisitiva, levando o leitor do C3digo a relegar ao olvido sua natureza jurdica.

Tudo isso revela o inexplicável oblvio da prescrio e da decadência como fatos jurdicos *lato sensu* pelo C3digo Civil, o que, numa eventual reforma do ordenamento, se credencia  alterao das suas normas para a consagrao da sua verdadeira natureza jurdica. ❖

Prescrição e Decadência no Direito do Consumidor: O Fim da Polêmica

Thiago Ferreira Cardoso Neves

*Professor de Direito Civil, Empresarial e
Consumidor da EMERJ. Advogado do escritório
Sylvio Capanema de Souza Advogados Associados.*

INTRODUÇÃO

O tempo é um fato natural, um fato inexorável da vida humana, e do qual ninguém pode escapar. Ele age implacavelmente sobre todos, deixando marcas indeléveis.

Tentamos, por certo, muitas vezes disfarçar os seus efeitos, buscando minimizar aquilo que é inevitável. Nesse afã, acreditamos estar distraíndo aquele que nos atinge sem piedade, levando-nos à velhice, à decadência e à morte.

É assim que o tempo é visto: como um cruel e aterrorizante inimigo.

Talvez por isso, na mitologia grega, o tempo seja simbolizado pelo deus Cronos, filho de Urano e Gaia, e que a pedido desta última teria atacado seu pai, castrando-o com um golpe de foice.

Mas o tempo não carrega consigo apenas esse mal. Traz ele também inúmeras benesses como a experiência, a cicatrização de feridas e a realização de sonhos e projetos de vida.

Portanto, o tempo, enquanto fator natural, tem grandes repercussões na vida humana. Mas, como regra, não tem ele repercussões jurídicas. Ocorre que, quando esse mesmo tempo atinge a esfera jurídica de um sujeito, ele deixa de ser um mero fato natural para se consubstanciar em um fato jurídico. E esse é o caso da prescrição e da decadência.

Grandes atores jurídicos já se debruçaram sobre a diferenciação entre esses institutos. E o que se vê são inúmeras discussões que, na prática, não resolvem grande parte dos questionamentos.

Por certo, não ousamos aqui afirmar que podemos, em poucas linhas, solucionar aquilo que os maiores juristas muitas vezes não conseguiram. O que se pretende nestes escritos é, de maneira simples e objetiva, expor o que são a prescrição e a decadência, elucidando em que casos há a incidência de uma ou de outra, com ênfase nas disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, e sem mais demora, vamos ao que interessa.

1. A PRESCRIÇÃO

O instituto da prescrição está ligado ao exercício da pretensão decorrente da violação de um direito. Quando o direito de uma pessoa é violado, nasce para ela uma pretensão; uma pretensão de ver esse direito reparado. E ela pode exercer, satisfazer essa pretensão durante um período de tempo, que é o do prazo da prescrição. Transcorrido esse prazo, ela perde a possibilidade de satisfazê-la.

Na verdade, quando ocorre a prescrição, a pretensão do credor fica subordinada a uma condição: a alegação da prescrição pelo devedor. E isso porque, transcorrido o prazo prescricional, nasce para o devedor o direito de elidir a pretensão, invocando a ocorrência da prescrição em juízo.

E, muito embora, hoje, o Código de Processo Civil vigente admita o reconhecimento de ofício e a qualquer tempo da prescrição pelo juiz no § 5º do seu art. 219,¹ inclusive independentemente da citação do réu, o devedor pode satisfazer voluntariamente a pretensão se for demandado.

Pode o devedor, por exemplo, fazer o reconhecimento da procedência do pedido, e o juiz, nesse caso, não poderá reconhecer a prescrição, e isso por dois motivos: primeiro, porque ele estará fugindo dos limites do pedido e do próprio reconhecimento do réu que, ao contestar, também está exercendo um direito de ação; e segundo, porque ainda que o juiz prolate tal decisão, ela não terá eficácia prática, pois se o devedor quiser pagar, ele irá fazê-lo independentemente da sentença.

E ele o fará se for um sujeito que zele pela moral, por sua boa honra, não querendo se passar por inadimplente, caloteiro, optando por satisfazer voluntariamente a pretensão autoral.

1 O art. 332, § 1º do novo Código de Processo Civil dispõe que: O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

Então, o que se pode concluir é que a prescrição, ao contrário do que comumente se ensina, não significa a perda do direito de ação. E isso porque, mesmo com a prescrição, o titular do direito subjetivo violado tem o direito de ajuizar a ação. No momento em que ele propõe a demanda, o direito de ação já foi exercido.

E o devedor, como já vimos, também pode reconhecer a procedência do pedido, satisfazendo plenamente a pretensão no exercício do direito de ação do autor.

Pode ocorrer, ainda, de ninguém perceber que houve a prescrição, isto é, nem o devedor suscitá-la, nem o juiz reconhecê-la de ofício, pelo que se terá plenamente exercido o direito autoral.

E vejam também que, mesmo quando reconhecida a prescrição, a sentença é de improcedência, isto é, a sentença que reconhece a prescrição é uma sentença de mérito, e não de extinção do processo por carência do direito de ação.

Portanto, não se pode falar, quando do estudo da prescrição, em perda do direito de ação, e sim em perda da pretensão. E isso é corroborado pelo próprio Código Civil, no seu artigo 189, que diz: violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

Assim, a prescrição está diretamente ligada à satisfação de uma pretensão, de uma pretensão que surge quando da violação de um direito, e não ao direito de ação propriamente dito.

2. A DECADÊNCIA E SUA DISTINÇÃO EM RELAÇÃO À PRESCRIÇÃO

Situação diferente é a da decadência. Nos casos de decadência, há a caducidade de um direito em razão da passagem do tempo, ou seja, a decadência não está ligada à perda da pretensão, mas sim ao perecimento do próprio direito.

E esse direito nasce concomitantemente com o direito de ação, para exercê-lo ou protegê-lo, como, por exemplo, nos casos de nulidade. Quando praticado um ato nulo ou anulável, nasce para o sujeito o direito de anular aquele ato; e esse direito nasce concomitantemente com o direito de ajuizar a ação correspondente, isto é, a ação para anulá-lo.

Desse modo, enquanto a prescrição fulmina uma pretensão, a decadência põe termo ao próprio direito que se pretende exercer.

Outro critério utilizado para diferenciar a prescrição e a decadência é aquele proposto por Agnelo Amorim Filho, no clássico artigo denominado *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e identificar as ações imprescritíveis*. Nesse estudo, o autor diferencia a prescrição da decadência a partir da natureza dos direitos envolvidos e das ações que podem ser manejadas. Segundo seu critério, faz-se necessário separar os direitos que envolvem uma prestação, como os direitos reais e os direitos pessoais (dar, fazer ou não fazer), daqueles direitos potestativos, que são os direitos em que a lei confere um poder ao sujeito de influir na esfera jurídica de outro independentemente da manifestação de vontade deste, não sendo, portanto, passíveis de violação, pois o seu exercício depende exclusivamente da vontade do titular.

Essa diferenciação da natureza dos direitos acabou por influir na classificação das ações em declaratória, constitutiva e condenatória.

Nas ações condenatórias o autor pretende que o Estado-Juiz imponha ao réu uma prestação, seja de dar, fazer, ou não fazer (por exemplo, pagar uma indenização, derrubar uma construção), ou seja, condena-se o réu para que ele, mediante um agir, satisfaça a pretensão do autor.

Já nas ações constitutivas, o autor pretende do réu não uma prestação, mas sim que o próprio Estado-Juiz, mediante o provimento jurisdicional, e independentemente da atuação do devedor, crie, modifique ou extinga uma relação jurídica (por exemplo, a anulação de um ato, desconstituindo a relação).

Quanto às ações declaratórias, o autor pretende apenas o reconhecimento jurídico de um ato.

Com essas diferenças, o professor Agnelo Amorim Filho concluiu que o curso do prazo da prescrição só se inicia quando há a violação de um direito que autoriza o credor a, judicialmente, exigir uma prestação do devedor. Assim, concluiu ele que nos casos de ações condenatórias, tem-se prazo prescricional.

Já quando há um direito potestativo, embora não haja violação a esse direito, se estabelece um prazo para o seu exercício, de modo que, em nome da segurança jurídica, o seu titular não tenha perpetuamente a faculdade de exercê-lo, subjugando o devedor por toda a vida deste, que nunca saberá quando o credor o exercerá ou não.

E os direitos potestativos são exercidos através de ações constitutivas. Assim, quando há ações constitutivas, ações essas em que a lei estabelece um prazo para o seu manejo, está se falando em decadência.

Quanto às ações declaratórias, estas são imprescritíveis, pois nelas se busca, tão somente, a obtenção de uma certeza jurídica para um fato já existente, de modo que não prescreve a pretensão, e tampouco decai o direito de ver apenas declarada a existência de um fato.

Então, é desse modo simples que se diferencia a prescrição da decadência, sendo desnecessárias outras discussões que, de ordem prática, não solucionam os conflitos que pairam no Judiciário. Estabelecida essa diferenciação, passaremos agora à análise da sua aplicação no Código de Defesa do Consumidor.

3. A PRESCRIÇÃO E A DECADÊNCIA NO DIPLOMA CONSUMERISTA

A prescrição e a decadência estão tratadas nos artigos 26 e 27 do Código de Defesa do Consumidor, sendo a decadência no art. 26 e a prescrição no art. 27.

No artigo 26, o CDC trata dos prazos de decadência para reclamar judicialmente os vícios do produto ou do serviço, isto é, trata dos prazos de garantia legal para reclamação de vícios do produto ou do serviço, explicitando quando estes se iniciam e, trazendo uma novidade, quando se obsta a contagem desses prazos. Então, o art. 26 traz para o consumidor prazos de garantia para reclamar por vícios do produto ou do serviço.

Antes de tratarmos especificamente sobre esses prazos, há que se firmar uma premissa: a decadência, segundo a lei, se aplica à reclamação judicial por vício do produto ou do serviço previstos nos artigos 18 a 20 do Código, isto é, para reclamar e exercitar as faculdades do § 1º do art. 18, dos incisos do *caput* do art. 19 e dos incisos do *caput* do art. 20 do diploma consumerista.

Então, os prazos decadenciais estabelecidos pela lei dizem respeito ao exercício judicial “do direito à satisfação contratual perfeita”², do direito potestativo do consumidor de exigir o perfeito cumprimento do contrato de compra e venda de produtos ou prestação de serviço.

2 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Artigo por artigo. Doutrina e jurisprudência. Conexões rápidas para citação ou reflexão. Diálogos entre o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor. 4. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 701.

Nesse propósito, estabeleceu o legislador dois prazos de decadência, os quais variarão conforme a durabilidade do produto ou serviço.

O prazo para reclamar judicialmente o vício será de 30 dias quando o produto ou serviço for não durável; e será de 90 dias quando o produto ou serviço for durável.

Vê-se, então, que para a correta contagem do prazo decadencial, é preciso identificar qual é a durabilidade do produto ou do serviço que foi fornecido.

Esse critério é muito criticado pela doutrina, pois traz um sentimento de insegurança, uma vez que a definição de produto ou serviço durável ou não durável é fluida, ou seja, não obedece a parâmetros objetivos e concretos, sendo demasiadamente subjetiva.

A doutrina e a jurisprudência, então, diante dessa subjetividade, da fluidez desses conceitos, procurou estabelecer um parâmetro para a identificação do que seria um produto ou serviço durável ou não durável.

Segundo essas fontes do direito, produto ou serviço não durável é aquele que se extingue num único ato de consumo, sendo imediato o seu desgaste, como, por exemplo, alimentos, remédios, cosméticos, serviços de lazer e transporte; já o conceito de produto ou serviço durável se dá por exclusão, ou seja, tudo o que não for não durável, será durável, isto é, são aqueles bens que não têm uma vida útil efêmera, que são produzidos para durar um determinado tempo, para serem utilizados de uma forma permanente, como, por exemplo, um eletrodoméstico, um eletroeletrônico, um carro e um imóvel.³

3 RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ENTREGA DE VESTIDO DE NOIVA DEFEITUOSO. NATUREZA. BEM DURÁVEL. ART. 26, INCISO I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRAZO DECADENCIAL DE NOVENTA DIAS. 1. A garantia legal de adequação de produtos e serviços é direito potestativo do consumidor, assegurado em lei de ordem pública (arts. 1º, 24 e 25 do Código de Defesa do Consumidor). 2. A facilidade de constatação do vício e a durabilidade ou não do produto ou serviço são os critérios adotados no Código de Defesa do Consumidor para a fixação do prazo decadencial de reclamação de vícios aparentes ou de fácil constatação em produtos ou serviços. 3. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca 30 (trinta), em se tratando de produto não durável, e em 90 (noventa) dias, em se tratando de produto durável (art. 26, incisos I e II, do CDC). 4. O início da contagem do prazo para os vícios aparentes ou de fácil constatação é a entrega efetiva do produto (tradição) ou, no caso de serviços, o término da sua execução (art. 26, § 1º, do CDC), pois a constatação da inadequação é verificável de plano a partir de um exame superficial pelo "consumidor médio". 5. A decadência é obstada pela reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca (art. 26, § 2º, inciso I, do CDC), o que ocorreu no caso concreto. 6. O vestuário representa produto durável por natureza, porque não se exaure no primeiro uso ou em pouco tempo após a aquisição, levando certo tempo para se desgastar, mormente quando classificado como artigo de luxo, a exemplo do vestido de noiva, que não tem uma razão efêmera. 7. O bem durável é aquele fabricado para servir durante determinado transcurso temporal, que variará conforme a qualidade da mercadoria, os cuidados que lhe são emprestados pelo usuário, o grau de utilização e o meio ambiente no qual inserido. Por outro lado, os produtos "não duráveis" extinguem-se em um único ato de consumo, porquanto imediato o seu desgaste. 8. Recurso provido para afastar a decadência, impondo-se o retorno dos autos à instância

Há que se observar, no estabelecimento desse critério, que o conceito de durabilidade, no tocante aos serviços, não tem relação com o tempo em que o fornecedor demora em prestar o serviço, mas sim com o tempo em que esse serviço produz efeitos.

Como exemplo, podemos citar a prestação de serviço de transporte aéreo. Terminado o voo, o serviço foi prestado e se exauriu, não produzindo mais efeitos, mesmo que esse voo tenha durado 20 horas. Então, é um serviço não durável.

Já um serviço de dedetização, em que o fornecedor ficou 30 minutos dedetizando a residência do consumidor, embora tenha sido prestado por um período exíguo, é um serviço durável, pois, como regra, nele assegura-se que a residência ficará livre daquelas pragas por um determinado tempo, e não apenas durante o período em que o serviço foi prestado.

Além de diferenciar os prazos de decadência a partir da durabilidade do produto ou serviço, o legislador também estabeleceu uma distinção quanto ao início da contagem desses prazos, tendo como fundamento um outro critério: o da percepção do vício.

Segundo o § 1º do art. 26 do CDC, quando o vício for aparente ou de fácil constatação, o prazo se inicia a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços; já quando o vício for oculto, segundo o § 3º do art. 26 do CDC, o prazo decadencial só irá fluir do momento em que ficar evidenciado o vício.

No tocante aos vícios aparentes ou de fácil constatação, não há grande dificuldade; uma vez entregue o produto ou terminada a execução do serviço, se o vício for perceptível desde logo, com o seu simples uso, ou com um simples passar de olhos no produto, sem que haja a necessidade de verificação ou percepção de um técnico ou de um especialista, o vício é aparente, e o prazo decadencial para reclamar se inicia imediatamente.

Diversos exemplos podem ser dados de vício aparente: o da televisão que, uma vez corretamente instalada, não liga ou que apresenta a tela rachada; da geladeira que não gela, ou que a porta não fecha; do fogão que não acende, ou que tem o vidro do forno quebrado; dentre outros casos semelhantes.

Mas é preciso ressaltar que o fato de o consumidor não ter visto a existência do vício não significa que ele não seja aparente ou de fácil constatação. É o caso, por exemplo, do carro zero quilômetro que tem

de origem para a análise do mérito do pedido como entender de direito. REsp 1161941 / DF. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. DJe 14/11/2013.

um grande risco na lataria, mas que não foi percebido pelo consumidor. O vício, aqui, é aparente, ainda que o consumidor não o tenha percebido.

Então, para a sua caracterização, o vício deve ser desde logo perceptível, não importando se foi efetivamente visto ou não.

Observação importante é no caso da entrega de produtos desmontados. Nessas hipóteses, considera-se efetivada a entrega, para fins de início da contagem do prazo decadencial, no momento em que há a montagem definitiva do produto, pois é apenas nesse instante que o consumidor pode identificar a eventual existência de vícios.

Já no tocante aos vícios ocultos, a questão, especialmente quanto ao momento em que se inicia a contagem do prazo, é mais complexa. Segundo o legislador, para os vícios ocultos, a contagem do prazo decadencial só se iniciará no momento em que ficar evidenciado o vício.

O vício oculto é aquele que o consumidor não percebe desde logo a sua existência com a mera utilização do produto ou fruição do serviço, e que não impede ou prejudica o seu uso e consumo.

Trata-se daquele defeito que ainda não se manifestou, embora já seja existente. É o caso, por exemplo, de um computador que admite, em sua configuração, a instalação de um componente adicional que possa ser adquirido posteriormente pelo consumidor. Nesse caso, o consumidor só saberá se existe algum defeito se, no momento em que adquirir esse componente e for instalá-lo, ocorrer um problema.

Então, e isso é importante frisar, o vício oculto não é aquele que surge em momento posterior; vício oculto é aquele que preexiste, mas que só se manifesta, só é perceptível em um momento posterior.

A questão que traz complexidade diz respeito ao termo inicial da contagem do prazo decadencial para reclamar os vícios ocultos. Diz o legislador que o prazo decadencial, nos casos de defeitos não aparentes, começa a fluir no momento em que eles forem constatados, sem estabelecer, entretanto, um prazo para o aparecimento desses vícios.

Então, para o legislador não importa quanto tempo irá demorar para que esse vício se manifeste; o que tem relevância é o fato de que apenas no momento em que ele for perceptível pelo consumidor é que se poderá falar em fluência da decadência.

O que se percebe é que ainda que o vício se manifeste, por exemplo, só 10 anos após a aquisição do produto, o prazo decadencial só começará a fluir a partir do momento em que o defeito for constatado.

Diante dessa afirmação, pode-se questionar se é eterno o prazo para a constatação do vício ou se há um prazo limite para o seu surgimento. E a resposta só pode ser no sentido da não eternização desse prazo, e isso em respeito à segurança jurídica.

Em verdade, o critério para definição do prazo para aparecimento do defeito é o da *vida útil do bem*. Durante o período de vida útil do bem, em que é razoável que ele não apresente vício algum, se for constatado algum defeito, entende-se que ali há um vício oculto e, portanto, o prazo para reclamar judicialmente se iniciará do momento em que ele se manifestar.

É o caso, por exemplo, da geladeira que após 02 anos de uso regular começa a não mais gelar. É razoável pensar que uma geladeira nova só irá durar 02 anos? A vida útil de uma geladeira é de apenas 02 anos? Imagina-se que não. Então, se ela apresentou defeito dentro desse curto período de uso é porque ela tinha algum vício que não era perceptível e que só se manifestou posteriormente. Nesse caso, a contagem do prazo decadencial de 90 dias se iniciará a partir desse momento, isto é, 02 anos após a efetiva entrega do produto.

É por essa razão que a doutrina protetiva do consumidor defende a desnecessidade de contratação das garantias estendidas. E isso porque, se há um defeito oculto em um produto que deve durar um longo tempo, não importa que esse defeito se manifeste anos depois, pois o consumidor terá direito à reparação.

Se o vício se manifestar dentro do prazo de vida útil do bem ou serviço, o fornecedor deverá repará-lo sem qualquer ônus para o consumidor, desde que este o reclame, após a sua constatação, num prazo de 90 dias,⁴ de modo que não há necessidade de se despendere dinheiro contratando a garantia estendida.

O que se percebe é que o legislador conferiu ao juiz uma margem de discricionariedade, pois é o magistrado que, no caso concreto, irá definir se aquele vício do produto ou serviço está ou não abrangido pelo prazo de garantia legal.

Se o juiz entender que o defeito se manifestou após o prazo de vida útil do bem, não há que se falar mais em garantia de reparo pelo fornecedor, pois aquele defeito seria uma mera consequência, um desgaste natural da sua utilização prolongada, e não um vício oculto.

⁴ Essa é a opinião, por exemplo, de Leonardo Bessa (BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BISSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2007, p. 170-171).

Caso contrário, se for constatado que aquele defeito “surgiu” dentro do prazo de vida útil do bem, isso significa que não era razoável o seu aparecimento naquele momento. Então, a hipótese é de vício oculto que, uma vez reclamado dentro do prazo decadencial de 90 dias, obrigará o fornecedor a repará-lo.

Como se vê, trata-se de um regime diferenciado em relação ao do Código Civil, que estabelece um limite máximo para o aparecimento do vício oculto. Na legislação civil, o vício oculto, para ser reclamado, deve aparecer até 180 dias da sua tradição, no caso dos bens móveis, e até 01 ano no caso de bens imóveis, sendo que é a partir daí que se inicia a contagem do prazo decadencial para reclamar o defeito.⁵

Assim, surgido o defeito dentro daqueles prazos, terá o sujeito o prazo de 30 dias para reclamar o vício no caso de bens móveis, e 01 ano no caso de bens imóveis. Se o vício oculto surgir após esses prazos, e a relação não for de consumo, terá o sujeito perdido o direito de reclamá-lo.

Então, trouxe o legislador, em razão da hipossuficiência e vulnerabilidade do consumidor, um tratamento privilegiado nas relações de consumo, prolongando em muito o prazo de garantia legal, o qual terá como critério o prazo de vida útil do bem, e não um período determinado como o fez o legislador do Código Civil.

Outra inovação legislativa trazida pelo Código de Defesa do Consumidor é a possibilidade de se obstar o curso do prazo decadencial.

Segundo o disposto no § 2º do art. 26 do diploma consumerista, obstat a decadência a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor até a resposta negativa deste, a qual deve ser transmitida de forma inequívoca; e a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.

Trata-se de uma novidade porque, até o advento do Código de Defesa do Consumidor, sempre se entendeu que os prazos decadenciais não podiam, de nenhuma forma, ser suspensos ou interrompidos.

Essa possibilidade surgiu com a previsão do art. 26, § 2º, do CDC, sendo corroborada, posteriormente, pelo art. 207 do Código Civil de 2002, o qual prevê que *salvo disposição legal em contrário, não se apli-*

⁵ Art. 445. O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade. § 1º Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis.

cam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.

Então, hoje o Código Civil admite expressamente que, se a lei dispuser, é possível impedir, suspender e interromper a decadência.

A primeira coisa que devemos definir é o significado da expressão “obstar”, constante do § 2º do art. 26 do CDC.

A questão é controvertida na doutrina, havendo uma parcela desta que sustenta que as hipóteses legais são causas de suspensão da decadência, e há uma outra parcela da doutrina que sustenta que o termo “obstar” significa interromper a decadência.

E a diferença entre suspender ou interromper o prazo é mastodôntica.

Com a suspensão do prazo, uma vez cessada a causa suspensiva, o prazo recomeça a contar a partir do momento em que foi obstado, aproveitando-se o que já transcorreu; já no caso de interrupção, com o advento e cessação da causa interruptiva, o prazo volta a ser contado desde o seu início, apagando-se o período já transcorrido.

Não obstante a divergência, o melhor entendimento é o de que as causas obstativas da decadência são de interrupção desta, e isso porque o Código é de defesa do consumidor, ou seja, as suas disposições devem ser interpretadas em benefício deste.

Na hipótese, tendo em vista a exiguidade dos prazos que o consumidor tem para reclamar – 30 dias para bens e serviços não duráveis, e 90 dias para os duráveis – deve-se entender que uma vez ocorrida uma das hipóteses legais, tem-se por interrompida a contagem do prazo, iniciando-se novamente do zero.

Por fim, para finalizar o estudo da decadência, faz-se necessário examinar as hipóteses que levam à interrupção do seu prazo.

A primeira hipótese é a da reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos ou serviços até a resposta negativa correspondente.

Nesse caso, para que haja a interrupção do prazo decadencial, faz-se necessária a demonstração de que houve efetivamente uma reclamação por parte do consumidor, de modo que fique demonstrado, de forma inequívoca, que o fornecedor foi cientificado do vício do produto ou do serviço.

Não se exige, para tal, reclamação por escrito, podendo ser também por meio eletrônico e até oralmente através de telefone. No entanto,

é preciso que o consumidor comprove que o fez, indicando, por exemplo, o número para o qual ligou, o dia, a hora, quem o atendeu e, se possível, o protocolo desse atendimento.

A interrupção do prazo decadencial vai até a resposta do fornecedor, a qual deve ser transmitida de forma inequívoca.

Questiona-se, nesse caso, por qual período é possível permanecer interrompido o prazo decadencial. Pergunta-se, nessa esteira, se no caso de o fornecedor nunca responder à reclamação formulada pelo consumidor, a contagem do prazo decadencial jamais recomeçará? A nosso sentir, a resposta é negativa.

O § 1º do art. 18 do CDC traz o dever de oportunizar, isto é, o dever que o consumidor tem de dar ao fornecedor a oportunidade de sanar o vício do produto ou serviço. E o fornecedor tem, segundo esse dispositivo, o prazo de 30 dias para saná-lo.

Com efeito, se o fornecedor não sanar o vício em 30 dias, seja porque não conseguiu fazê-lo, seja porque não respondeu à reclamação do consumidor, a partir desse momento este poderá exercer uma das faculdades previstas na lei.

Desse modo, a interrupção do prazo decadencial só poderá perdurar por, no máximo, 30 dias, sob pena de dar ao consumidor uma benesse perpétua, mantendo o fornecedor eternamente como seu refém, o que contraria o princípio maior da segurança jurídica, que é o corolário dos institutos da prescrição e decadência.

A segunda causa de interrupção da decadência é mais rara, que é aquela ocasionada pela instauração de inquérito civil, da competência do Ministério Público, que consiste em um procedimento administrativo investigativo para apurar lesão a direitos coletivos. Então, uma vez instaurado esse inquérito, e enquanto ele perdurar, permanece interrompido o prazo decadencial.

Por fim, vamos tratar da prescrição. A prescrição está prevista, no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 27, que prevê que prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

Então, como já vimos, a prescrição se aplica à satisfação de uma pretensão, a qual surge da violação de um direito. Nessa esteira, a prescrição no Código de Defesa do Consumidor se aplica aos casos em que o

consumidor sofre um dano, material ou moral, decorrente de um defeito do produto ou do serviço, que são os casos de fato do produto ou do serviço previstos nos artigos 12 e 14 do CDC.

Assim, sempre que houver fato do produto ou do serviço, isto é, dano ao consumidor por defeito do produto ou do serviço, a pretensão para reparação dessa lesão, seja material, seja moral, está sujeita a um prazo prescricional que, segundo o art. 27 do CDC, é de 05 anos, a contar do conhecimento do dano ou do seu autor.

A prescrição também está sujeita a causas interruptivas, assim como a causas suspensivas. Estas estão previstas no Código Civil em seus artigos 198, 199 e 202, admitindo a doutrina, ainda, a interrupção da prescrição nos casos de interrupção da decadência previstas no § 2º do art. 26 do CDC, para o consumidor exercer a sua pretensão de responsabilizar o fornecedor por danos a ele causados.

4. CONCLUSÃO

O direito não socorre a quem dorme. Essa expressão secular, consagrada pelos romanos no vocábulo *dormientibus non succurrit jus*, é uma dura realidade. E por ela se conclui que o direito não perdoa os negligentes, aqueles que, tendo uma pretensão a satisfazer, ou um direito a exercer, e não o fazem dentro do prazo estabelecido na lei, ficarão sem a correspondente tutela jurídica.

A prescrição e a decadência decorrem do princípio maior da segurança jurídica, que impõe a estabilização das relações, ainda que lesivas. É preciso deixar que o tempo produza seus efeitos, e por essa razão a lei não autoriza que feridas sejam reabertas depois de anos da sua cicatrização.

É certo que muitas vezes as marcas ficam, tanto no corpo, quanto na alma. Mas ao tempo compete fazer com que elas, mesmo que aparentes, não doam mais; e ao direito impedir que elas ressuscitem velhos fantasmas do passado. ❖

A Colidência e a Equalização de Direitos Fundamentais na Seara Biográfica

João Pedro Accioly Teixeira

Monitor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

1. INTRODUÇÃO

Está em curso, no Supremo Tribunal, Ação Direta de Inconstitucionalidade que pretende impugnar a interpretação atualmente conferida aos artigos 20 e 21 do Código Civil vigente¹ – que, dentre outros efeitos jurídicos, condiciona a publicação de biografias à aquiescência do biografado ou de sua família, em se tratando de obras produzidas após o falecimento deste. Paralelamente à ADIn 4.815, intensificou-se, no meio jurídico e social, o debate sobre os limites da atividade biográfica e a dimensão dos direitos da personalidade titularizados pelas pessoas notórias.

Nos embates sobre o tema, emergiram duas posições diametralmente opostas² e, segundo entendo, igualmente equivocadas: ambas pecam pela adoção de uma lógica de autoexclusão, inapropriada diante de conflitos entre direitos de natureza principiológica³. Em face à colidên-

1 Por facilidade, transcreve-se a redação dos referidos dispositivos legais: “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

2 De um lado, há os que defendam a manutenção do entendimento de que obras biográficas só poderiam ser publicadas mediante autorização dos biografados. De outro, os que entendem não ser possível, em nenhum caso, impedir a distribuição de biografias que atentem contra a intimidade, honra e demais direitos correlatos das pessoas nelas registradas – devendo tais violações serem sancionadas apenas mediante indenizações posteriores.

3 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2ª ed., 1997, p. 86: “Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais,

cia natural e intermitente entre as liberdades de expressão e informação e o direito à inviolabilidade da vida privada, nenhuma fórmula abstrata, apriorística e absoluta afigurar-se-á apropriada. O único caminho constitucionalmente válido é o da ponderação individualizada dos casos concretos submetidos à apreciação jurisdicional - procedimento que deve ser engendrado à luz dos valores tutelados pelo ordenamento pátrio e com base em *standards* interpretativos que devem ser erigidos jurisprudencial e doutrinariamente.

Como desde a Antiguidade Clássica alerta Aristóteles, *virtus in medium est*, aqui, nenhuma resposta extremada ou de índole universal merece ser acolhida, justamente, porque tais soluções não se coadunam com a Ordem Constitucional instituída pela Carta de 1988, nem com a dogmática dos Direitos Fundamentais.

2. INEXISTÊNCIA DE HIERARQUIA ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Por força do princípio da unidade e da rigidez constitucional, é certo que inexistente hierarquia jurídica entre normas constitucionais. Aliás, cabe frisar, é assim que entende, de longa data, o STF⁴. Todavia, não se pode olvidar que certos autores têm admitido a existência de uma hierarquia axiológica entre preceitos da Constituição, através da qual determinadas normas constitucionais, mesmo não gozando de superioridade formal em relação às outras, influenciariam o sentido e o alcance destas.

Entretanto, como magistralmente leciona o professor Luís Roberto Barroso, “os direitos fundamentais entre si não apenas têm o mesmo sta-

mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas”. (tradução livre). Diferente do que ocorre na hipótese de conflito entre regras jurídicas, a colisão de princípios não impõe a exclusão permanente de um deles. A lógica hermenêutica é outra e a solução a que se chega também, pois, apenas de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, é que se pode inferir qual princípio deve ceder e em que medida isso ocorrerá – sendo a solução construída válida somente para aquele episódio específico.

4 Neste sentido, v. STF, DJ 10.mai.1996, ADIn 815, Relator Min. Moreira Alves: “A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (artigo 102, “caput”), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abrangendo normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido”.

tus jurídico como também ocupam o mesmo patamar axiológico”⁵, de modo que não haveria de se falar nem nesta segunda modalidade de escalonamento valorativa.

Desta feita, em princípio, tudo nos leva a entender que não é juridicamente viável a pretensão de estabelecer uma regra geral e inderrogável de prevalência de um Direito Fundamental sobre o outro⁶. A solução de conflitos entre prerrogativas desta classe, no mais das vezes, prescinde de análises casuísticas, sob pena de esvaziar o núcleo essencial de um dos direitos colidentes⁷.

Mesmo aqueles que têm se dedicado a defender a precedência apriorística das liberdades comunicativas sobre outros direitos com igual assento constitucional, entendem a importância de ressaltar que esta presunção de prevalência é necessariamente relativa, sendo, pois, perfeitamente capaz de ser revertida em face de determinadas circunstâncias fáticas⁸. Dito de outro modo, tem-se que, mesmo partindo da premissa de que a regra geral do sistema jurídico-constitucional pátrio é a liberdade de expressão⁹, não se pode deixar de restringir o exercício de tal direito diante de casos em que o seu exercício implique graves e irreversíveis violações à intimidade e à honra de terceiros.

3. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO, O DIREITO DE INFORMAÇÃO E A IMPORTÂNCIA DA CONSTRUÇÃO DA NARRATIVA HISTORIOGRÁFICA

A exigência de pretérita autorização do biografado para a elaboração e distribuição de biografias gera deletérios e variados prejuízos, seja

5 BARROSO, Luís Roberto. "Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa". *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 65, out./dez. 2004.

6 Neste sentido se pronuncia Luís Roberto Barroso, "se não há entre eles hierarquia de qualquer sorte, não é possível estabelecer uma regra abstrata e permanente de preferência de um sobre o outro. A solução de episódios de conflito deverá ser apurada diante do caso concreto. Em função das particularidades do caso é que se poderão submeter os direitos envolvidos a um processo de ponderação pelo qual, por meio de compressões recíprocas, seja possível chegar a uma solução adequada". BARROSO, Luís Roberto. "Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa". *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 65, out./dez. 2004.

7 FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996, p. 120: "Sucede que não há hierarquia entre os direitos fundamentais. Estes, quando se encontram em oposição entre si, não se resolve a colisão suprimindo um em favor do outro. Ambos os direitos protegem a dignidade da pessoa humana e merecem ser preservados o máximo possível na solução da colisão".

8 A este respeito, indica-se: CHEQUER, Claudio. *A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental Preferencial Prima Facie*: (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

9 Premissa, aliás, cumpre consignar, concordamos integralmente.

por dificultar a construção de um sólido e espraído acervo informacional necessário à formação da memória, história e identidade cultural de qualquer sociedade¹⁰; seja por permitir uma “seleção subjetiva dos fatos a serem divulgados”¹¹, outorgando-se aos biografados ou seus familiares meios concretos para praticar uma esdrúxula espécie de censura privada, sob o manto de proteção dos direitos da personalidade.

Como bem registrado pela Associação Nacional de História¹², “as vidas dos indivíduos são parte da história” e “as trajetórias pessoais não são uma mercadoria. O direito de escrever sobre elas não deve ser objeto de negociações ou de contratos comerciais. A mercantilização dos temas e dos personagens históricos compromete a independência do autor”¹³ e, portanto, o próprio registro historiográfico.

Conforme Carlos Roberto Siqueira Castro nos alerta, o direito de informação é “um desses valores de superlativa importância social, por seu irreversível alcance humanístico na escalada da civilização”¹⁴. Sendo a história produto da conjugação de ações e trajetórias individuais, a sua narrativa, no mais das vezes, não pode se dar dissociada de figuras humanas. Os direitos de narrar, interpretar e conhecer a história são amplamente protegidos no âmbito da Constituição de 1988, não apenas como prerrogativas individuais, mas também como verdadeiros pressupostos à consecução dos fins de índole coletiva mais caros ao constitucionalismo democrático.

Fato é que, contemporaneamente, o ordenamento jurídico brasileiro põe termo às biografias não autorizadas – o que configura inaceitável vilipêndio à livre expressão. Figuras controversas e importantes da história nacional, como, por exemplo, o ex-presidente Emílio Garrastazu Médici, restam protegidas de se verem expostas em obras biográficas.

10 Confira-se o item 41 da petição inicial da ADIn 4.815: “Do ponto de vista da construção da memória coletiva, os efeitos deletérios da interpretação ora combatida são ainda mais graves. O País se empobrece pelo desestímulo a historiadores e autores em geral, que esbarram invariavelmente em familiares que formulam exigências financeiras cumulativas e, por vezes, contraditórias. Ademais, são igualmente graves as distorções provocadas por uma história contada apenas pelos seus protagonistas. Trata-se, como se vê, de um efeito silenciador e distorcivo dos relatos históricos e da produção cultural nacional”.

11 Opinião Doutrinária de Gustavo Tepedino, juntada aos autos da ADIn 4.815. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarProcessoEletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoocidencite=4271057>>. Acesso em: 11/01/2014.

12 ANPUH - Associação Nacional de História. Moção em Defesa da Liberdade às Biografias. Disponível em: <http://www.anpuh.org/informativo/view?ID_INFORMATIVO=4444>. Publicado em: 09/12/2013. Acesso em: 15/01/2014.

13 O condicionamento da produção biográfica à autorização do biografado ou de seus familiares, além de comprometer a independência do biógrafo, vem gerando o fenômeno da mercantilização do direito ao registro histórico. Em muitos casos, biografados ou seus familiares exigem contraprestações monetárias para que as biografias sejam autorizadas.

14 CASTRO, C. R. S. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 153.

Não nos parece equivocada, nesse sentido, a afirmativa de Laurentino Gomes no sentido de que “proibir ou dificultar a produção de biografias é engessar a História e tirar dela o seu componente mais encantador: a complexidade e a incerteza que envolvem seus personagens, alvos permanentes de novas descobertas e interpretações”¹⁵.

Do ponto de vista jurídico, mais especificamente no que toca à constitucionalidade dos arts. 20 e 21 do Código Civil de 2002, compartilhamos, mais uma vez, a mesma opinião divulgada por Luís Roberto Barroso:

"De fato, as leituras mais evidentes do art. 20 do novo Código [Civil] o levam a um confronto direto com a Constituição: as liberdades de expressão e de informação são por ele esvaziadas: consagra-se uma inválida precedência abstrata de outros direitos fundamentais sobre as liberdades em questão; (...) Nada obstante essa primeira visão, parece possível adotar uma interpretação conforme a Constituição do dispositivo, capaz de evitar a declaração formal de inconstitucionalidade de seu texto."

"Ou seja, ao contrário do que poderia parecer em uma primeira leitura, a divulgação de informações verdadeiras e obtidas lícitamente sempre se presume necessária ao bom funcionamento da ordem pública e apenas em casos excepcionais, que caberá ao intérprete definir diante de fatos reais inquestionáveis, é que se poderá proibi-la. Essa parece ser a única forma de fazer o art. 20 do Código Civil conviver com o sistema constitucional; caso não se entenda o dispositivo dessa forma, não poderá ele subsistir validamente¹⁶."

Feitas estas considerações, realmente se revela apropriado inverter a ordem de preferência que parece estar plasmada nos referidos preceitos do Código Civil, fazendo com que esta, entretanto, ao contrário do que defendem os autores da ADIn 4.815, seja essencialmente relativa e, por isso mesmo, reversível ante as exigências particulares de cada caso. A

15 Declaração dada ao jornal O ESTADO DE SÃO PAULO, na reportagem "Em defesa das biografias". Notícia disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,em-defesa-das-biografias-,1084040,0.htm>>. Publicada em 10/10/2013. Acesso em: 13/01/2014.

16 BARROSO, Luís Roberto. "Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação." In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 96.

produção biográfica, assim como todas as outras atividades similares limitadas pelos mencionados dispositivos, não podem estar sujeitas a aquiescência de quem nela é retratado. Assim sendo, *a priori*, viceja a liberdade de expressão em todo o seu potencial, não se exigindo qualquer autorização de quem quer que seja para que este direito constitucional possa ser efetivamente exercido.

4. INVIOABILIDADE DA VIDA PRIVADA, IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO DE TAL DIREITO A SUBCATEGORIAS DE SERES HUMANOS E INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À SUA TUTELA JURISDICCIONAL INIBITÓRIA

O direito à intimidade, conforme ensina Ada Pellegrini Grinover¹⁷, viabiliza o livre e harmonioso desenvolvimento da personalidade individual. Na definição precisa de Aurelia Maria Romero Coloma, a intimidade é concebida como o *“derecho em virtud del qual excluimos a todas o determinadas personas del conocimiento de nuestros pensamientos, sentimientos, sensaciones y emociones”*¹⁸, permitindo que sejam mantidas em segredo determinadas partes de nossas vidas que não desejamos compartilhar com os demais.

Regressando ao tema que nos propusemos enfrentar, é preciso discutir a extensão do direito à intimidade que cabe às pessoas notórias. Em sede doutrinária, há quem defenda inclusive que as “pessoas famosas pertencem ao público, pois é como tivessem alienado a própria existência privada”¹⁹. Posição similar é sustentada na petição inicial da ADIn 4.815, segundo a qual tais pessoas teriam, “ao adquirirem posição de visibilidade social”, exposto suas vidas privadas e informações pessoais ao registro histórico e biográfico²⁰.

Em absoluto, não partilhamos de tal compreensão. Segundo entendemos, o Direito Fundamental consagrado no inciso X, do art. 5º, da Constituição de 1988 é de titularidade universal, não havendo exclusão de quaisquer subcategorias de seres humanos. É certo que, por outro lado,

17 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 95.

18 ROMERO COLOMA, Aurelia Maria. **Derecho a la intimidad, a la informacion y proceso penal**. Madrid: Colex, 1987, p. 29.

19 PAIANO, Daniela Braga. "Direito à intimidade e à vida privada." **Diritto & Diritti**, v. 1, p. 01-25, 2005; PAIANO, Daniela Braga. "Direito à intimidade e à vida privada." **Revista Notices**: do Curso de Direito, v. 1, p. 108-121, 2007.

20 Item 7, da Petição Inicial da ADIn 4.815.

circunstâncias pessoais possuem o condão de dilatar ou reduzir – mas jamais eliminar – o âmbito de proteção cabível a cada indivíduo²¹. Como será mais bem discutido na parte final deste artigo, nos parece até mesmo, que as diferentes classes de pessoas famosas atraem níveis de tutela distintos.

Embora seja lícito que pessoas notórias renunciem à proteção de sua vida privada – expondo voluntariamente, como é corriqueiro, detalhes sobre seus estados de saúde e suas vidas amorosas –, a fama não implica uma renúncia irrestrita e permanente à intimidade. Dito de outro modo, no que toca a assuntos privados e desafetos à causa de notoriedade da pessoa famosa, e em face da inexistência de qualquer interesse público legítimo apto a autorizar sua divulgação, não há de se falar em “um pretense ‘direito fundamental da sociedade’ a conhecer as fofocas e os detalhes picantes”²² da vida de celebridades e autoridades públicas.

Um exemplo ilustra o ponto. Suponhamos que, a partir de aprofundados estudos e investigações, um biógrafo descubra que determinado ex-presidente do Brasil manteve, secretamente, dezenas de casos extra-conjugais. Aprioristicamente, não haveria fundamento jurídico que autorizasse a publicação de tais episódios – uma vez que as relações amorosas e sexuais não abertas volitivamente ao conhecimento público, em regra, inscrevem-se em uma zona de intimidade inviolável. Entretanto, imagine-se que duas das amantes deste antigo presidente tivessem, em algum momento, sido indicadas para compor o Supremo Tribunal Federal. Nesta hipótese, emerge nítido direito coletivo de acesso a tal informação, o que, ao nosso ver, respaldará qualquer eventual divulgação de tais fatos.

No que toca à tutela preventiva do direito à vida privada, o autor da ADIn 4.815 sustenta que:

"41. Um julgamento caso a caso, em relação às informações suscetíveis ou não de serem reportadas, representaria, certamente, a extinção do gênero das biografias não autoriza-

21 “A questão, na realidade não se resolve a partir da lógica do tudo ou nada. Como acontece com frequência com os direitos fundamentais, é a lógica da ponderação que acabará por reduzir – mas não eliminar – o âmbito de proteção da intimidade e da vida privada nesses casos”. BARCELLOS, Ana Paula de. “Intimidade e Pessoas Notórias, Liberdades de Expressão e de Informação e Biografias, Conflito entre Direitos Fundamentais. Ponderação, Caso Concreto e Acesso à Justiça. Tutela Específica e Indenizatória”. *Direito Público*, v. 55, jan/fev 2014, p. 54.

22 BODIN de MORAES, Maria Celina. **Biografias não autorizadas**: conflito entre a liberdade de expressão e a privacidade das pessoas humanas?. Rio de Janeiro: Civilistica, 2013 (Editorial). Disponível em: <<http://civilistica.com/biografias-nao-autorizadas>>. Acesso em: 18/01/2014.

das, tendo em vista o alto grau de subjetividade do julgamento sobre a relevância de detalhes da vida de qualquer biografado. Mesmo diante do afastamento da necessidade do consentimento do biografado, eventual abertura para julgamentos caso a caso criaria óbice tão significativo quanto a própria autorização prévia."

Deste modo, sugere-se a exclusão de todas as medidas judiciais aptas a evitar a violação de um direito reputado inviolável pela própria Constituição, reservando-se aos lesados somente a possibilidade de, *a posteriori*, pleitear indenizações materiais e morais.

Refutando a tese acima aludida, registra-se lapidar passagem da doutrina de Gilmar Mendes:

"Diante dos termos peremptórios em que se encontra formulado o art. 5º, X, da Constituição – *são invioláveis à intimidade, à vida privada, à honra e imagem das pessoas (...)* –, parece evidente que o constituinte não pretendeu assegurar apenas eventual direito de reparação ao eventual atingido. A referência que consta da parte final do dispositivo – *assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação* – somente pode dizer respeito aos casos em que não foi possível obstar a divulgação ou a publicação da matéria lesiva aos direitos da personalidade"²³.

Em idêntica direção, também se pronuncia Anderson Schreiber, salientando que a posição do autor da ADIn 4.815 “contraria também todas as tendências mais recentes em matéria de responsabilidade civil, que priorizam a tutela específica do direito lesado”²⁴. Desta forma, os órgãos jurisdicionais devem buscar conceder ao ofendido estritamente o que lhe é assegurado pela Ordem Jurídica, delegando à indenização pecuniária um papel meramente subsidiário.

"A indenização não é, portanto, uma solução intermediária para a questão das biografias, porque o que a Constituição

23 MENDES, Gilmar Ferreira. "Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem". *Revista de Informação Legislativa*, a. 31, nº 122, mai/jul 1994, páginas 297-301.

24 SCHREIBER, Anderson. **A voz intermediária: Estabelecimento de Parâmetros e Soluções para as Biografias.** Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-06/anderson-schreiber-estabelecimento-parametros-solucao-biografias>>. Acesso em: 26.08.2014.

brasileira assegura ao biografado não é dinheiro — que, aliás, ele pode não ter o menor interesse em receber —; é a proteção da sua honra e da sua privacidade, direitos considerados indisponíveis e inalienáveis por toda a doutrina jurídica que se ocupa desses temas²⁵.

Ademais, ao se reduzirem as formas de proteção da intimidade à tutela indenizatória repressiva, cria-se o risco de se tornar a violação dos direitos da personalidade economicamente vantajosa. Mormente, tendo em vista a tendência jurisprudencial de fixar diminutas indenizações por danos morais e o escopo de lucro ínsito à maior parte das obras biográficas. Como alerta Maria Celina Bodin de Moraes, a quantidade de “bisbilhotices mais disparatadas sobre a vida privada das pessoas” retratadas em biografias “influencia diretamente a quantidade de exemplares vendidos”²⁶.

Não obstante, raciocinando de modo inverso, também não seria constitucionalmente válido substituir o direito à livre expressão do biógrafo por uma prestação indenizatória do biografado que não quisesse, sem qualquer fundamento jurídico para tal, ver publicada uma obra sobre a sua pessoa. A solução indenizatória, num sentido ou no outro, mostra-se flagrantemente inadequada e vulnera gravemente um dos direitos em conflito.

Regressando aos ensinamentos de Gilmar Mendes, resta claro que:

“Se a Constituição assegura não só a inviolabilidade do direito, mas também a efetiva proteção judiciária contra lesão ou ameaça de lesão a direito (CF, art. 5º, XXXV), não poderia o Judiciário intervir para obstar a configuração da ofensa definitiva, que acaba acarretando danos efetivamente irreparáveis? Que significaria a garantia de proteção judiciária efetiva contra lesão ou ameaça de lesão a direito se a intervenção somente pudesse se dar após a configuração da lesão? Pouco, certamente, muito pouco!”²⁷

No que tange às biografias em particular, cabe destacar, existem peculiaridades que potencializam as lesões aos direitos da personalidade

25 *Ibidem*.

26 BODIN de MORAES, Maria Celina. **Biografias não autorizadas**: conflito entre a liberdade de expressão e a privacidade das pessoas humanas?. Rio de Janeiro: Civilistca, 2013 (Editorial). Disponível em: <<http://civilistica.com/biografias-nao-autorizadas>>. Acesso em: 18/01/2014.

27 MENDES, Gilmar Ferreira. “Colisão de direitos fundamentais”: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. **Revista de Informação Legislativa**, a. 31, nº 122, mai/jul 1994, páginas 297-301.

dos biografados e, ademais, dificultam sua reparação efetiva. Em primeiro lugar, as obras biográficas tratam-se de verdadeiros compêndios sobre a vida de determinado indivíduo e gozam de maior respeitabilidade social – pelo fato de estarem, em regra, precedidas por sérias pesquisas e investigações históricas. Deste modo, episódios relatados em biografias gozam de uma presunção de veracidade bem mais elevada do que publicações de revistas sobre celebridades. Não obstante, é preciso frisar que as biografias são obras não periódicas – o que, a um só tempo, as converte em um referencial durável sobre a vida do biografado²⁸ e dificulta sobremaneira o exercício do direito de resposta²⁹.

5. CONCLUSÕES E PROPOSIÇÕES

Condensando o que fora exposto, pode-se dizer que, antes de qualquer análise de casos concretos, vicejam a liberdade de expressão e o direito coletivo à informação. O condicionamento da fruição destes direitos a prévias autorizações de qualquer sorte, portanto, é inequivocamente inconstitucional. Entretanto, revela-se igualmente inconstitucional a tentativa de suprimir todos os mecanismos jurídicos que possam efetivamente preservar a vida privada do indivíduo. Ambas as soluções trabalham, ainda que dissimuladamente, com uma lógica de prevalência autoexcludente – o que, repise-se, não se afigura apropriado em face de conflitos entre Direitos Fundamentais.

Neste sentido, merece integral adesão e transcrição a brilhante síntese conclusiva a que chegou Ana Paula de Barcellos, ao dedicar-se a denso estudo sobre o mesmo tema aqui debatido:

“As liberdades de expressão e de informação têm valor fundamental no sistema da Constituição de 1988, mas a inviolabilidade da intimidade e da vida privada tem igual assento constitucional e decorre diretamente da dignidade humana. Não é válido, portanto, hierarquizar esses direitos de forma rígida e em abstrato. Diante de um conflito, haverá necessidade de ponderação caso a caso pelo juiz, que deverá levar

28 As obras biográficas são utilizadas, ao longo dos anos, como fonte de consulta aprioristicamente fidedigna sobre a vida de determinada pessoa; deste modo qualquer violação aos direitos da personalidade nelas contidas tendem a se perpetuar no tempo.

29 A violação da vida privada de dada pessoa por um jornal impresso ou por um programa televisivo periódico permite que o ofendido utilize o próprio veículo midiático para defender sua imagem e honra. Todavia, como as biografias são publicações não periódicas é muito mais complexo exercer o direito de resposta, sobretudo alcançando o mesmo público que teve acesso às passagens ofensivas aos direitos dos biografados.

em conta a posição preferencial das liberdades referidas, o que, porém, não exclui a possibilidade de tutela tanto específica quanto indenizatória para a proteção de direito personalíssimo”.³⁰

Anderson Schreiber corrobora esta posição, manifestando-se da seguinte forma:

“O tenebroso perigo de um retorno à ‘censura’ não se afigura menos assustador que a ideia de que a vida privada de pessoas famosas pertence não a eles próprios, mas à história e à sociedade. Num caso, como noutro, um suposto interesse coletivo passa a autorizar a integral supressão do exercício de um interesse existencial da pessoa – à liberdade de expressão, no caso da censura; à privacidade, no caso da exposição pública. Ao contrário; a postura também aqui não deve ser de prevalência, mas a ponderação”.³¹

O ponto central da discussão é a impossibilidade de hierarquização irredimível entre Direitos Fundamentais. A Liberdade de Expressão é vértebra essencial do sistema jurídico brasileiro, é sustentáculo do constitucionalismo em sentido lato. Por outro lado, os direitos da personalidade emanam diretamente do Princípio da Dignidade Humana, apontado por muitos como o cerne ontológico essencial do constitucionalismo contemporâneo. Diante do conflito previsível e estrutural entre tais direitos, qualquer pretensa solução que importe uma escalonagem irretratável entre eles não se revela adequada, ao passo que esvazia o núcleo de um dos direitos em colidência. Não há solução mágica, nem forma milagrosa para solver conflitos entre direitos fundamentais ou escapar das vicissitudes do sistema jurisdicional pátrio e, embora optar pela tutela reciprocamente excludente de apenas um dos referidos direitos seja um caminho mais curto e fácil, certamente não é viável do ponto de vista jurídico.

Feitas estas considerações conclusivas e subscrevendo os excertos doutrinários acima colacionados, resta esquematizar singelos

30 BARCELLOS, Ana Paula de. "Intimidade e Pessoas Notórias, Liberdades de Expressão e de Informação e Biografias, Conflito entre Direitos Fundamentais. Ponderação, Caso Concreto e Acesso à Justiça. Tutela Específica e Indenizatória". *Direito Público*, v. 55, jan/fev 2014, p. 48-9.

31 SCHREIBER, Anderson. "Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002". In: Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin. (Org.). *Diálogos sobre Direito Civil*, v. 2. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. 2, p. 235-237.

apontamentos sobre os *standards* de ponderação que devem ser utilizados na apreciação dos casos concretos relacionados à produção biográfica.

Um elemento que deve ser centralmente apreciado na avaliação dos casos concretos é se o biografado é vivo ou falecido – devendo-se ainda, nesta última hipótese, considerar-se o interregno temporal entre a sua morte e a produção da biografia. Entendemos que o transcurso do tempo promove progressiva despersonalização do *de cuius* – que passa, ao fim de um processo paulatino, de pessoa a personagem. Deste modo, resta nítida a diferença entre retratar a vida da Presidente Dilma Roussef, do saudoso Nelson Mandela e de Dom Pedro I. A partir desta perspectiva, entende-se que a pessoa viva circunscreve-se em dilatada esfera protetiva de sua intimidade e vida privada. A morte, por seu turno, encerra considerável redução desta circunferência de inviolabilidade e é o termo inicial de lento e gradual processo de compressão das dimensões do referido círculo.

Em segundo lugar, é preciso levar em conta também a conduta pública da pessoa biografada. Em outros termos, se determinada pessoa sempre agiu de modo a preservar os detalhes íntimos de sua vida não se pode admitir a propalação destes em obras biográficas. *A contrario sensu*, se o sujeito retratado sempre expôs ao conhecimento público determinados episódios ou condutas, seria admissível que tais fatos fossem relatados em sua biografia.

Um terceiro ponto que merece ser avaliado é a causa da notoriedade do biografado. É autoevidente a distinção existente entre subcategorias de pessoas famosas, não sendo possível igualar (i) um agente político de elevada importância (parlamentares, ministros, generais etc.), (ii) um cantor ou ator de renome e (iii) indivíduos que não tenham contribuído volitivamente para a sua fama, tais como vítimas de crimes de grande repercussão e filhos de megacelebridades.

No dizer de Gustavo Tepedino, “homens públicos que, por assim dizer, protagonizam a história, ao assumirem posição de visibilidade, inserem voluntariamente a sua vida pessoal e o controle de seus dados pessoais no curso da historiografia social, expondo-se ao relato histórico e a biografias”³². Deste modo, segundo o renomado civilista, a constrição da

32 Opinião Doutrinária de Gustavo Tepedino, juntada aos autos da ADIn 4.815. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4271057>>. Acesso em: 11/01/2014.

esfera de inviolabilidade da vida privada de pessoas notórias seria resultado de uma escolha feita por elas, o que, como rapidamente se demonstrou, não é verdade para todas as pessoas famosas. Não obstante a tais diferenças, reitera-se que a fama - de qualquer espécie e intensidade -, em nosso entender, não implica a ablação total da privacidade do seu portador.

Por fim, deve-se analisar a relação de pertinência entre a causa de fama e o fato que se pretende divulgar, sindicando ainda, como já adiantado, se existe ou não algum interesse público que legitime tal divulgação. Imaginemos, para melhor entender a afirmação, que a biografia de uma parlamentar famosa por liderar campanhas contra a descriminalização das drogas revelasse que a mesma, quando jovem, era usuária de maconha. Teríamos uma situação semelhante na hipótese de se descobrir que um importante pastor fundamentalista, célebre por se opor aos direitos da população LGBT, manteve, secretamente, uma relação homossexual. De modo diverso, os mesmos episódios não poderiam ser divulgados sem autorização em se tratando de pessoas notórias em geral.

Para encerrar este artigo, ainda cabe uma consideração, seguida por uma proposição. O acesso prévio às biografias, por parte do biografado ou seus familiares, é pressuposto para impedir que as ofensas aos seus direitos da personalidade se concretizem. Depois de publicadas, resta apenas a indenização monetária – o direito constitucionalmente tutelado não mais se recupera. Neste sentido, ainda que se vislumbre a possibilidade de se obter acesso prévio ao conteúdo de obras biográficas por meio de ações judiciais cautelares, seria interessante estatuir em lei a obrigação de o biógrafo remeter ao biografado uma versão prévia da obra que pretende publicar, pouco antes de fazê-lo. De modo algum, a sugestão referida confunde-se com a concessão ao biografado da prerrogativa de vetar a publicação de obras a seu respeito, trata-se apenas de oportunizar que ele efetivamente possa tutelar sua intimidade, imagem e honra. Este, sem embargo, é um ponto que, ao menos, merece ser considerado e discutido pela sociedade e pelas instituições legiferantes competentes. ❖

Nota do Autor: O presente artigo foi redigido e submetido à análise editorial antes da sessão de julgamento da ADIn 4.815, que ocorreu em 10.06.2015. Nessa oportunidade, o plenário do STF deu provimento à referida ação, para declarar inexigível o consentimento do biografado para a publicação e divulgação de obras biográficas. Na mesma ocasião, os Ministros entenderam, a meu sentir de modo equivocado, que as transgressões aos direitos da personalidade, constantes de biografias, devem ser reparadas basicamente mediante indenização pecuniária posterior - vedando-se, deste modo, a tutela inibitória da imagem, da honra e da intimidade. Com essa decisão, longe de encerrado, o debate ora apresentado ganha em relevância e atualidade.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula de. "Intimidade e Pessoas Notórias, Liberdades de Expressão e de Informação e Biografias, Conflito entre Direitos Fundamentais. Ponderação, Caso Concreto e Acesso à Justiça. Tutela Específica e Indenizatória". **Direito Público**, v. 55, p. 47-91, jan./fev. 2014.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castro de. **Liberdade de Informação e o direito difuso à informação verdadeira**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Direito de Informação e Liberdade de Expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CHEQUER, Cláudio. **A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental Preferencial *Prima Facie*** (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo. "Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica", in: **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. SARLET, Ingo Wolfgang (org.).

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. "Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa". **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 16, p. 65, out./dez. 2004.

_____. "Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação". In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2ª Ed, 1997.

CASTRO, C. R. S. . "O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade". Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini . **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SCHREIBER, Anderson . "Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002". In: Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin. (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**, v. 2. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. 2, p. 231-264.

O Teste 360° de Confusão de Marcas*

Filipe Fonteles Cabral

Pós-graduado em Propriedade Intelectual pela PUC/RJ e em Direito Empresarial pelo IBMEC/RJ, coordenador de cursos na área de Marcas na ABAPI - Associação Brasileira dos Agentes da Propriedade Industrial.

Marcelo Mazzola

Advogado especialista em Propriedade Intelectual, pós-graduado em Processo Civil pela FGV, Perito das Varas Empresariais da Comarca da Capital/RJ.

INTRODUÇÃO

1. Em âmbito internacional, a “possibilidade de confusão” constitui um dos requisitos para a caracterização da violação de marca.
2. Na análise de casos concretos, os tribunais estrangeiros costumam criar “testes” de forma a parametrizar a colidência de marcas e facilitar a interpretação e a aplicação da norma legal em casos concretos.
3. No cenário nacional, nossos tribunais examinam não só a semelhança das marcas e o grau de especialidade do consumidor, critérios já consagrados na doutrina, mas diversas outras circunstâncias que podem induzir ou afastar por completo a confusão das marcas sob exame.
4. O presente trabalho propõe um estudo sobre a jurisprudência brasileira no que concerne à “possibilidade de confusão” como um requisito para a infração de marca, bem como objetiva confrontar os precedentes com o nosso tradicional exame formal de colidência.

* Os autores, advogados especialistas em Propriedade Intelectual e sócios no escritório Dannemann Siemsen Advogados, proferiram palestra na 79ª Reunião do Fórum Permanente de Direito Empresarial da EMERJ, realizada em 10/04/2015, quando abordaram os critérios consagrados pela jurisprudência nacional para a análise de confusão de marcas à luz deste artigo, publicado originalmente na REVISTA DA ABPI n. 132. Em seguida, o STJ citou o trabalho e seus autores em emblemático acórdão envolvendo as marcas “Chester” e “Chester Cheetah”.

5. Como instrumento para identificar e aquilatar tais circunstâncias, muito útil seria a aplicação de um “teste de confusão de marcas”, que, por seu caráter multifacetário, poderia ser denominado *Teste 360°*.

6. Cabe, então, revisitarmos o tradicional exame da “possibilidade de confusão” lapidado pela doutrina brasileira na década de 1980, agora com um olhar 360°, sob as luzes das novas técnicas de competição.

OS TESTES DE CONFUSÃO NO DIREITO COMPARADO

7. A professora Paola Frassi aponta que o *European Court of Justice* fixou o seguinte modelo para exame da possibilidade de confusão entre marcas¹:

- a) *“The model begins with the statement that the protection of the mark is tied to the risk of confusion;*
- b) *it continues with the statement that the risk of confusion requires an overall evaluation, which takes into consideration all pertinent factors of the case at hand;*
- c) *next is the addition that this evaluation implies a certain interdependence between the factors which enter into consideration and, in particular, between the similarity of trademarks and that of designated products or services;*
- d) *lastly, it explains that the perception of the trademark made by the average consumer of the product in question plays a determinantal role in the overall evaluation of the risk of confusion.*
- e) *Once this premise is made, it is possible to enter the evaluation of the likelihood of confusion between products, which is an abstract one referring to the registration class, and lastly to consider the appearance of the marks in question.”*

8. Em interessante estudo sobre a jurisprudência nos tribunais andinos, Camilo Gómez² identifica as “regras tradicionais de confusão marcária”:

¹ In *“The European Court of Justice Rules on the Likelihood of Confusion Concerning Composite Trademarks: Moving Towards an Analytical Approach”*, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, publicado por Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, Munich, volume 37, nº. 4/2006, p. 439.

² In *“Marcas: Evaluación de La Confusión, Nuevas Reglas”*, *Derechos Intelectuales* nº. 14, publicado pela ASIPI, Editorial Astrea, 2008, p. 200 a 2011.

- a) *“Regla 1. La confusión resulta de la impresión de conjunto despertada por las marcas;*
- b) *Regla 2. Las marcas deben examinarse sucesiva y no simultáneamente;*
- c) *Regla 3. Quien aprecie el parecido debe colocarse en el lugar del comprador presunto y tener en cuenta la naturaleza de los productos;*
- d) *Regla 4. Deben tenerse en cuenta las semejanzas y no las diferencias que existen entre las marcas.”*

9. Nos Estados Unidos da América, os tribunais regionais fixaram seus próprios critérios para a análise da confusão. Ganhou notoriedade internacional o teste denominado *“Polaroid factors”*, cunhado pelos juizes do *Second Circuit* nos autos da contenda *Polaroid Corp. v. Polaroid Electcs Corp.*:

1. *The strength of the plaintiff’s mark;*
2. *The degree of similarity between the plaintiff’s and the defendant’s marks;*
3. *The proximity of the products or services covered by the marks;*
4. *The likelihood that the plaintiff will bridge the gap;*
5. *Evidence of actual confusion of consumers;*
6. *The defendant’s good faith in adopting the mark;*
7. *The quality of the defendant’s product or service; and*
8. *Consumer sophistication.*

10. Como se pode notar, existe uma boa dose de semelhança entre os testes aplicados em diversas jurisdições, sendo certo que todos buscam sopesar a existência de real confusão face às circunstâncias do caso concreto.

11. Muito embora o teste proposto pelo *Second Circuit* norte-americano pareça mais detalhado que os demais, a verdade é que o tribunal europeu preferiu usar uma linguagem mais aberta, contemplando *“all pertinent factors of the case at hand”*, perspectiva que se encontra em linha com as determinações genéricas da Convenção da União de Paris³.

³ A CUP, internalizada pelo Decreto no. 1.263/94, dispõe no artigo 6, *quinquies*, C, 1: *Para determinar se a marca é suscetível de proteção deverão ser levadas em consideração todas as circunstâncias de fato, particularmente a duração do uso da marca.*

12. Sem dúvida que a sistematização da interpretação legal constitui uma valiosa ferramenta para os operadores do Direito na luta cotidiana contra as violações marcárias. Exceções provocadas por circunstâncias específicas sempre existirão, o que em nada macula a importância ou a utilidade dos testes.

13. No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça já confirmou o entendimento de que, para a caracterização da violação de marca, não é suficiente que se demonstre a semelhança dos sinais e a sobreposição ou afinidade das atividades:

“Para impedir o registro de determinada marca é necessária a conjugação de três requisitos:

- a) imitação ou reprodução, no todo ou em parte, ou com acréscimo de marca alheia já registrada;
- b) semelhança ou afinidade entre os produtos por ela indicados;
- c) possibilidade de a coexistência das marcas acarretar confusão ou dúvida no consumidor (Lei 9.279/96 - Art. 124, XIX).

Afastando o risco de confusão, é possível a coexistência harmônica das marcas.”

(3ª Turma, REsp 949.514/RJ, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU de 22.10.2007)

14. Os critérios para a análise da “possibilidade de confusão”, todavia, não foram esmiuçados pela corte especial.

15. Gama Cerqueira, o maior doutrinador nacional em matéria de propriedade industrial, lecionava que, para se determinar a possibilidade de confusão, os seguintes aspectos devem ser considerados⁴:

“Estes princípios podem resumir-se numa regra geral, que vem a ser a seguinte: a possibilidade de confusão deve ser apreciada pela impressão de conjunto deixada pelas marcas, quando examinadas sucessivamente, sem apurar as suas diferenças, levando-se em conta não só o grau de atenção do consumidor comum e as circunstân-

⁴ In *Tratado da Propriedade Industrial*, 2ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982, volume 2, p. 919.

cias em que normalmente se adquire o produto, como também a sua natureza e o meio em que o seu consumo é habitual.”

16. Em suma, Gama Cerqueira propõe cinco parâmetros para a análise de confusão:

- a) apreciação da impressão de conjunto deixada pelas marcas, examinadas sucessivamente, sem apurar suas diferenças;
- b) o grau de atenção do consumidor comum;
- c) as circunstâncias em que normalmente se adquire o produto;
- d) a natureza do produto; e
- e) o meio em que o consumo do produto é habitual;

17. O teste proposto por Gama Cerqueira, já na década de 1980, ainda se mostra atual no que concerne à confusão no ponto de venda, em especial, a compra de um produto por outro ou a compra de uma mercadoria sob a falsa crença de que se trata de uma fonte conhecida.

18. Todavia, diante de mercados globalizados e técnicas de “marketing” cada vez mais sofisticadas, esses critérios podem ser insuficientes para alcançar outras formas de confusão que são igualmente nocivas ao titular da marca original, embora ocorram longe das situações triviais de confusão nas gôndolas.

OS TIPOS ESPECIAIS DE CONFUSÃO

19. Como casos clássicos de confusão podemos citar: a *confusão direta*, ou seja, a compra de um produto por outro; e a *confusão por associação*, configurada pela compra da mercadoria sob a falsa crença de que se trata de uma fonte conhecida.

20. A *confusão direta* deve ser bloqueada de plano, pois o objetivo primário da proteção marcária é a proteção do direito de escolha do consumidor e do direito do fornecedor em colher os frutos de seus investimentos. Tanto é assim que a propriedade industrial ganhou espaço como um princípio da Política Nacional das Relações de Consumo⁵.

⁵ Código de Defesa do Consumidor, art. 4º inciso VI.

21. A *associação*, por sua vez, possui características mais singelas. Significa dizer que o consumidor realizou uma conexão mental entre duas marcas, mesmo ciente de que são sinais distintos. Tal vinculação será ilícita se implicar o aproveitamento do prestígio alheio como mola propulsora da venda.

22. Aos tipos clássicos de confusão cabe acrescentar três outras modalidades já não tão raras no mercado: a *confusão por interesse inicial*, a *confusão reversa* e a *confusão pós-venda*.

23. Há *confusão por interesse inicial* entre marcas quando uma empresa usa a marca ou outros elementos da comunicação visual de terceiros para atrair a atenção do consumidor, ainda que a origem real dos seus produtos ou serviços esteja devidamente identificada no momento da compra.

24. Nas palavras de Gilson⁶:

“Initial interest confusion is a bait-and-switch cheat, a competitor’s foot in the door at the expense of the legitimate trademark owner. When a company uses another’s trademark to capture customer’s attention and lead customers to its goods or services, that company may be liable for trademark infringement even if the consumer realizes before purchase that the product was not made by the original trademark owner. In other words, there is simply likely confusion that is dispelled before the point of sale.”

25. São comuns as situações de *confusão por interesse inicial* em violações de *trade dress* de estabelecimentos comerciais e em buscas na internet (*metatags* ou *links* patrocinados). O consumidor, atraído pelo *trade dress* ou pela marca que lhe é familiar, decide por concluir a compra do produto ou a contratação do serviço mesmo após descobrir que a fonte é diversa, movido pela conveniência de não continuar procurando pelo fornecedor original, e pela presunção de que a qualidade será semelhante.

⁶ Jerome Gilson, in **Gilson on Trademarks**, Ed. LexisNexis, 2013, Volume 2, Capítulo 5, p. 175.

26. A *confusão reversa* constitui o uso de uma marca idêntica ou semelhante a de um terceiro, em ramo de atividade afim, por parte de uma empresa com maior poder econômico. O utente novato, por ser mais famoso e usar sua marca em maior escala, mesmo sem tal intenção, acaba levando os consumidores a pensarem que o utente anterior copiou sua marca.

27. O impacto da confusão reversa é explicado por McCarthy⁷:

“In reverse confusion situation, rather than trying to profit from the senior user’s mark, the junior user saturates the market and ‘overwhelms the senior user’. ‘The result is that the senior user loses the value of the trademark, its product identity, corporate identity, control over its goodwill and reputation, and ability to move into new markets.’”

28. O conceito deve ser usado com parcimônia e atenção ao caso concreto. A identidade de duas marcas nem sempre levará à confusão reversa em relação ao usuário senior.

29. Por vezes as circunstâncias de mercado se apresentam de tal forma que não são capazes de criar uma associação entre as empresas na mente do consumidor, como será visto mais adiante. Para a ocorrência de *confusão reversa*, é necessário que haja a possibilidade de confusão entre as duas fontes.

30. Desafiadores são os casos de *confusão pós-venda*, isto é, quando um terceiro confunde a origem de um produto em razão da semelhança de sua aparência com a configuração ou marca de um produto famoso. Nesse caso, a confusão não se opera perante o comprador (que adquiriu a imitação de forma consciente), mas sim perante um terceiro.

31. Com base em nossa experiência, os casos mais comuns de *confusão pós-venda* ocorrem com marcas de posição, estampas ou *design* de produtos, em que o impacto visual do conjunto se sobrepõe à análise do sinal distintivo no detalhe. De toda forma, nada que impeça que marcas tradicionais também provoquem essa ilusão.

7 J. Thomas McCarthy, in *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, 4a Edição, Ed. Thomson Reuters, Volume 4, Capítulo 23, p. 71.

32. Engana-se quem acredita que nos casos de *confusão pós-venda* não há prejuízo para o titular da marca original, pois o produto da imitação teria sido adquirido de forma intencional. Ainda que os compradores típicos do produto famoso jamais troquem o original pela imitação, fato é que aquela característica distintiva deixará de ser exclusiva e, conseqüentemente, afastará ou diminuirá o interesse dos seus consumidores, fenômeno muito comum no mercado de luxo.

33. McCarthy também destaca o potencial dano à reputação do titular caso a imitação seja de baixa qualidade⁸:

“In addition, downstream confusion can damage the trademark owner’s reputation for quality if viewers, repurchasers or gift recipients attribute inferior attributes of the imitation to the trademark owner.”

34. Em suma, diversos são os tipos de confusão que podem assombrar a relação concorrencial e consubstanciar a infração de direitos de marca, alcançando situações muito além da tradicional compra de “gato por lebre”.

O MOMENTO DA CONFUSÃO

35. As cópias servis do século XX cederam lugar a técnicas sofisticadas de aproveitamento do prestígio alheio, que provocam ganhos ao copista (e prejuízo ao copiado) sem o desvio concreto do consumidor.

36. Os tipos especiais de confusão referidos no capítulo anterior só puderam emergir quando o examinador se desprende do conceito clássico de “confusão por associação” e passou a interpretá-lo de forma mais ampla.

37. Para se compreender os danos provocados por essas novas técnicas de associação e sua relação com os princípios que norteiam a propriedade industrial, devemos nos debruçar sobre o *momento da confusão*.

⁸ *Ob. cit.*, p. 60.

38. Como já mencionado, a *confusão por associação* de marcas constitui a compra de uma mercadoria sob a falsa crença de que a origem é uma fonte conhecida.

39. Não obstante, a jurisprudência também vem reconhecendo como formas de associação as situações de *confusão por interesse inicial*, *confusão reversa* e *confusão pós-venda*.

40. A análise jurisprudencial nos leva a crer que a evolução se deve em grande parte ao reconhecimento de que há *dano* ao sinal marcário mesmo quando a associação não se opera no ato da compra. Daí a importância de se analisar o *momento da confusão*.

41. Para que seja possível caracterizar a violação de marca, mormente nos casos em que ocorrem os tipos especiais de confusão, é importante que o prejudicado demonstre com clareza a forma como acredita estar sendo lesionado em seus direitos. Deverá destrinchar perante o Juízo, portanto, o *momento da confusão* e o tipo de dano provocado por tal ato.

42. Exemplificativamente, em situações triviais, implica dano ao titular da marca, na forma de lucro cessante e, eventualmente, dano moral, a confusão que resulta na compra de um produto por outro (confusão direta), bem como a *confusão por interesse inicial*, já que os dois casos concretizam o desvio de um consumidor com interesse real de compra. Nesses casos, a demonstração da confusão e a consequente caracterização da violação de marca não se revestem de qualquer dificuldade.

43. Já nos casos de *confusão por associação*, *confusão pós-venda* e *confusão reversa*, a infração provoca potencial dano à reputação da marca e do seu titular, sendo certo que tal dano não decorre necessariamente do desvio de clientela. São situações complexas, por vezes de difícil lastro probatório, mas que não podem fugir ao crivo do Judiciário.

44. Nessas hipóteses, pouco efetivo é o contorcionismo para se tentar convencer o Juízo de que há *confusão direta* entre duas marcas. Se a associação (confusão em sentido lato) ocorre longe das prateleiras, será

mais fácil demonstrar o prejuízo ao fundo de comércio e à própria reputação do titular anterior do que o lucro cessante, embora este também possa ocorrer de forma mediata.

45. No caso específico da *confusão pós-venda*, se comprovada, parece-nos evidente que há o dano à integridade material da marca por meio da diluição de sua unicidade e distintividade. Por sua vez, nas situações de *confusão reversa*, se o titular anterior conseguir demonstrar que sofre com a alcunha de aproveitador da fama alheia, poderá pleitear danos morais.

46. Assim, o *momento da confusão* não está necessariamente atrelado ao momento da compra, já que, como visto, o dano à marca pode ocorrer de diferentes formas e em tempo diverso, caracterizando situações que evidenciam infrações de marca. Cabe à vítima, assim, demonstrar de forma clara as peculiaridades do caso para que o seu pleito seja compreendido e atendido pelo Judiciário.

O TESTE 360º DE CONFUSÃO DE MARCAS

47. Após um apanhado geral das diversas lições extraídas da jurisprudência nacional nas duas últimas décadas, podemos listar sete critérios principais na apuração das circunstâncias que permeiam a análise de confusão.

48. As decisões fortuitas, quando analisadas em conjunto, revelam uma trilha consistente de critérios que, não surpreendentemente, coincidem em muitos aspectos com os testes consagrados em outras jurisdições.

49. Para fins didáticos, convencionamos chamar esse conjunto de critérios de teste 360º para avaliação da possibilidade de confusão de marcas, ou simplesmente *Teste 360º*. Os critérios são:

- a) Grau de distintividade intrínseca das marcas;
- b) Grau de semelhança das marcas;
- c) Legitimidade e fama do suposto infrator;
- d) Tempo de convivência das marcas no mercado;

- e) Espécie dos produtos em cotejo;
- f) Especialização do público alvo;
- g) Diluição.

50. Os autores sugerem que os critérios sejam examinados na ordem formulada acima, o que permite uma sequência lógica na avaliação global do potencial conflito.

51. Frise-se: nenhum desses elementos deve necessariamente se sobrepor aos demais, sendo certo que o resultado da avaliação de um critério isoladamente não confirma nem elimina a colidência das marcas sob exame.

52. O grau de relevância de cada item do teste só poderá ser sopesado pelo examinador diante do caso concreto, após a análise de todas as circunstâncias, ou seja, 360°.

53. Vejamos cada item do teste que se propõe.

a) Grau de distintividade intrínseca das marcas

54. Como um princípio basilar para a análise do escopo de proteção marcária, o primeiro passo na avaliação da confusão deve ser a análise do grau de distintividade intrínseca da marca.

55. Afinal, como pondera Gama Cerqueira⁹:

“Se o comerciante adota marcas desse gênero, por lhe parecer útil e vantajoso indicar a qualidade essencial do produto ou a sua composição, **deve suportar, como ônus correspondente a essa vantagem, a relativa semelhança de outras marcas com as suas.”**

⁹ **Tratado da Propriedade Industrial**, v. II, Ed. Forense, p. 819.

56. Nesse sentido, taxativa é a ementa da Apelação Cível nº 83.540/RJ, do Tribunal Federal de Recursos, na qual foi relator o Ministro Miguel Jerônimo Ferrante:

“O critério de apreciação da colidência das chamadas marcas fracas, dado ao seu caráter evocativo, é menos rígido do que o empregado nas hipóteses em que a anterioridade se reveste de suficiente cunho de originalidade, elemento fundamental das marcas. A semelhança material decorrente de modificações de palavras de que se originaram as marcas em confronto não pode ser erigido em colidência para impedir o registro de uma delas, sob pena de se conferir a outra a propriedade exclusiva de uma expressão de uso vulgar, evocativa dos produtos assinalados.”

(Conforme publicação no Diário de Justiça de 24.05.84, à pág. 8.159)

57. A propósito, vale conferir também a ementa do Recurso Especial abaixo, envolvendo as marcas ARÁBIA e AREIBIAN:

“- O registro de termo que remete a determinada localização geográfica no nome empresarial, por se referir a lugar, não confere o direito de uso exclusivo desse termo.

- É permitido o registro de marca que utiliza nome geográfico, desde que esse nome seja utilizado como sinal evocativo e que não constitua indicação de procedência ou denominação de origem.”

(REsp 989.105-PR, STJ 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08/09/2009)

58. Não foi outro o entendimento do TJ/RJ ao admitir a coexistência harmônica de duas empresas sob a mesma marca RIO SUMMER:

“Por outro lado, a marca RIO SUMMER designa expressões comuns, com pouca originalidade, remetendo à posição

geográfica e ao clima, sendo o logotipo utilizado para a sua composição o ‘Pão de Açúcar’, símbolo da cidade do Rio de Janeiro, inapropriável como sinal inventivo. Por essas razões, a semelhança visual entre as marcas utilizadas pelas partes não impediu a sua coexistência harmônica, na realização do evento em comento.”

(Apelação Cível 0021272-33.2009.8.19.0001, TJRJ, 16ª Câmara Cível, Rel. Des. Mario Robert Mannheimer, j. 30/10/2012)

59. Não significa dizer, porém, que marcas sugestivas não devam receber proteção contra sinais semelhantes, mormente se os outros critérios do Teste 360º apontarem para o risco de confusão.

60. A fama, por exemplo, pode alçar marcas sugestivas a uma proteção especial e ainda gerar associação na mente dos consumidores, como se denota da seguinte ementa:

“I - Apesar dos termos registrados pela autora (CHINA e IN BOX) serem de origem comum e evocativos do produto (comida chinesa em caixa), não se pode olvidar que, atualmente, junto ao público consumidor, os signos em comento, utilizados de forma conjunta, estão diretamente associados ao serviço de comida chinesa servida em caixa, oferecido primeiramente pela autora, o que traduz a ocorrência no fenômeno do *secondary meaning* (Teoria do Significado Secundário).

II – Através da prática de adotar o termo IN BOX em seu registro (ASIA IN BOX), procurou a parte ré se beneficiar da fama alcançada pela empresa autora, que atua há anos no mercado de alimentação, tentando, de certo modo, associar seus produtos àqueles oferecidos pela CHINA IN BOX.(...)”

(Embargos Infringentes 2008.51.01.523618-0, 1ª Seção Especializada do TRF2, j. 24/10/2013)

61. Como se pode notar, o grau de distintividade intrínseca da marca, assim como a eventual distintividade adquirida, são importantes elementos na equação da colidência.

b) Grau de semelhança das marcas

62. Seguindo uma sequência lógica, após a avaliação do grau de distintividade da marca supostamente imitada (ou reproduzida), convém realizar um exame comparativo dos sinais, a fim de se determinar seu grau de semelhança sob o aspecto gráfico, fonético e ideológico.

63. Aqui, novamente, recorreremos às lições do Gama Cerqueira sobre o exame comparativo de marcas¹⁰:

“Do preceito se deduzem três princípios da maior importância no assunto:

1º. as marcas não devem ser confrontadas e comparadas, mas apreciadas sucessivamente, a fim de verificar se a impressão causada por uma recorda a impressão deixada pela outra;

2º. as marcas devem ser apreciadas, tendo-se em vista não as suas diferenças, mas as suas semelhanças;

3º. finalmente, deve-se decidir pela impressão de conjunto das marcas e não pelos seus detalhes.”

64. A relevância do tema é observada no voto do Min. Sidnei Beneti nos autos do Resp nº 863.975-RJ, que analisou a colidência de duas marcas com elemento nominativo idêntico (“BELA VISTA”):

“Anoto-se, por oportuno, que em nenhum momento se cogitou de contrafação. Não se discute se recorrente e recorrida copiaram uma da outra a marca usada em seus produtos. A pretensão da recorrida, como visto, era obter a declaração de nulidade de uma marca sobre a qual, segundo entendia, tinha direito de uso exclusivo.

No entanto, faz-se aqui referência ao fato porque as marcas em disputa, apesar de utilizarem em sua composição elementos verbais idênticos (“BELA VISTA”), têm outros elementos (desenho, cor) que as distinguem muito bem. Nesse

¹⁰ *Tratado da Propriedade Industrial*, v. II, Ed. Forense, p. 919.

contexto, a par de não estar caracterizada contrafação (que, repita-se, não se discute), não se evidencia probabilidade de que se venha a induzir o consumidor a erro quanto à origem dos produtos. Os elementos distintivos da marca, bem como o fato de se tratar de produtos de classes diferentes, são suficientes para que o consumidor exerça adequadamente seu direito de compra, sem se confundir. A mera circunstância de se tratar de gêneros alimentícios não é suficiente para se presumir a confusão.”

(Voto do Ministro Relator SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 19/08/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, STJ)

65. Sobre o tema, cabe transcrever trecho de ementa de precedente da TRF/2 na comparação de dois logotipos formados pelo mesmo elemento nominativo “UNC”:

“II – No mérito, os exames – gráfico, visual e fonético – dos signos atestam que as marcas em litígio possuem suficiente distintividade, sem possibilidade de confusão ou aderência entre si, apesar de inscritas na mesma classe.”
(Apelação Cível 516597, 2003.51.01.512697-2, Rel. Des. Fed. Messod Azulay, j. 26/07/2011, TRF2)

66. Ultrapassada a segunda etapa do Teste, deve-se partir para a análise dos demais critérios circunstanciais, já que, como visto, nem mesmo a identidade total das marcas leva necessariamente à conclusão de que há possibilidade de confusão.

c) Legitimidade e fama do suposto infrator

67. Ao arrepio da doutrina mais purista, segundo a qual o exame da colidência de marcas deve ser técnico e desconectado da análise de boa-fé, o histórico do suposto infrator tem sido amplamente considerado pelo Judiciário como um fator relevante na balança da confusão.

68. A origem da marca e, principalmente, a fama adquirida pelo suposto infrator podem ser determinantes para justificar a coexistência de suas marcas.

69. Diante de marcas muito famosas, o consumidor tende a conhecer a fundo o fabricante, suas linhas de produtos, canais de distribuição e até mesmo a linguagem da sua comunicação, o que, em geral, afasta a possibilidade de confusão com terceiros, mesmo em casos de marcas idênticas.

70. Nessa esteira, cabe citar o caso em que foi examinado o potencial conflito entre MILLER (cerveja) e MULLER FRANCO (aguardente):

“Também não vislumbro impedimento de uso da marca pela recorrida, até porque não me parece que o signo MILLER, notoriamente conhecido, possa se aproveitar das marcas da empresa recorrente, desprestigiando o seu sinal. Ao contrário, creio que a marca da recorrida pode até favorecer a recorrente com sua boa imagem no mercado.”

(REsp 1.079.344-RJ, STJ 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallottij. 21/06/2012)

71. Em outro julgado que merece destaque, o TRF2 reformou a sentença de primeiro grau e rejeitou os pedidos da empresa brasileira LG INFORMÁTICA para que fossem declarados nulos os registros da marca LG, de titularidade da empresa coreana LG ELETRONICS:

“De outro lado, a inarredável notoriedade das empresas rés e de sua logomarca, constituída de uma carinha com a expressão ‘LG’, mundialmente conhecida, desconstroem, ao meu sentir, o receio do Magistrado de que os consumidores dos produtos das rés possam incorrer em erro de origem, associando tais produtos à empresa brasileira, sediada em Goiás, e que como visto na sentença só se tornou conhecida em 1999 no ramo de gerenciamento de recursos humanos.”

(Apelação Cível 2006.51.01.520589-7, 2ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Messod Azulay Neto, j. 25/05.2010)

72. Na mesma linha decidiu a 6ª Câmara Cível do TJ/RJ ao analisar a possível colidência entre as marcas de vestuário RICHARD'S e RICHA'S:

“Com efeito, a autora é empresa com grande extensão de lojas no mercado – inclusive no exterior – e explora o ramo de moda e vestuário destinado a consumidor masculino e feminino com grande poder aquisitivo.

A ré é sociedade empresária de porte nitidamente menor, porquanto possui apenas uma loja e explora o ramo de bolsas e sapatos destinados apenas ao público feminino, circunstância que é corroborada pela certidão do meirinho de fls. 157. (...)

Por isso, não é verdadeira a assertiva de que a aproximação gráfica e fonética entre as marcas teria o condão de causar confusão e dúvidas no consumidor.”

(Apelação Cível nº 2009.001.48222, Rel Des. Gabriel Zefiro, j. 14.10.2009. O caso continua em trâmite no STJ - Recurso Especial nº 1.265.680/RJ).

73. Como se pode notar, quanto maior a fama do suposto infrator, em tese, menor a possibilidade de confusão no caso concreto, sem prejuízo, evidentemente, da análise das demais circunstâncias do caso.

d) Tempo de convivência das marcas no mercado

74. Trata-se de um comando direto da Convenção da União de Paris, no já citado artigo 6 *quinquies*, C, 1¹¹.

75. A regra unionista nada mais é do que o reconhecimento fático de que inexistente possibilidade de confusão entre os sinais. Se houvesse, os anos de convivência já teriam propiciado provas concretas de confusão real entre os sinais.

¹¹ Para determinar se a marca é suscetível de proteção deverão ser levadas em consideração todas as circunstâncias de fato, particularmente a duração do uso da marca.

76. Esse fator foi pesado no já citado REsp nº 863.975-RJ (“BELA VISTA”), cuja ementa foi lavrada da seguinte forma:

“DIREITO COMERCIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. USO DE MARCA COM ELEMENTOS IDÊNTICOS EM PRODUTOS DE CLASSES DIFERENTES. POSSIBILIDADE. MÁ-FÉ NÃO EVIDENCIADA. IMPROVÁVEL CONFUSÃO POR PARTE DOS CONSUMIDORES.

I - Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência (Súmula STJ/106). No caso, a comprovação de fatos que evidenciarium a desídia da recorrida, que teria deixado escoar o prazo para exercer a pretensão, é inviável, segundo disposição da Súmula STJ/7.

II - O direito de exclusividade do uso da marca não deve ser exercido de modo a impedir o uso de marca semelhante deferido para produto de classe diferente, excetuados os casos de marca notória ou de alto renome, bem como os casos de evidente má-fé.

III - A simples circunstância de os produtos nos quais utilizada a marca disputada serem gêneros alimentícios não faz presumir que o consumidor venha a confundi-los e considerá-los como de mesma origem. Tratando-se de alimentos listados em itens de classes diversas, podem ser identificados com marcas semelhantes pelas diferentes pessoas jurídicas que os produzem, salvo má-fé, que não se verifica no caso.

IV - A utilização, como elemento da marca, de nome existente há muitos anos, nome aliás da fazenda onde produzida a matéria-prima empregada nos produtos que ostentam a marca, indica a boa-fé da produtora.

V - Recurso Especial provido.”

(STJ, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 19/08/2010, T3 - TERCEIRA TURMA)

77. O tempo de convivência também contribuiu para que o STJ convalidasse a continuidade de uso da marca “GLÓRIA” para biscoitos, não obstante o registro para a marca idêntica “GLÓRIA” na classe de laticínios (leite em pó):

“PROPRIEDADE INDUSTRIAL. DIREITO DE MARCA. PRETENSÃO A EXCLUSIVIDADE. ARTS. 59 E 65.17, DA LEI 5772, DE 21.12.71.

O direito à exclusividade ao uso de marca, em decorrência de seu registro no INPI, é limitado à classe para a qual foi deferido, não abrangendo pois produtos outros, não similares, enquadrados em outras classes, excetuadas as hipóteses de marcas “notórias”.

O registro da marca “GLÓRIA”, para laticínios, em geral, classe 31.10, não impede que outra firma continue utilizando idêntica marca, aliás desde muitos e longos anos, para biscoitos e massas alimentícias, classe 32.10.

Recurso especial não conhecido.”

(STJ - REsp: 14367 PR 1991/0018253-2, Relator: Ministro ATHOS CARNEIRO, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 21.09.1992)

78. Há, ainda, reflexos processuais em relação ao tempo de uso da marca. Comprovada a convivência dos sinais no mercado local por mais de 10 anos, cabe a análise judicial de eventual prescrição do direito de ação do titular anterior.

e) Espécie dos produtos

79. Pouco importa se os produtos e serviços em questão se encontram na mesma classe ou em classes diferentes. Como sabemos, há classes que abrigam produtos que não possuem qualquer afinidade, assim como há inúmeras relações diretas e indiretas entre artigos de classes distintas.

80. Da mesma forma, não basta que o gênero seja o mesmo. A forte concorrência aliada ao perfil exigente dos consumidores levaram ao aumento exponencial do grau de especialização dos fornecedores e da personalização dos canais de distribuição.

81. Não são poucos os casos em que o Judiciário declarou lícita a convivência de marcas semelhantes ou até idênticas que identificam produtos do mesmo gênero.

82. Cabe citar, novamente, o precedente do STJ relativo à marca “BELA VISTA”, destacando o trecho da ementa que examina a suposta afinidade de produtos:

“A simples circunstância de os produtos nos quais utilizada a marca disputada serem gêneros alimentícios não faz presumir que o consumidor venha a confundi-los e considerá-los como de mesma origem. Tratando-se de alimentos listados em itens de classes diversas, podem ser identificados com marcas semelhantes pelas diferentes pessoas jurídicas que os produzem, salvo má-fé, que não se verifica no caso.”

(REsp 863.975/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Sidney Beneti, j. 19/08/2010)

83. Não é diferente o entendimento do TJ/RJ que emergiu do conflito BIOMETRIX vs. BIOMETRIX:

“Embora as empresas atuem no comércio de gêneros médicos, as classes são distintas, sendo certo que a ‘proteção limita-se às mercadorias para as quais é registrada e realmente utilizada’, não havendo que se falar em colidência, até porque não se trata de marca notória ou de alto renome, não se tendo apresentado indícios de má-fé.

(...)

A alegação de prejuízo, anemicamente comprovada apenas por um pedido de orçamento à autora, referente a produtos da ré, não consegue induzir confusão com respeito aos

distintivos e sua finalidade, valendo ressaltar que a experiência técnica dos consumidores, neste caso, adquirentes de produtos especialíssimos, torna quase impossível equívocos significativos.

Impõe destacar que as empresas coexistem há alguns anos, só tomando conhecimento uma da outra após o fato citado – pedido de orçamento equivocado -, sendo que, em algum momento, estiveram próximas de um acordo.”

(Apelação Cível 0221546-08.2012.8.19.0001, 19ª Câmara Cível, Rel. Des. Eduardo de Azevedo Paiva, j. 26.11.2013)

84. Em outro julgado, o judiciário carioca confirmou o posicionamento ao apreciar o caso “AMAZONAS” vs “AMAZONLIFE”:

“Ademais, frise-se que, embora pertencentes à mesma classe (25), não há identidade em relação ao ramo de atividade que atuam, haja vista que a apelante tem seu comércio voltado à venda de solados para calçados para indústrias do ramo, enquanto a apelada comercializa peças de vestuário e acessórios de moda para consumidores finais, como bem salientado pela sentença.”

(Apelação Cível 0148047-93.2009.8.19.0001, TJ/RJ, 18ª Câmara Cível, Rel. Des. Célia Maria Vidal Meliga Pessoa, j. 19/11/2010)

85. Na mesma linha, o TJ/SP não vislumbrou possibilidade de confusão entre a atividade de importação de peças automotivas pela C4 Auto Importadora e a identificação de um automóvel com a marca idêntica C4:

“O produto que as rés designam por meio da marca em discussão são veículos automotores, cujas espécies ou modelos são claramente designados por outras marcas associadas à expressão C4 (Citroen C4; C4 Pallas e C4, Lignage). (...)

A marca não diz respeito a produtos da mesma natureza, idênticos ou semelhantes a outros envolvidos na atividade da autora, mas por ela é utilizada fundamentalmente em seu nome comercial (ainda que em momento mais recente seja

utilizada também para designar serviços e produtos, que não veículos automotores, vinculados à atividade social da autora) sendo evidente, por isso, a impossibilidade de qualquer confusão ou associação entre os significados que o emprego da marca C4, por cada uma das partes, produz.”

(Apelação Cível 0105293-69.2008.8.26.0004, TJ/SP, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 17.12.2013)

86. Complementando a análise da possibilidade de confusão em relação à espécie dos produtos, deve-se levar em conta o eventual nível de sofisticação ou especialização dos consumidores, o que será comentado na sequência.

f) Grau de atenção do público alvo

87. Regra há muito consagrada na doutrina, o grau de atenção do consumidor no momento da compra é critério indispensável no exame da possibilidade de confusão.

88. Produtos voltados a consumidores técnicos ou adquiridos por meio de processos de compra complexos (como, por exemplo, em relações “B2B”) são menos suscetíveis à confusão. Igualmente, produtos com valores de venda elevados costumam demandar ampla pesquisa e muita atenção por parte do consumidor, afastando a colidência.

89. Em caso emblemático envolvendo consumidores com conhecimento técnico, o TRF assim se posicionou ao analisar o conflito entre as marcas “PROFAX” e “PRO-FAX”:

“Assim, a prudência recomenda que se estude acuradamente cada caso e não se generalize e muito menos se estabeleçam critérios uniformes.

No caso em tela, os produtos em questão se destinam a consumidores específicos, dotados de conhecimento técnico, afastando a possibilidade de ser o público alvo induzido em erro.”

(Apelação Cível 40677, TRF/2, 2ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. André Fontes, voto vencedor da lavra da Des. Fed. Liliane Roriz, j. 31/01/2006)

90. Para os produtos de baixo custo ou destinados ao público em geral, o entendimento sobre a possibilidade de confusão caminha em sentido oposto, isto é, aumentam as chances de confusão, sem prejuízo do exame de outros elementos circunstanciais.

g) Diluição

91. O Teste deve ser concluído com uma das análises mais difíceis, e até mesmo polêmica, em relação à colidência de marcas.

92. De plano, cabe repisar que a lei não rechaça apenas a confusão direta do consumidor (compra de um produto por outro), mas também veda os atos capazes de provocar a associação entre dois signos.

93. Mas todo e qualquer tipo de associação entre dois sinais leva à colidência marcária? Entendemos que não, com base em análise sistêmica da legislação nacional e dos princípios que norteiam a propriedade industrial.

94. Para que a associação de marcas seja considerada um ato ilícito, ao menos um dos seguintes fatores deve estar presente: a) o enriquecimento sem causa do infrator; ou b) a diluição do poder distintivo da marca por ataque à unicidade ou à reputação¹².

95. A figura jurídica do enriquecimento sem causa está prevista no artigo 884 do Código Civil, que dispõe:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

¹² Sobre o tema: Cabral, Filipe Fonteles, “Diluição de Marcas: uma teoria defensiva ou ofensiva?”, artigo publicado na **Revista da ABPI** n. 58, de maio de 2002.

96. O conceito geral firmado pelo Código Civil pode ser transportado com segurança para a esfera da propriedade industrial, cuja lei foi construída sobre o pilar da repressão à concorrência desleal.

97. Esses dispositivos em nada afrontam os conceitos da “livre iniciativa” ou “livre concorrência” insculpidos na Constituição Federal¹³. Ao contrário, a própria Lei Maior prestigia igualmente a proteção à propriedade industrial (art. 5º, XXIX).

98. Objetivamente, não constitui uma conduta de “livre iniciativa” o aproveitamento da fama de terceiros para alavancar negócio próprio, salvo se autorizado. O aproveitamento da criação alheia, ato vulgarmente referido como “parasitismo”, constitui “enriquecimento sem causa” na forma da Lei Civil.

99. Sobre a diluição do poder distintivo de uma marca em razão da associação mental, leia-se o trecho final da já citada ementa no caso CHINA IN BOX:

“III – Ao se permitir que a marca da autora (CHINA IN BOX) conviva com a marca da ré (ASIA IN BOX), se utilizando de conceito criado pela autora de “comida chinesa em caixa”, tal permissão acaba gerando redução da distintividade do signo copiado.

IV – A proximidade dos signos CHINA IN BOX e ASIA IN BOX pode ensejar confusão mercadológica, eis que o consumidor pode imaginar que a marca ASIA IN BOX seja uma ramificação da CHINA IN BOX, com o propósito de oferecer itens diferenciados de alimentação, levando o consumidor a crer que está adquirindo aquele produto/serviço já conhecido.”

(Embargos Infringentes 2008.51.01.523618-0, 1ª Seção Especializada do TRF2, j. 24/10/2013)

100. Em relação à diluição do prestígio alheio e os efeitos da confusão pós-venda, vale conferir o preciso comentário da Magistrada da 6ª

¹³ Artigos 1º, IV, 5º, XIII e 170, IV e seu respectivo parágrafo único.

Vara Empresarial/RJ ao conceder liminar para suspender a comercialização do veículo chinês Lifan 320, considerado uma imitação do *design* original do BMW Mini:

“E, além dos danos que venham a ser suportados pelas autoras, tem-se, ainda, a flagrante lesão ocorrida no mercado de consumo.

Neste particular, deve ser examinado e registrado que o consumidor também se vê lesado pela conduta das rés. Isto porque, indubitável que o consumidor que adquiri o veículo MINI das autoras e pagou o valor correspondente a um automóvel da marca BMW, com o lançamento, divulgação e comercialização de automóvel praticamente idêntico pelas rés, constata que o bem de consumo adquirido sofreu a diluição da marca e as consequências resultantes de tal fato.”

(Processo 0152267-32.2012.8.19.0001, 6ª VE/TJRJ, j. 18/05/2012.)

101. Tal decisão foi reformada pela 7ª Câmara Cível do TJRJ com base em questões processuais (em especial, o perigo de dano reverso). Porém, a questão da confusão pós-venda gerou votos divergentes no tribunal, o que evidencia a necessidade de se incluir tal na análise no debate sobre a confusão:

“Em regra, a aquisição de um veículo automotor não ocorre por impulso, sendo precedida de ampla pesquisa de mercado, incluindo negociação de preço e acessórios, valor do seguro, valor do IPVA e etc. Ou seja, ninguém comprará um pelo outro. Isso neutraliza o risco de confusão por parte do consumidor no momento da compra. Assim, é irrelevante o fato de as pessoas confundirem os carros nas ruas, o que, aliás, acontece com tantos outros modelos em circulação, de outros fabricantes. Em maior ou menor grau, os automóveis seguem a tendência mais bem aceita pelo mercado”.

(Agravo de Instrumento 0038588-57.2012.8.19.0000, Des. Rel. Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho, j. 24/10/2012)

“Acompanhei o relator por entender não presente o perigo de dano irreversível para a antecipação, frisando que o tema deve ser visto não apenas pelo prisma da proteção do design, como uma proteção industrial em si, mas, também, com vistas à preservação do mercado conquistado no âmbito de uma clientela com maior exigência, trazendo um maior potencial de consumo. Ou seja, com vistas a se proteger o design de uma possível vulgarização.

Logo, ao ver deste julgador, os olhos devem estar voltados não apenas para a ideia de concorrência parasitária, mas de igual forma para a perspectiva de se evitar a retirada do interesse do grupamento mercadológico a que se destina o produto, pela vulgarização deste.”

(Declaração de voto do Des. Ricardo Couto de Castro)

102. Em suma, ao depurar o impacto que será gerado pela utilização de sinais idênticos ou semelhantes, o examinador deve estar atento a eventuais danos ao titular anterior ou aproveitamento injustificado por parte do utente posterior, sendo certo que tais situações também configuram violação ao direito de marca.

CONCLUSÃO

Como visto, a jurisprudência nacional demonstra a tendência do Judiciário em dissecar as circunstâncias do caso a fim de detectar qualquer tipo de prejuízo potencial em razão da convivência dos sinais.

Merecem destaque as decisões que, não obstante a ausência de desvio direto de consumidor, reconheceram que a convivência dos sinais provocaria prejuízo para a reputação da marca sênior ou para seu titular, motivo suficiente para se bloquear a cópia.

Não menos importantes foram os precedentes que permitiram a coexistência de marcas idênticas em situações que não havia possibilidade de confusão ou associação, mesmo dentro de um mesmo gênero de produtos.

O Teste 360° tem por objetivo captar todos os elementos que compõem o caso, oferecendo ao examinador uma visão panorâmica para for-

mar seu juízo de convicção, incluindo situações especiais como *confusão por interesse inicial*, *confusão reversa* e *confusão pós-venda*.

Ademais, o Teste prestigia a evolução da jurisprudência nacional, que, com o advento da Lei 9.279/96, passou a tutelar expressamente o direito do titular e do depositante de zelar pela reputação e integridade material de sua marca (artigo 130, III).

Por fim, vale lembrar que o dinamismo das relações humanas transforma a economia e até mesmo o *modus operandi* do comércio de forma contínua. Novos fatores relevantes para o exame de colidência hão de surgir. O Teste 360º é um ponto de partida, de valor empírico, para fins acadêmicos. ❖

Fiança Policial na Lei Maria da Penha: Possibilidade

Augusto Yuzo Jouti

Juiz de Direito - TJBA

Pós-graduado lato sensu em Direito Eleitoral – Faculdade Maurício de Nassau

RESUMO

Este artigo visa a examinar a possibilidade de a autoridade policial arbitrar fiança aos agentes presos em flagrante por crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, abrangidos pela Lei Maria da Penha. Após a edição da Lei n. 11.340/2006 e, mais recentemente, com a nova lei da prisão e liberdade provisórias no processo penal (Lei n. 12.403/2011), debate-se o cabimento da fiança policial nos delitos cometidos no âmbito doméstico e familiar, sobretudo por sua vedação quando presentes os motivos para a prisão preventiva. Interpretando-se a legislação e revistando-se a doutrina, conclui-se que as leis trouxeram avanços na proteção jurídica da mulher, mas não vedaram o arbitramento da fiança pela autoridade policial.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Fiança. Autoridade policial.

ABSTRACT

The purpose of this work is to examine the possibility of setting bail by police authority for aggressors arrested in the act for crimes involving domestic violence against women, covered by Maria da Penha Act. After promulgation of Federal Law n. 11,340/2006 and, more recently, with the new law of arrest and provisional liberty in criminal proceedings, it is debated the appropriateness of police bail setting in crimes committed in the domestic and family environment, especially when present the reasons for detention. Relevant legislation was interpreted, and printed and

electronic doctrinal literature were revisited. The study concludes that legislation brought advances in the legal protection of women, but did not forbid setting bail by the police authority.

Keywords: Maria da Penha Act. Bail. Police authority.

1. INTRODUÇÃO

Preocupada com a crescente violência doméstica e familiar, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, § 8º, determinou ao Estado a criação de mecanismos para coibi-la, a fim de assegurar assistência a cada integrante da família. A Lei n. 11.340/2006 - conhecida por “Lei Maria da Penha”, uma homenagem à cearense Maria da Penha Maia Fernandes, que sobreviveu à tentativa de homicídio praticada por seu então marido e passou a atuar em movimentos de combate à violência familiar contra a mulher – criou diversos instrumentos para efetivar a diretriz constitucional, dentre eles, a previsão de prisão preventiva do agressor.

Sobreveio, então, o debate sobre a possibilidade de a autoridade policial arbitrar fiança ao preso em flagrante por crime envolvendo violência doméstica. Mesmo após a edição da Lei n. 12.403/2011, que manteve a prisão preventiva no âmbito da Lei Maria da Penha, mas alterou a redação do art. 322 do CPP, continuaram as discussões sobre o arbitramento da fiança pelo delegado de polícia.

Revisando-se a legislação que envolve o tema, pretende-se solucionar a questão apresentada, longe de esgotar a pesquisa e o debate. Para facilitar a leitura, a fiança arbitrada pelo delegado de polícia será chamada também de fiança policial.

2. BREVE EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Não são muitos os diplomas legais a serem estudados para resolver a questão. Demandam, porém, exame cuidadoso, haja vista a peculiaridade da matéria que envolvem.

2.1 Lei n. 6.416/1977

O tratamento legal da violência doméstica e da fiança sofreu mudanças ao longo do tempo. A redação anterior do artigo 322 do Código de Processo Penal, dada pela Lei n. 6.416/1977, permitia à autoridade policial arbitrar fiança nos casos de infração penal com pena de detenção ou prisão simples, incumbindo ao Juiz decidir os demais casos (*“Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples. Parágrafo único. Nos demais casos do art. 323, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 horas.”*).

O inciso V do art. 323 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 6.416/1977, proibia a fiança nos crimes punidos com reclusão, que tivessem sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça. Assim, os crimes de lesão corporal leve e ameaça continuavam sujeitos à fiança, pois são punidos com detenção, não com reclusão. Mesmo com a inclusão do § 9º do art. 129 do Código Penal, pela Lei n. 10.886/2004, depois alterado pela Lei n. 11.340/2006, o crime de lesão corporal leve, em situação de violência doméstica contra a mulher, permaneceu descrevendo apenas pena de detenção.

Desse modo, os crimes mais comuns que envolvem violência doméstica contra a mulher (artigos 129, § 9º; 138; 139; 140 e 147 do Código Penal), que sempre prescreveram pena de detenção, admitiam a fiança policial, pois o obstáculo do inciso V do art. 323 do CPP atingia apenas os delitos punidos com reclusão.

2.2 Constituição Federal

Em 1988, o § 8º do artigo 226 da Constituição Federal dispôs: *“O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”*. Como forma de efetivar esse preceito, o Brasil aderiu à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e ao Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, mediante os Decretos n. 1.973/1996 e n. 4.316/2002, respectivamente. Ainda nesse contexto, a Lei n. 10.455/2002 alterou a redação do parágrafo único do art. 69 da Lei n. 9.099/1995, criando, em sede penal, a medida cautelar de afastamento

do agressor do lar. Esse instrumento alcançava crimes domésticos contra a mulher, acima indicados, que, à época, eram abrangidos pelos Juizados Especiais Criminais. Nas razões do veto do artigo 2º da citada lei modificadora – que tratava apenas do momento da vigência -, constou a seguinte explicação sobre a importância dessa mudança legislativa:

“O que se acresce ao parágrafo único do art. 69 é o poder de cautela consistente no afastamento do indiciado ou réu do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima. Tal providência, consoante justificativa parlamentar, fulmina o processo de agressão contra o ente familiar, sem que haja imposição de medida restritiva de liberdade.”

2.3 Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006)

No ano de 2006, entrou em vigor a Lei n. 11.340/2006, mais conhecida por “Lei Maria da Penha”, nome da mulher que serviu de principal inspiração para a luta contra a violência familiar. Dentre várias novidades, criou as medidas protetivas de urgência à ofendida (artigo 23) e as que obrigam o agressor (artigo 22), e autorizou o cabimento da prisão preventiva do acusado em determinadas circunstâncias (artigo 20), inclusive acrescentando a nova hipótese ao artigo 313 do Código de Processo Penal (artigo 42): “IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”.

Além disso, a Lei n. 11.340/2006 determinou que não se aplica a Lei n. 9.099/1995 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher (artigo 41), ou seja, não cabem a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo, e tornou de iniciativa pública incondicionada a ação penal dos crimes de lesão leve e culposa incondicionada.

Saliente-se que, em 2010, o STJ, no julgamento do RE 1097042, sob regime de recursos repetitivos, decidiu que o art. 89 da Lei dos Juizados Criminais continuava sendo aplicado aos crimes de lesão corporal leve e culposa. Porém, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 19, em 9 de fevereiro de 2012, declarou, por unanimidade, a constitucio-

nalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha, confirmando, portanto, que nenhum procedimento ou medida da Lei n. 9.099/1995 incidia sobre os crimes tutelados pela Lei n. 11.340/2006.

2.4 Lei n. 12.403/2011

Retornando ao tema, a Lei n. 12.403/2011 criou várias medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, dentre elas a fiança (arts. 319 e 320 do CPP: comparecimento periódico em juízo, proibição de acesso a determinados lugares, proibição de manter contato com pessoas determinadas, proibição de ausentar-se da Comarca, recolhimento domiciliar em determinados períodos, suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica, internação provisória do acusado inimputável ou semi-imputável, monitoração eletrônica e proibição de ausentar-se do país), e alterou o referido art. 322 do CPP, dispondo sobre a concessão da fiança policial pela quantidade da pena, não por sua natureza.

Em vez de limitar-se à detenção ou prisão simples, a lei estipulou que a autoridade policial poderá conceder fiança nos casos de infração penal cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos (*“A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos”*).

A vedação de fiança quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312) permaneceu no inciso IV do art. 324 do CPP. O citado inciso IV do artigo 313 – antes criado pela Lei n. 11.340/2006 - foi revogado, mas sua essência foi mantida como hipótese de cabimento de prisão preventiva no novo inciso III do mesmo artigo, que, além da violência doméstica e familiar contra mulher, possibilitou a prisão quando o sujeito passivo for outros grupos vulneráveis: *“III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”*.

As circunstâncias do clamor público, violência ou grave ameaça, porém, não foram repetidas pela atual legislação (artigos 323 e 324 do Código de Processo Penal), de modo que não impedem a concessão da fiança em qualquer de suas modalidades.

3. LEI MARIA DA PENHA E FIANÇA POLICIAL

Com a nova redação do art. 322 do CPP, os acusados de crimes de violência doméstica contra a mulher de maior incidência (lesão corporal, crimes contra a honra e ameaça) continuavam, em tese, sendo beneficiários da fiança a ser arbitrada pela autoridade policial por ocasião da prisão em flagrante, pois a pena máxima de cada uma dessas infrações não excede a quatro anos. Ressalte-se que os crimes contra a honra são apurados mediante ação pena e privada (art. 145 do CP) e, mesmo cometidos no âmbito da Lei Maria da Penha e excluída a aplicação do Juizado Especial Criminal, ainda é possível a audiência de reconciliação (artigos 521 e 522 do CPP).

Entretanto, abriram-se debates sobre a possibilidade de o delegado de polícia arbitrar fiança aos autuados em flagrante por crimes abrangidos pela Lei Maria da Penha. Alguns defendem a proibição, pois a previsão de prisão preventiva impede a fiança. Outros argumentam que a lei expressamente a admite. Saliente-se que crimes de lesões corporais mais graves e homicídio, por exemplo, têm sanção máxima superior a quatro anos, impedindo a fiança policial.

3.1 Corrente contrária à fiança policial

Apesar de o limite para o arbitramento da fiança policial ter sido ampliado para as infrações cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos, alguns doutrinadores sustentam que o art. 322 do CPP – com redação antiga ou atual – não se aplica aos crimes abrangidos pela Lei Maria da Penha.

Argumenta-se, em síntese, que a Lei n. 11.340/2006 tinha possibilitado a decretação da prisão preventiva aos agressores domésticos - autorização mantida pela Lei n. 12.403/2011 -, de modo que, não tendo o delegado de polícia atribuição para decretá-la – assunto reservado à jurisdição -, também não poderia fazer o exame do cabimento da fiança.

Logo após a edição da Lei Maria da Penha e antes da Lei n. 12.403/2001, Oliveira, J. (2006) discorria nesse mesmo sentido, de que autoridade policial não poderia conceder a fiança, visto a necessidade de análise dos motivos autorizadores da prisão preventiva, de competência exclusiva do Juiz de Direito:

“Em conclusão, ante a inclusão da prisão preventiva, operada pelo artigo 20 da Lei 11.340/06, nos casos tratados nesta lei, deflui-se que, nestes casos, a autoridade policial não poderá conceder a fiança, visto a necessidade de análise de ausência ou presença dos motivos autorizadores da prisão preventiva, ato este de exclusivo controle jurisdicional.”

Lima, F. (2012), já após a promulgação da Lei n. 12.403.2011, igualmente articula que a autoridade policial não pode arbitrar a fiança nos casos de violência doméstica contra a mulher:

“Com a Lei Maria da Penha, os crimes envolvendo violência doméstica contra a mulher, independentemente da pena prevista, entraram no rol dos que se proíbe a liberdade mediante fiança no âmbito policial.

[...]

Assim, o dispositivo previsto no artigo 322, que permite a concessão de fiança pelo delegado nos crimes punidos com pena de até quatro anos, não se aplica à violência doméstica, em face das inovações introduzidas no próprio CPP pela Lei Maria da Penha e pela Lei 12.403/11.

Com efeito, todos os crimes punidos com pena até quatro anos de prisão estão agora sujeitos à prisão preventiva, nos termos do aludido artigo 313, inc. III. Logo, não será concedida a fiança se presentes os requisitos da prisão preventiva (art. 324, IV), apreciação a ser feita pelo juiz, nos termos do artigo 311.”

Nesse entendimento, a previsão genérica de vedação de fiança para os crimes que admitem prisão preventiva – como é a hipótese do inciso III do art. 313 do CPP - impede a aplicação do art. 322 do CPP, pois, nessa situação, somente o Juiz poderia examinar o cabimento da prisão preventiva ou o arbitramento da fiança (parágrafo único do artigo 322).

Como forma de uniformização, os Promotores de Justiça do Núcleo de Gênero Pró-Mulher de Fortaleza, com amparo nas disposições dos arts. 129, I, II e XII, da Constituição da República Federativa do Brasil; 130, I e VI, da Constituição do Estado do Ceará; 27, parágrafo único, IV, da Lei

8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) e 127, I, parágrafo único alínea “d”, da Lei Complementar n.º 72, de 12 de dezembro de 2008, que instituiu a Lei Orgânica e o Estatuto do Ministério Público do Ceará, e do provimento 40/2010, PGJ/CE, recomendaram às autoridades policiais que oficiam junto à Delegacia de Defesa da Mulher de Fortaleza que não concedessem, de ofício ou a requerimento do acautelado, fiança, remetendo o pedido imediatamente ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, acompanhado dos documentos necessários (Recomendação n. 001/2012-NGPMF).

A Comissão Permanente de Promotores da Violência Doméstica do Brasil - COPEVID, pertencente ao Grupo Nacional de Direitos Humanos, que é subordinado ao Conselho Nacional Procuradores-Gerais, também lançou entendimento sobre a proibição de a autoridade policial arbitrar fiança nos casos de violência doméstica:

“Enunciado n. 6: Nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, é vedada a concessão de fiança pela autoridade policial, considerando tratar-se de situação que autoriza a decretação da prisão preventiva nos termos do artigo 313, III, CPP.”

Haja vista a diversidade de iniciativa da ação penal, Lima, F. (2012) faz a ressalva a essa vedação, concluindo pela possibilidade de a autoridade policial arbitrar fiança nos crimes sujeitos a ação privada e contravenções:

*“Com a Lei Maria da Penha, reforçada e ampliada pela Lei 12.403/2011, a **concessão de liberdade provisória pela polícia mediante fiança**: 1. É vedada nos crimes praticados em violência doméstica contra a mulher e contra o homem-vulnerável (menor, idoso, enfermo ou deficiente); 2. É possível, nas hipóteses do item anterior, apenas nos crimes sujeitos a ação penal privada e nas contravenções penais, em respeito ao princípio da proporcionalidade.”*

Em comentário sobre o art. 322 do Código de Processo Penal, ainda com a redação antiga, Auad Filho (2007) mantinha entendimento semelhante ao de Lima, F., de inviabilidade da fiança policial, pois a lei permite a prisão preventiva para os crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher:

“Permitir o arbitramento de fiança pela autoridade policial, no caso em que é possível a decretação de prisão preventiva, além de causar desvirtuamento do ordenamento jurídico, ainda acarretará perplexidade em posicionamentos contraditórios, bem como usurpação da função jurisdicional do juiz.

[...]

‘2. Nos casos previstos na Lei nº 11.340/2006, a concessão de liberdade provisória é competência exclusiva da autoridade judiciária, não cabendo o arbitramento de fiança pelo delegado de polícia, diante da necessidade de o juiz averiguar previamente a possibilidade ou não de manutenção da prisão provisória.’

A Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) para investigar situações de violência contra a mulher no Brasil apresentou o Projeto de Lei n. 6.008 de 2013, propondo a alteração da Lei n. 11.340/2006 para, dentre outros dispositivos, vedar expressamente a concessão de fiança pela autoridade policial nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Segundo o artigo 4º do projeto, o parágrafo único do art. 322 do CPP passaria a vigorar com a seguinte redação, excluindo a incidência do seu *caput*: “Art. 322.....Parágrafo único. Nos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher e nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em quarenta e oito horas. (NR)” (DIÁRIO, 2013)

A justificava do projeto de lei é que, embora o Código de Processo Penal proíba o arbitramento de fiança pela autoridade policial nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, pois incumbe à alçada judicial analisar os requisitos da prisão preventiva (artigos 313, III, e 324, IV, do CPP), o sistema de Justiça tem desprezado esse comando para tolerar a liberdade imediata dos agressores na própria delegacia, fato que tem causado a continuidade da violência e até assassinatos de mulheres após o pagamento de fiança arbitrada pela polícia.

Como se observa, essa corrente escora-se, essencialmente, na previsão abstrata e genérica da prisão preventiva nos crimes que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher e outras pessoas vulneráveis (criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência), disposta no art. 313, III, do CPP.

Ressalte-se que o delegado de polícia, evidentemente, negará a fiança nas outras hipóteses de inafiançabilidade constitucional (art. 5º, XLII, XLIII, XLIV, da CF, repetidas no art. 323 do CPP) ou de vedação à fiança (art. 324, I e II, do CPP), que são objetivas e cuja verificação não é privativa do Juiz de Direito - como ocorre na decretação da prisão preventiva.

3.2 Corrente favorável à fiança policial

O artigo 5º da Constituição Federal, em seu inciso LXVI, determina que *“ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”*. O artigo 322 do Código de Processo Penal expressamente dispõe que *“A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos”*, reservando, em seu parágrafo único, os demais casos à apreciação judicial.

Mesmo com a edição da Lei Maria da Penha, em 2006, e antes da reformulação do processo penal em 2011, outros doutrinadores aceitavam a liberdade do preso em flagrante mediante pagamento de fiança arbitrada pelo delegado de polícia. Referindo-se à redação anterior do art. 322 do Código de Processo Penal, Dias (2008, p.128) não se opunha à aplicação da fiança nos crimes de violência doméstica contra a mulher:

“Sem embargo do rigor com que a lei tratou a infração penal voltada contra a mulher, não há nenhum impedimento à concessão da liberdade provisória, que pode ser concedida com ou sem fiança. Se a infração for punida com pena de detenção ou prisão simples, a fiança é deferida pela autoridade policial (CPP, art. 322). Nos demais casos, pelo juiz (CPP, art. 322, parágrafo único)”

De igual forma, Pinto (2012) anunciava que a Lei n. 12.403/2011 alterara objetivamente o artigo 322 do Código de Processo Penal, de modo a permitir o arbitramento da fiança pela autoridade policial em qualquer crime punido com pena de até quatro anos, não podendo o intérprete restringir esse direito. Quisesse o legislador proibir esse benefício, teria disposto expressamente, como o fez nos artigos 17 e 41 da Lei n. 11.343/2006, que vedam a aplicação de pena de cesta básica e a incidência da Lei n. 9.099/1995, respectivamente. Além disso, explica que decretação de prisão preventiva somente cabe na situação de descumprimento de medidas protetivas anteriores:

“Concluimos, bem por isso, que; 1) à autoridade policial, como regra, cumpre arbitrar fiança em prol do autor preso em flagrante pela prática de um delito em situação de violência doméstica, desde que a pena máxima cominada não exceda a quatro anos e 2) esse direito do agente somente será negado (quando caberá, então, ao juiz de direito apreciar a questão), se ele, com sua ação, descumpriu medidas protetivas que, antes, foram deferidas em favor da vítima.”

Os argumentos de que o artigo 20 da Lei Maria da Penha e o artigo 313, inciso III, do Código de Processo Penal possibilitam a prisão preventiva do agressor, e que o artigo 324, inciso IV, do mesmo código, veda a fiança quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva não afastam a aplicação do art. 322 do CPP, pelo contrário, confirmam-no, pois não tendo a autoridade policial atribuição para decretar a prisão, não pode negar a fiança sob o argumento da necessidade dessa espécie de custódia.

Para se impedir a fiança com base na vedação do art. 324, IV, do CPP exige-se o preenchimento concreto de algum motivo do art. 312 e também de alguma hipótese do art. 313, ambos do CPP, não bastando a previsão em abstrato. Se for pela condição do inciso III, a prisão preventiva servirá para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, ou seja, pressupõe-se seu deferimento anterior e o descumprimento injustificado. Ressalte-se que, em regra, antes de decretar a prisão, é necessária a prévia oitiva do investigado.

Não dispondo de todas informações, nem de atribuição legal para decretar a prisão preventiva, a autoridade policial pode arbitrar a fiança nos casos envolvidos na Lei Maria da Penha cuja pena não supere quatro anos. Nada impede que, posteriormente, o Juiz decrete a custódia preventiva, observando-se o art. 310, II, do CPP, se forem apresentados elementos fáticos que demonstrem as presenças da hipótese do inciso III do art. 313 do CPP e de algum dos requisitos do art. 312 (garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares).

O Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado de Goiás (2011), em reunião ordinária no dia 25 de fevereiro de 2011, por unanimidade de seus integrantes, concluiu que “A Lei Maria da Penha não vedou o arbitramento de fiança pela autoridade policial, incidindo a regra geral sobre o instituto”.

Em sua obra, Lima, R. (2013, p. 987) discorda da corrente que proíbe a fiança policial nos casos de violência doméstica e ensina que é possível a autoridade policial estipular a fiança para os agressores abrangidos pela Lei n. 11.340/2006:

“Se o art. 322 do CPP dispõe que a autoridade policial poderá conceder fiança às infrações penais cuja pena máxima não seja superior a 4 (quatro) anos, não se pode estabelecer qualquer outro requisito para a concessão do referido benefício, sob pena de indevida violação ao princípio da legalidade. De mais a mais, o simples fato de um crime estar sujeito à decretação da prisão preventiva não é óbice à concessão da fiança pela autoridade policial. O art. 324, IV, do CPP, proíbe a concessão da fiança apenas quando presentes os motivos que autorizam a preventiva, leia-se, garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou

- *garantia da aplicação da lei penal – percebe-se que o próprio dispositivo faz referência ao art. 312 do CPP - , sem estabelecer qualquer relação com as hipóteses de admissibilidade da prisão preventiva previstas nos incisos do art. 313 do CPP.*
- *Logo, a autoridade policial não poderá negar a concessão de fiança sob o simples argumento de que o crime fora pratica-*

do no contexto de violência doméstica e familiar (CPP, art. 313, III). Para além disso, também deverá demonstrar que teria havido descumprimento de anterior medida protetiva de urgência imposta pelo juiz e que a permanência do agressor em liberdade poderia, por exemplo, colocar em risco a garantia da ordem pública, haja vista a possibilidade de reiteração delitiva (CPP, art. 312).”

Ressaltando o princípio da legalidade, Bezerra e Lima (2015) discorrem:

“Mas a resposta do Estado e da sociedade deve sempre se dar no limite da lei, nunca além ou aquém. Devassar a letra legal com um entendimento doutrinário do que se pensa, é eivar de achismos a própria segurança do cidadão confiada na lei da qual se espera dele a obediência, e do Estado, a razoabilidade.

[...]

‘Onde a lei não restringiu, não cabe ao intérprete fazê-lo. Se a lei quis dizer o que não disse, cabe ser clara. Se a lei está errada, mude-se a lei. Nesse sentido, há um Projeto de lei nº 156 a propor tal alteração expressa.’

Esses doutrinadores afirmam, portanto, que é cabível à autoridade policial estabelecer fiança ao agressor no âmbito da Lei Maria da Penha, por força do art. 322 do CPP.

4. CONCLUSÃO

Revisando a legislação, observa-se que a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) buscou tratar os agressores com maior rigor, em defesa das mulheres vítimas de violência doméstica em suas variadas modalidades. Dentre várias medidas, vedou a incidência da Lei dos Juizados Especiais Criminais (artigo 41) e autorizou o cabimento da prisão preventiva do acusado (artigos 20 e 41). Surgiu, então, o debate sobre a possibilidade de a autoridade policial arbitrar fiança aos agressores que cometem crimes contra a mulher com incidência da Lei Maria da Penha, sobretudo após a edição da Lei n. 12.403/2011.

A previsão abstrata de prisão preventiva do artigo 313, inciso III, do CPP, cumulada com a vedação do artigo 314, IV, do CPP, devem ser verificadas na situação concreta e, exclusivamente, se houver notícia de descumprimento injustificado de medidas protetivas antes aplicadas. A proibição genérica não é suficiente para afastar o artigo 322 do CPP. O exercício do Direito não se faz apenas no âmbito teórico, exigindo-se o exame do caso concreto para aplicar ou deixar de aplicar um dispositivo legal.

Uma vez concedida a fiança pelo delegado de polícia, incumbe a ele garantir proteção policial, conforme art. 11 da Lei Maria da Penha. E nada impede que o Juiz de Direito – única autoridade competente - decrete a prisão preventiva, desde que a autoridade policial ou o Ministério Público apresentem elementos concretos que indiquem seu cabimento e necessidade, nos termos dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal. A aparente inconveniência de liberar o preso por fiança e posteriormente prendê-lo preventivamente não é expressão da lei nem pode ser suportada exclusivamente pelo investigado.

O Código de Processo Penal não veda expressamente a concessão de fiança pela autoridade policial, tanto que há o Projeto de Lei n. 6.008/2013, para alteração da Lei n. 11.340/2006, a fim de atribuir somente ao Juiz esse exame. Enquanto não houver alteração legislativa, o artigo 322 do Código de Processo Penal continua autorizando a fiança policial para crimes com pena máxima de até quatro anos, inclusive para os crimes envolvendo violência doméstica contra a mulher.

Enfim, a liberdade continua sendo regra, e a prisão provisória, exceção. A garantia do inciso LXVI do artigo 5º da Constituição Federal e a permissão do artigo 322 do Código de Processo Penal autorizam o arbitramento de fiança pela autoridade policial, nos crimes praticados com violência doméstica ou familiar contra a mulher, cuja pena privativa de liberdade máxima não ultrapasse os quatro anos. O cabimento da prisão preventiva deverá ser apreciado posteriormente pelo juiz de direito, na forma dos artigos 310 a 313 do CPP. ❖

REFERÊNCIAS

AUAD FILHO, Jorge Romcy. "A liberdade provisória na Lei Maria da Penha". **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1585, 3 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10584>>. Acesso em: 28 mar. 2014.

BEZERRA, Cláudio Jenner de Moura. LIMA, Lucas Correia de. "O direito a quem é de direito: a (im) possibilidade de arbitramento de fiança aos crimes de violência doméstica e familiar pela autoridade policial". Disponível em: <http://www.mpba.mp.br/atuacao/criminal/material/2014/artigo_violencia_domestica_e_possibilidade_de_fianca.pdf>. Acesso em: 23 maio 2015.

CONSELHO NACIONAL PROCURADORES-GERAIS: Comissão Permanente de Promotores da Violência Doméstica do Brasil – COPEVID (GNDH/CNPG). Enunciado n. 6 da COPEVID. Brasília. In: Ministério Público do Estado da Paraná: centro de apoio operacional das promotorias de direitos constitucionais, Curitiba. Disponível em: <<http://www.direito.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=87>>. Acesso em: 28 mar. 2014.

DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 6.008, de 2013, da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência: altera a Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 [...]. Brasília, 2013. n. 138, 15 de agosto de 2013, p. 33962. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=585622>>. Acesso em: 3 abr. 2014)

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 3. tir. 160 p.

LIMA, Fausto Rodrigues. "Lei das Cautelares mudou aplicação da Maria da Penha". Consultor Jurídico, São Paulo, 20 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-20/fausto-lima-lei-medidas-cautelares-mudou-aplicacao-maria-penha>>. Acesso em: 28 mar. 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial**. Niterói: Impetus, 2013. 1025 p.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS: Centro de Apoio Operacional Criminal. ATA – Reunião Ordinária CAO Criminal. Goiânia: 25 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/ata%20ro%2025%20fev.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ: Núcleos de Gênero Pró-Mulher do Estado do Ceará, Comarca de Fortaleza. Recomendação

n. 001/2012-NGPMF. Fortaleza: 2012. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/nespeciais/promulher/recomendacoes/Recomendacao001-2012.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2014.

OLIVEIRA, José Carlos. "O instituto da fiança na lei 11.340/06". **Portal Violência Contra a Mulher**, 25 out. 06. Disponível em: <http://www.violenciamulher.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1183&catid=1:artigos-assinados&Itemid=5>. Acesso em: 28 mar. 2014.

PINTO, Ronaldo Batista. "Fiança arbitrada pela autoridade policial e a Lei Maria da Penha". **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3431, 22 nov. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23068>>. Acesso em: 28 mar. 2014.

O Crime de Violação de Direito Autoral e os Princípios Constitucionais Penais

Ana Luzia de Sousa Lima

*Graduanda no Curso de Direito, pela Universidade
Fumec – Belo Horizonte-MG*

RESUMO

Trata-se de artigo científico que propõe análise de um dos dispositivos do Código Penal Brasileiro, qual seja o art. 184, que prevê o crime de violação de direito autoral. O intuito do trabalho científico é aferir a compatibilidade do dispositivo, com os princípios constitucionais que regem o Direito Penal. Através das ponderações acerca dos diversos institutos e conceitos da referida ciência jurídica, bem como dos princípios que a norteiam, tais como os princípios da legalidade e da taxatividade, far-se-á possível traçar conclusões alcançando a meta proposta pelo presente trabalho científico, que se mostra relevante, não somente pela individualização de uma problemática, como também pela propositura de possíveis soluções. A pesquisa evidenciará ainda o nível de repercussão do tema proposto no meio social, acadêmico e jurídico.

Palavras-chave: Aferir compatibilidade. Evidenciar inconstitucionalidade.

ABSTRACT

It is about scientific article that proposes analysis of one of the provisions of the Brazilian Penal Code, namely Art. 184, the which provides for the crime of copyright violation. The aim of scientific work is gauging the compatibility of the device, with the constitutional principles gover-

ning the Criminal Law. Through of the weightings on the various institutes and concepts of said legal science as well as of those principles that guide the science, such as the principles of legality and taxatividade, will be possible to delineate conclusions reaching the goal proposed by this present scientific work, that if show relevant, not only for the individualization of a problematic, as also by proposition of possible solutions. The research will evidence yet the level of repercussion of the theme proposed on social, academic and legal environment.

Keywords: Gauging to compatibility. Demonstrate unconstitutionality.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo científico propõe a análise do crime previsto no art. 184 do Código Penal Brasileiro (CPB), qual seja o crime de violação de direito autoral, sob uma perspectiva principiológica, no intuito de aferir se este se adéqua ao perfil constitucional do Estado Democrático de Direito ou se representa afronta ao mesmo, caso em que restará manifesta sua inconstitucionalidade substancial.

Não se pretende aqui adentrar em todo o universo da propriedade imaterial, ou analisá-la nas diversas formas que o bem jurídico merece proteção.

Logo, discussões acerca do que vem a consistir os direitos autorais ou seus conexos, mencionado no dispositivo, bem como sua abrangência ou distinções entre patrimoniais ou morais, escapam do intuito pretendido com esta análise, que versa tão somente sob análise do conteúdo material do referido dispositivo, única e exclusivamente para alcançar a atual posição que este ocupa no cenário constitucional penal.

Prescinde, portanto, do texto constitucional, bem como dos princípios constitucionais penais, linha de pesquisa que possibilitará o alcance do resultado que aqui se pretende concluir.

Nesta perspectiva, mister o aprofundamento nos diversos princípios constitucionais do direito penal, mais especificamente o princípio da legalidade e seus decorrentes, de previsão constitucional no art. 5º, XXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil (CR/88).

Igualmente relevante mostrar-se-á, para a pesquisa aqui proposta, a análise da consequência e impacto prático que pode advir da constatação alcançada, bem como a proposição de soluções para a possível problemática.

Analisar-se-ão diversos posicionamentos, sem, contudo, afastar-se da ideia que aqui se pretende testificar.

2. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito é um conceito que designa qualquer Estado que se propõe a garantir o respeito das liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica. Em um estado de direito, as próprias autoridades políticas estão sujeitas ao respeito das regras de direito.

Segundo posicionamento de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, na Obra Curso de Direito Constitucional:

"Em que pesem pequenas variações semânticas, em torno desse núcleo essencial, entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras a Constituição brasileira. Mas ainda, já agora no plano das relações concretas entre o poder e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeira a solene proclamação daqueles direitos" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 149)

Isto porque num Estado Democrático de Direito, as leis devem expressar a vontade do povo, uma vez que formuladas por quem eleito por ele. O poder, portanto, em uma democracia emana do próprio povo, que através do voto o delega a quem julgar merecedor.

Neste sentido, manifesta-se Ronaldo Brêtas Dias:

"Consideramos que a dimensão atual e marcante do Estado Constitucional Democrático de Direito resulta da articulação dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, cujo entrelaçamento técnico e harmonioso se dá pelas normas constitucionais. Para se chegar a essa conclusão, impõe-se perceber que a democracia, atualmente, mais do que forma de Estado e de governo, é um princípio consagrado nos modernos ensinamentos constitucionais como fonte de legitimação do exercício do poder, que tem origem no povo, daí o protótipo constitucional dos Estados Democráticos, ao se declarar que todo o poder emana do povo" (DIAS, 2012, p. 58).

Segundo Fernando Capez, o constituinte brasileiro foi além da concepção de Estado de Direito, instituindo um Estado Democrático de Direito, não se limitando à proclamação formal da igualdade entre todos, mas propondo-se a imposição de metas e deveres quanto à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CAPEZ, 2013, p. 24).

Os cidadãos nas democracias estão dispostos a obedecer às leis da sua sociedade, porque estas são as suas próprias regras e regulamentos. A justiça é melhor alcançada quando as leis são criadas pelas próprias pessoas que devem obedecê-las.

Significa que nenhum indivíduo, presidente ou cidadão comum, está acima da lei. Os governos democráticos exercem a autoridade por meio da lei e estão eles próprios sujeitos aos constrangimentos impostos por ela.

Logo, o Estado Democrático de Direito tem por finalidade a liberação da pessoa humana de toda e qualquer forma de opressão. No que tange ao Direito Penal, significa que o indivíduo não poderá ser privado de seus direitos e garantias fundamentais.

Hodiernamente, nos Estados Democráticos de Direito, já se reconhece o Direito Penal Constitucional, isto é, um Direito Penal pautado nas normas e nos princípios constitucionais, dentre os quais merece destaque o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesta perspectiva, assevera Fernando Capez:

"A norma penal, portanto, em um Estado Democrático de Direito não é somente aquela que formalmente descreve um fato como infração penal, pouco importando se ele ofende ou não o sentimento social de justiça; ao contrário, sob pena de colidir com a Constituição, o tipo incriminador deverá obrigatoriamente, selecionar, dentre todos os comportamentos humanos, somente aqueles que realmente possuem real lesividade social." (CAPEZ, 2013, p. 24).

Do exposto, resta nítido que sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, seu Direito Penal deve ser legítimo, democrático e obediente aos princípios constitucionais que norteiam, sob pena de afronta à própria Constituição, evidenciando sua inconstitucionalidade material.

3. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAI

Inicialmente é importante ressaltar a relevante função desempenhada pelos princípios constitucionais, haja vista a própria essência destes. Segundo Guilherme Nucci, estes compõem o ordenamento jurídico, servindo de instrumento para integração, interpretação e aplicação do próprio direito positivo (NUCCI, 2013, p. 41).

Na esfera penal não poderia ser diferente, uma vez que estes princípios constitucionais se encontram estritamente ligados à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, que vão desde a proteção contra arbítrios do poder estatal, à própria garantia de suas integridades físicas.

Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci:

"Nos campos penal e processual penal, com maior razão, a primazia dos princípios precisa ser respeitada, vez que se lida, diretamente, com a liberdade individual e, indiretamente, com vários outros direitos fundamentais (vida, intimidade, propriedade, integridade física, etc.). "(NUCCI, 2013, p. 44).

Deste modo, a norma que contrarie qualquer destes princípios, está por consequência contrariando o próprio Texto Constitucional, que tem o dever de garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana, devendo, portanto ser expurgada do ordenamento jurídico, haja vista sua inconstitucionalidade substancial.

Nesta perspectiva, o presente o trabalho propõe a análise do art. 184 do CPB, no intuito de aferir a posição por este ocupada no cenário apenas traçado. Analisando o referido dispositivo de lei, sob tal enfoque principiológico, torna-se possível o alcance do objetivo traçado pelo presente trabalho.

3.1 Princípio da legalidade

No que concerne especificamente ao princípio da legalidade na esfera penal, temos que este é representado pela redação contida no art. 1º do CPB que prevê “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Em linhas gerais, o princípio reserva para o estrito campo da lei a existência do crime e sua correspondente pena.

Neste sentido, Fernando Capez:

"o princípio contém uma regra - segundo a qual ninguém poderá ser punido pelo poder estatal, nem sofrer qualquer violação a seu direito de liberdade - e uma exceção, pela qual os indivíduos somente serão punidos se, e quando, vierem a praticar condutas previamente definidas em lei como indesejáveis." (CAPEZ, 2013, v. 1, p. 57).

Do exposto, resta nítida a necessidade de clareza e objetividade que os tipos penais devem ser revestidos, uma vez que um fato só será considerado criminoso se houver perfeita correspondência entre ele e a norma que o descreve.

Nisto, assevera ainda o renomado autor, consiste a principal proteção política do cidadão em face do poder punitivo estatal, qual seja, a de que somente poderá ter invadida sua esfera de liberdade, se realizar uma conduta descrita em um daqueles raros pontos onde a lei definiu a existência de uma infração penal (CAPEZ, 2013, v. 1, p. 37).

O princípio, portanto, corresponde a uma aspiração básica intrínseca à própria natureza humana, de proteger-se contra qualquer forma de tirania e arbítrio dos detentores do poder.

Neste sentido, a Teoria do Contrato Social dá um grande impulso ao próprio princípio, pois nesta, o homem abrindo mão de uma parcela de sua liberdade, aceita a realização de um pacto, que viabilizaria a vida em

sociedade, mediante garantias mínimas contra o arbítrio, dentre as quais a de não sofrer punições, salvo nas hipóteses previamente elencadas.

Neste sentido interessante o posicionamento de Fernando Capez:

"De nada adiantaria exigir a prévia definição da conduta na lei se fosse permitida a utilização de termos muito amplos (...) A garantia, nesses casos, seria meramente formal, pois, como tudo pode ser enquadrado na definição legal, a insegurança jurídica e social seria tão grande como se nenhuma lei existisse." (CAPEZ, 2013, v. 1, p. 63)

Doutrinariamente fala-se em limitações ao poder punitivo, decorrentes deste princípio, quais sejam: a proibição da retroatividade da lei penal incriminadora; a proibição de criação de crimes ou penas pelos costumes; a proibição do uso da analogia, salvo para benefício do réu; e por fim, a proibição de incriminações vagas e imprecisas.

Tais limitações justificam-se pela própria natureza garantidora do princípio e muito se poderia discorrer acerca de cada uma delas, entretanto, devido a pertinência ao tema proposto na presente pesquisa, optar-se-á por fazê-lo apenas no tocante a proibição de incriminações vagas e imprecisas, pois esta vai ao cerne da questão que aqui se pretende desenvolver.

Basicamente a vedação consiste em impedir a construção de tipos penais demasiadamente vagos e imprecisos, uma vez que tais dispositivos, carentes de precisão na descrição das condutas tidas como criminosas, de alguma forma, podem ocasionar certa insegurança aos cidadãos, violando assim o princípio da legalidade.

Deste modo, cabe à lei a definição do crime mediante a descrição das condutas tidas como indesejáveis e passíveis de punição, propiciando aos cidadãos, prévio e integral conhecimento destas. Segundo, Francisco de Assis Toledo, para que a lei penal possa desempenhar uma função pedagógica, motivando o comportamento humano, há de ser facilmente acessível a todos e não somente aos juristas (TOLEDO, 2002, p. 29).

Neste sentido, interessante o posicionamento de Guilherme de Souza Nucci, no que concerne aos tipos penais abertos e imprecisos. Para ele, tais dispositivos por dependerem de tamanha valoração do julgador, podem esvaziar o próprio princípio, reduzindo-o a mera formalidade, pois ainda que existente a lei, esta ao apresentar-se vaga ou imprecisa, acaba

por permitir o enquadramento de diversas outras condutas, consoante critérios subjetivos do julgador (NUCCI, 2013, p. 111).

3.2 Princípio da taxatividade

Decorrente do princípio da legalidade, o presente princípio impõe que a descrição da conduta seja detalhada e específica, não se coadunando com tipos genéricos demasiadamente abrangentes.

Para alcançar o cerne do presente princípio, mister a análise terminológica da palavra.

"Ta.xa.ti.vo

adj (taxar+ivo) 1 Que taxa, que limita, que restringe. 2 Que fixa com precisão e em nome da lei ou regulamento. 3 Que circunscreve e reduz um caso a circunstâncias precisas e determinadas." **Dicionário Português online:** Michaelis - 2009.

Cernichiaro, citado por Capez (2013), diz ser perigosa uma descrição genérica por ensejar grande liberdade ao intérprete, "flagrantemente oposta ao mandamento constitucional. O crime não é ação, mas ação determinada. E determinada pela lei" (CAPEZ, 2013, p. 64).

Nos dizeres de Guilherme de Souza Nucci,

"Não se pode, na atualidade, contentar-se com a *mera legalidade*, pois nem todo tipo penal construído pelo legislador obedece, como deveria, ao princípio da taxatividade. O ideal é sustentar a *estrita legalidade*, ou seja, um crime deve estar descrito em lei, mas bem detalhado (taxativo) de modo a não provocar dúvidas e questionamento intransponíveis(...)" (NUCCI, 2013, p.109).

Em poucas palavras podemos concluir que as condutas típicas, devem demonstrar-se suficientemente claras e precisas de modo a não deixar dúvidas ao destinatário destas e não ensejar abuso do Estado na invasão da intimidade e da esfera de liberdade dos indivíduos.

Do exposto, resta nítida a tênue linha que separa o princípio da legalidade do ora analisado; este nasce em decorrência daquele, possibilitando a plena eficácia de sua função garantidora.

3.3 Princípio da intervenção mínima

Segundo este princípio, ao Direito Penal só cabe a proteção dos bens jurídicos mais importantes para a vida em sociedade, limitando sua intervenção quando outros ramos do direito demonstrarem ser ineficazes ou insuficientes.

A necessidade social deve ser o critério justificador fundamental para a intervenção das normas incriminadoras, o que significa dizer que a conduta realizada deve ser repugnada, antes de tudo, pela própria sociedade, tendo assim justificada a tutela penal.

Isto porque o Direito penal realiza as mais graves interferências na esfera de liberdade individual, sua utilização, portanto, deve estar limitada e orientada pelos objetivos de realizações dos interesses sociais maiores, do contrário, seu uso desenfreado importa ofensa à dignidade da pessoa humana, uma vez que estar-se-ia diante de intervenções desnecessárias.

Segundo entendimento de Fernando Capez:

"o ramo penal só deve atuar quando os demais campos do Direito, os controles formais e sociais tenham perdido a eficácia e não sejam capazes de exercer essa tutela. Sua intervenção só deve operar quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outro ramo do Direito." (CAPEZ, 2013, p. 38).

A criminalização de condutas de baixa lesividade social é própria de regimes totalitários, pois pretende disciplinar pelo medo e pela repressão penal as condutas do povo em todas as suas filigranas.

A atividade punitiva deve ser sempre a última medida de um Direito que respeita a dignidade e liberdade individual de seus cidadãos, e nunca a primeira. Neste sentido, manifesta-se Fernando Capez: "Se existe um recurso mais suave em condições de solucionar plenamente o conflito, torna-se abusivo e desnecessário aplicar outro mais traumático" (CAPEZ, 2013, p. 39).

Daí a concepção consolidada doutrinariamente de um Direito penal como *ultima ratio*, ou seja, última medida, restringindo-se ao mínimo

necessário para a manutenção da harmonia social e apenas quando os outros ramos do direito não forem suficientes para fazê-lo.

Nos dizeres de Guilherme Nucci, “O Direito Penal é considerada a *ultima ratio*, isto é a última cartada do sistema legislativo, quando se entende que outra solução não pode haver senão a criação de lei penal incriminadora” (NUCCI, 2013, p. 93).

A intervenção mínima e adequada, portanto, implicará critérios de seletividade na indicação dos bens jurídicos que receberão a tutela penal; critérios estes traçados pelo próprio legislador, que observará os princípios que norteiam o direito penal.

3.4 Princípio da adequação social

De acordo com o princípio da adequação social, é impossível se considerar como delituosa e sujeita a sanção, uma conduta aceita ou tolerada pela sociedade, mesmo que se enquadre em uma descrição típica. Logo, se um comportamento, em determinadas circunstâncias, não recebe juízo de reprovação social, não pode constituir um crime.

Nos dizeres de Rogério Greco: “significa que apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal, não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada” (GRECO, p. 15).

Ainda segundo o referido autor, o princípio possui dupla função, quais sejam a de restringir o âmbito de aplicação do direito penal e dele excluir condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade, bem como a de orientar o legislador na eleição das condutas que se deseja proibir ou impor (GRECO, p. 15).

Seja pelos costumes, folclore ou cultura, tais condutas, passaram a ser excluídas da esfera penal, ainda que aparentemente sejam típicas, e entram no âmbito da atipicidade, uma vez que estão amparadas pela aceitação social.

É certo que tal princípio não é estático, como também não o é a sociedade. Assim, é possível que determinadas condutas que já foram entendidas com atípicas deixem de ser toleradas, como tem acontecido com várias atividades envolvendo crueldade com animais.

4. O CRIME DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL SOB ENFOQUE PRINCÍPIOLÓGICO

Partindo do acima exposto, mister analisar o dispositivo analisado no presente artigo à luz de tais princípios para então aferir sua compatibilidade com os mesmos. Para tanto, há de se voltar ao cerne da questão que aqui se pretende testificar.

Em poucas palavras, a pesquisa pretende identificar a posição ocupada pelo dispositivo ora estudado, no cenário traçado acima, buscando concluir se o tipo penal se adéqua ao perfil constitucional do Estado democrático de Direito ou se representa afronta ao mesmo, caso em que restará manifesta sua inconstitucionalidade substancial.

Passemos então a análise do referido dispositivo, primeiramente sob a luz do princípio da legalidade.

Em uma primeira análise, poder-se-ia pensar em plena consonância entre ambos, uma vez que é a própria lei penal que está definindo ou prevendo o crime de violação de direito autoral, fazendo-o através do dispositivo ora analisado.

Contudo, vale ressaltar que, conforme exposto anteriormente, o princípio da legalidade vai além de simplesmente reservar para o estrito campo da lei a existência de um crime e sua correspondente pena. O princípio tem ainda a função de garantir aos cidadãos uma mínima proteção política em face do poder punitivo estatal, significa dizer que estes não podem ser punidos senão pelas condutas previamente estabelecidas por lei como indesejáveis e criminosas.

Nesta perspectiva, surge o questionamento quanto aos tipos penais vagos e imprecisos. Serão estes capazes de conferir tal segurança aos cidadãos?

Neste sentido, manifesta-se Cernichiaro, citado por Nucci (2013):

"Vale ressaltar que a legalidade, como garantia humana fundamental que é, no campo penal, não pode ser meramente formal, sendo insuficiente apenas a existência de uma lei anterior à conduta. Torna-se indispensável que a elaboração do tipo penal seja específica, ou seja, claramente individualizadora do comportamento delituoso." (NUCCI, 2013, p. 112).

Como poderá o cidadão evitar a invasão em seu direito de liberdade, se não sabe ao certo a conduta tida como delituosa para que dela possa se esquivar?

Neste sentido, relevante o ensinamento de Nilo Batista:

"A função de garantia individual, exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligíveis por todos os cidadãos. Formular tipos penais "genéricos ou vazios", valendo-se de "cláusulas gerais" ou "conceitos indeterminados" ou "ambíguos", equivale teoricamente a nada formular, mas é prático e politicamente, muito mais nefasto e perigoso." (BATISTA, 1990, p.78.)

Do exposto, passemos a análise propriamente dita do *caput* do art. 184 do CPB. Amolda-se com o referido princípio? Será ele revestido da precisão e clareza que o princípio exige para sua plena adequação? Cumpre a função garantidora do princípio da legalidade?

O *caput* do referido dispositivo possui a seguinte redação, ora transcrita:

"Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)"

Nota-se que o *caput* do art. traz como conduta criminosa o ato de **violar direitos do autor**. Resta, contudo o seguinte questionamento: o que vem a significar o verbo "violar" dentro do referido dispositivo? Não seria abrangente demais para representar um tipo penal?

Analisar-se-á a definição terminológica da palavra:

"vi.o.lar

(lat **violare**) **vtd 1** Infringir, quebrantar, transgredir: **Violar a lei, violar o juramento. 2** Atentar contra o pudor de: forçar, estuprar, violentar: **Violar uma donzela. 3** Profanar: **Violar**

uma igreja, violar um templo. 4 Abrir uma carta destinada a outrem: **Violar uma correspondência. 5** Revelar indiscretamente: **Violar um segredo.** "(Dicionário Português online: Michaelis, 2009).

"vi.o.lar

v.t. Desrespeitar, infringir, transgredir: **violar as leis.** / Desrespeitar a santidade de; profanar: **violar templos.** / Divulgar, revelar: **violar segredos.** / Desvirginar, deflorar, estuprar. // Violar correspondência, abrir correspondência destinada a outrem. // Violar o domicílio de alguém, invadi-lo ilegalmente." (FERREIRA, 2004).

Nota-se que de ambas as fontes, extrai-se o largo alcance terminológico da palavra, podendo assumir diferentes significados de acordo com o contexto em que estiver inserida. De que forma então entende o legislador a palavra em questão enquanto conduta criminosa?

São questionamentos relevantes, uma vez que o tipo penal não contém expressamente tal descrição. Mostra-se necessário, para a preservação da função garantidora do princípio da legalidade, entender qual conduta considerou o legislador como ilícito desta natureza.

Ora, se mesmo aos profissionais do direito uma interpretação como esta exige profundo estudo e reflexão da matéria, como será para o cidadão que constitucionalmente tem direito de saber por lei, com antecedência, as condutas que lhe são penalmente proibidas?

Se não se sabe ao certo qual a conduta proibida, não se pode reprovar alguém por sua prática, pois não há culpabilidade sem a potencial consciência da ilicitude.

É bem verdade que em seus parágrafos, o art.184 do CPB é mais preciso ao definir uma série de condutas vedadas, entretanto a redação de todos eles faz referência à expressão "violar direito de autor" presente no *caput*, o que torna suas interpretações dependentes do significado que é atribuído ao tipo penal do *caput*.

Se tivesse o legislador mencionado ao menos uma das condutas presentes no parágrafo 2º, no *caput* do artigo, talvez a realidade fática do referido dispositivo fosse distinta e possivelmente a atual discussão proposta nesta pesquisa, não mais se sustentaria. Contudo, estas são somente suposições que infelizmente não remetem à realidade, o que, por sua vez, dá azo à presente pesquisa.

Vê-se, pois, que a expressão “violar direito de autor” é tão vaga que não admite uma interpretação que possa ser considerada minimamente pacífica mesmo entre os juristas. Destarte, evidentemente, não satisfaz a clareza necessária para ser considerado um crime definido em lei que pudesse ser compreendido por qualquer pessoa do povo alfabetizada, razão por que o art.184 do CPB sob o prisma do princípio da legalidade deve ser considerado inconstitucional.

De igual forma, no que tange ao princípio constitucional penal da taxatividade, teremos igual cenário de incompatibilidade, uma vez que o referido dispositivo carece de precisão na descrição da conduta tida como criminoso.

No que concerne ao princípio da intervenção mínima e da adequação social, várias ponderações poderiam ser feitas, entretanto, estas poderiam escapar do principal objetivo traçado para a presente pesquisa, qual seja evidenciar a inconstitucionalidade do referido dispositivo penal, dada à ofensa a princípios de base constitucionais.

Por este motivo, optar-se-á por uma breve análise do tema, dada sua inegável pertinência, sem a pretensão de esgotá-lo, uma vez que não representa o foco central do presente trabalho.

Conforme disposto acima, consoante o princípio da intervenção mínima cabe ao Direito Penal a tutela de determinados bens jurídicos, selecionados segundo critérios políticos específicos, já detalhados anteriormente.

Ora, se existe um dispositivo penal a tutelar a propriedade imaterial, significa dizer que existem condutas repugnadas, antes de tudo, pela própria sociedade e que, de alguma forma, representam lesão a tal bem jurídico, justificando a utilização da “última medida”, qual seja o Direito Penal.

Contudo, neste ponto resta o seguinte questionamento: será mesmo que o crime previsto do artigo 184 do CPB está a causar tamanha reprovação social de modo a justificar a tutela penal? Ou estar-se-á diante de fatos que ganharam adequação social, perdendo deste modo sua razão de ser tutelado por tal ramo do Direito?

Nota-se que o cerne do questionamento ora exposto versa em objeto distinto daquele que se pretende com o presente trabalho, pois estes buscam identificar se o crime de violação de direito autoral está, de fato, a merecer a tutela penal, ou se encontra amparo na aceitação social, caso em que outros ramos do direito mostrar-se-iam suficientes para a proteção do bem jurídico.

Não se pode negar que a violação de direitos autorais – conhecida popularmente como pirataria - vem se tornando parte do cotidiano das pessoas e ganhando cada vez mais aceitação ou causando sempre menos repúdio social; o que por sua vez pode estar a evidenciar a aceitação social da conduta.

Daí sua utilização em massa como argumento de defesa nos processos criminais, conforme se extrai do trecho jurisprudencial ora transcrito:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - VENDA DE CD'S E DVD'S FALSIFICADOS - ART. 184, § 2º DO CP - VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL - PRECEDENTES DO STF E STJ - PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E DA INTERVENÇÃO MÍNIMA - AFASTAMENTO - TIPICIDADE MATERIAL RECONHECIDA - RECURSO IMPROVIDO. - Consumada a infração prevista no art. 184, § 2º, do CP, descabida a invocação da teoria da adequação social ao propósito de afastamento da tipicidade material da conduta, porquanto a conduta praticada pelo acusado possui relevância penal.

V.V.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO MINISTERIAL. ARTIGO 184, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. RÉU **ABSOLVIDO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. POSSIBILIDADE. CONDUTA SOCIALMENTE ACEITA.** AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. DECISÃO PRIMEVA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. - **Aplicam-se os princípios da adequação social e da intervenção mínima nos casos de comércio de produtos piratas, tendo em conta que a prática, além de fazer parte do cotidiano do país, é aceita pela sociedade,** máxime quando o agente o faz para se manter no emprego informal, sendo esta sua única atividade. (Apelação Criminal 1.0518.09.173064-9/001, Relator(a): Des.(a) Nelson Missias de Moraes , Relator(a) para o acórdão: Des.(a) Matheus Chaves Jardim , 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 12/03/2014, publicação da súmula em 24/03/2014). (*grifo nosso*)

Pelo exposto, resta evidente a afronta que o art. 184 do CPB, ora analisado, representa aos princípios acima descritos, o que está por evidenciar sua inconstitucionalidade material.

4.1 Posições doutrinárias acerca do tema

Para alguns, o dispositivo penal ora analisado não constitui ofensa a princípios constitucionais, por ter tal carência na descrição da conduta delituosa, suprida pelas disposições contidas na Lei Civil nº 9.610/1998, tratando-se, portanto, de uma norma penal em branco.

Várias ponderações precisam ser feitas acerca do posicionamento ora descrito, primeiramente, no que tange à própria solução proposta. Ora, suprir a carência de descrição de conduta de um tipo penal com condutas descritas em uma lei civil, evidencia uma equiparação de ilícitos de diferentes naturezas que assim o são devido razões específicas, critérios políticos de seleção traçados pelo próprio legislador.

Rogério Greco, na Obra Estrutura Jurídica do Crime, traça um interessante paralelo entre os diversos tipos de ilícitos, evidenciando a existência de uma razão política para que determinado ilícito seja tutelado pela esfera penal.

Vale ressaltar que não se quer com isto defender que a propriedade imaterial não mereça a tutela penal, pois esta é uma discussão que foge do objetivo da presente pesquisa.

Ademais, acredita-se ser perfeitamente possível, que o legislador, baseando-se em seus critérios específicos, defina condutas, relativas à mesma matéria, que representem meros ilícitos civis, e as estas reserve as sanções cabíveis na esfera cível, e condutas, que dada à gravidade da ofensa, mereçam sim a tutela penal, com sua devida punição previamente disposta em lei.

Nota-se que deste modo, não se estaria diante de afronta a princípios constitucionais, nem tampouco de equiparação de ilícitos de diferentes naturezas, uma vez que havendo distinção clara entre o penal e o civilmente punível, a dignidade da pessoa humana, a liberdade dos cidadãos está garantida.

Entretanto a solução proposta e aceita por grande parte dos juristas não delinea tal distinção; pelo contrário, ela propõe uma sanção penal para uma conduta prevista em uma lei civil, já que a lei penal fora omissa na descrição da conduta.

A atividade legislativa, portanto, no que concerne ao dispositivo 184 do CPB, carece de clareza nesta distinção. Em outras palavras, faz-se necessário que o legislador aponte quais as condutas que estão a lesar o direito do autor, configuram ilícitos penais, uma vez que as que representam meros ilícitos civis já estão devidamente arroladas em lei específica (Lei nº 9.610/1998).

Neste sentido, o entendimento consolidado por Túlio Vianna acerca do tema, corrobora a ideia que se pretende demonstrar com a presente pesquisa, conforme se extrai do presente trecho de sua Obra *A Ideologia da Propriedade Intelectual*:

"Sob o aspecto de tipo legal a expressão "violar o direito de autor" não descreve o comportamento proibido de forma minimamente precisa. Ao remeter a um conceito da lei civil nº 9.610/1998, esvanece totalmente sua função de garantia contrariando o princípio constitucional da taxatividade." (VIANNA, 2005, p. 13).

Existem ainda outras problemáticas advindas do posicionamento acima exposto, que igualmente merecem destaque. A afronta ao princípio da separação dos poderes, por exemplo, uma vez que ao propor fazer uso de condutas elencadas em uma lei civil, trazendo-as para esfera penal, propõe-se atividade legislativa de meros aplicadores do direito.

A solução proposta, portanto, atribui ao Judiciário, a quem compete tão somente à aplicação do direito, uma função legislativa não prevista constitucionalmente; daí afronta ao referido princípio.

A proposta para solucionar o problema, segundo nosso entendimento, deve-se dar em sede legislativa com alteração redacional do *caput*. do dispositivo legal ora estudado, o qual deveria conter condutas precisas, claras e objetivas, e ainda que não se confundam com as elencadas na Lei civil nº 9.610/1998, sob pena de caracterização de sua inconstitucionalidade substancial, dada ofensa a princípios de base constitucional.

4.2 Norma Penal em branco

Consoante acenado acima, atualmente, tem-se consolidado sempre mais o entendimento de que o dispositivo 184 do CPB constitui uma norma penal em branco, haja vista sua necessidade de complementação, que é alcançada pelas disposições contidas na Lei civil nº 9.610/1998.

Pelo acima exposto, faz-se mister adentrar no verdadeiro conceito de norma penal em branco, para somente então concluir se de fato se está diante de uma norma penal em branco.

Sabe-se que todo tipo penal incriminador é composto de dois preceitos, quais sejam o preceito primário, aquele que contém a descrição da conduta delituosa e preceito secundário, que por sua vez estabelece uma pena.

Normas penais em branco são aquelas que necessitam de complementação para que se possa compreender o âmbito da aplicação de seu preceito primário, isto é, a parte do tipo penal que descreve a conduta delituosa (GRECO, 2008, p. 7).

Significa dizer que, embora haja uma descrição da conduta proibida, essa descrição, necessita de um complemento a ser extraído de outro diploma - leis, decretos, regulamentos etc - para que possam, efetivamente, ser entendidos os limites da proibição ou imposição feitos pela lei penal, uma vez que, sem esse complemento, torna-se impossível a sua aplicação.

Neste sentido, Luiz Régis Prado:

"Na lei penal em branco, o comportamento prescrito (ação ou omissão) vem apenas parcialmente descrito ou enunciado, sendo que a parte integradora ou complementar – elemento indispensável à conformação da tipicidade penal – está prevista em outra norma jurídica da mesma ou inferior instância legislativa."(PRADO, 2013, p. 215).

Consoante Guilherme Nucci, tais normas trazem em seu conteúdo referências a termos ou expressões, cuja descrição e conteúdo somente se tornam claros mediante a consulta a normas constantes de outros corpos legislativos ou administrativos (NUCCI, 2013, p. 106).

Insta, contudo, salientar que conforme disposto acima, a norma penal em branco necessita tão somente de uma complementação à conduta descrita, o que pressupõe a existência de uma descrição delineada da conduta delituosa.

CEREZO, citado por PRADO (2013), diz ser indispensável que a lei penal em branco contenha a descrição do núcleo essencial da ação proibida (*ou ordenada*) (PRADO, 2013, p. 216).

Visando melhor elucidar o acima exposto, analisar-se-á um clássico exemplo de uma norma penal em branco.

A Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, em seu art. 28, traz a seguinte disposição:

"Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:"

Trata-se de uma norma penal em branco, porque para ter o efetivo enquadramento de uma pessoa neste tipo penal é imprescindível saber a quais substâncias se refere o legislador, uma vez que este não explicita quais são elas, limitando-se a utilização da palavra drogas.

Nota-se que a complementação faz-se necessária para fins de aplicação do mencionado artigo, e encontra guarida na Portaria expedida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), autarquia vinculada ao Ministério da Saúde que, por sua vez, define quais substâncias são tidas como drogas e têm seu uso proibido.

Vale ainda ressaltar que tal complementação de que necessita o dispositivo ora analisado versa tão somente no que vem a consistir as substâncias entorpecentes, uma vez que as condutas tidas como delituosas estão expressamente previstas no tipo penal e consistem em *adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo*.

Nota-se, portanto que uma norma penal em branco não será aquela que carece de descrição da conduta delituosa, mas sim aquela que carece de um complemento normativo que possibilite o efetivo enquadramento da conduta descrita à conduta realizada pelo agente.

Muitas vezes, esse complemento de que necessita a norma penal em branco é fornecido por outra lei, ou, como vimos acima, no caso do art. 28 da mencionada lei, por algum outro diploma que não uma lei em sentido estrito. Por essa razão, a doutrina divide as normas penais em branco em dois grupos:

Normas penais em branco homogêneas: quando o seu complemento é oriundo da mesma fonte legislativa que editou a norma que necessita desse complemento.

Normas penais em branco heterogênea: quando o seu complemento é oriundo de fonte diversa daquela que a editou.

No caso do art. 28 da Lei de Entorpecentes, por exemplo, estamos diante de uma norma penal em branco heterogênea, uma vez que o complemento necessário ao referido artigo foi produzido pela ANVISA, e a Lei nº 11.343/2006 foi editada pelo Congresso Nacional.

Deste modo, pode-se concluir que a norma penal em branco não se confunde com o tipo aberto, aquele que não apresenta a descrição típica completa e exige uma atividade valorativa do juiz.

Neste sentido, relevante o entendimento de Guilherme Nucci, ora transcrito:

"Parece-nos razoável a existência das normas penais em branco. Lembremos que o branco da norma, dependente de complemento pode ser integralmente preenchido por meio de consulta a outra norma vigente, em textos de conhecimento público. Ademais a norma em branco pode ser muito mais segura do que tipos penais excessivamente abertos." (NUCCI, 2013, p. 107).

Após discorrer sobre o conceito propriamente dito de norma penal em branco, torna-se possível analisar o dispositivo 184 do CPB e traçar a conclusão proposta acima.

Sabe-se que o que se tem consolidado doutrinariamente, é que o referido artigo constitui norma penal em branco dada sua ausência de descrição na conduta delituosa, entretanto, tendo em vista o acima exposto, tal conclusão mostra-se descabida, uma vez que foge do real conceito de norma penal em branco.

Afinal, a norma penal em branco pressupõe a existência de uma conduta delituosa explicitamente descrita, carecendo somente de uma complementação desta para seu efetivo alcance.

Não parece o caso do referido dispositivo, que sequer possui uma conduta delituosa descrita. O tipo penal previsto no art. 184 do CPB é demasiadamente vago e genérico para refletir consonância ao perfil constitucional de um Estado Democrático de Direito.

5. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS ENVOLVENDO A PROBLEMÁTICA

Por todo o exposto, resta evidenciada a relevância da abordagem ora proposta, que seja em sede doutrinária, seja em sede acadêmica ou

mesmo social, sempre mais terá justificada sua discussão, uma vez que envolve impactos práticos para a sociedade.

Tal realidade não poderia mostrar-se diferente no Judiciário, onde é sempre crescente o número de demandas que, alegando a inconstitucionalidade do dispositivo, requerem absolvição de quem é enquadrado no referido crime. É o que ora se passa a demonstrar.

"EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL - ABSOLVIÇÃO - PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL - INVIABILIDADE - **INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO LEGAL** - INOCORRÊNCIA - CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

- Embora sirva de norte para o legislador, que deve distinguir dentre as condutas aquelas socialmente relevantes e, portanto, merecedoras de intervenção do Direito Penal, não me parece razoável a aplicação pelo Judiciário do Princípio da Adequação Social.
- Inexiste inconstitucionalidade no dispositivo legal previsto no art. 184, § 2º do CPB - precedente julgado pela Corte Superior do eg. TJMG.
- A proteção dos direitos autorais é uma necessidade premente em nossa sociedade nos dias atuais, principalmente em face do vertiginoso crescimento desse tipo de delito, deixando indefesos aqueles que sobrevivem da criação artística." (Apelação Criminal 1.0209.08.089275-2/001, Relator(a): Des.(a) Furtado de Mendonça , 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 27/08/2013, publicação da súmula em 04/09/2013)

Nota-se relevante e faz-se evidenciar que o tema tem chegado ao Judiciário em número sempre mais crescente, independentemente de seu acolhimento ou não.

De igual maneira o recurso de apelação nº 1.0024.05.646547-9/001 interposto pelo Réu, contra sentença oriunda do juízo da 9ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, evidencia tal presença do tema no Judiciário.

A sentença proferida por aquele juízo o condenou às penas de dois anos de reclusão, regime aberto, e dez dias-multa, à razão mínima, pela prática do crime previsto no art. 184, § 2º, do CP. Narram os autos

que, em 30/06/2004, o acusado foi surpreendido por policiais civis, na Rua São Paulo, centro de Belo Horizonte, expondo à venda 82 (oitenta e dois) CD's produzidos com violação de direitos autorais. Ao perceber a presença deles, o acusado desarmou o tabuleiro e empreendeu fuga, mas foi alcançado e preso.

Após instrução criminal, veio sentença condenatória, reconhecendo a violação a direito autoral. A pena privativa de liberdade foi substituída por penas restritivas de direitos. A defesa do réu recorre buscando a absolvição sob alegação de erro de proibição.

O voto do Des. Rel. Alexandre Victor de Carvalho dá provimento ao apelo, não pelo invocado erro de proibição, uma vez que inexistente, haja vista que a conduta do apelante demonstrou o conhecimento da proibição existente, mas sim por comungar das conclusões alcançadas por Túlio Vianna, na obra **A Ideologia da Propriedade Intelectual**, acerca da inconstitucionalidade do referido dispositivo dada a afronta aos princípios da legalidade e taxatividade.

Nos dizeres do Desembargador:

"A Constituição da República de 1988, ao declarar o Brasil um Estado Democrático de Direito, adotou no art. 5º, inc. XXXIX, o conhecido princípio da Legalidade que tem, como uma de suas funções, proibir incriminações vagas e indeterminadas. (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*)."

E continua ainda "A meu sentir, um desses exemplos de conceitos vagos e imprecisos é o encontrado no § 2º do art. 184 quando diz "violação do direito de autor". O que isso significa?"

Nota-se no caso em tela que a alegação partiu do próprio Judiciário através do posicionamento do Desembargador Relator. Igualmente relevante à postura do então Des. Hélcio Valentim que em seu voto diz ser imperioso que a Corte Superior se pronuncie sobre a inconstitucionalidade do dispositivo em questão, para que, a partir do precedente, os seus órgãos fracionários possam declará-la, caso seja esse o entendimento da Corte.

O presente recurso restou sumulado:

"SÚMULA: APÓS O DESEMBARGADOR VOGAL ARGÜIR A INCONSTITUCIONALIDADE DO § 2º DO ARTIGO 184 DO CÓDIGO PENAL, A TURMA JULGADORA DEU POR RELEVANTE A QUES-

TÃO, SOBRESTANDO O JULGAMENTO. O DESEMBARGADOR PRESIDENTE DETERMINOU A REMESSA DOS AUTOS À EGRÉ-GIA CORTE SUPERIOR PARA O EXAME DA QUESTÃO À LUZ DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 481 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL."

Igualmente imperiosa, faz-se a análise do incidente de arguição de inconstitucionalidade cível nº 1.0024.03.146587-5/002 na apelação criminal nº 1.0024.03.146587-5/001 – Comarca de Belo Horizonte – Requerente(s): 5º Câmara Criminal – Requerido(a): Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Rel. Des. Sérgio Resende, levada à apreciação desta Corte em 10 de dezembro de 2008, com a seguinte ementa:

"EMENTA: INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - RESERVA DE PLENÁRIO - ART. 184, § 2º DO CÓDIGO PENAL - QUESTIONAMENTO DE NULIDADE DO CITADO DISPOSITIVO LEGAL - PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO E DE DIREITOS PESSOAIS DOS AUTORES E SEUS SUCESSORES - TIPO PENAL EM BRANCO - COMPLEMENTAÇÃO PELA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA PÁTRIA - INOCORRÊNCIA DE LESÃO AO PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE - REGRA QUE ATENDE AOS ANSEIOS POPULARES - IMPROCEDÊNCIA DA ARGUIÇÃO."

A questão fora levantada pelo Des. Alexandre Victor de Carvalho que, em seu voto, sustenta a inconstitucionalidade do parágrafo segundo do art. 184 do CPB, por entender que a citada norma viola o princípio constitucional da taxatividade, trazendo uma incriminação vaga e imprecisa, fundando-se em um bem jurídico indeterminado, o que é vedado no Direito Penal brasileiro.

Para o Desembargador, o referido dispositivo não constitui norma penal em branco, uma vez que estas necessitam tão somente de complementação de seu preceito primário, não podendo tal preceito ser constituído por um verbo genérico, núcleo do tipo, uma locução, que não tem nenhuma precisão, que é, totalmente, porosa e que tem uma vaguidade imensa.

Como *amicus curiae*, ingressou no feito o Instituto Brasileiro de Direito Eletrônico - IBDE, apresentando parecer pela procedência do incidente. Seguem trechos desta participação que corroboram com o tema desta pesquisa:

"A simples leitura do art. 184 do CP – “violiar direito de autor” – para a maioria dos brasileiros, incluindo aqueles de formação universitária, não esclarece, com o mínimo de taxatividade necessária, qual a conduta para a qual se prevê a imposição da pena."

E ainda:

"A expressão “violiar direito de autor” não descreve o comportamento proibido de forma minimamente precisa e, por isso, evanece totalmente sua função de garantia, contrariando o princípio constitucional da taxatividade."

Pelas transcrições e posicionamentos descritos, resta nítido que a alegação da inconstitucionalidade do referido dispositivo penal faz-se sempre mais presente no Judiciário, o que, por sua vez, pode estar a evidenciar uma problemática, afinal, se o tipo penal fosse claro e objetivo, as alegações de sua inconstitucionalidade não se sustentariam.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho científico propôs a análise do artigo 184 do CPB, visando a identificar se este se amolda ao perfil constitucional do Estado Democrático de Direito.

Em vista dos argumentos apresentados, a conclusão pela inconstitucionalidade material do referido dispositivo faz-se necessária, dada a evidenciação de afronta a princípios constitucionais penais.

Com a pesquisa, verificou-se que a ausência de descrição na conduta delituosa, é incompatível com os princípios constitucionais da legalidade e da taxatividade, o que, por sua vez, evidencia a inconstitucionalidade substancial do referido dispositivo penal e justifica a defesa de tê-lo expurgado do ordenamento jurídico atual.

Constatou-se ainda, que a solução proposta em sede doutrinária, qual seja, a escolha pela norma penal em branco, buscando complementações na Lei nº 9.610/98, acarreta afronta ao princípio da separação dos poderes, bem como equiparação de ilícitos de diferentes naturezas.

Traçando soluções em sede legislativa para a problemática, o presente trabalho mostra-se relevante não somente para a constatação ou le-

vantamento de uma problemática, como também por levantar discussões acerca de um tema de tamanha relevância social. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 3° ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. 2° ed. São Paulo: Martin Claret, 2010.

BINI, Diego. **O Estado Democrático de Direito e o direito penal no Brasil: Finalismo ou funcionalismo? Eis a questão**. Jus Navigandi, Teresina. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22564>>. Acesso em: 05 abr. 2014.

BITTENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal 3 – Parte Especial**. 7° ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 3.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crime e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 24 de ago. 2006.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 20 de fev. 1998.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Especial**. 10° ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 17° ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo; ROQUE, Nathaly Campitelli. **Vademecum Humanístico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – parte geral. Disponível em: < <http://pt.slideshare.net/dianasampaio2008/direito-curso-de-direito-penal-parte-geral-rogério-greco>> Acesso em: 24 abr. 2014.

GRECO, Rogério; GALVÃO, Fernando. **Estrutura Jurídica do Crime**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6° ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça. Apelação criminal** - processo penal - violação de direito autoral - art. 184, § 2°, CPB - ofensa ao princípio da taxatividade - arguição de inconstitucionalidade - relevância - acolhimento pela turma julgadora – incidência da segunda parte do art. 481, do CPC - aplicação subsidiária, na forma do art. 3°, do CPP - remessa ao órgão especial. Ap. 1.0024.05.646547-9/001, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho. Publ. 31/05/2008.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça. Incidente de Inconstitucionalidade** - reserva de plenário - art. 184, § 2º do Código Penal. Ap. 1.0024.03.146587-5/001, Rel. Des. Sérgio Resende.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça. Réu absolvido**. Aplicação do princípio da adequação social. Possibilidade. Conduta socialmente aceita. Ap. 1.0518.09.173064-9/001. Rel. Des. Matheus Chaves Jardim. Publ. 24/03/2014.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça. Violação de direito autoral** - absolvição - princípio da adequação social - inviabilidade - inconstitucionalidade do dispositivo legal. Ap. 1.0209.08.089275-2/001, Rel. Des. Furtado de Mendonça. Publ. 04/09/2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal** – Parte Geral. 9° ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 3° ed. ver., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro** – Parte Especial. 11° Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SOUZA, Esdras Dantas de. **Curso de Direito Penal**, aulas de direito em vídeo. Disponível em: < <http://estudosdedireitopenalpartegeral.blogspot.com.br/>>. Aceso em 08 abr. 2014.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VIANNA, Túlio lima. **A ideologia da propriedade intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor**. Disponível em: <https://www.academia.edu/1911161/A_ideologia_da_propriedade_intelectual_a_inconstitucionalidade_da_tutela_penal_dos_direitos_patrimoniais_de_autor>. Acesso em: 04 set. 2013.

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS

- 1 - Os textos devem ser enviados por correio eletrônico, para o endereço *emerjpublicacoes@tjrj.jus.br*;
- 2 - Fontes:
 - ✓ no corpo do texto - **Times New Roman – 12**
 - ✓ nas citações longas e notas de rodapé – **10**
 - ✓ cor preta (exceto para gráficos);
- 3 - Margens: esquerda e superior de **3 cm**; direita e inferior de **2 cm**;
- 4 - Espaços no corpo do trabalho: **1,5**;
- 5 - Espaço simples, nos seguintes casos:
 - ✓ citações literais de mais de três linhas,
 - ✓ notas, referências;
- 6 - Destaques: itálico ou negrito;
- 7 - Numeração de páginas - iniciada a partir da segunda folha da introdução, embora a inicial seja contada;
- 8 - Fazer referências às fontes de consulta através de citações no texto ou em notas de rodapé, observando que:
 - ✓ a primeira citação de uma obra deverá ter a sua referência completa.

Exemplo:

ÚLTIMO SOBRENOME do autor (exceto Filho, Neto, Júnior),
Prenome e outros sobrenomes (abreviados ou não). **Título**. Local:
editora, ano. página¹.

- ✓ as citações subsequentes da mesma obra podem ser feitas de forma abreviada, com as seguintes expressões:

a) *Idem* (id) – mesmo autor²

b) *Opus citatum* (op. cit.) – obra citada³

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 24.

² *Idem*, 2001, p. 19.

³ RODRIGUES, *op.cit.*, p. 40.