

ISSN 2236-8957

Revista da

EMERJ



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Volume 2 n°7 - 1999



EMERJ - A ESCOLA DO JUIZ

Revista da

EMERJ



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Volume 2 Número 7 - 1999



EMERJ - A ESCOLA DO JUIZ

© 1999, EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Coordenador: Des. Décio Xavier Gama

Conselho Editorial:

Des. Manoel Carpena Amorim; Des. João Carlos Pestana de Aguiar Silva; Des. Laerson Mauro; Des. Darcy Lizardo de Lima; Des. José Carlos Barbosa Moreira; Des. Décio Xavier Gama; Min. Carlos Alberto Menezes Direito; Juiz Fernando Marques Campos Cabral; Juíza Ana Maria Pereira de Oliveira; Juiz Henrique Carlos de Andrade Figueira; Juíza Letícia de Faria Sardas.

Produção Gráfico-Editorial da Assessoria de Publicações da EMERJ:

Irapuã Araujo (Editor, MTb 597/MA-RJ); Márcio Alvim (Editoração); Geórgia Kitsos (Editoração *website*); William Lages e Geórgia Kitsos (Capa); Irapuã Araujo, Suely Lima Teixeira e Rosa Xerfan (Revisão)

Apoio Cultural: Banco do Brasil

Impressão: Infra-Estrutura Gráfica Banco do Brasil

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -
EMERJ, 1998.

v.

Trimestral -

ISSN 1415-4951 (impresso); 2236-8957 (*on-line*)

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

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Av. Erasmo Braga, 115/4º andar - CEP: 20026-900 - Rio de Janeiro, RJ

Telefones: (0XX21) 533-6642 / 533-5644 / 588-3376 - Fax: (0XX21) 533-8129

E-mail: emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br



Diretoria da EMERJ

Diretor-Geral

Des. Manoel Carpena Amorim

Conselho Consultivo

Efetivos

Des. João Carlos Pestana de Aguiar Silva

Des. Laerson Mauro

Des. Darcy Lizardo de Lima

Suplentes

Des. Sérgio Cavalieri Filho

Des. Marcus Antonio de Souza Faver

Des. Fernando Celso Guimarães

Presidente do Conselho de Conferencistas Eméritos

Des. José Joaquim da Fonseca Passos

Diretora do Departamento Geral de Estudos e Ensino

Dra. Heloisa Carpena Vieira de Mello

Coordenadora Geral de Ensino

Dra. Márcia Claudia Accioly Pimentel

Chefe de Gabinete

Dra. Maria Alice da Cruz Marinho Vieira

APRESENTAÇÃO

Meus amigos,

Mais uma edição da Revista EMERJ vem a lume.

O projeto, portanto, se solidificou.

Temos certeza, pelas manifestações recebidas, que a Revista já ocupa um espaço importante nas letras jurídicas do nosso país.

Neste número, como relata o nosso Coordenador, Des. Décio Gama, estamos abrindo outras frentes, para torná-la ainda mais atraente e informativa.

Esperamos atender aos anseios e expectativas dos nossos leitores.

Sejam bem-vindos.

Des. Manoel Carpena Amorim
Diretor-Geral da EMERJ

A VIDA DE UMA REVISTA

Começou a REVISTA DA EMERJ com as dúvidas próprias de empreendimento do gênero quanto à sua periodicidade e até mesmo quanto à continuidade de suas edições. Estaria cedo, dizer-se, agora, ao ser lançado este 7º número, que procediam aquelas dúvidas? O apoio que tem recebido e a colaboração honrosa de figuras destacadas de nossas letras jurídicas revelam que a Revista percorreu campo fértil e tem espaço para prosseguir sempre. Por isso a justificada confiança do Diretor da EMERJ, Desembargador MANOEL CARPENA AMORIM, em que a Revista terá edição regular e garantia de vida longa.

De fato, a idéia inicial de se lançar publicação doutrinária que tivesse a participação de professores, basicamente, e dos muitos colaboradores da EMERJ, na área jurídica e de ensino, esteve presente na firme convicção do Diretor da ESCOLA desde o momento de sua posse.

Mas, as incertezas iniciais e dificuldades previsíveis se dissiparam e as colaborações que surgiram, estimuladas pelo aparecimento dos primeiros números da Revista, já nos enchem da segurança de que se iniciou a construção de obra permanente. A intensa atividade cultural e de ensino, com palestras, encontros, conferências, exposições e parcerias com outras entidades, que se desenvolve no dia a dia na ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, aliada à presença de cerca de 300 estagiários ali matriculados, permitem augurar aquela sua almejada continuidade.

Se o tímido projeto inicial de editar números a cada trimestre pareceu difícil, temos hoje a certeza de que há espaço e campo para uma regularidade de suas edições. Ao completar a revisão dos trabalhos prontos para este sétimo número já demos início à editoração de novos trabalhos recebidos para o próximo (nº 8).

Com este número é dada divulgação à relação de monografias elaboradas por estagiários no ano de 1998, que em número elevado, se submetem às Bancas de exame final na exposição oral programada pelo Curso de Preparação. Aprovados pela Banca os trabalhos relacionados passam a integrar o acervo da Biblioteca. No próximo número serão divulgados os trabalhos dos estagiários aprovados nos exames de 1999.

SUMÁRIO

RESPONSABILIDADE CIVIL *EX DELICTO* NO DIREITO BRASILEIRO **13**

Des. Manoel Carpena Amorim

I. Introdução. Conceitos doutrinários de responsabilidade civil. II. Evolução histórica. III. Reparação do dano *ex delicto* no Direito Brasileiro. IV. Os novos princípios inseridos na legislação brasileira, a propósito da reparação do dano *ex delicto*: a) Juizados Especiais Criminais. b) Código Nacional de Trânsito. c) Lei nº 9.714/98.

O DIREITO DE AUTOR NO CIBERESPAÇO **21**

Prof. José Oliveira Ascensão

Introdução: 1. Comunicação e informação. 2. Direito de autor inerente à utilização informática de obras em linha. 3. O direito de colocação em rede à disposição do público. 4. A integração no direito de comunicação ao público. I - O Direito de Autor e Exploração Empresarial. 5. A reversão da tutela do autor para o empresário. 6. O Autor e empresa no ciberespaço. II - Direito de Autor e Diálogo Cultural. 7. A “caça às exceções”. III - Direito de Autor e Acesso Condicionado. 8. O acesso condicionado como direito do produtor. IV - Direito de Autor e Informação sobre os Direitos. 9. A identificação da utilização das obras. 10. A desproteção do público. V - Direito de Autor e Sociedade da Informação 11. A sociedade da informação sobre os anticorpos. Conclusão.

O NOVO PROJETO DE RECUPERAÇÃO DA EMPRESA **44**

Dr. Paulo Penalva Santos

1. Introdução. 2. A evolução histórica das leis falimentares. 3. A obsolescência do atual modelo falimentar. 4. O conceito de empresa recuperável. 5. A reforma deve ser ampla. 6. O Projeto de Lei nº 4.376/93. 7. Conclusão.

A RESPONSABILIDADE NA SOCIEDADE POR QUOTAS **59**

Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves

1. A origem da sociedade por quotas. 2. A responsabilidade limitada dos sócios na sociedade por quotas - tipicidade. 3. O ato constitutivo: cláusula obrigatória. Omissão. 4. A integralização da quota e a realização do capital

social. Forma e prazo. A situação do menor. 5. A solidariedade entre os sócios quotistas. A ação de integralização. 6. Responsabilidade ilimitada.

JULGAMENTO DO RECURSO EX ART. 105, III, A, DA CONSTITUIÇÃO 81
DA REPÚBLICA: SINAIS DE UMA EVOLUÇÃO AUSPICIOSA

Des. José Carlos Barbosa Moreira

Recurso Especial (art. 105, n° III, *a*) e Recurso Extraordinário (art. 102, n° III, *a*): contrariedade de lei federal ou da Constituição. Não conhecimento ou conhecimento do recurso. Críticas doutrinárias da maneira de julgar do STJ e do STF, que seguiam simplesmente o costume. Argumentos de índole técnica e outros extraídos das conseqüências da aplicação do método atual de julgar, que acaba por eliminar a distinção inerente ao julgamento de quaisquer recursos, entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito. A Súmula n° 249, como subterfúgio para julgamento da ação rescisória. A justificação à guisa de suporte daquela forma de julgar, com a figura do “não conhecimento por motivo de mérito”. Acórdãos mais recentes já revelam que outro é o verdadeiro caminho. Julgamentos de 1997 e 1998 em que se conhece do recurso e, no mérito, a ele é negado provimento, são decisões que sinalizam o rumo certo desta questão, sendo de se esperar que a boa técnica afinal prevaleça.

O PROCESSO CIVIL NO TERCEIRO MILÊNIO 92

Dr. Sergio Bermudes

Indagações sobre os destinos da processualística a serem feitas pela Associação Internacional de Direito Processual brevemente em Viena. Tema geral: o processo civil no limiar do próximo milênio. A efetividade do processo: a magna preocupação da processualística. No próximo milênio teremos o processo despojado de todas as formalidades desnecessárias (art. 244 do CPC). A adoção das mais modernas formas de documentação processual, inclusive as da informática. A facilidade de comunicações universalizará o processo civil cujos atos se praticarão muito além do espaço territorial de cada soberania. Prevalecerão os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia e celeridade, virtual ou já até consagrados em dispositivos do CPC e de leis outras como a dos Juizados Especiais. As denominadas *class actions*, se multiplicarão, assim como os expedientes da universalização da justiça e a súmula vinculante. Na execução adotar-se-á a possibilidade de alguma prestação do devedor para satisfazer o direito do

credor. Dar-se-á importância à atividade de mediação talvez maior que a de julgamento.

EXECUÇÃO DE SENTENÇA DE CONDENAÇÃO NO PAGAMENTO DE ALIMENTOS - ASPECTOS POLÊMICOS **101**

Des. Wilson Marques

Generalidades. A execução comum e a execução especial, não fungíveis e não permutáveis. Concurso eletivo de ações cabendo ao autor eleger uma delas. A questão dos alimentos novos e velhos, para fins de cobrança, através da ação de execução especial (art. 733 do CPC). A ação de execução especial.

O DEPÓSITO RECURSAL NO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL **111**

Juiz de Direito Fábio Dutra

1. Comentários gerais. 2. A interpretação das leis processuais. 3. A aplicação do Código de Processo Civil perante o juizado. 4. O duplo grau de jurisdição. 5. Efeitos dos recursos. 6. O duplo grau na Lei das Execuções Fiscais. 7. O duplo grau na Justiça do Trabalho. 8. A questão da constitucionalidade do depósito recursal. 9. O depósito recursal nos Juizados Especiais Cíveis. 10. Comentários finais. 11. Conclusão.

DOS LIMITES DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE **126**

Juiz de Direito Rogério de Oliveira Souza

Embargos do devedor: pretensão do devedor, incidente, conexo e correlato à execução. Necessidade de estar previamente seguro o juízo, com o depósito ou penhora pelo devedor, para conhecer dos embargos. A arguição de nulidade da execução e a disputa doutrinária. A dupla via de defesa do executado: nos autos da execução ou por ação incidental dos embargos.

A NOVA DISCIPLINA LEGAL DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS **136**

Des. Raphael Cirigliano Filho

1. As penas restritivas de direito em nossa legislação especial. 2. A reforma introduzida pela Lei nº 9.714/98. 3. Comparação entre a nova disciplina e a anterior. 4. Dispositivos do Projeto que foram vetados. 5. Dispositivos do CP atingidos pela nova lei, mas não alterados. 6. Os requisitos objetivos e subjetivos das penas restritivas de direitos. 7. Problemas decorrentes da nova lei. 8. Apreciação final.

- CONSIDERAÇÕES SOBRE A SUSPENSÃO DO PROCESSO PENAL** **148**
À LUZ DA CONSTITUIÇÃO
Juiz de Direito Paulo Assed Estefan
A Lei nº 9.271/96 e a suspensão do processo penal. As duas correntes doutrinárias sobre a incidência temporal da norma. O réu revel citado por edital. O desequilíbrio anterior favorável ao revel e a nova redação do art. 366 do C.P.P. que suspende o processo mas concede a suspensão do prazo prescricional como arma de combate para a acusação.
- PRISÃO PRIVADA: SOLUÇÃO, MAS PARA QUEM?** **155**
Juiz de Direito Wagner Cinelli de Paula Freitas
Globalização e a onda das privatizações. A privatização das prisões e suas modalidades: financiamento de construções; fornecimento de produtos; serviços prisionais e administração das prisão. As primeiras prisões privadas nos EE.UU. (1980), Inglaterra (1992) e Austrália (1990), Escócia e Nova Zelândia.
- UMA QUESTÃO CONTROVERTIDA** **159**
Des. Felipe Augusto de Miranda Rosa
As duas correntes opostas, cada qual com argumentos fortes, em relação à pena de morte.
- A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO** **161**
Dr. Pedro Montenegro Barbosa
A opinião generalizada de que é inadmissível a intervenção da CPI instalada no Legislativo na independência do Judiciário. O chamado “controle externo”. Já há controles: o primeiro está implícito nas leis; o segundo é o das partes, dos advogados e do M.P.; o terceiro é o dos Órgãos de Correição; e o quarto é o dos Tribunais de Contas; sem se falar no quinto controle exercido através da mídia. As manifestações já publicadas da A.M.B., das Associações estaduais de magistrados e dos Tribunais de Justiça do País. A pretendida supressão da Justiça do Trabalho.
- CORREÇÃO JURISPRUDENCIAL DE LEIS INJUSTAS** **170**
Juiz de Direito Álvaro Henrique Teixeira de Almeida
Apresentação do tema. Os óbices do positivismo e do formalismo. A missão de julgar. A lei injusta e a Ciência do Direito. Jurisprudência.
- Monografias de Estagiários da EMERJ, em 1998.** **209**

Responsabilidade Civil

Ex Delicto no Direito Brasileiro

MANOEL CARPENA AMORIM

Desembargador do TJ/RJ. Diretor-Geral da EMERJ

I - Introdução - Vamos tratar neste trabalho da reparação dos danos *ex delicto* no Direito Brasileiro.

E, como é óbvio, antes de entrar na análise do tema, não se pode deixar de fazer algumas considerações sobre a responsabilidade civil, da qual o assunto ora enfocado é mero capítulo.

a) *Conceitos doutrinários de responsabilidade civil*

O mestre Aguiar Dias assim pontifica: “Marton estabelece com muita lucidez a boa solução, quando define responsabilidade como a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às conseqüências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha, providências essas que podem, ou não, estar previstas¹.”

Na doutrina estrangeira, colhemos a lição de René Savatier, para quem “*La responsabilité civile est l’obligation qui peut incomber à une personne de réparer le dommage causé à autrui par son fait, ou par le fait des personnes ou des choses dépendant d’elle.*”²”

Segundo a lição de Caio Mário: “na ocorrência de um dano, seja material seja moral, a ordem jurídica procura determinar a quem compete a obrigação de reparar e, em torno desse dever, enunciam-se os princípios que no seu conjunto formam a noção genérica da obrigação ressarcitória. Mas a indagação central - em que consiste a responsabilidade civil - resta irrespondida³”.

Para nós a responsabilidade civil é o “outro lado da moeda”. Quero dizer, uma sociedade organizada, cujas regras básicas de convivência as-

¹ *Responsabilidade Civil*. vol.1. 6ª ed. Rio de Janeiro, Forense:1979.

² *Traité de la Responsabilité Civile en droit Français*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951.

³ *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

seguram ao cidadão a liberdade de se conduzir de acordo com a lei, inevitavelmente tem de criar, também, um regime de responsabilidade. Isto é, o indivíduo pode tudo, de acordo com a lei, desde que não ameace ou lesione o direito de terceiros.

Essa idéia de equilíbrio que envolve a proteção dos direitos dos componentes do grupo social já estava consolidada nas sociedades mais antigas e pode ser sintetizada na fórmula de Ulpiano – *honeste vivere, neminem laedere, jus suum cuique tribuere*. A responsabilidade civil, portanto, nasce no momento em que o princípio ético-jurídico que disciplina a vida do grupo é violado.

II. Evolução histórica - A evolução da responsabilidade civil no Direito Brasileiro parte da responsabilidade subjetiva do Código Civil, do início deste século.

Diz o artigo 159 da Lei Civil que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

É interessante notar que muito antes, no Código Criminal do Império do Brasil, datado de 1830, no seu Capítulo IV, Da Satisfação, arts. 21 a 32, previa-se a reparação do dano causado pelo delito, em favor do ofendido.

Disponham os arts. 21, 22, 23, 31 e 32 do citado Código Penal do Império:

Art. 21 - O delinqüente satisfará o damno, que causar com o delicto.

Art. 22 - A satisfação será sempre a mais completa que fôr possível, sendo no caso de duvida a favor do offendido. Para este fim, o mal que resultar a pessoa, e bens do offendido, será avaliado em todas as suas partes, e conseqüências.

Art. 23 - No caso de restituição o fazer-se-há esta da própria cousa com indemnisação dos deterioramentos, e na falta d'ella, do seu equivalente.

Art. 31 - A satisfação não terá lugar antes da condenação do delinqüente por sentença em juízo criminal, passada em julgado. Exceptua-se,

§1º - O caso da ausência do delinqüente, em que se poderá demandar, e haver a satisfação por meio de acção civil;

§ 2º - O caso, em que o delinqüente tiver fallecido depois da pronúncia, no qual poderá haver-se dos herdeiros a satisfação por meio de acção civil;

§ 3º - *O caso em que o ofendido preferir o usar da acção civil contra o delinqüente.*

Art. 32 – Em todo o caso, não tendo o delinqüente meios para a satisfação, dentro de oito dias, que lhe serão assinados, será condemnado á prisão com trabalho pelo tempo necessário para ganhar quantia da satisfação. Esta condemnação porém ficará sem effeito, logo que o delinqüente ou alguém por elle satisfizer, ou prestar fiança idônea ao pagamento em tempo razoável, ou o ofendido se der por satisfeito.”

É verdade que um pouco antes da vigência do Código Civil, em 1912, a Lei das Estradas de Ferro já contemplava a responsabilidade objetiva do transportador em razão da chamada cláusula de incolumidade. Isto é, no transporte ferroviário – e depois o princípio foi estendido a todo gênero de transporte – o transportador tinha o dever jurídico de “levar o passageiro são e salvo ao seu destino”, e respondia por qualquer dano que porventura viesse a ocorrer durante o percurso.

Outras leis extravagantes, por motivos diversos, acabaram adotando a responsabilidade objetiva no nosso direito.

No Código Civil, porém, prevalece a teoria subjetiva, que só foi alterada fortemente agora, em 1990, quando da elaboração do Código de Defesa do Consumidor, verdadeira revolução operada no Direito Privado do Brasil.

A responsabilidade pela reparação do dano *ex delicto*, cujo tratamento legal é bem mais recente, da década de 40, é muito mais avançada, tendo merecido do legislador penal uma série de medidas relativamente à sua viabilização.

III. Reparação do dano *ex delicto* no Direito Brasileiro - Aliás, a literatura jurídica brasileira não é muito pródiga ao tratar da responsabilidade civil decorrente do crime. Salvo algumas raras obras de boa qualidade, os juristas brasileiros têm tratado dessa forma de responsabilidade civil de maneira superficial.

A lei penal assim estabelece :

*“São efeitos da sentença penal condenatória: tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime.”*⁴

⁴ Art. 91 do Código Penal.

Por outro lado, o Código de Processo Civil considera título judicial, capaz de assegurar a execução, a sentença penal condenatória (art. 584, II).

Mas o que é interessante notar, é que em diversas passagens o legislador penal, no Brasil, estimulou o criminoso a reparar o dano causado pelo crime. A começar pelo art. 16 do Código Penal, *verbis*:

“Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, *reparado o dano ou restituída a coisa*, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, *a pena será reduzida de um a dois terços.*”

Esse dispositivo incluído na nossa legislação penal com a Lei nº 7.209/84, estava, apenas, reafirmando o que dissemos anteriormente – a preocupação do legislador penal com a composição do dano causado pela infração.

Senão vejamos: o art. 9º do Código Penal, ao tratar de eficácia da sentença estrangeira e do Direito Penal Internacional, diz, com todas as letras, que

“A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas conseqüências, pode ser homologada no Brasil para:

I – obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e outros efeitos civis.”

Por outro lado, as penas restritivas de direitos introduzidas no nosso sistema de penas, em 1985, também tratam, como veremos adiante, da composição do dano causado pelo delito.

No art. 65, quando o Código trata da circunstância atenuante da pena, está estabelecido no item III, como circunstância que sempre atenua a pena, “ter o agente procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano.”

Quando trata da suspensão condicional da pena, benefício concedido ao réu para cumprimento da pena aplicada em liberdade, com origem no Direito Francês, o Código submete o réu à revogação obrigatória do benefício, se no curso do prazo o apenado solvente não efetuar sem motivo justificado, a reparação do dano (art. 81, II).

Também no art. 78, dispõe a lei sobre as conseqüências da reparação: § 2º - *Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o Juiz poderá substituir a exigência do*

parágrafo anterior (parágrafo 1º - No primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48)) – por uma ou mais das seguintes condições:

...

c) proibição de freqüentar determinados lugares;

d) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

e) comparecimento pessoal obrigatório ao Juízo, mensalmente, para informar e justificar as suas atividades.”

Da mesma forma relativamente ao livramento condicional, fase do cumprimento da pena privativa de liberdade, a lei inclui entre as condições para a concessão da liberdade condicional a reparação do dano causado pela infração, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo (art. 83, IV).

O art. 94 do Código Penal, ao tratar da reabilitação do condenado exige no item III como condição para o deferimento “tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.”

Na parte especial do Código, também, a reparação do dano *ex delicto* está prevista. Dispõe o art. 312 parágrafos 2º e 3º que:

“§ 2º - Se o funcionário concorre culposamente para o crime ou de outrem. Pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.”

Registre-se a permanente preocupação do legislador penal com a composição do dano decorrente da infração. Tal ocorria na década de 40, quando a responsabilidade civil no Brasil ainda estava atrelada a critérios subjetivos que, se não inviabilizavam a indenização, pelo menos reduziam sensivelmente a área de abrangência da reparação do dano.

IV. Os novos princípios inseridos na legislação brasileira, a propósito da reparação do dano *ex delicto*.

a) Juizados Especiais Criminais

A primeira e mais importante inovação do legislador penal brasileiro na matéria ocorreu em 1995, com o advento da Lei dos Juizados Especiais

– Lei nº 9.099/95. A norma, que prevê inclusive a transação penal, cuidou da reparação do dano decorrente do crime com muita ênfase, não só na esteira da legislação penal que, permita-se frisar, estimula de forma indireta o pagamento do prejuízo causado à vítima ou aos seus dependentes, mas especialmente criando novas regras capazes de viabilizar, imediatamente, o ressarcimento. Esta lei inovou sobretudo ao romper com a tradição do nosso direito processual, que sempre adotou o princípio da independência das instâncias cível e penal.

Deu-se ao Juiz criminal a possibilidade de arbitrar e compelir o réu a ressarcir o dano causado pelo crime, criando verdadeira unidade de jurisdição que ainda não foi adotada no direito brasileiro, onde a sentença criminal serve apenas como título executivo judicial.

Tal modelo certamente buscou inspiração no Direito Norte-Americano, no qual a jurisdição é una, ou seja, não se observa separação nas esferas cível e penal, podendo o Juiz solucionar lides de várias espécies e naturezas, dispensando a vítima, após condenado o criminoso, de recorrer a outra instância para se ressarcir do prejuízo que lhe fora causado.

Lembra o festejado Aguiar Dias que “em nosso Direito o assunto encontra norma reguladora no art. 1.525 do Código Civil, segundo o qual a responsabilidade civil é independente da criminal, proibida, porém, a discussão sobre a existência do fato ou sobre a sua autoria, quando tais discussões se acham decididas no crime.”⁵

O art. 74 da Lei dos Juizados Especiais, no capítulo que trata dos Juizados Criminais, dispõe que “a composição dos danos civis será reduzida a escrito e homologada pelo Juiz, mediante sentença irrecurável, tendo eficácia de título a ser executado no Juízo cível competente.”

Tendo em vista o imediatismo de que se reveste o nosso sistema processual, destaca-se a regra do art. 89, da Lei nº 9.099/95, que assim estabelece:

“Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangida ou não por esta lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).”

⁵ Ob. cit. p. 895.

Pela primeira vez, então, no Direito Brasileiro, o princípio da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal foi deixado de lado, rompendo com uma tradição que remonta às origens da nossa cultura.

O que é importante notar, todavia, é que a transação penal está condicionada, segundo a regra do art. 77 do Código Penal, que trata do *sursis*.

b) Código Nacional de Trânsito

Outra norma que inovou profundamente na matéria foi o Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97, de 23.09.97, decretada e sancionada pela Lei nº 9.602 de 21.01.98), que no seu art. 297 estabeleceu a chamada multa reparatória, que tem indiscutível caráter indenizatório.

Aqui, mais uma vez, o legislador brasileiro rompeu com o princípio da independência das jurisdições, pelo menos em parte, dando ao Juiz Criminal competência para fixar a multa, que depois poderá ser compensada na condenação em futura ação reparatória ajuizada no Cível.

É interessante notar que o Código de Trânsito deu poderes ao Juiz Criminal com propósito claro de atender mais prontamente às necessidades imediatas das pessoas atingidas pelos efeitos da infração penal.

A indenização final será postulada no Juízo Cível, mas em sede criminal o julgador deverá desde logo arbitrar uma quantia que, se não reparar integralmente o prejuízo causado, pelo menos servirá para atender *quantum satis* às necessidades das vítimas.

Esse dispositivo (art. 297), com toda certeza, representa também um grande passo nessa matéria, com indiscutíveis vantagens sobre o sistema tradicional.

c) Lei nº 9.714/98

Para finalizar, resta-nos discutir a Lei nº 9.714/98 que ampliou o campo de aplicação das penas restritivas de direito, incluindo medidas de inegável caráter indenizatório, não apenas quando trata da multa, e aí, *data venia*, com ares de inconstitucionalidade.

Homenageiam-se aqui os comentários do Prof. Julio Fabbrini Mirabete, que em sua obra⁶ interpreta clara e didaticamente o conceito e aplicação da pena de prestação pecuniária, à luz do que dispõe a norma supracitada. Vale transcrever:

“Segundo a lei, a prestação pecuniária consistente no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou à entidade pública ou privada

⁶ *Código Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999, pág. 295.

com destinação social, de importância fixada pelo Juiz ao aplicá-la. Por disposição expressa, não pode ser ela inferior a um salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) vezes esse salário. Assim, de forma sumária, o Juiz deve fixar o quantum da reprimenda com base apenas nos dados disponíveis no processo, uma vez que não existe previsão legal específica de procedimento para calcular-se o prejuízo resultante da prática do crime. Não obstante a invasão da esfera civil com a instituição dessa pena, o que aliás ocorre em outros países, não há inconstitucionalidade no dispositivo. A Carta Magna permite não só a pena de multa, como também a de perda de bens, e a sanção criada é um misto de ambas. O dispositivo legal fixa expressamente os limites da sanção penal pecuniária, atendendo ao princípio da legalidade previsto no art. 5º, XXXIX, da C.F.

Não se confunde a pena de prestação pecuniária com a da multa reparatória, uma vez que esta somente é cabível quando houver dano material ao ofendido, causado pelo ilícito, enquanto aquela é admissível ainda na ausência de prejuízo individual. Havendo dano à vítima, a quantia apurada será a ela destinada ou, em sua falta, a seus dependentes; caso contrário, irá para a entidade pública ou privada, com destinação social, por decisão do Juiz.

Caso o ofendido venha a propor ação de reparação civil, o valor referente à prestação pecuniária pago ao ofendido será descontado do total da condenação civil.

Dispõe ainda a lei que, se houver aceitação do beneficiário, ou seja, do ofendido ou da entidade pública ou privada com a destinação social, a prestação pecuniária poderá constituir-se, por decisão do Juiz, em prestação de outra natureza, como o fornecimento de cestas básicas, por exemplo.” ♦

O Direito de Autor no Ciberespaço *

PROF. JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa

INTRODUÇÃO

1. **Comunicação e informação** - Assistimos maravilhados a uma extraordinária florescência dos meios de comunicação.

O ideal da sociedade de comunicação integral parece estar ao nosso alcance.

Aproximamo-nos de uma situação em que, potencialmente, todos poderão comunicar com todos, por meios informáticos.

Potentes auto-estradas da informação, de que a Internet é o modelo, asseguram o fluxo de grandes quantidades de mensagens, em condições de rapidez e fidedignidade não suspeitadas.

A interactividade permitirá ao destinatário sair da posição meramente passiva, a que só fugia praticamente com o telefone. Não é a interactividade máxima, que é mero paradigma vazio – aquele em que a mensagem resulta do contributo de todos. Mas tende-se a algo mais que a interactividade mínima, que se reduz à formulação de pedidos: o destinatário passa da mesa redonda para comensal à lista.

Tudo isto é acompanhado da criação, tornada possível também por meios electrónicos, de gigantescas bases de dados, onde se amontoarão tendencialmente todos os bens susceptíveis de transmissão em linha que os destinatários possam desejar ¹.

Diz-se que se chega assim à “sociedade da informação”. Há um óbvio empolamento do termo: o que há é a sociedade da comunicação integral, e não a sociedade da informação. O conteúdo da mensagem transmitida não é necessariamente informação – ou só o é se entendermos informação em sentido de tal modo lato que lhe faz perder toda a precisão. Quem acede a uma página erótica ou pratica um jogo não se está a informar.

* Conferência pronunciada no Congresso Portugal/Brasil Ano 2000, em Coimbra, a 23 de junho de 1999.

¹ Num outro plano, assiste-se ao desenvolvimento da radiodifusão digital, que é igualmente de grande importância mas não é munida da interactividade.

Todavia, é também verdade que, paralelamente ao avanço destes meios, se desenvolve um tipo de sociedade em que a informação passa a desempenhar um papel muito mais decisivo que anteriormente.

O salto qualitativo no domínio da informação permite a alguns qualificá-la como um novo *factor de produção*, que distinguiria ainda mais radicalmente os países que a possuem dos que a não possuem.

Logicamente, os países que possuem a tecnologia da informação procuram protegê-la, desenvolvê-la e valorizá-la perante os outros, impondo esquemas de protecção que vão desde a garantia do segredo até valores de troca desproporcionados.

Podemos exprimi-lo da maneira mais radical: quem domina a informação domina o mundo.

Por isso o controlo da informação é cada vez mais a preocupação dos Estados, agora, através de meios indirectos e subtis que se revelam muito mais eficazes que os anteriores.

A sociedade da informação é assim uma sociedade que brota tendo ínsita uma contradição fundamental. Nasce sob a égide de uma comunicação universal e nesse sentido igualitária, mas na base de uma posição profundamente desequilibrada no tocante ao domínio sobre a informação.

2. O direito de autor inerente à utilização informática de obras em linha - Como se coloca neste ambiente a problemática do direito de autor?

Baseamo-nos sempre em meios de comunicação entre computadores. São transmitidos sinais. Esses sinais trazem codificadas mensagens. O conteúdo dessas mensagens pode ser uma obra intelectual.

Se essa obra intelectual é protegida pelo direito de autor, pergunta-se como se assegura a sua protecção. Problema paralelo se suscita aliás em relação a prestações protegidas por direitos conexos ao direito de autor. Mas vamos fixar-nos no que a este respeita, por o direito de autor continuar a ser a figura paradigmática.

Começamos por distinguir radicalmente duas situações: o uso privado e a utilização pública da obra.

Se uma obra é transmitida digitalmente, entre terminais privados, temos um mero **uso privado**: nunca chega a suscitar-se a problemática da utilização pública. Ora, o direito de autor consiste essencialmente num

exclusivo de utilização pública da obra. O uso privado escapa-lhe, salvas as excepções que a lei preveja e que não nos interessam aqui.

A questão surge realmente em caso de utilização pública: ou seja, quando uma obra é colocada em rede, de tal maneira que a ela pode aceder um número indeterminado de pessoas. A experiência, hoje generalizada, do acesso à Internet dispensa-nos de especificar mais as condições em que isso pode acontecer.

O grande problema técnico-jurídico neste domínio foi o de determinar como se realiza a protecção da obra que é deste modo tornada acessível.

Se é o próprio autor quem coloca a obra em rede ou em linha, exerce uma faculdade que ninguém lhe contesta. Pode até fazê-lo renunciando ao exercício dos seus direitos; ou pelo menos deixando a obra ostensivamente aberta à vista de todos, com o que implicitamente renuncia a qualquer remuneração pelas utilizações que se fizerem.

Porém, esclareçamos desde já que *o facto de a obra estar patente ou estar criptada é, pelo ponto de vista do direito de autor, irrelevante.*

Mesmo que a obra esteja criptada, ela continua à disposição de pessoas indeterminadas, desde que satisfaçam as condições de acesso.

Ora, colocar a obra assim em rede é algo que todos entendem que só se pode fazer com o consentimento do autor. O direito de autor outorga uma universalidade de faculdades, conducentes a atribuir ao autor o exclusivo de utilização pública da obra. O terceiro que colocasse a obra em rede sem autorização estaria seguramente invadindo o exclusivo reservado ao autor.

Mas qual é concretamente a faculdade, compreendida no direito de autor, que não é respeitada ao fazer-se semelhante utilização?

A questão é instante, quer no plano interno quer no internacional.

No plano interno porque, embora se atribua ao autor a generalidade das faculdades de utilização pública da obra, a determinação da faculdade concretamente em causa não é irrelevante. Porque varia o regime jurídico a que cada faculdade está submetida.

No plano internacional a dificuldade é maior. As faculdades que são internacionalmente asseguradas são típicas: são apenas aquelas que estejam especificadas em convenção internacional. Era pois necessário saber se a utilização das obras em rede atingia alguma das faculdades previstas; e, no caso negativo, disciplinar a nova faculdade que deveria ser atribuída.

A generalidade das opiniões expendidas a este propósito propendeu no sentido de considerar que a utilização informática das obras era já vedada

pelas convenções vigentes, pois corresponderia a alguma das faculdades típicas já internacionalmente previstas.

Assistiu-se porém a uma divisão impressionante: quase todas as faculdades já previstas foram invocadas. Não houve nenhum entendimento entre os autores sobre o tipo de faculdade que estaria em causa.

Sabe-se que o direito patrimonial do autor compreende essencialmente três tipos de direitos, ou faculdades:

- de reprodução
- de distribuição
- de comunicação ao público.

Pois de todas elas se falou.

Falou-se de *reprodução*, invocando as figuras meramente técnicas de reprodução que o ingresso na memória do computador implicaria.

Falou-se de *distribuição*, não obstante a distribuição se referir necessariamente a exemplares, portanto a objectos materializados. Foi esta a posição dos Estados Unidos da América; e mais estranhamente ainda a da Comunidade Europeia, que defendeu tratar-se de direito de aluguer!

Falou-se enfim de *comunicação ao público*, embora a noção de “público” até então utilizada nada tivesse que ver com o acesso assíncrono e individualizado que a colocação em rede proporciona.

Porquê esta tão grande disparidade e estes ilogismos?

Porque quem se pronunciou demonstrou mais oportunismo que isenção científica. Procurou-se fazer entrar à força a nova figura num dos tipos conhecidos para poder daí tirar a conclusão que já anteriormente a protecção internacional era obrigatória e estava assegurada. Quer dizer, procurava-se desta maneira dar eficácia retroactiva à protecção, sem se confessar que assim se fazia.

Na verdade, porém, esta forma de utilização não estava até então internacionalmente prevista. Do que se tratava era da criação de uma faculdade nova. O que não deixou também de ser sustentado por uma forte corrente de opinião.

3. O direito de colocação em rede à disposição do público - A solução internacional da questão surge com o Tratado de Direito de Autor da OMPI, de 20 de dezembro de 1996; bem como, no que respeita aos direitos conexos, com o Tratado da OMPI da mesma data, sobre artistas intérpretes ou executantes e sobre fonogramas.

Tomando como básico o Tratado sobre Direito de Autor, o texto-chave é o art. 8, que tem por epígrafe: “Direito de comunicação ao público”. É deste teor: “Sem prejuízo das disposições dos artigos 11 1) (ii), 11 *bis* 1)(i) e (ii), 11 *ter* 1) (ii), 14 1) (ii) e 14 *bis* 1) da Convenção de Berna, os autores de obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar qualquer comunicação ao público das suas obras, por fio ou sem fio, incluindo a colocação à disposição do público das obras, de maneira que membros do público possam ter acesso a estas obras desde um lugar e num momento que individualmente escolherem”.

Temos portanto, logo a uma primeira vista, três características:

- a não especialização do regime da utilização informática de obras; esta vem referida a título de ilustração de um regime geral
- a integração no direito de comunicação ao público
- a definição do núcleo essencial como um direito de colocação à disposição do público das obras.

Esclarece-se depois, muito à medida da transmissão electrónica que na realidade se tinha em vista, que essa colocação à disposição é feita de maneira que membros do público possam ter acesso a essas obras em tempos e de lugares distintos.

Portanto, o momento que é tomado como decisivo é o da colocação da obra à disposição do público; é sobre esse que deve recair a autorização do autor. Mas acrescenta-se que esse direito se integra no direito de comunicação pública.

A primeira parte é verdadeira; a segunda não.

É verdade que o que há de autónomo é o acto prévio de autorização, sem o que a obra não pode ser colocada em base de dados ou de qualquer outro modo posta à disposição do público. Este acto é independente de qualquer utilização. É um acto instrumental em relação à prevista utilização pública, mas não pode fazer-se sem autorização do autor. É pois este acto, e não a transmissão, ou a distribuição, ou a reprodução, que devem representar o cerne da tutela.

Mas já não é verdade que esse acto represente uma modalidade de **comunicação ao público**.

Só há comunicação ao público, por natureza, quando há um acto de comunicação. Um acto de comunicação é um acto voluntário, com o fim de comunicar. Supõe por natureza um comunicante e um destinatário da mensagem.

Mas na colocação em rede à disposição do público não há nada disto. Tudo se esgota com o próprio acto de colocação em rede. Qualquer acto de transmissão posterior é já, em termos de direito de autor, irrelevante. É muito nítida a posição da lei: o decisivo é a própria colocação em rede à disposição do público. Esse acto é reservado por si, ainda que nenhuma transmissão subsequente se tenha ainda realizado.

Por que procedeu então assim o Tratado? Por várias razões, em que se inclui a vontade de consagrar uma previsão genérica de um direito de comunicação pública, que não constava da Convenção de Berna. Manifesta-se a tendência ampliativa, própria dos actuais instrumentos internacionais. Mas sobretudo, para como dissemos criar a ilusão de que aquela actividade estava já reservada, e com isso propiciar a aplicação retroactiva nos Estados membros.

Tem ainda outro efeito: integrando plenamente esta actividade no direito de comunicação pública, o Tratado permite a aplicação a esta situação das *restrições* que se aplicavam ao direito de comunicação pública e dispensa-se de criar restrições adequadas à nova situação, de colocação da obra em rede à disposição do público.

O resultado é profundamente insatisfatório. As restrições previstas na Convenção de Berna não respeitavam ao direito de comunicação em geral, que não estava nela prevista. Respeitavam a modalidades específicas de comunicação ao público, como a representação, a radiodifusão, e assim por diante. São figuras muito diferentes da colocação em rede à disposição do público, pelo que não terão aqui directa aplicação.

Por outro lado, o Tratado dispensa-se de prever restrições adequadas. É certo que o art. 10 permite, parcamente, que se criem “limitações e excepções”. Mas as indicações que o Tratado desse seriam, neste domínio, muito importantes.

4. A integração no direito de comunicação ao público - Que dizer porém da qualificação feita, do direito de colocação em rede à disposição do público como um direito de comunicação ao público? Será vinculativa, na ordem jurídica interna?

Não é, justamente porque se trata de mera qualificação. O legislador interno, acatando a Convenção, tem de observar todos os efeitos jurídicos que decorram da qualificação realizada; mas não tem de assumir a qualificação em si. Está na liberdade de cada parte estruturar os seus próprios quadros jurídicos fundamentais.

Neste sentido, a lei brasileira dos direitos autorais (Lei nº 9.610/98, de 19 de fevereiro), procedeu correctamente, adoptando as suas próprias qualificações. Sem entrar na interpretação das disposições desta lei, o que é seguro é que a colocação da obra em rede à disposição do público não é integrada no direito de comunicação ao público. Podemos concordar ou não com as qualificadas adoptadas; o que não podemos é afirmar haver discrepância entre a lei brasileira e os tratados, por aquela ter escolhido uma própria qualificação.

É curioso observar que esta situação não se repete no outro tratado da OMPI da mesma data, respeitante a interpretações ou execuções e a fonogramas. Ai já se fala simplesmente no direito de colocar à disposição, sem relacionar esse direito com o direito de comunicação ao público. A razão é facilmente apreensível: não se quis dar aos titulares de direitos conexos um direito de comunicação ao público, que pela sua vastidão seria excessivo. Tudo se cifra na consagração do direito de colocar à disposição, sem a qualificação forçada como direito de comunicar ao público, e portanto sem arrastar consigo qualquer dos efeitos que dessa qualificação pudessem resultar.

De todo o modo, temos fixado o ponto fundamental: o direito básico de que goza o autor no ciberespaço é o de que colocar a obra à disposição do público por meios informáticos. O decisivo é logo o momento inicial, de introdução da obra no sistema. Com isso o autor parece ter uma posição bem tutelada e ocupar o lugar central: uma vez que outros intervenientes, nomeadamente os produtores, ou são omitidos, ou se lhes reserva um lugar bem mais modesto.

Talvez não seja porém assim, na realidade. Subsistem numerosos problemas, visíveis logo que aprofundamos a posição no direito de autor no funcionamento efectivo da rede.

Desses problemas, vamos seleccionar cinco grandes sectores:

- I - Direito de autor e exploração empresarial
- II - Direito de autor e diálogo cultural
- III - Direito de autor e acesso condicionado
- IV - Direito de autor e informação sobre os direitos
- V - Direito de autor e liberdade de informação.

I - DIREITO DE AUTOR E EXPLORAÇÃO EMPRESARIAL

5. A reversão da tutela do autor para o empresário - Um observador desprevenido estranhará o extraordinário incremento da protecção do autor que se tem verificado nos últimos tempos.

Nomeadamente na Comunidade Europeia, depois de longos anos em que a matéria não foi objecto de atenção, deu-se na década de 90 uma escalada da protecção do autor. Foi seu lema a harmonização; na realidade, o seu objectivo era simultaneamente levar aos mais altos níveis a protecção do autor.

O observador ficará surpreso. A Comunidade Europeia é uma comunidade económica; a cultura é a última das preocupações que manifesta. Porquê então este desvelo extremo pela tutela do autor?

E a surpresa ainda aumenta quando verificamos que, no mesmo diapasão fundamental, os Estados Unidos da América têm ampliado sucessivamente a protecção do autor, levando-a a novos domínios. O movimento é aliás universal no que respeita às nações mais desenvolvidas.

Afigurando-nos melhor, vemos que este movimento toca apenas o lado patrimonial do direito de autor. De direitos pessoais praticamente não se fala. Os Estados Unidos da América aderiram à Convenção de Berna, mas continuam sem prever sequer a protecção dos direitos pessoais ou “morais” de autor. A Comunidade Europeia realiza o movimento de harmonização mas adia sempre a harmonização dos direitos pessoais, não obstante as grandes disparidades existentes nesse domínio entre os seus membros: a França e o Reino Unido representam os extremos.

Na realidade, a protecção que se realiza não é a protecção da criação intelectual: é a **protecção do investimento**.

O autor só aparentemente tem o protagonismo, porque os direitos que lhe são concedidos se destinam a reverter para as empresas chamadas de *copyright* – ou seja, as empresas que fazem a exploração de obras intelectuais.

Tal como, por outro prisma, os artistas só são protegidos para que se dê ensejo a que a mesma protecção seja imediatamente aplicada aos produtores de fonogramas – que são puros empresários, e como tal deveriam ocupar uma posição muito diferenciada.

Como se dá esta transformação do direito do autor em direito da empresa?

Através da atribuição originária ou derivada às empresas dos direitos de quem cria por conta de outrem, nos países que o prevêm; ou através da transmissão, como cláusula na prática fatal, do direito de autor à empresa de *copyright*, no contrato de exploração da obra.

Nalguns países europeus a situação não é tão clara, nomeadamente naqueles que proíbem uma transmissão global do direito de autor, como a

Alemanha. Mas o resultado, no final, não é muito diferenciado. A empresa sempre se beneficia do exercício útil dos direitos que formalmente são atribuídos ao autor. Portanto, quanto mais direitos se outorgam ao autor, de mais direitos desfruta a empresa.

Por isso se compreende a expansão do direito de autor a obras que o não justificam; como os programas de computador, que não são a expressão livre de uma criação intelectual, mas a expressão vinculada de um processo.

É que a protecção outorgada pelo direito de autor é a mais extensa de todas, de entre os direitos intelectuais. O recurso ao direito de autor significa que a empresa se reservou para si a maior tutela, de entre as atribuídas aos direitos intelectuais.

A razão que se dá para esta protecção acrescida está na necessidade de protecção do investimento.

A razão é verdadeira. O investimento tem de ser protegido. Particularmente em relação a actividades de ponta, que importam grandes investimentos, e não poderiam ficar depois sujeitas ao aproveitamento parasitário por terceiros.

O que se contesta não é porém a protecção do investimento: é, sim, que essa protecção se faça através do direito de autor.

O que está mal não é a protecção do investimento; é a hipocrisia do discurso autoralista contemporâneo. Invoca-se Beethoven, para tudo reverter afinal para Bill Gates.

A protecção directa do investimento só excepcionalmente é realizada. O caso mais flagrante é o do chamado direito *sui generis* atribuído ao produtor da base de dados.

Nos outros casos, porém, a protecção dá-se através da apropriação do direito de autor. Amplia-se a tutela deste, invocando-se a protecção da criatividade, para afinal tudo se atribuir à empresa. O que significa que a empresa beneficia de uma tutela que foi criada e estruturada com finalidade diversa. Há uma distorção de todo o regime legal.

E chegamos assim ao que caracteriza a realidade presente. Fala-se muito na tutela do autor, mas na realidade quem se visa proteger é o empresário. O empresário é já hoje o beneficiário principal da protecção formalmente atribuída ao autor.

6. Autor e empresa no ciberespaço - Como é natural, esta situação verifica-se também na exploração das obras literárias e artísticas em rede informática.

Suponhamos o caso normal, de uma obra integrada numa base de dados com acesso em linha.

Para se fazer essa integração foi necessário o consentimento do autor. Foi assim exercido o direito de colocação da obra em rede à disposição do público.

Porém, a partir desse momento o autor apaga-se.

Salva a hipótese improvável de cláusula particular em contrário, constante do contrato, a exploração vai ser realizada exclusivamente pelo empresário da base de dados, utilizando os meios informáticos que permitem o acesso ao público.

O que significa também que daí por diante *já não há propriamente um exercício do direito de autor*. O exercício do direito de autor esgotou-se com a autorização para a colocação em rede. A exploração efectiva da obra origina contratos como quaisquer outros, mas não contratos de direito de autor; tal como por exemplo a compra de um bilhete para uma sessão de cinema não é um contrato de direito de autor.

De facto, os actos posteriores não representam negócios de direito de autor.

Não o representa a *transmissão* que se faça, da base de dados para o terminal que o solicite. Não há aliás nenhuma faculdade de transmissão, compreendida no direito de autor; não há, no conteúdo do direito de autor, um direito de transmissão, no sentido de faculdade de autorizar a transmissão tecnológica. Aliás, quando o autor admite que a obra fique à disposição do público admite implicitamente o acto técnico de transmissão. Nenhuma nova autorização é pois necessária para a transmitir.

Também não há que falar em qualquer direito emanado da *comunicação da obra ao utente*.

Tomemos por exemplo a visualização da obra no computador do destinatário. Não há aqui nenhum acto de comunicação que necessite de ser autorizado. Desde logo porque não há comunicação ao público. A visualização faz-se em privado, supõe-se, e escapa assim ao direito de autor.

Tão-pouco a *reprodução* nos induz a adoptar posição diversa.

Reprodução tem um sentido técnico em direito de autor: é a produção de exemplares ou cópias, a partir de um original.

Por extensão, foi-se ampliando de modo a cobrir a própria fixação de obras. É um sentido espúrio, que não é ainda o geral do direito de autor português.

Mas procurou-se ir mais longe, e abranger as próprias “reproduções” tecnológicas, invisíveis ao olhar humano, que surgem na comunicação informática de obras. Assim, a entrada da obra num computador provocaria uma reprodução na memória deste. E houve quem procurasse, como se disse, assentar a tutela do direito de autor neste acto de reprodução.

Tudo isto deveria agora ser posto de lado. Assente que o acto central protegido é a colocação da obra à disposição do público, as reproduções meramente tecnológicas deixam de relevar. Estão abrangidas pela autorização primária dada pelo autor – mesmo esquecendo que, na generalidade, representam actos de uso privado.

A reprodução pode assim retomar o seu sentido originário, de produção de exemplares, que nunca deveria aliás ter abandonado. No domínio informático, interessa apenas quando, obtido o acesso à obra em rede, se produzem exemplares. Tudo o resto são realidades distintas. Por isso, os Tratados da OMPI de 1996 não falam em reprodução.

Infelizmente, outra foi a atitude da Comissão da Comunidade Europeia. Na proposta de directriz sobre o direito de autor na sociedade da informação surge um muito complexo jogo de restrições/permisões sobre a reprodução tecnológica, que tem afinal o sentido de conceber a reprodução tecnológica como acto reservado. Parece-nos lamentável esta fobia de cercear todos os espaços de liberdade.

Como não é este porém o direito actual, podemos concluir que todos os actos de comunicação informática subsequentes à colocação da obra em linha à disposição do público são livres.

Estas conclusões são muito importantes. Delas deriva que toda esta fase fica afinal fora dos umbrais do direito de autor. Há relações negociais, entre o produtor e os utentes, mas não há relação de direito de autor.

É claro que a todo o momento pode haver violação do direito de autor, a partir da obra que foi comunicada. O utente pode indevidamente reproduzi-la e comercializar os exemplares. Tal como pode comunicá-la ao público, por sua vez.

Mas isso pode qualquer um fazer, desde que tenha acesso à obra, mesmo fora do meio informático. Posso multiplicar e vender o livro que adquiri: nem assim a compra do exemplar passa a ser contrato de direito de autor. Nenhuma alteração a esta situação normal surge pelo facto de se estar perante uma obra intelectual que foi transmitida por rede informática.

E daqui derivam ainda outras consequências.

Se os contratos subsequentes não são contratos de direito de autor, as suas violações também não respeitam ao direito de autor, mas ao direito geral dos contratos.

E actos de aproveitamento por terceiros que possam surgir, em relação à obra disponível na base de dados, não trazem ou podem não trazer ilícito autoral. Isso veremos melhor adiante, ao falar no acesso reservado à base de dados.

II - DIREITO DE AUTOR E DIÁLOGO CULTURAL

7. A “**caça às exceções**” - A defesa da cultura faz-se com a liberdade, e não com a proibição.

A afirmação pareceria desnecessária, mas não é. Quando hoje se vem falar de cultura, frequentemente é apenas como pretexto para novas imposições a título de direito autoral.

Mas os direitos intelectuais representam exclusivos, e portanto restrições do espaço de liberdade.

A sua justificação está no estímulo e recompensa pela criação que o autor realizou. Devem por isso ser tão breves quanto possível, para se poder chegar ao ideal que é a liberdade do diálogo cultural.

E não só isto. No direito de autor, tal como correctamente foi entendido no início do século passado, há um forte componente de interesse público. Durante todo o tempo de vigência do direito de autor o seu conteúdo deve ser moldado de maneira que a satisfação dos seus objectivos se faça com o menor prejuízo possível de outras finalidades, nomeadamente de ordem cultural.

Isso é possível porque não há nenhum direito “absoluto”, no sentido de insusceptível de qualquer limitação; e o direito de autor também o não é. Todo o direito é um complexo de poderes e deveres, em que as várias finalidades se ajustam no sentido da sua composição óptima.

No direito de autor essas finalidades ou interesses são múltiplos, pelo que se impõe particularmente a necessidade da sua composição. Há o interesse público, o interesse dos órgãos públicos e o interesse do público, que são realidades distintas entre si. Há o interesse do autor e o interesse das empresas. Há o interesse da cultura muito em particular.

A conciliação faz-se através dos limites ou restrições ao direito de autor. Fala-se impropriamente de *exceções*, sem motivo: porque tão normal é o conteúdo positivo do direito de autor como o negativo.

É por isso de supor que em cada concreta manifestação normativa do direito de autor vejamos manifestarem-se com igual acuidade as preocupações proteccionistas do autor e outros intervenientes, expressas em regras positivas, e as que emanam de outros interesses envolvidos, expressos em restrições.

Infelizmente, assistimos a uma evolução decepcionante.

O hiperliberalismo selvagem em que vivemos manifesta-se, no domínio do direito de autor, pelo que se chamaria a “caça às excepções”. Toda a restrição é perseguida, invocando-se a qualificação do direito de autor como propriedade – quando, mesmo que a qualificação fosse verdadeira, nem por isso a “propriedade” deixaria de estar submetida às exigências da função social.

A Comunidade Europeia, dentro do prisma economicista que a caracteriza, participa deste espírito. Nos seus documentos o combate a todas as restrições é cada vez mais intenso.

Esse combate atinge o seu ponto máximo justamente na proposta de directriz sobre a sociedade da informação.

Era de supor que a consagração de um novo direito, o direito de colocação em rede à disposição do público, implicasse a elaboração de regras restritivas específicas, que contemplassem adequadamente interesses distintos dos do autor, levando a uma composição equilibrada. Os tratados da OMPI permitiam uma concretização nesse sentido.

Mas não foi nada disto que se passou. Verificamos com desgosto que não há uma única restrição nova prevista, adequada à salvaguarda de qualquer interesse a preservar. Só se considera o interesse do autor/empresário. O esforço de concretização duma realidade nova ficou por fazer.

Pior do que isso, porém.

A proposta de directriz consagra uma tipificação taxativa das restrições que são admissíveis.

De facto, o art. 5 da Proposta, depois de definir no n.º 1, sempre restritivamente, as possibilidades de reproduções tecnológicas fixa taxativamente as “excepções” admissíveis aos direitos de reprodução (n.º 2) e de comunicação pública (n.º 3). Acaba assim com toda a maleabilidade neste domínio, que sempre existiu sob a égide da Convenção de Berna.

E mais ainda: no n.º 4 estende a todas as restrições a cláusula geral que figurava no art. 9/2 da Convenção de Berna, limitada ao direito de reprodução. Neste, não havia lista de restrições admissíveis ao direito de

reprodução, mas fixava-se uma cláusula geral que as enquadrava. Agora, para as faculdades fundamentais há lista taxativa de exceções e além disso, uma cláusula geral limitativa.

É lamentável que assim se proceda. As restrições ao direito de autor permitem a adaptação constante deste direito às condições de cada época. Agora, não só não se prevêem as restrições adequadas à evolução tecnológica como se impede toda a adaptação futura. O direito de autor torna-se rígido, insensível a todo o devir.

Mas há sempre possibilidade de piorar o que é mau. A proposta de directriz foi enviada ao Parlamento Europeu e voltou de lá consideravelmente agravada neste aspecto.

Todas as restrições previstas são passadas a pente fino, no sentido de se limitar ainda mais o espaço de liberdade.

Estamos assim a viver em pleno regime de harmonização-prisão. Fora de qualquer necessidade de harmonização tendo em vista o mercado interno, o Parlamento Europeu é o espaço em que os *lobbies* andam à solta, procurando arrancar para si pedaços sempre maiores, à custa do interesse público e do espaço de autonomia de cada país.

É interessante acrescentar que o Senado alemão, o *Bundesrat*, que tem uma participação importante no processo de aprovação dos tratados, já se pronunciara abertamente em 27 de março de 1998 contra o desequilíbrio da proposta original. Acentuou que o “direito de autor deve impedir que, através de uma protecção reforçada do autor, os direitos exclusivos funcionem como obstáculos ao aproveitamento das obras e a um livre intercâmbio de informação”. E propôs a eliminação das als. 2 e 3, com a sua enumeração taxativa, e a sua substituição pela cláusula geral contida nos tratados da OMPI.

Resta pois ainda uma esperança de que o resultado não seja tão mau como a ameaça.

III - DIREITO DE AUTOR E ACESSO CONDICIONADO

8. O acesso condicionado como direito do produtor - Passou a despertar um grande interesse na construção de sociedade da informação a problemática do acesso condicionado a obras disponíveis em rede. Os tratados da OMPI incluíam já uma previsão destinada a proteger os dispositivos

tecnológicos que asseguram esse acesso condicionado (arts. 11 do Tratado sobre Direito de Autor e 18 do Tratado sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas).

Compreende-se a importância desta matéria, pois a exploração económica das obras em rede seria praticamente vã se não houvesse a garantia do acesso condicionado².

A proposta de directriz da Comunidade Europeia sobre o direito de autor na sociedade da informação reforça esta previsão, no art. 6, sob a epígrafe incolor “Obrigações relativas a medidas tecnológicas”.

Dá-se a circunstância de, simultaneamente, estar em curso de aprovação outra proposta de directriz da Comunidade, a proposta de 9 de junho de 1997, sobre a protecção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicionado. A tramitação de ambas as directrizes tem sido paralela.

A razão que se dá para a dualidade está no objecto protegido. Num caso, reage-se contra a violação do direito de autor; no outro, contra uma forma de acesso não autorizado, em que seria o produtor ou empresário que seria defendido.

Esta justificação não é, a nosso ver, convincente.

O objectivo de ambas as propostas é exactamente o mesmo: assegurar a reserva de acesso, sancionando actividades que têm como fim ou como resultado eludir os dispositivos de protecção. Uma directriz, alegadamente referente ao direito de autor, alarga-se assim a problemas que na gíria comunitária são chamados problemas *horizontais*; respeitam ao direito de autor, como respeitam a outras matérias ainda³.

Mas nem sequer é verdade que, na disciplina desta matéria, o que esteja em causa seja a tutela do direito de autor.

Se o fulcro da protecção do autor está no direito de colocação em rede à disposição do público, a entrada não autorizada na base de dados em

² É céptico em relação à criptagem ou codificação das obras André Lucas, *Le droit d'auteur et les droits voisins dans la Société de l'Information: besoin de continuité, besoin de changement?*, em “Actes” da Conferência “O Direito de Autor e os Direitos Conexos na Aurora do Séc. XXI”, Comissão Europeia, Florença, 1996, 33 e segs. (40)

³ Contraditoriamente com o que se passa noutros domínios como no da responsabilidade pelo conteúdo das mensagens em rede. Esta matéria, que pode afectar o direito de autor, foi contemplada antes na proposta de directriz sobre comércio electrónico, de 1998, por essa responsabilidade poder surgir em campos que nada têm que ver com o direito de autor.

linha, por exemplo, não representa violação do direito de autor; tal como não representa violação do direito de autor, para manter o mesmo símile, a entrada sorrateira num cinema sem pagar bilhete.

O autor já autorizou que a obra fosse colocada à disposição do público. A penetração não autorizada na base de dados não viola o direito de autor: viola o direito do produtor de manter reservado o acesso.

Em consequência, o problema é apenas o problema geral do acesso condicionado. Por isso o conteúdo das duas propostas de directriz é praticamente idêntico; e onde é diferente não há justificação para a diferença, porque não há razões materiais que o justifiquem.

É claro que o autor pode estar também interessado em que o acesso continue reservado. Pode ter até estipulado que a contrapartida da autorização seria função do rendimento obtido com a exploração da obra. Mas esse é um interesse prático, e não jurídico. O seu direito foi já antes exercido e está satisfeito. O invasor da base de dados não viola o direito de autor, mas sim o direito do produtor.

E com isso revela-se-nos algo mais, na ambígua postura do direito de autor na sociedade da informação. Nestas hipóteses, não há sequer tutela do autor que, afinal, reverta em benefício do produtor; há antes tutela directa do produtor, sob a alegação (inexacta) de que se violam obras protegidas pelo direito de autor⁴. É o produtor, agora, quem ocupa directamente o primeiro plano.

E como tanto faz que haja ou não obras protegidas, porque o que se torna decisivo é haver uma restrição de acesso, temos de reconhecer que, em tudo isto, não só o autor se apaga: **apaga-se também o próprio direito de autor.**

O que interessa, na sociedade da informação, é que o produtor seja remunerado. Haver ou não obras protegidas dentro do conteúdo transmitido tornar-se-á secundário, porque as remunerações serão normalmente por tempo ou avença, abstraindo do conteúdo da mensagem transmitida. Só em hipóteses especiais, quando se pactuar uma remuneração específica por categoria de obras, o facto de se tratar de obra protegida pode ainda ter algum significado.

⁴ Só excepcionalmente o produtor será o próprio titular do direito intelectual em causa: por exemplo, na hipótese de ser violado o direito *sui generis* do produtor da base de dados.

Mas não é só por a remuneração do acesso se fazer por obra que o direito de autor influi nela. O acesso a uma sinfonia clássica pode fazer-se nas mesmas condições que o acesso a obra contemporânea, não obstante aquela sinfonia não ser obra intelectual protegida.

Tudo se baralha, pois. O problema jurídico da sociedade da informação é o problema da tutela das próprias mensagens em rede. Ao autor cabe autorizar a integração da obra em rede mas a seguir perde todo o significado. A proposta de directriz, referindo embora o direito do autor, serve materialmente a protecção do produtor.

IV - DIREITO DE AUTOR E INFORMAÇÃO SOBRE OS DIREITOS

9. A identificação da utilização das obras - O panorama é afinal muito semelhante quando passamos a considerar outro ponto que está igualmente no centro dos debates contemporâneos: a chamada informação sobre os direitos.

Estão em curso de aperfeiçoamento mecanismos que permitam o conhecimento informático preciso das utilizações de obras literárias e artísticas que efectivamente se realizem. Por exemplo, pode fazer-se a “tatuagem” electrónica das obras em rede, de maneira a que através desta seja sempre conhecido o número, tempo e local de utilizações efectivamente realizadas.

Já os Tratados da OMPI prevêm esta matéria⁵; e ela é retomada na proposta de directriz sobre a sociedade da informação, no art. 7.

Nesta prevê-se, com considerável desenvolvimento, a repressão de toda a forma de supressão ou alteração de informações sobre a gestão electrónica de direitos, bem como a distribuição ou utilização de qualquer modo de cópias em que essa supressão ou alteração tenha sido realizada.

Acrescente-se que o art. 8 da mesma proposta impõe sanções e meios de execução adequados para a infracção de todas as previsões da directriz, o que abrange assim também o que respeita, quer às “medidas tecnológicas”, quer à “informação para a gestão de direitos”.

⁵ Art. 12 do Tratado sobre direito de autor e art. 19 do Tratado sobre interpretações ou execuções e fonogramas.

Aqui temos uma zona que foi saudada como muito benéfica para os autores. Eles passariam a poder controlar efectiva e directamente a utilização que das suas obras fosse feita. Disse-se mesmo que o autor retomava o protagonismo que os meios de utilização de massa lhe tinham feito perder, em benefício das entidades de gestão colectiva. Nomeadamente, passariam a poder gerir directamente os seus direitos, sem recorrer à intermediação daquelas.

Tudo isto porém é muito relativo.

As grandes esperanças postas nestes mecanismos não parecem susceptíveis de concretização a curto prazo.

A dispensabilidade das entidades de gestão colectiva não está à vista. A pluralidade de utilizações continuará a impossibilitar a gestão individual.

Na realidade, o grande benefício está no surgimento de uma possibilidade de *controlo* que até aqui não existia. Actualmente, o autor está sujeito sem possibilidade de comprovação às informações que utentes e entidades de gestão colectiva lhe fornecem. Agora, passará a ter a possibilidade de averiguar da sua veracidade.

Mas o principal está, quanto a nós, em saber se é verdadeiramente o autor quem é o principal beneficiário desta protecção.

Por razões análogas às que expusemos a propósito dos dispositivos tecnológicos, concluímos que também aqui é protegido, em primeira linha, não o autor, mas sim o produtor.

O autor, como dissemos, tem o papel fundamental de autorizar que a sua obra seja colocada em linha à disposição do público. Mas a partir daí, apaga-se. O agente, exclusivo ou pelo menos principal, da exploração das obras disponíveis em linha, é o empresário ou produtor. É ele quem presta serviços ou disponibiliza obras em rede e é remunerado em contrapartida.

É sobretudo o produtor quem precisa de saber com precisão quais as utilizações que foram realizadas. Esta tecnologia permite-lhe uma informação que doutra maneira não receberia.

A esta exploração o autor é fundamentalmente alheio. Saiu da cena quando autorizou a colocação da obra em linha.

Com isto o direito de autor esgotou-se em relação àquela utilização. Quem tem a titularidade daquela faculdade é o empresário que a adquiriu. É nessa qualidade que realiza a exploração económica da obra. Mas os contratos que celebre de utilização em rede não são já contratos de direito de autor.

Ainda se podem distinguir duas situações:

a) o autor que cedeu a obra foi remunerado por quantia fixa;

b) o autor é remunerado, total ou parcial, por uma percentagem variável consoante as receitas ou lucros obtidos.

No primeiro caso o autor deixa de estar patrimonialmente interessado na exploração efectiva da obra.

No segundo, o autor tem interesse na determinação da exploração efectiva. As informações electrónicas sobre a utilização dos direitos são contabilizáveis. O desenvolvimento do sistema permitirá o incremento de contratos deste tipo.

Mas também aqui, trata-se de aspectos gerais dos contratos e não de faculdades compreendidas no direito autoral. A relação não é mais autoral; respeita só à contrapartida.

Em qualquer caso, o verdadeiro beneficiário é o produtor. E tanto é assim, que vai poder recorrer ao sistema, mesmo quando não há obra protegida pelo direito de autor.

É óbvio que a “tatuagem” pode também ser utilizada quando nenhum direito de autor está em jogo. Por estes processos, o produtor fica em condições de apurar com precisão a utilização efectiva de obras ou prestações, seja qual for o conteúdo ou a tutela autoral destas.

Vemos assim que o tema é apresentado como relativo à protecção do autor. Mas, mais uma vez temos o que se chama um problema *horizontal*: é aplicável a todas as utilizações em rede, haja ou não obras protegidas, que sejam o seu conteúdo.

Também por este lado se intensifica o ocaso do direito de autor. A protecção da obra intelectual torna-se um acidente, porque o que está em primeiro plano é a protecção das prestações em rede do produtor.

10. A desprotecção do público - Toda esta problemática vem acompanhada de grandes perigos. Não nos podendo deter mais nestes pontos, limitamo-nos a um apontamento.

O produtor assinalará as obras protegidas, suponhamos; e cobra-se particularmente por essa utilização.

E se a obra deixar de ser protegida, por exemplo, porque caducaram os direitos exclusivos?

E se a obra não estiver na realidade protegida?

E se a obra estiver protegida nos termos do direito do país do produtor, mas não nos termos da ordem jurídica em que é utilizada?

O consumidor/destinatário não tem defesa nenhuma. Está sujeito às determinações de quem controla a utilização da obra em rede.

Subtilmente, o produtor não afasta só os direitos dos autores. Afasta também o Direito de Autor, vigente nas ordens jurídicas de destino. Passa a ser o produtor quem impõe a lei.

Poderia, nesses casos, ser permitida a utilização de chaves ou instrumentos que neutralizem a informação sobre a utilização do direito. Mas é de prever que a directriz cerceará de toda a maneira essa possibilidade⁶.

Eis, pois, novos domínios de preocupação, particularmente para países predominantemente receptores de mensagens como Portugal. Mas no fundo – para quase todos os países do mundo, também.

V - DIREITO DE AUTOR E SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

11. A sociedade da informação e os seus anti-corpos - Sejam-nos permitidas algumas reflexões finais, em que relacionamos o panorama jurídico a que chegámos com a sociedade da informação em que se enquadra.

Temos perante os olhos uma sociedade em que a informação ocupa um lugar central. Isto representa em si uma homenagem ao espírito, permitindo ao homem elevar-se às potencialidades da sua natureza racional e ficando com melhor base para a realização da sua personalidade. E dá à sociedade novos meios para vencer os desafios do tempo presente, nomeadamente a injustiça e a exclusão que em tão vastos domínios a caracteriza hoje. Não há que insistir neste ponto, que é óbvio.

E todavia, quando reflectimos, não podemos deixar de exprimir alguma angústia, que nos leva a perguntar se a sociedade da informação não traz também ínsito o seu contrário.

E assim:

11.1. A sociedade da informação não será também a sociedade da desinformação?

A manipulação a que a informação é constantemente sujeita não traduzirá que o fluxo da informação é já prevalentemente canalizado para a deturpação da verdade?

O que se passa sob os nossos olhos, no que respeita à guerra na Iugoslávia, não traduz este fenómeno no que respeita a todas as partes em

⁶ Tal como no domínio paralelo dos dispositivos tecnológicos de acesso.

presença? Nas próprias nações democráticas liderantes a manipulação é sistemática, sem que se siga nenhuma reacção das altas autoridades para a comunicação social ou entidades análogas. Desinforma-se e não se passa nada. Está tudo conforme com a liberdade de informação.

11.2. A sociedade da informação não será também a sociedade do excesso de informação?

A informação que nos assalta de todos os lados não terá excedido a medida das capacidades humanas?

Informa-se por informar, acumulando dados que o homem não é mais capaz de assimilar. Acumula-se informação inútil que domina o homem, em vez de ser dominada por ele.

E isto é tanto mais grave quanto é certo que sobre-informar é uma das maneiras de não informar. Na informação empresarial, por exemplo, já se descobriu há muito tempo que ampliar em extremo o volume da informação é uma das melhores formas de fazer passar despercebida a informação essencial. Com a própria informação se evita que os destinatários fiquem afinal informados.

11.3. A sociedade da informação não será, por outro lado, a sociedade da redução da informação?

A massa ingente da informação não acaba por ser reduzida às mesmas fontes ou às mesmas orientações? Os próprios acontecimentos que se propalam a nível mundial não são os mesmos, seleccionados por critérios uniformes ou fornecidos pelos mesmos canais?

A globalização acarreta consigo esta redução da informação disponível, porque só vale como tal o que estiver conforme com certos padrões vigentes.

Na realidade, está em risco a pluralidade antes verificada. A diversidade deixou de interessar, ou só se mantém em nichos de informação cuja subsistência é ainda problemática.

A copiosidade da informação é assim compatível com uma considerável redução do seu âmbito.

11.4. A sociedade da informação não será também a sociedade da monopolização da informação?

Um grande princípio da nossa sociedade é o da liberdade da informação. A informação é livre; quem quer a toma, onde ela se encontrar, e utiliza-a como entender. Isto era considerado básico para a participação sem entraves de todos no diálogo social.

Mas esta, como outras liberdades, está sendo objecto de corrosão contínua.

No domínio do direito autoral surge o chamado direito *sui generis* sobre as bases de dados. Este é, decididamente, um direito cujo objecto é o próprio dado informativo. A informação passa a ser objecto de direitos, de modo que a sua utilização fica reservada ao consentimento do produtor ou empresário da base de dados – para além evidentemente da limitação já representada pelo próprio acesso condicionado a essa base.

Mas não há apenas isto. A concentração, a nível mundial, das empresas de comunicação – e, muito mais vastamente, das empresas da sociedade da informação – faz formarem-se grandes blocos, que dominam a comunicação e a informação disponível.

Esse movimento está em marcha, sem que nenhuma atitude esteja a ser tomada, a nível global da disciplina da sociedade da informação, para o contrariar. Muito pelo contrário: no próprio âmbito do direito de autor se combatem ferozmente restrições admitidas pela Convenção de Berna, no sector de radiodifusão por exemplo, que visavam afastar o abuso de entidades que houvessem adquirido para si posições monopolísticas.

Temos assim que, insensivelmente, da informação livre se passa à informação apropriada ou dominada por grandes conglomerados. Onde havia liberdade passa a haver espaços cada vez maiores de dominação. A informação torna-se objecto de comércio privado e tem o destino de toda a mercadoria.

Isto significa também que a hora do dealbar da sociedade da informação pode ser também a hora do crepúsculo de uma liberdade fundamental: a liberdade da informação.

CONCLUSÃO

Às vezes, quando ouço as justificações dos economistas, pergunto se estes não serão os profetas do passado. Explicam tudo, mas não prevêem nada. A crise do Extremo Oriente? Tinha de acontecer, dado o endividamento das empresas e outros factores mais... Mas ninguém a previu. Faz-se profecia do passado.

Mas nós, os juristas, não estaremos afinal a viver a tentação de ser os profetas do presente?

Não tendemos demasiadamente hoje a explicar e comentar o que acontece, e com isso a sacralizar, apresentando-a como dado irreversível,

uma evolução em marcha? Não tomamos factores como a globalização como dogmas, apresentando como fatal um sentido histórico, e fazendo assim perder de vista a alternativa que está ínsita em todo o acontecer?

O futuro está sempre em aberto. Não é função do jurista ser o arauto do que acontece, mas sim ser um construtor do equilíbrio dos factores que sirva verdadeiramente a sociedade em que se insere.

Limitando-se a explicar o que acontece, o jurista é um “profeta do presente”. Trai a verdadeira função profética ou de construção do futuro, que lhe cabe desempenhar. ◆

O Novo Projeto de Recuperação da Empresa

PAULO PENALVA SANTOS

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

“Em matéria de falência não há previsões legislativas que bastem nem reformas que muito durem. Por um lado, a extrema mobilidade e suscetibilidade do crédito, cuja segurança a lei de falência se propõe tutelar, desorientam e amesquinham as mais completas e adequadas providências e obrigam o legislador a seguir nas suas constantes transformações os caprichosos movimentos desse maravilhoso proteu. Por outro lado, a astúcia dos interesses penetra e desconcerta as mais finas malhas da urdidura legislativa, e o dolo e a fraude, tantas vezes auxiliados pelo desleixo ou complacências dos próprios executores da lei, a breve trecho fazem do descrédito desta o pedestal dos seus triunfos.” (Exposição de Motivos de 26 de julho de 1889 do Ministro da Justiça Conselheiro Borges Cabral apresentando ao Rei de Portugal o Código de Falências).

1. Introdução - Elaborar uma lei falimentar sempre foi uma tarefa árdua - lembrava Carvalho de Mendonça -, pois em sistemas como esses todos experimentam algum tipo de prejuízo, sendo que “a sabedoria consiste não em impedir sacrifícios inevitáveis, mas em medi-los e coordená-los”.¹

Na seara do Direito Falimentar, uma das maiores preocupações dos juristas sempre foi com relação aos meios para evitar a quebra. Essas formas preventivas testaram vários sistemas, mas sempre sob a ótica estreita dos interesses do devedor ou dos credores.²

Somente nas últimas décadas é que se chegou à conclusão de que era importante adotar o procedimento de reorganização da empresa, diferente

¹ *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Vol. VII, p. 57, Ed. Freitas Bastos, 1946).

² Fabio Konder Comparato in *Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa*, ed. RT, 1970, p. 98.

dos modelos até então existentes, para evitar o seu desaparecimento quando houvesse um interesse social relevante.

Além das gigantescas dificuldades na elaboração de leis falimentares, pois elas se desgastam rapidamente com a fraude, no caso de recuperação de empresas o trabalho é ainda de maior magnitude, pois a experiência já demonstrou que uma norma que permitisse a aplicação generalizada do princípio da conservação da empresa, ao invés de diminuir, na verdade, pode aumentar os custos sociais que se pretende evitar.

Qualquer Projeto que ignore essa constatação, transformando a recuperação da empresa em uma panacéia, provocará clamores gerais contra essa lei, levando a descrédito um instituto de tal relevância para o Direito Concursal.

Lamentavelmente, o Projeto de Lei nº 4.376/93, mesmo com a ementa Global do Deputado Luis Roberto Pontes, é bastante ingênuo, pois, ao desprezar essa experiência histórica, estará sendo condenado a revivê-la.

2. A evolução histórica das leis falimentares - Conforme já assinalado, o Projeto, da forma como está redigido, corre o grave risco de desmoralizar um instituto tão importante como o da recuperação econômica da empresa, pois fracassaram todos os modelos que permitiram a sua **aplicação indiscriminada**, sem que houvesse, ao menos, um critério objetivo para se identificar a empresa recuperável.

Porém, antes de analisar o instituto da recuperação, deve-se atentar para algumas lições tiradas das legislações anteriores, cujos erros lamentavelmente estão se repetindo no Projeto.

Inicialmente, o Código Comercial de 1850 instituiu um processo falimentar lento e complicado, que importava sempre na ruína do devedor e no sacrifício de seus credores.

Isso se deveu a vários fatores, mas principalmente pela excessiva importância dada aos interesses dos credores.

Os juristas também criticavam o Código Comercial por conceder demasiada autonomia aos credores, na organização falimentar, restando ao juiz apenas o papel de homologar as decisões dos credores, tomadas nas assembléias gerais. Neste sentido, o artigo 898 do C. Comercial condicionava a concessão da moratória à concordância de dois terços dos credores quirografários, com ampla liberdade para inclusive decidirem sobre a decretação da falência.

Note-se que a supremacia do interesse dos credores foi certamente uma das causas do insucesso do Decreto 917 de 1890, denominada Lei Carlos de Carvalho.

Na realidade, este é um dos pontos mais delicados em sede falimentar. Como já se disse, um processo elaborado no interesse primordial dos credores ou do devedor (que não se confundem necessariamente com o interesse social) pode levá-lo a uma distorção grave.

De um lado, não é mais possível manter um processo falimentar, como o atual, que trata a falência como uma simples questão patrimonial, pela má utilização do crédito, e sendo ainda a concordata um mero favor legal, onde o interesse dos credores e o social são irrelevantes. Mas também, de outro lado, não se pode desprezar a experiência que demonstra o malefício causado pela excessiva importância dos interesses dos credores ou do próprio devedor.

Como já lembrava Paulo Maria de Lacerda, não é esse o papel dos credores na falência.³ Na quebra, ou em qualquer outro processo preventivo, a função do credor é a de sofrer apenas o menor mal possível.

Essa mesma lição nos é dada pela doutrina moderna, conforme destaca o Professor **Jean Pailluseau**, ao observar o seguinte: “*Si une entreprise n’est pas viable et qu’elle est maintenue artificiellement en vie, qui va financer son existence? Les créanciers? Ce n’est pas leur rôle, et il faut soigneusement éviter de leur transmettre la maladie.*”⁴

A falência, a concordata, a recuperação da empresa, etc. são institutos que têm como função própria lidar com patrimônios avariados, tanto para os credores quanto para o devedor. Longe de significar lucro, esses processos representam perdas e danos para ambas as partes.

Não seria razoável exigir de um credor que aumente o seu prejuízo em nome de um interesse social relevante, pois o seu papel, como não poderia deixar de ser, é o de preservar o importante instituto do crédito, essencial em qualquer economia.

Impõe-se salientar a consagrada lição do Professor Fábio Konder Comparato, ao frisar que a solução jurídica da insolvabilidade das empre-

³ *Da Falência no Direito Brasileiro*, Cia. Ed. Nacional, 1931, p. 9)

⁴ L’Ouverture du Règlement Judiciaire, p. 17, in *L’enjeu du Nouveau Droit des Faillites*. Colloque du 17 mai 1984. LITEC DROIT, 1985.

sas em que há relevante interesse social não se deve fazer em função do exclusivo interesse de seus credores.⁵

Interesse social não significa proteger o lucro, que é o único interesse a ser preservado do ponto de vista dos credores. Apenas como exemplo, em recente concordata preventiva, posteriormente convolada em falência, que se processou na cidade de São Paulo, o maior credor era um banco, que teve metade de seu lucro líquido do exercício incluído no passivo quirografário. Pergunta-se: seria razoável exigir desse credor um sacrifício ainda maior para priorizar o eventual interesse social, acaso existente? Certamente que não.

É preciso lembrar que vários sistemas concursais não consagram a distinção entre empresa de interesse social e de interesse privado, como é o caso da lei norte-americana, onde prevalece, tão-somente, o interesse dos credores.⁶ Conforme se demonstrará a seguir, o interesse social não significa o interesse dos credores ou o do devedor, que na realidade são os únicos parâmetros adotados pelo Projeto.

3. A obsolescência do atual modelo - O Direito Falimentar sempre se caracterizou pelo que o Professor **Fábio Konder Comparato** denominou de dualismo pendular. As leis brasileiras ora destacavam a proteção dos interesses dos credores, ora os interesses do devedor, sem que houvesse qualquer preocupação com eventual interesse social da empresa a ser preservado.⁷

Portanto, desde o Diploma de 1850, até o atual DL nº 7.661/45, a falência foi apenas uma questão patrimonial, segundo a qual os credores dividiriam entre si o patrimônio do devedor.

Há muitos anos que a doutrina vem alertando para a inconveniência de se manter um direito falimentar centrado apenas na idéia tradicional de disciplinador da função anormal do crédito, para adotar um sistema que preservasse o interesse social dos bens de produção previsto na Constituição da República.⁸

⁵ *Direito Empresarial - Estudos e Pareceres*. Saraiva, 1990, p. 16.

⁶ Fábio Konder Comparato. *Direito Empresarial - Estudos e Pareceres*, p. 14.

⁷ *Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa*. Ed. RT, 1970, p. 102.

⁸ Além dos trabalhos já mencionados do Professor Fábio Konder Comparato, leia-se, com muito proveito, Rubens Requião (*Aspectos Modernos do Direito Comercial*, Saraiva, p. 115) e Nelson Abrão (*O Novo Direito Falimentar*, RT, 1985).

Porém, o que se verifica é que esse novo direito não pode ser utilizado de forma irrestrita, como se propõe o Projeto, pois a sua aplicação só seria oportuna quando os custos sociais com a conservação da empresa forem menores ao da sua liquidação.

4. O conceito de empresa recuperável - *Les solutions qui se dégagent aujourd'hui sont très novatrices. Elles mettent, très heureusement, au premier plan les considérations économiques. Le sauvetage d'une entreprise est, en effet, un problème de management plus qu'un problème juridique.*
J.Paillusseau

A reforma da Lei de Falências deve obrigatoriamente ser precedida de um estudo econômico, pois seria ingênuo pretender legislar sobre o tema a partir de critérios apenas jurídicos, considerando que o conceito de empresa viável é econômico.

Um sistema concursal que pretenda pôr em prática o princípio de conservação da empresa não pode consistir em um mecanismo indiscriminado de conservação de qualquer empresa. O direito moderno não pode desprezar a questão fundamental de se saber em que casos as empresas devem desaparecer, e quando devem ser conservadas.

Esta questão, que o novo direito não pode resolver mediante o estabelecimento de um critério rígido de seleção, requer ao menos a elaboração de um padrão de empresa recuperável, que contenha as condições mínimas compatíveis com o interesse social que se pretende conservar.

Na realidade, o direito concursal deve ser um marco legal que permita, com os menores custos sociais possíveis, a reestruturação ou o desaparecimento de empresas ineficientes, com o deslocamento dos fatores de produção para campos de maior rentabilidade. Para cada uma dessas hipóteses a lei deve estabelecer a eliminação ou a conservação da empresa.

É fundamental que na adoção de um plano de reorganização os custos com a conservação da empresa sejam inferiores aos custos com a liquidação. Não há dúvida de que a aplicação generalizada do princípio da conservação da empresa, ao invés de diminuir, pode significar um aumento dos custos sociais.

A reorganização da empresa não é uma panacéia, como imagina o Projeto, pois este instituto aplica-se apenas a um percentual pequeno em relação às empresas em dificuldades. Nada pode ser mais danoso ao interesse público do que a manutenção de empresas ineficientes, as quais inevitavelmente serão

mantidas com subsídios públicos. Nem mesmo o interesse exclusivo dos empregados pode prevalecer em detrimento dos contribuintes que pagam as subvenções, e do conjunto da sociedade que sofre as conseqüências da baixa produtividade e da ineficiência dessas empresas.

A doutrina estrangeira destaca que a conservação da empresa em situação de crise só pode ser uma solução correta se os custos com a sua conservação sejam menores do que os de sua liquidação.⁹ Portanto, a aplicação do princípio da recuperação não é a única forma para modernizar o direito concursal. Ao contrário, na maioria dos casos, pode-se obter uma maior eficiência através de um processo de liquidação eficiente.

Francisco Cabrillo, em magnífica análise econômica do direito concursal espanhol, alerta para o fato de que dentre os custos com a conservação de uma empresa ineficiente, destaca-se o da baixa produtividade dos fatores de produção nela empregados. Portanto, seria perigoso elaborar uma lei que facilitasse indiscriminadamente a conservação de empresas em momento de crise, sem considerar o custo com a sua manutenção. Seria, por exemplo, um erro grave decidir pela manutenção de empresas ineficientes apenas para evitar o desemprego, pois o resultado final dessa política dificultaria ainda mais a criação de empresas eficientes.¹⁰

Estudos também realizados com base no direito norte-americano também demonstram um elevado índice de erro nas decisões judiciais sobre a viabilidade econômica das empresas, pois a tendência dos credores e do juiz é a de menosprezar os riscos de fracasso, pelas razões acima mencionadas. O resultado desastroso constatado por **Thomas Jackson** revela que grande parte das empresas americanas reorganizadas na forma da lei, e que foram consideradas viáveis judicialmente, duraram muito pouco no mercado. Isso é claro, sem considerar o elevado percentual das empresas que sequer conseguiram cumprir os planos de recuperação aprovados pelos credores e pelo juiz, como ocorreu com a PanAm.¹¹

Na falência não é complicado identificar os custos de um processo liquidatório, mas aqueles para a manutenção de uma empresa em dificuldade são mais difíceis de constatar.

⁹ Francisco Cabrillo. *Quiebra y Liquidación de Empresas*. Ed. Unión Editorial, 1889, p. 140/141.

¹⁰ Ob. Cit. p. 39.

¹¹ *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*. Harvard University Press, 1986, p. 218/224.

São na realidade custos que para a sociedade representam a consequência de recursos produtivos mal empregados, dando origem a uma redução da renda nacional, e, portanto, do bem estar social. Exatamente por ser difícil de identificar é que este custo tende a ser subestimado nos processos de reorganização. O resultado óbvio é que a conservação dessas empresas acaba sendo contrária ao verdadeiro interesse social que se pretende conservar.

Na França, na discussão parlamentar dos projetos de leis sobre a matéria sempre foi enfaticamente destacado que a recuperação só deveria abranger as empresas viáveis. As demais deveriam ser eliminadas.

Paillusseau lembra que é essencial que seja assim, pois caso contrário, se for mantida artificialmente em funcionamento, quem vai financiar sua existência - indaga o Professor da Universidade de Rennes? Os credores? Não é este o papel deles. Os acionistas? É provável que não possam mais aportar capital, caso contrário já o teriam feito. O Estado?, quer dizer, o contribuinte? Pode ser, mas será provavelmente em detrimento do bem estar social.¹²

As empresas que foram mantidas artificialmente, em descompasso com a sua realidade econômica viram até mesmo seus empregados desaparecerem pouco a pouco, após algum tempo. É evidente que a noção de viabilidade não se resume somente a uma apreciação financeira, mas é igualmente correto afirmar que uma empresa não pode ser considerada viável se não tem independência financeira de modo permanente, sem que tenha alcançado um independência econômica.¹³

Em síntese, resumindo os elementos que identificam a empresa recuperável economicamente, **Paillusseau** conclui que deve ser apenas aquela que pode remunerar normalmente os capitais nela aportados. Em consequência, se a empresa não é capaz de remunerar o capital nela empregado, uma fonte essencial de seu financiamento desaparece. Neste cenário, a empresa tenderia a ser subvencionada pelo Poder Público, cujos inconvenientes são evidentes.¹⁴

Naturalmente, a apreciação da viabilidade não deve se limitar a uma análise meramente financeira da empresa. Este estudo não teria sentido senão num contexto global, considerando as reais perspectivas de rentabilidade

¹². Ob. Cit., p. 17.

¹³. Paillusseau. Ob. Cit., p. 17/20.

¹⁴. Ob. Cit., p. 18/19.

da empresa. A viabilidade dependeria, em resumo da resposta às seguintes indagações formuladas pelo Professor **Paillusseau**: Qual a importância em relação aos concorrentes? Quanto valem seus produtos e serviços no mercado? Qual é a qualidade da sua organização de produção? Quais são os investimentos que devem ser feitos? Todas essas perguntas e outras mais é que permitem traçar ao menos um parâmetro para se saber se a empresa é ou não viável.¹⁵

Portanto, qualquer plano de recuperação econômico deve ter como prioridade identificar as condições econômicas e financeiras para se tornar viável, e ainda verificar, de forma objetiva, se elas podem ser alcançadas.

O Legislador Português, na Exposição de Motivos do Dec. Lei nº 132/93, bem frisou que “os programas de recuperação econômica da empresa não são planos de caridade evangélica aplicados aos que dela dependem, porque não é nessa vertente da vida social que a caridade encontra o seu lugar próprio. Só a **real viabilidade** econômica da empresa em dificuldade pode legitimar, sobretudo numa economia de mercado como a que hoje vigora no espaço comunitário europeu, o cerceamento da reação legal daqueles cujos direitos foram violados.”

Aqui, cabe indagar? Teria o legislador tido tal preocupação? Teria o Projeto sido precedido de um estudo econômico, a exemplo do modelo francês?

5. A reforma deve ser ampla - Modernizar o direito concursal pressupõe muito mais do que introduzir um instituto como o da recuperação da empresa.

Em primeiro lugar, é fato notório que médias e até grandes empresas impetram concordata ou vão à falência por falta de uma legislação eficiente capaz de reprimir o abuso do poder econômico. No Brasil, o sistema constitucional econômico acolhe princípios do Estado Liberal, que consagram a primazia da livre iniciativa.

Para demonstrar a importância desse princípio, vale ressaltar que o exame da matéria deve partir desde o nível de princípio fundamental do Estado (art. 1º, IV), instituidor da livre iniciativa, passando pelo nível de princípio geral da ordem econômica (artigo 170, IV), que consagra também a livre iniciativa, até, como seu consectário, o nível de princípio setorial do

¹⁵ Ob. Cit., p. 19.

desprivilegiamento da atitude econômica exercida pelo Estado (art. 173, § 3º). A justiça social constitui-se no objetivo da ordem econômica (art. 170). Para alcançá-la, a Constituição da República estabeleceu como um dos princípios basilares o da livre concorrência.

A livre concorrência, contudo, existe dentro de um contexto onde é apenas um meio para alcançar o fim (justiça social). Embora a livre concorrência seja um princípio constitucional, não pode ser concebida de forma antisocial, objetivando apenas o lucro do empresário e o aumento do seu mercado em detrimento dos demais concorrentes.

O princípio da livre concorrência, para ser fielmente observado, depende de mecanismos a serem criados pelo Estado, para garantir a livre concorrência, impedindo o abuso do poder econômico. A livre iniciativa não é absoluta, sendo, por exemplo, intolerável tal concentração econômica de determinado grupo que possa impedir a iniciativa de outros.

Nos termos do parágrafo 4º do artigo 173, o abuso do poder econômico é caracterizado pela dominação dos mercados, pela eliminação da concorrência e pelo aumento arbitrário dos lucros. O abuso pode se caracterizar apenas com um desses elementos.¹⁶ Percebe-se que o comportamento de cartéis, interferindo na livre iniciativa, pode claramente provocar o desaparecimento de várias empresas produtivas.

É fundamental a edição de legislação infraconstitucional disciplinando a atuação de todos os agentes econômicos, no sentido de impedir as hipóteses ventiladas no parágrafo 4º do art. 173. Além disso, cabe criar um mecanismo estatal eficiente que possa punir de forma exemplar qualquer das modalidades do abuso do poder econômico.

Para que este órgão governamental possa efetivamente cumprir suas funções, é importante que se dotado de poder inibitório, para, de forma preventiva, paralisar as etapas formadoras de abuso do poder econômico, sob pena de enfrentar apenas fatos consumados.

Ainda, para coibir as práticas desleais, que impedem a pulverização da oferta, não basta apenas fiscalizar o mercado, sendo preciso fomentar a pequena e média empresa naquilo que ela tem de mais eficiente, estimu-

¹⁶ Fábio Konder Comparato in *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, Forense, 1984, pp. 78 e segs. No mesmo sentido José Alexandre Tavares Guerreiro in *Formas de Abuso do Poder Econômico*, Revista de Direito Econômico do CADE, Nova fase nº 3, p. 49, 1986.

lando suas vantagens comparativas. Infelizmente, em muitos casos, o mau exemplo partia do próprio Poder Executivo, que alterava o desenvolvimento de atividades e empresas, estabelecendo reservas de mercado, credenciamento para acesso a financiamentos e incentivos fiscais que, na realidade, representavam mecanismos eliminadores da competição.

Além disso, deve ainda haver um processo de integração entre o direito concursal e os outros ramos do direito, visando impedir casos como ocorrem na legislação tributária, que permitem que determinados créditos não se sujeitem ao procedimento concursal.

Qualquer hipótese que permita, na reorganização, a cobrança de determinados créditos deve ser proibida, como ocorre no direito brasileiro, através de artifícios jurídicos - aliás de constitucionalidade duvidosa - como é o caso da restituição que as instituições financeiras têm pelo adiantamento de contrato de câmbio. Da mesma forma, não são coerentes com o novo sistema mecanismos como a ação de restituição nos casos de contratos de *leasing* e de alienação fiduciária, que permitam que alguns créditos sejam excluídos do processo de reorganização.

Neste sentido é a lição oportuna do legislador português, ao acabar com privilégios injustos, principalmente do fisco, que não se submetia a qualquer regra de falência ou na concordata. Note-se que mesmo o privilégio a ser concedido aos credores trabalhistas não autoriza concluir que estes credores possam agir isoladamente, ou mesmo vender separadamente alguns bens do devedor, como ocorre na lei espanhola.¹⁷

Finalmente, merece registro o fato de que o Poder Judiciário deve ser melhor aparelhado para decidir sobre esta questão. Para evitar a longa duração dos processos falimentares, é preciso que se ampliem os recursos que o Estado possa dedicar à administração da Justiça.

No processo de reorganização, é fundamental frisar a eficiência da organização judiciária, para que o procedimento se desenvolva nos termos previstos pelo legislador. É freqüente a hipótese em que a lei falimentar, apesar de tecnicamente correta, não alcança o seu objetivo pela delonga do processo, que se arrasta por vários anos. É importante verificar como terminam os procedimentos falimentares, para então identificar se as causas do fracasso estão na própria lei, ou se decorrem apenas da sua aplicação.

¹⁷ Francisco Cabrillo, ob. cit., p. 17.

Os fatos comprovam que apenas uma parcela pequena das empresas em dificuldade recorre a um procedimento concursal. Ou seja, há uma indicação clara de que o mercado busca outras soluções, além daquelas previstas nas normas concursais, o que já é suficiente para justificar uma reforma profunda da lei. Parte deste insucesso, contudo, decorre da falta de aparelhamento do Poder Judiciário, para resolver rapidamente tais questões. Como ocorre na França, impõe-se a criação de uma Justiça especializada em Direito Falimentar, o que decorre até mesmo do grau de especialização que a aplicação da lei requerer.

6. Outras falhas graves do Projeto de Lei nº 4.376/93 - Feita essa abordagem teórica, cabe agora analisar o caso concreto.

O Projeto original de 1993, encaminhado ao Poder Legislativo, cuidava de três institutos, que eram a falência (denominada de liquidação judicial), a concordata preventiva e a recuperação da empresa.

A partir do Substitutivo, apresentado pelo relator Deputado Osvaldo Biolchi, a concordata preventiva foi suprimida do texto, passando, em consequência, o Projeto a regular apenas a recuperação e a liquidação judicial. Também a Emenda Global, de autoria do Deputado Luis Roberto Pontes manteve essa mesma orientação do Substitutivo de excluir a concordata do sistema legal.

Naturalmente, bastava comparar as observações gerais sobre o conceito de empresa recuperável com o Projeto para concluir pela sua inutilidade.

Mas, a existência de outros erros graves não podem passar despercebidos.

Quanto ao aspecto formal, cumpre destacar que a falta de técnica é assustadora.

Primeiro, alterar os nomes dos institutos inutilmente só faz criar uma confusão absolutamente desnecessária, como ocorre com o conceito de “massa falida” que passa a ser “massa liquidanda”, sem qualquer justificativa.

Também não há razão para a falência se chamar “liquidação judicial”, pois, na realidade, a liquidação é apenas uma das fases da própria falência. Ademais, nem toda liquidação judicial é sinônimo de falência. A Lei de Sociedades por Ações, por exemplo, no artigo 206, II, cuida de três hipóteses de liquidação judicial, sendo que apenas uma demais é falimentar.

Outro exemplo impressionante é a consagrada expressão “declaração de falência” que virou “declaração de inviabilidade econômica e financeira”, apesar de ter como principal causa o tradicional conceito de impontualidade, que não se presta para demonstrar o insucesso econômico da empresa.

Na impontualidade, a lei simplesmente presume que o devedor esteja insolvente, pelo só descumprimento da obrigação de pagar no vencimento dívida líquida e certa constante de título executivo, sendo irrelevante o exame do aspecto econômico da empresa. A incoerência entre o instituto da impontualidade e o fim pretendido (prova da inviabilidade econômica) é absoluta.

Ainda, nota-se que o critério excessivamente rigoroso da impontualidade parece ser o menos coerente com o instituto da recuperação da empresa, que pode ser levada à quebra por uma mera questão momentânea de liquidez.

De outra parte, ao contrário da lei atual, o Projeto não adotou um enfoque sistemático do instituto da liquidação judicial (sic).

O correto seria tratar da caracterização da falência, da declaração da quebra, dos efeitos em relação aos credores, aos bens do devedor, aos efeitos quanto aos contratos, passando pela verificação e pela classificação de créditos, até chegar à fase final da liquidação. Onde já se viu tratar primeiro da classificação e só após da verificação, quando a ordem lógica é exatamente a inversa?

Nada justifica iniciar o texto legal cuidando dos créditos que não são exigíveis na liquidação judicial (que é apenas a redação do artigo 23 da lei atual) e, em seguida, da classificação dos créditos, para só nos artigos 67 e seguintes regular as causas da falência, ou pior “as causas da inviabilidade financeira e econômica”.

Mesmo nas disposições que caracterizam a falência, o artigo 67 mistura dois institutos distintos que são a impontualidade e a insolvência presumida. Por exemplo, o conceito de impontualidade está inicialmente previsto no inciso I do artigo 67, mas a sua definição só aparece nos artigos 68 e 69, provocando uma confusão desnecessária para o intérprete. Se as causas continuam sendo a impontualidade e a insolvência, porque não manter o sistema da atual lei?

Em síntese, a impropriedade é de tal ordem que mesmo a caracterização da falência merece ser mantida como está no DL nº 7.661/45, pois a emenda será pior do que o soneto.

6.1. *O subjetivismo do Projeto* - Conforme já destacado, a recuperação da empresa deve ser um marco legal que permita, com os menores custos sociais possíveis, a reestruturação ou a liquidação de empresas ineficientes, permitindo o deslocamento desses fatores de produção para campos mais rentáveis.

Ficou ainda comprovado que a aplicação indiscriminada do princípio da conservação da empresa, ao invés de diminuir, pode, na realidade, aumentar os custos sociais, pois uma empresa que não tem condições de remunerar os capitais nela aportados, tende, inevitavelmente, a ser subvencionada pelo Poder Público, ou seja, pelo contribuinte.

O Projeto tem um conceito impróprio de empresa recuperável, permitindo a sua aplicação até às pessoas físicas (art. 1º), chegando ao ponto de admitir o pedido de recuperação econômica formulado até mesmo pelo espólio do devedor comerciante individual (parágrafo único do artigo 28), como se fosse possível enxergar interesse social nesse caso. Somente a imaginação fértil do legislador pode conceber um projeto de recuperação econômica elaborado por uma viúva de um comerciante individual. Esse exemplo apenas reforça a suspeita de que o legislador, do primeiro ao último artigo, não tem um conceito claro de quem deveria se beneficiar desse instituto.

De outro lado, o plano de recuperação pode ser apresentado pelo devedor sem qualquer preocupação com o prazo para o seu cumprimento, pois é ele quem propõe “a estimativa do prazo necessário para o seu cumprimento” (inciso VII, art. 32).

Nesse procedimento, concebido pelo legislador, perdem todos, menos o devedor.

Os credores trabalhistas devem ser pagos em um ano, “atendendo às disponibilidades financeiras do devedor” (art. 30). Mas, se o devedor não pagar os empregados (ou provavelmente ex-empregados) - o que com toda a certeza sempre ocorrerá - o juiz pode prorrogar esse prazo, sem que haja no Projeto qualquer parâmetro para essa dilação.

Mais uma vez, quem paga a conta é o Poder Público, pois é obrigado a receber seu crédito parcelado em até 90 meses (quase oito anos), apenas acrescido de correção e juros de até 5%^{aa}. Segundo o art. 41, basta o deferimento da recuperação judicial para que o devedor obtenha o direito de parcelar suas dívidas tributárias, independentemente de qualquer garantia real, e pelo prazo que lhe aprouver (até o limite de 90 meses). Essa sobre-

vida desnatural será custeada em grande parte pela própria sociedade, pois é evidente que o Projeto permite que a empresa seja mantida artificialmente, conforme já salientado.

6.2. *A ausência da concordata preventiva* - A concordata preventiva não é incompatível com o instituto da recuperação econômica da empresa, como imagina o Projeto. Cada qual tem a sua finalidade específica.

Enquanto que de um lado a concordata preventiva atenderia à maioria absoluta das necessidades dos empresários, para evitar a falência, pois são questões ligadas à má utilização do crédito, causando um desequilíbrio financeiro ou econômico momentâneo, de outro a recuperação econômica visaria casos especiais, nos quais o interesse social relevante está acima dos interesses dos credores e do próprio devedor.

A realidade tem demonstrado que a maior parte das empresas que se socorrem da concordata preventiva, são pequenas e médias, que tentam obstar a quebra mediante a obtenção de meios que lhes permitam oferecer aos credores remissão ou dilação no pagamento de suas dívidas. É apenas isso. Enxergar nesses casos hipóteses de interesse social relevante é absolutamente divorciado da realidade.

Assim, se o legislador tivesse percorrido os cartórios que processam as concordatas preventivas teria chegado à essa conclusão. Portanto, da forma como está redigido o Projeto, esses devedores, por uma questão de sobrevivência, serão forçados a criar algo desnecessário, que é um plano irreal de recuperação, para preservar a realização da função social que certamente não está presente nessas empresas.

O Projeto, se vier a ser sancionado, terá vida curtíssima. A concordata, sem dúvida, deve ser aprimorada, mas jamais suprimida. Tenha ou não natureza contratual, seja ou não um mero favor legal, ela terá sempre o relevante papel de regularizar as relações patrimoniais entre o devedor e seus credores quirografários, evitando-se a falência. O seu objetivo é de resolver o conflito de interesses meramente patrimoniais, ou seja, questões típicas das relações de interesse privado, protegendo a empresa contra a ameaça de sua destruição.

7. **Conclusão** - Em síntese, chegamos à conclusão de que o instituto da recuperação econômica deve ser inserido brevemente no sistema legal, mas não como previsto no Projeto. Lamentavelmente, o Projeto contém falhas graves, que inevitavelmente o levarão ao insucesso, pois demonstrou desconhecer o próprio conceito de empresa recuperável.

Talvez fosse melhor, a curtíssimo prazo, aprimorar o instituto da concordata e da falência, do que se aventurar em uma empreitada de grande calado, sem conhecimento de causa.

A concordata preventiva ainda é de grande valia. Pequenas alterações seriam suficientes para atender às demandas dos empresários e juristas. A fraude constatada nas legislações anteriores, ocasionada pela desmedida influência dos credores, levou o legislador de 1945 a afastar qualquer possibilidade de acordo entre credores e devedor, dando ao instituto uma natureza de favor legal. Talvez uma flexibilização do instituto, permitindo, em determinadas hipóteses, uma composição entre credores e devedor fosse uma boa solução. **In medio stat virtus.**

Depois, com as cautelas devidas, poder-se-ia reiniciar a elaboração de um anteprojeto específico sobre reorganização, mas sempre atentando para as questões acima abordadas. ◆

A Responsabilidade na Sociedade por Quotas

ALEXANDRE FERREIRA DE ASSUMPTÃO ALVES

Mestre em Direito. Professor Assistente de Direito Comercial das Faculdades de Direito da U.F.R.J. e da U.E.R.J.

1. As primeiras sociedades comerciais surgiram da associação de comerciantes ou de pessoas em cooperação com comerciantes para, mediante a conjugação de recursos, desenvolver uma atividade mercantil em prol dos partícipes, ainda que alguns não se obrigassem pessoalmente pelo resultado das operações praticadas.¹ Estes grupos eram constituídos em virtude da figura dos integrantes (*intuitu personae*), sendo um traço preponderante a responsabilidade ilimitada e solidária de uns, alguns ou de todos os sócios. A sociedade comercial era concebida como uma “associação” de comerciantes, expressão ainda presente em certos dispositivos do Código Comercial (arts. 289, 291, 311, entre outros) e não como uma realidade técnica, presente no mundo jurídico e com existência distinta de seus integrantes – pessoa jurídica.

A responsabilidade ilimitada dos sócios, peculiar aos tipos clássicos de sociedade, representava, por um lado, uma segurança para os credores, mas por outro era um grave obstáculo para os empreendedores que desejavam explorar uma atividade comercial de grande vulto e, por conseguinte, ensejadora de um investimento maior. O insucesso acarretaria aos sócios não apenas a cessação da atividade social, mas o comprometimento subsidiário de seu patrimônio pessoal.

¹ Tem-se, à guisa de ilustração, a sociedade em comandita, originária do contrato de comenda, e considerada o mais antigo tipo de sociedade comercial. No contrato de comenda apenas o sócio comerciante realizava as operações **em nome próprio**, obrigando-se ilimitadamente pelo resultado das transações. O resultado positivo da atividade deveria ser repartido com os sócios comanditários ou prestadores de capitais, muito embora estes não fossem declarados no contrato social, nem mencionados nas operações realizadas pelo (s) comanditado(s).

A necessidade da aglutinação de vultosos capitais em decorrência das grandes navegações nos séculos XVI e XVII, a fim de possibilitar a colonização e a exploração econômica dos novos territórios motivou a criação, por Carta Régia, das Companhias de Comércio ou sociedades anônimas², a primeira sociedade a admitir a responsabilidade limitada para todos os sócios. Tal fato representou uma profunda mudança no direito societário, permitindo a disseminação das sociedades comerciais e o aumento considerável do número de sócios, haja vista que, até então, os tipos clássicos exigiam poucos participantes, quase sempre comerciantes individuais, com ambições bastante modestas e de atuação local ou regional.

O acionista, por sua vez, embora pudesse limitar sua responsabilidade ao valor de suas ações, não tinha (e não tem), via de regra, papel preponderante na sociedade anônima, uma vez que o principal interesse da sociedade é o de atrair investimentos que possibilitem a exploração do objeto social, sendo a sociedade constituída mais em função da contribuição para a formação do capital do que a pessoa dos sócios em si.

Estas considerações de cunho histórico são de extrema importância para uma adequada compreensão da sociedade por quotas e das razões que determinaram sua criação por decisão legislativa.

A sociedade por quotas é bem mais recente no cenário das sociedades comerciais, se comparada com os outros tipos, e não é produto dos usos comerciais ou de decisão governamental, mas do legislador.

Seu aparecimento é derivado da necessidade que os pequenos e médios empreendedores do século XIX tinham de um tipo de sociedade que conferisse a todos os sócios responsabilidade limitada, mas pudesse ser fundada e administrada de modo simples, passível de ser organizada por duas pessoas com um capital modesto, e sem necessidade de autorização

² Não há consenso na doutrina comercial acerca da origem das sociedades anônimas. A tese clássica do historiador Goldschmidt atribui à Casa ou Banco *di San Giorgio*, surgida no século XV em Gênova, o protótipo da sociedade anônima, pelo fato de terem sido as quotas dos membros no capital divididas em frações iguais e que, posteriormente, eram livremente negociadas (à semelhança das ações). Jean Escarra contesta essa versão e afirma que tal entidade sequer era uma sociedade, mas sim uma comunhão de interesses entre os credores da República de Gênova, cujos créditos foram reunidos e administrados por um conselho gestor que representava os comunhantes. De acordo com este jurista, a origem das sociedades anônimas está nas Companhias de Comércio, termo aliás empregado pelo Código Comercial (Título XV, capítulo II) como sinônimo de sociedade anônima, tradicionalmente no direito pátrio, inclusive na Lei nº 6.404/76, que trata da matéria hodiernamente (art. 1º). Para maiores informações sobre o tema, cf. Fran Martins, *Curso de direito comercial*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 304.

especial para sua constituição, elementos ausentes na sociedade anônima na época. Para atender a todos esses anseios não havia nenhuma sociedade, pois a companhia de comércio exigia requisitos especiais de constituição e de gestão e a sociedade em comandita por ações, criada com a finalidade de atender aos empresários de menor porte, exigia a presença de sócios de responsabilidade ilimitada, na qualidade de gerentes.

Coube ao legislador alemão, em 1892, a primazia no tratamento legislativo das sociedades por quotas ao editar a lei de 20 de abril, que permitia a constituição da *Gesellschaft mit Beschränkter Haftung* (G.m.B.H.), denominada no direito brasileiro, por influência da lei portuguesa de 11 de abril de 1901, sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

A sociedade por quotas é, praticamente, o único tipo de sociedade que se constitui nos dias atuais no Brasil³, sendo que uma das razões que contribuiu para sua rápida disseminação e adoção pelos empresários brasileiros é a responsabilidade limitada dos sócios quotistas, responsabilidade esta bastante diferente da atribuída pelo texto legal aos acionistas, como será exposto oportunamente, embora persistam muitas dúvidas e opiniões equivocadas entre aqueles que desconhecem seu tratamento jurídico.

2. Observa com acuidade Carlos Fulgêncio da **Cunha Peixoto** que não é possível conceber uma noção universal de sociedade por quotas a partir do direito alemão; seu conceito deve ter em vista a lei de cada país, haja vista que, “de maneira geral, seus característicos divergem de uma legislação para a outra”.⁴

Assim o é ao examinar-se o octogenário Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919, resultado do Projeto de Lei nº 287, de autoria do deputado gaúcho Joaquim Luis Osório. O *nomen juris* - sociedade por quotas de responsabilidade limitada - é influência direta da lei portuguesa de 1901 e não guarda identidade com o direito alemão, como também diverge da norma contida no art. 2º da lei brasileira referente à responsabilidade dos

³ Decorridos oitenta anos da instituição da sociedade por quotas no Brasil, este é praticamente o único tipo de sociedade adotado, conforme demonstram os dados estatísticos do Departamento Nacional do Registro do Comércio (DNRC). Em 1998, das 226.902 empresas constituídas, 223.663 ou 98,57% foram sociedades por quotas, das quais 20.127 no Estado do Rio de Janeiro. Os dados estatísticos foram colhidos na página do DNRC na Internet (<http://www.dnrc.gov.br>)

⁴ PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. *A Sociedade por Cota de Responsabilidade Limitada*. Vol.1. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 50.

sócios. Ao contrário de outros países, na sociedade por quotas concebida pelo legislador brasileiro não há número máximo de sócios, nem valor mínimo para o capital⁵.

Os aspectos mais relevantes da sociedade por quotas, de acordo com o diploma que a disciplina, são:

- a responsabilidade limitada dos sócios à importância do capital declarada no contrato;
- o uso da firma ou denominação, seguida sempre da palavra “limitada”;
- a responsabilidade solidária e ilimitada de todos os sócios pela parte que faltar para a integralização do capital, **em caso de falência**;
- o ato constitutivo deve ser elaborado com base nos dispositivos do Código Comercial, mas podem os sócios invocar, na omissão da lei e do contrato social e, no que com este for compatível, os dispositivos referentes à sociedade anônima (art. 18).

O primeiro aspecto é aquele que imprime feição singular à sociedade por quotas. Diferentemente da maioria dos países, inclusive da própria Alemanha, a lei brasileira não circunscreve a responsabilidade dos quotistas ao valor nominal de suas quotas e sim **ao valor total do capital da sociedade**. Faz-se mister um esclarecimento do alcance desta norma e de sua exata compreensão.

Verifica-se, notadamente entre os pequenos empreendedores, um certo desconhecimento do verdadeiro sentido do dispositivo legal, especialmente em relação ao vocábulo “total”. De acordo com o jurista mineiro João **Eunápio Borges**⁶ “cada sócio obriga-se solidariamente pela integralização do capital social. De *todo* o capital e não apenas de sua cota.” Traço marcante e peculiar a este tipo societário e bastante diverso da responsabilidade dos acionistas nas sociedades por ações.

A responsabilidade do sócio na sociedade por quotas, embora limitada, não é idêntica a do acionista; enquanto este responde pessoalmente até o preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas (art. 1º da Lei nº 6.404/76), aquele permanece solidário juntamente com seus pares até a

⁵ Cf., entre outras, a lei francesa de 1966 (art. 36), fixando o máximo de 50 sócios, e a lei portuguesa (art. 4º), em relação ao capital mínimo.

⁶ BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 323.

realização de todo o capital social⁷. Destarte, não basta que um ou mais sócios realize o valor nominal de sua quota, ficando todos eles comprometidos por força da solidariedade *ex lege*, em caso de falência (art. 9º).

A partir do momento em que as quotas estiverem “liberadas” (termo usado pelo Decreto nº 3.708) – vale dizer a partir da “integralização” do valor nominal das quotas – nada mais devem os sócios à sociedade e nem podem ser compelidos a qualquer prestação suplementar.⁸

Fran **MARTINS** censura a redação do art. 2º justificando não ser ela consentânea com as leis alemã e portuguesa, fontes legislativas do Decreto nº 3.708, mas reconhece que “a responsabilidade dos sócios, no Brasil, é *sempre* pelo total do capital social”.⁹

Esta também é a interpretação da jurisprudência brasileira, conforme é possível verificar nos julgados a seguir:

“O limite da responsabilidade dos sócios é o capital social. Se o capital foi integralizado nenhum cotista pode ser compelido a fazer qualquer prestação.”

(TASP – 3ª C. Cível- Ap. nº 138.829 - rel. Martiniano de Azevedo. *In* Julgados do TASP, vol. 16, p.256/7)

“EXECUÇÃO FISCAL. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Capital integralizado. Penhora de bens particulares do sócio – inadmissibilidade.

⁷. Cabe advertir que esta solidariedade, de acordo com o Decreto nº 3.708, só se verifica em caso de falência da sociedade na hipótese dos bens sociais serem insuficientes para o pagamento de suas dívidas. A solução do direito brasileiro acerca do “limite” da responsabilidade dos sócios é um outro aspecto interessante que demonstra uma das peculiaridades da sociedade por quotas no Brasil. Na Argentina, por exemplo, a lei de 1972 que regula a sociedade por quotas estabelece que os sócios são responsáveis ilimitada, solidária e subsidiariamente pela integralização do capital (solução semelhante ao modelo brasileiro), enquanto que a lei colombiana de 1971 segue a mesma sistemática do direito francês, restringindo a responsabilidade dos sócios ao montante de sua contribuição no capital.

⁸. Obviamente que tal assertiva não pode ter um sentido absoluto, implicando numa proteção insuperável dos sócios conferida pela personalidade jurídica da sociedade. A lei, a doutrina e a jurisprudência admitem que, em certos casos, quando os sócios utilizam a sociedade e sua autonomia patrimonial para praticar atos fraudulentos ou com abuso do direito, possa ser superada a personalidade da sociedade (*lifting the corporate veil*) a fim de que sejam responsabilizados pessoalmente e ilimitadamente os autores e cúmplices destes atos. Vide, entre outros, Fábio Ulhôa COELHO, *Desconsideração da personalidade jurídica*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

⁹. MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 274.

A penhora em executivo fiscal proposto contra sociedade por cotas de responsabilidade limitada cujo capital esteja integralizado não pode atingir bens particulares de sócio, dado que não respondem esses pelas dívidas sociais, ainda que de natureza fiscal.

A responsabilidade dos sócios por tais dívidas se circunscreve à prática de atos com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatutos, em qualquer caso dirimível através de ação distinta.”
(TAMG – 2ª C. Cível – Ap. nº 9.263 - rel. Amado Henriques. *In* Revista dos Tribunais nº 519, p. 241.)

Não obstante as decisões supra, o digno e saudoso comercialista atribui sentido particular ao enunciado do art. 2º, sustentando que os sócios continuam a responder pela integridade do capital **durante toda a existência da sociedade, mesmo após a sua integralização**, caso venha a ser desfalcado, ou em caso de dissolução, verificada a sua insuficiência. O fundamento para esta tese estaria no próprio art. 2º ao estipular ser a responsabilidade limitada ao total do capital, podendo qualquer sócio ser compelido a completá-lo.

João **Eunápio Borges**¹⁰, Rubens **Requião**¹¹, dentre outros, sustentam que a responsabilidade dos quotistas é equivalente à importância do capital social não integralizado.

Anota Waldirio **Bulgarelli**¹² que a posição de Fran Martins é isolada, não encontrando amparo nem na doutrina nem na jurisprudência, sendo que esta tem se alinhado à corrente dominante.

3. O ato constitutivo da sociedade por quotas será regulado pelas disposições do Código Comercial (arts. 300 a 302), por expressa invocação do Decreto nº 3.708. Destarte, deverá o contrato ser escrito (art. 300) e estar arquivado na Junta Comercial, sob pena de não ter validade perante terceiros e obrigar os sócios solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais (art. 301); no tocante ao art. 302, cumpre salientar que o mesmo encontra-se superado em virtude da legislação especial posterior (Lei nº 8.934/94 e Decreto nº 1.800/96), não constituindo mais um indicativo das cláusulas obrigatórias no contrato de sociedade comercial.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 334.

¹¹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 1, 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 429.

¹² BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades Comerciais*. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 115, nota 1.

A Lei nº 8.934/94, que regula o Registro de Empresas Mercantis e Atividades Afins, dispõe em seu art. 35, *in verbis*:

“Art. 35. Não podem ser arquivados:

I – os documentos que não obedecerem às prescrições legais e regulamentares [...]”

O Decreto nº 1.800 regulamentou a Lei nº 8.934, enumerando no art. 53, inciso III, as cláusulas obrigatórias dos contratos de sociedade, sob pena de indeferimento do pedido de arquivamento, incluindo no rol a cláusula de responsabilidade dos sócios.

O Decreto nº 3.708 impõe a inclusão no ato constitutivo da cláusula de limitação de responsabilidade dos sócios em termos precisos: até a importância total do capital social, e não ao valor da quota de cada sócio, tornando-se ineficaz perante terceiros, **ainda que o contrato esteja arquivado**, disposição em sentido diverso.

Explica-se a exigência legal em face da responsabilidade ilimitada dos sócios ser presumida no direito brasileiro, podendo estes dispor em contrário, desde que o tipo de sociedade adotado o permita, mas é imprescindível ficar ostensivo para terceiros essa limitação. Prevendo o contrato que a responsabilidade dos sócios esgota-se com a integralização do capital, e sendo o documento levado a arquivamento, os integrantes da sociedade estão dando ciência de tal fato a terceiros, inclusive pela publicidade decorrente dos atos referentes ao Registro de Empresas Mercantis.

Se o contrato não contiver a cláusula de limitação de responsabilidade, todos os sócios responderão ilimitada, solidária e subsidiariamente pelas obrigações sociais. Idêntica situação ocorrerá na ausência de arquivamento, **ainda que o instrumento contenha cláusula de limitação da responsabilidade dos sócios**, configurando-se um dos casos de sociedade irregular.

Outra situação que deve ser lembrada pela sua importância no cotidiano das relações comerciais diz respeito ao uso do nome empresarial pelos sócios-gerentes. A firma social ou a denominação deverá estar sempre seguida da expressão “limitada”, por extenso ou abreviadamente, sob pena de serem responsabilizados solidária e ilimitadamente os sócios-gerentes e aqueles cujo patronímico constar da razão social (art. 3º, § 2º, do Decreto nº 3.708).

Divergem os estudiosos do tema acerca da condição da sociedade por quotas cujo ato constitutivo omitir a cláusula de limitação de responsabilidade.

Waldemar Ferreira¹³ é categórico ao admitir que a omissão de tal declaração, indispensável no contrato, “torna a sociedade irregular, trazendo como consequência, a ilimitada e solidária responsabilidade dos sócios, pelas obrigações sociais.”

Rubens **Requião**¹⁴ reconhece que a sociedade por quotas passa a ser uma sociedade em nome coletivo, o que não modifica a posição de Waldemar Ferreira no tocante à responsabilidade dos sócios, haja vista que tanto nas sociedades irregulares, quanto na sociedade em nome coletivo a responsabilidade dos sócios é solidária e ilimitada.

Waldirio **Bulgarelli**¹⁵ e Fran Martins¹⁶ desadmitem a existência de sociedade por quotas irregular ou de fato, uma vez que só é possível a limitação de responsabilidade dos sócios no direito brasileiro se cumpridas as formalidades legais, entre elas a inclusão de cláusula específica e o arquivamento do contrato. Trata-se, segundo estes autores, de uma sociedade irregular e não de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada.¹⁷

Rubens **Requião**¹⁸ acata esta mesma orientação, ao classificar as sociedades comerciais de acordo com o critério da personificação, incluindo entre as sociedades personificadas a sociedade por quotas.

Em sentido contrário, apresenta o Prof. João **Eunápio Borges** seu parecer sobre o tema:

“Se o contrato afirmar expressamente que a sociedade é de responsabilidade limitada e se de todo dele ressaír a intenção de constituir, não uma sociedade em nome coletivo, mas a única sociedade regulada por aquele

¹³. FERREIRA, Waldemar Martins. *Compêndio de Sociedades Mercantis*. Vol.1, São Paulo: Freitas Bastos, 1942, p. 227.

¹⁴. *Op. cit.*, p. 412.

¹⁵. *Op. cit.*, p. 129.

¹⁶. *Op. cit.*, p. 275.

¹⁷. No que tange à sociedade anônima, é pacífico na doutrina nacional, em face da norma contida nos arts. 1º e 99 da Lei nº 6.404/76, que a este tipo de sociedade nunca pode ser considerada como irregular, ainda que não funcione regularmente, isto é, não tenha arquivado e publicado seus atos constitutivos. Verificada esta situação, os acionistas continuariam a responder até o preço de emissão de suas ações, recaindo a responsabilidade sobre os primeiros administradores, ou sobre a própria sociedade, se a Assembléia Geral deliberar em contrário (art. 99, parágrafo único)

¹⁸. *Op. cit.*, p. 334.

decreto, não é justo nem equitativo que, à falta da declaração exigida pelo art. 2º, se viole de tal maneira a vontade dos sócios, a ponto de impor-lhes um tipo de sociedade e uma responsabilidade ilimitada que não pretendiam constituir nem assumir.

[...] Não resultando, porém, expressamente da lei a rigorosa sanção com que se quer punir a falta da declaração em exame, [...] de qualquer *terceiro de boa-fé*, lendo o contrato e não podendo alegar a ignorância da lei, sabe que em tal sociedade a responsabilidade dos sócios é limitada à totalidade do capital social [...].”¹⁹

4. Um outro aspecto crucial na sociedade por quotas, com repercussão direta na responsabilidade dos sócios, é a questão da forma e do prazo para a integralização do capital. Ao contrário de outros países – França e Itália, por exemplo – o direito pátrio filia-se ao sistema alemão, que permite a realização do capital em parcelas.

O Decreto nº 3.708 é lacônico a respeito do prazo para a integralização do capital, não exigindo sequer um depósito inicial de parcela do valor das quotas subscritas, ao contrário da lei de sociedades por ações (art. 80, III).

Sublinha Nelson Abrão²⁰ o fato do ordenamento jurídico nacional divorciar-se do grupo latino “que impõe a exigência da integralização imediata da quota subscrita”. Assim sendo, poderão os sócios livremente pactuar se a realização do capital será simultânea ou sucessiva, bem como os valores exigidos a título de entrada e o prazo para a complementação do preço de emissão; o mesmo terá lugar nos aumentos de capital.

Ressalte-se que não é possível o contrato omitir a forma e o prazo de integralização, não obstante a lacuna contida no Decreto nº 3.708. De acordo com o art. 53, III, c, do Decreto nº 1.800/96 (cláusulas obrigatórias dos contratos de sociedades mercantis), é imprescindível a menção dos elementos indicativos nele previstos, *in verbis*:

“Art. 53. Não podem ser arquivados:

I - *omissis*;

II - *omissis*;

¹⁹ *Op. cit.*, p. 329.

²⁰ ABRÃO, Nelson. *Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada*. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 71.

III - os atos constitutivos e os de transformação de sociedades mercantis, se deles não constarem os seguintes requisitos, além de outros exigidos em lei:

[...]

c) o capital da sociedade mercantil, a forma e o prazo de sua integralização, o quinhão de cada sócio, bem como a responsabilidade dos sócios.”

A falta de norma jurídica que obrigue os sócios à integralização do capital simultaneamente com a constituição da sociedade, bem como a invocação aos arts. 300 a 302 do Código Comercial para regular o ato constitutivo, têm sido os argumentos apresentados para justificar o impedimento à participação de menores na sociedade por quotas.

Rubens **Requião**²¹, embora reconheça que a doutrina e a jurisprudência brasileiras caminham em direção oposta, afirma, com supedâneo no Código Comercial (art. 308), ser vedada a participação de menores em sociedade comercial, salvo na sociedade anônima. Pelo fato de ser a sociedade por quotas uma sociedade de pessoas, quanto à sua natureza, as disposições do Código Comercial seriam aplicáveis supletivamente ao Decreto nº 3.708.

Egberto Lacerda Teixeira²² pondera que existirá sempre o risco da responsabilidade solidária do menor pelo capital não integralizado, em caso de falência, já que a lei não obriga sua realização total no momento da constituição da sociedade. Ainda que o menor ingresse após a integralização, isto não impedirá que os sócios deliberem um aumento do capital sem integralizá-lo no ato, eis que a orientação adotada na fundação da sociedade não tem efeito vinculante nos aumentos futuros.

Esposando opinião contrária, De Plácido e Silva²³, Hermano de **Villemor do Amaral**²⁴ e João **Eunápio Borges**²⁵ admitem a participação de

²¹ *Op. cit.*, p. 427.

²² TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*. São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 38.

²³ SILVA, De Plácido e. *Noções Práticas de Direito Comercial*. 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 227.

²⁴ AMARAL, Hermano de Villemor do. *Das Sociedades Limitadas*. Rio de Janeiro: F. Briguet & Cia Editor, 1938, p. 167.

²⁵ *Op. cit.*, p. 342.

menores na sociedade por quotas, sendo que o último apresenta os seguintes argumentos:

- o art. 308 do Código Comercial não deve ser aplicado nas omissões do Decreto nº 3.708, por ser a sociedade por quotas de natureza capitalista ou *intuitu pecuniae*. A partir dessa premissa, se entre os herdeiros do sócio houver algum menor este poderá ser quotista, pois tanto na sociedade anônima, quanto na por quotas a responsabilidade dos sócios é limitada; a diferença é que na sociedade por quotas é preciso que o capital esteja integralizado.

- a partir da integralização do capital, “nenhum deles corre, como cotista ou acionista, o menor risco patrimonial, além da perda de suas quotas ou ações”, bastando o menor ingressar na sociedade após a realização de todo o capital.

Waldirio **Bulgarelli** vê nos argumentos de **Eunápio Borges** uma ordem de idéias enganosa, “verdadeiro sofisma, pois que com base falsa”²⁶. Segundo o mestre paulista, **Eunápio Borges** desprezou os princípios gerais do direito societário referentes ao ingresso em sociedade comercial, sobretudo a sua capacidade e função econômica, além do fato de ser a sociedade por quotas integrante do grupo das sociedades de pessoas, por força do art. 1º do Decreto nº 3.708.

Aplaudindo o raciocínio de Egberto Lacerda Teixeira, Waldirio **Bulgarelli** propõe que só seja permitido o ingresso de menores em sociedade por quotas que tenha o capital integralizado, e em decorrência de sucessão, *constando do ato constitutivo ou de alteração contratual que qualquer aumento de capital exigirá a integralização imediata*, além da proibição do menor ser gerente. Tais providências têm o fito de resguardar os direitos e o patrimônio do menor, até para evitar que, em casos extremos, a sociedade seja totalmente dissolvida, permitindo-se a conjugação dos tradicionais argumentos de cunho paternalista com o princípio da preservação da empresa.

Reconhece, entretanto, o professor paulista a inviabilidade prática de tais imposições e conclui, indagando a si próprio, qual seria o papel do menor na sociedade por quotas, se não pode ser gerente: o de mero receptor de dividendos?

²⁶ *Op. cit.*, p. 135.

A jurisprudência tem-se manifestado favoravelmente à participação de menores nas sociedades por quotas, como é possível inferir na seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal, considerada um *leading case* no tema:

“Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Participação de menores, com capital integralizado e sem poderes de gerência e administração, como cotistas. Admissibilidade reconhecida, sem ofensa ao art.1º do Código Comercial. Recurso extraordinário não conhecido.”

(STF - Pleno - R.E. nº 82.433-SP - j.26.5.76- rel. Min. Xavier de Albuquerque - unânime, in Revista Trimestral de Jurisprudência, nº 78-02, p. 608)

O Superior Tribunal de Justiça segue esta mesma orientação, conforme fica evidenciado na decisão a seguir:

“[...] Sociedade por Cotas. Possibilidade de o menor ser cotista, desde que o capital esteja integralizado e não tenha ele poderes de administração.”

(RESP nº 62347/RJ - Rel: Ministro Eduardo Ribeiro j.10/10/1996, in Diário da Justiça de 29/10/96, p. 41641)

5. Quando da análise do art. 2º do Decreto nº 3.708, mencionou-se a regra peculiar à sociedade por quotas da limitação da responsabilidade dos sócios ao valor **total** do capital, e não ao valor nominal de cada quota. Desta forma, existe uma solidariedade entre os participantes até a integralização e, a partir desse instante, nenhum deles poderá ser obrigado a efetuar qualquer prestação suplementar.

É preciso compreender a norma, relacionando-a ao art. 9º, que restringe seu significado e alcance. Não é sempre que os sócios serão chamados a responder solidária e ilimitadamente pela parte do capital não integralizado, mas **apenas em caso de falência**.

Verifica-se, a partir da exegese dos dispositivos supracitados, que a designação “sociedade por quotas de responsabilidade limitada”, oriunda da lei portuguesa de 1901, é imprecisa. A responsabilidade dos sócios não é limitada às suas quotas, mas ao **total** do capital social; todavia, a designação

atual é bem melhor do que aquela utilizada, *de lege ferenda*, pelo Projeto de Código Civil (Projeto de Lei nº 634/75, da Câmara dos Deputados).

O Projeto de Código Civil (Livro II, Título II, Capítulo IV) contempla as “Sociedades Limitadas”, seguindo a expressão consagrada pela maioria dos países e o jargão corrente no uso comercial.

Não é possível, dentro da boa técnica jurídica, aplaudir o *nomen juris*, em face dos princípios de direito societário, entre eles a autonomia real da pessoa jurídica em relação a seus membros, norma consagrada no art. 20 do Código Civil.

Fábio Ulhôa Coelho²⁷, com grande objetividade e precisão esclarece:

“Limitada, obviamente, não é a responsabilidade da sociedade pelas obrigações que assumir. Por estas responderá, sempre ilimitadamente, a sociedade comercial, posto cuidar-se de obrigações pessoais dela. Limitada é a responsabilidade subsidiária dos sócios pelas obrigações sociais.”

Com efeito, como leciona com proficiência o professor **Theophilo** de Azeredo Santos²⁸, na sociedade por quotas é possível visualizar dois momentos distintos: o da integralização parcial e o da integralização total; no primeiro os sócios são solidários até o valor do capital social ainda não realizado – este é o limite – e, no segundo, a responsabilidade é unicamente da sociedade.²⁹

É com a declaração judicial de falência que se cristaliza a responsabilidade dos quotistas no tocante ao pagamento das prestações necessárias à integralização do capital.

O art. 9º do Decreto nº 3.708 está vinculado aos dispositivos da Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661/45) referentes à ação de integralização (art. 50 e seus parágrafos).

Cumprido alertar que a lei de quebras (art. 5º) estende os efeitos da declaração de falência da sociedade aos sócios de responsabilidade ilimi-

²⁷ COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de Direito Comercial*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 141.

²⁸ SANTOS, Theophilo de Azeredo. *Manual de Direito Comercial*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 257.

²⁹ O Projeto de Código Civil (art.1055) embora não limite a responsabilidade dos quotistas à hipótese de falência, ao dispor que “todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”, não modifica a regra atual, uma vez que a responsabilidade dos sócios é sempre *subsidiária*.

tada – ditos “solidários”. A eles são aplicáveis todos os direitos e todas as sanções que a lei atribuir ao falido, sendo tal equiparação objeto de veementemente censura de Waldemar Ferreira³⁰, para quem os sócios solidários só não recebem a alcunha de falido, mas que, na realidade, não passam disso, tantas são as conseqüências da sentença de falência sobre as suas pessoas e bens, crítica a orientação:

“Na tradição brasileira, tão salutar, a falência da sociedade acarretava a dos sócios solidários ilimitadamente responsáveis. Acabou-se com isso, mas apenas terminologicamente. O sócio solidário não é mais declarado falido, mas fica sujeito aos dispositivos falimentares, como se o fosse.”

Aos sócios quotistas, em face da decretação da falência, estando o capital parcialmente integralizado, aplica-se o teor do art. 5º da Lei de Falências?

Evidentemente que não, uma vez que a única exigência do legislador é a integralização do capital social, este representando, em geral, a garantia prioritária dos credores.

Instrumentalizando o art. 9º do Decreto nº 3.708/19, prevê o Decreto -Lei nº 7.661/45 a ação de integralização, não só para os sócios da sociedade por quotas, mas também para os acionistas da sociedade por ações, sendo que a responsabilidade dos primeiros é solidária, e a dos últimos, individual.

A abertura da falência produz, por exceção, o vencimento antecipado das prestações dos sócios em relação à sociedade falida, até o limite do capital não realizado. Trata-se de crédito em favor do falido, mas o tratamento é idêntico ao das dívidas, uma vez que estas, vencidas ou vincendas, são exigíveis na data em que é prolatada a sentença de falência.

A ação de integralização deve ser intentada pela massa falida, representada pelo síndico, consoante a regra do art.12, III, do Código de Processo Civil. São partes legítimas no pólo passivo os sócios, individual ou coletivamente, “um por todos ou todos por um”, no feliz trocadilho de Hermano de **Villemor do Amaral**³¹, sendo ineficaz, em relação à massa, qualquer cláusula contratual em contrário.

³⁰. FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. Vol. 14. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 49.

³¹. AMARAL, Hermano de Villemor do. *Das Sociedades Limitadas*. *Op. cit.*, p. 131.

O ajuizamento da ação independe do início da liquidação, *ex vi* do art. 50, § 1º da Lei de Falências, que autoriza a sua propositura antes de vendidos os bens da sociedade e apurado o ativo. Desnecessária, por isso mesmo, a prova da insuficiência do ativo para o pagamento do passivo, embora Trajano de **Miranda Valverde** sustente opinião diversa.³²

Respeitado o pensamento do ilustre jurista, a exegese do § 1º do art. 50 não fornece outra ilação, senão a de que o síndico pode, imediatamente, promover a ação contra todos os devedores ou contra cada um deles. É na liquidação, a princípio, que serão vendidos os bens do falido, mas antes desse momento é perfeitamente possível ao síndico, na qualidade de legítimo administrador dos interesses da massa falida, intentar as ações cabíveis, sendo inclusive um de seus deveres legais (art. 63, XVI, da lei de falências). Ao dispensar a arrecadação e a verificação dos créditos - procedimentos que visam apurar o ativo e o passivo da massa, respectivamente - a lei falimentar autoriza a execução imediata das prestações necessárias à integralização do capital.

Fábio Ulhôa Coelho³³ defende a tese de que, uma vez julgada procedente a ação de integralização, devem ser penhorados os bens dos sócios até o valor necessário à realização de todo o capital, mas tais bens não poderão ser vendidos em juízo senão após a liquidação dos bens sociais, caso seja verificada a insuficiência destes.

Com a devida vênia, há um certo equívoco na interpretação do texto legal. A responsabilidade subsidiária dos sócios, prevista nos arts. 350 do Código Comercial e 596 do Código de Processo Civil, não é aplicável em relação à ação de integralização, posto que esta versa sobre a cobrança de um **crédito** da sociedade, **dívida** dos sócios.

Observa a esse respeito Amador Paes de Almeida:³⁴

“Como ressalta o art. 596 do Código de Processo Civil, os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei, e, essa lei, em se tratando de

³² VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. Vol. 1, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 374.

³³ COELHO, Fábio Ulhôa. *Código Comercial e Legislação Complementar Anotados*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 630.

³⁴ ALMEIDA, Amador Paes de. *Manual das Sociedades Comerciais*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992, p. 126.

sociedade por quotas, é o Decreto n° 3.708/19, que restringe a responsabilidade do sócio ao limite do capital social, isentando-o de qualquer responsabilidade, mesmo solidária, uma vez integralizado o fundo social. [...] É a exceptio excussionis, exercível pelo sócio, para que primeiro se execute a sociedade. [...]”

As prestações dos sócios são créditos da sociedade por quotas, tanto que a autora da ação de integralização é a massa falida; portanto, a responsabilidade subsidiária, implicando na venda dos bens particulares dos sócios somente após a apuração da insuficiência dos bens da sociedade, é inaplicável *in casu*.

Deixando patente a natureza de crédito do falido, inclusive com o vencimento antecipado por força da sentença de falência, expõe Trajano de **Miranda Valverde**³⁵.

“Como exceção à regra de que não vencem com a falência as dívidas ativas do falido, mas continuam os devedores a gozar do termo ou prazo preestabelecido para o pagamento, são imediatamente exigíveis as quantias devidas pelos acionistas ou pelos sócios de responsabilidade limitada, correspondentes às partes ou cotas de capital social por eles tomadas e subscritas. Pois que o capital que os sócios prometeram realizar, é a primeira das garantias oferecidas aos terceiros [...].”

Partindo de um falso pressuposto, isto é, de que as prestações dos sócios quotistas referentes à integralização do capital são dívidas da sociedade e, como tal, a responsabilidade seria subsidiária, conclui Fábio Ulhôa Coelho³⁶ que “a execução da sentença condenatória da ação de integralização, portanto, deve ficar suspensa até a conclusão da realização do ativo da sociedade falida.”

Em primeiro lugar, a Lei de Falências é clara no sentido de garantir a independência entre o patrimônio da massa falida e a ação de integralização. O argumento mais relevante encontra-se no *caput* do art. 50, precisamente no trecho referente “às ações ou quotas que subscreveram para o capital”. A

³⁵. *Op. cit.*, p.372.

³⁶. *Idem*.

lei utiliza o termo subscrição e esta, segundo Fran Martins³⁷, é “a obrigação assumida pelo subscritor de pagar as importâncias relativas ao preço de emissão”. É um ato irrevogável e irretratável, “não podendo o subscritor dele desistir”, adita José Edwaldo Tavares Borba³⁸. Por isso mesmo, a sociedade, uma vez constituída, pode exigir dos sócios o pagamento das importâncias devidas nos prazos convencionados, ou antecipadamente em caso de falência, a fim de preservar a integridade e realidade do capital.

Se nem a legislação falimentar, nem o Decreto nº 3.708 condicionam a execução da sentença condenatória da ação de integralização à conclusão da realização do ativo da massa falida, sustentar tal vinculação é, *data venia*, desnaturar o instituto da subscrição e da responsabilidade subsidiária, em verdadeira erronia. De fato, o que se deseja do sócio é que ele cumpra o compromisso assumido quando de seu ingresso na sociedade, e, mesmo assim, esta obrigação cessa com a integralização do capital.

6. Em determinados casos, os sócios quotistas (todos ou alguns) podem responder com seus bens pessoais, **sem subsidiariedade**, independentemente da realização do capital ou da decretação da falência. O próprio Decreto nº 3.708 prevê situações onde tal fato ocorre, a saber:

- pelas obrigações contraídas sem a utilização da palavra “limitada”, ao final da firma ou da denominação, responderão solidária e ilimitadamente os sócios-gerentes e os que fizerem uso da firma (art. 3º, § 2º);

- pelos lucros provenientes da atividade social (“dividendos”) e valores recebidos, pelas quantias retiradas, a qualquer título, ainda que autorizadas pelo contrato, uma vez verificado que tais lucros, valores ou quantias foram distribuídos em prejuízo do capital realizado (art. 9º, 2ª alínea);³⁹

- pelos atos praticados com excesso de mandato, violação do contrato ou da lei, os sócios-gerentes⁴⁰ ou por aqueles que emprestarem seu

³⁷ MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. Vol. 1, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 514.

³⁸ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 157.

³⁹ Neste dispositivo verifica-se plenamente a intenção do legislador em preservar o capital da sociedade, mantendo sua integridade ou intangibilidade, inclusive obrigando os sócios solidária e ilimitadamente, sem subsidiariedade, a devolver tais quantias ao patrimônio social. Mais uma vez, verifica-se que são CRÉDITOS em favor da sociedade.

⁴⁰ Não se trata, fique bem claro, de desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, uma vez que esta não é um empecilho à reparação dos prejuízos decorrentes do ato abusivo ou ilícito do sócio-gerente. A lei permite que o gerente responda pessoal e ilimitadamente pelos seus atos; destarte, desnecessária, a princípio, a aplicação pelo juiz da *disregard doctrine*.

patronímico à firma social responderão solidária e ilimitadamente perante a sociedade (art.10);⁴¹

· pelas deliberações sociais, quando infringentes do contrato social ou da lei, ficando responsáveis ilimitadamente perante a sociedade, os demais sócios e terceiros, aqueles que expressamente as hajam ajustado (art. 16).

O Código Tributário Nacional (art. 135, III) considera como responsáveis pelo pagamento de tributos devidos pelas pessoas jurídicas de direito privado os seus diretores, gerentes e representantes - dentre as quais está incluída, obviamente, a sociedade por quotas, quando cometerem atos com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Insta sublinhar que nessa e nas hipóteses previstas no Decreto nº 3.708, não serão atingidos em seus bens pessoais todos os sócios, mas apenas os que receberam quantias em prejuízo ao capital realizado, ajustaram deliberações contra a lei ou o teor do contrato, ou praticaram atos nas condições do art.135 do CTN. Também não deve ser utilizada a *disregard doctrine*, uma vez que a lei tributária considera os sócios-gerentes e a sociedade como responsáveis pelo cumprimento da obrigação.

A jurisprudência brasileira reconhece a inteligência da norma tributária em exame, como é possível verificar nas seguintes decisões:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. Citação. Penhora e leilão dos bens da sociedade por quotas de responsabilidade. Cessadas as atividades da sociedade. Citação dos sócios para o pagamento da dívida remanescente. Responsabilidade, substituição e solidariedade tributária. Prescrição. Interrupção. CTN, artigos 125, III, 134, I a VII, 135, III e 174; CPC, art. 219, § 2º.

1. Em regra, o sujeito passivo da obrigação tributária principal é o contribuinte, no caso de impossibilidade, podendo responder solidariamente outros responsáveis. Pessoas expressamente

⁴¹. Parte da doutrina brasileira exclui de aplicação no Brasil a teoria *ultra vires societatis*, tal qual foi concebida pelo direito inglês, afastando a responsabilidade da sociedade pelos atos estranhos ao objeto social, e impondo-a exclusiva e pessoalmente ao responsável pelo abuso. A justificativa para tal conclusão tem sido o teor do art. 10 do Decreto nº 3.708, uma vez que os atos praticados pelo sócio-gerente, com violação do contrato, obrigam-no *perante* a sociedade e terceiros de boa-fé, admitindo a lei a ação regressiva contra o sócio-gerente. Em sentido contrário, entre outros, Rubens Requião (*op. cit.*, vol. 2, parágrafo 416).

designadas por lei podem ser qualificadas como substitutas tributárias (ou substitutiva), afastando a responsabilidade solidária ou supletiva (arts. 134 e 135, CTN).

2. A interrupção da prescrição contra o contribuinte opera também contra o responsável subsidiário ou por substituição.

3. No caso, porém, assinaladas as hipóteses do dies a quo, exalta-se a ocorrência da prescrição (art. 174, CTN).

4. Recurso improvido.”

(STJ – 1ª turma - REsp nº 76667/SP - rel. Min. Milton Luiz Pereira - j. em 02/09/1996- unânime, in Diário da Justiça de 07/10/96, p. 37592)

“TRIBUTÁRIO. SOCIEDADE ANÔNIMA E/OU SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. Limites da responsabilidade do diretor e/ou do sócio-gerente.

Quem está obrigada a recolher os tributos devidos pela empresa é a pessoa jurídica, e, não obstante ela atue por intermédio de seu órgão, o diretor ou o sócio-gerente, a obrigação tributária é daquela, e não destes. Sempre, portanto, que a empresa deixa de recolher o tributo na data do respectivo vencimento, a impontualidade ou a inadimplência é da pessoa jurídica, não do diretor ou do sócio-gerente, que só respondem, e excepcionalmente, pelo débito, se resultar de atos praticados com excesso de mandato ou infração à lei, contrato social ou estatutos, exatamente nos termos do que dispõe o artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional. Recurso especial conhecido, mas improvido.”

(STJ- 2ª turma- REsp nº 100739/SP - rel. Min. Ari Pargendler - j. em 19/11/1998- unânime, in Diário da Justiça de 01/02/1999, p.138)

“EXECUÇÃO FISCAL. SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA DISSOLVIDA REGULARMENTE. Acolhida a preliminar de prescrição do direito de ação da Fazenda. Impossibilidade e nulidade da penhora em bens dos sócios, que jamais exerceram a gerência da empresa. Consolidado o débito fiscal em 1978, os embargantes somente foram citados em 1986, mais de 05 (cinco) anos decorridos. A interrupção da prescrição não atinge os sócios ora recorrentes. Por serem de ordem pública os institutos da prescrição e da decadência, é viável a apreciação do

tema no âmbito do recurso especial. Precedentes nos REsps. 4033, 4034, 4487 e 4448. Inaplicável, in casu, o verbete da Súmula nº 78 do extinto TFR. Recurso conhecido e provido.”

(STJ – 2ª turma - REsp 4034/SP - Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro - j. em 07/11/1990 –maioria, *in* Revista de Jurisprudência do STJ, nº 17, p.457)

Em matéria previdenciária, vigora norma especial que considera todos os sócios da sociedade por quotas, independentemente de sua qualidade e dos atos praticados, como solidária e ilimitadamente responsáveis pelas dívidas com a Seguridade Social, conforme determina o art.13, *caput*, da Lei nº 8.620/93, *in verbis*:

*“O titular da firma individual e os sócios da empresa por quotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social.”*⁴²

Em relação aos débitos trabalhistas, existem alguns julgados defendendo, há algum tempo, uma aplicação mais ampla da responsabilidade dos sócios quotistas, que não ficaria adstrita aos sócios-gerentes, como prevê o Código Tributário Nacional. Originariamente, com fulcro no art. 889 da Consolidação das Leis do Trabalho, combinado com o art. 4º, V, da Lei nº 6.830/80 - lei de executivos fiscais, a execução trabalhista recaía apenas sobre o patrimônio pessoal dos sócios-gerentes, na impossibilidade do crédito ser honrado pela pessoa jurídica. No entanto, como demonstram as decisões abaixo, os juízes do trabalho consideraram, partindo da premissa de que os sócios não-gerentes têm responsabilidade fundada na culpa *in vigilando*, todos quotistas como obrigados a satisfazer, subsidiariamente, as dívidas trabalhistas da sociedade, tenham ou não participação efetiva na gestão, sejam ou não majoritários no capital.

⁴² Não merece aplauso o uso da expressão “empresa por quotas de responsabilidade limitada” pelo legislador. Tecnicamente, os termos “empresa” e “sociedade” não são sinônimos, sendo a empresa considerada objeto de direito e a sociedade sujeito de direito. Melhor seria se a lei tivesse adotado o *nomen juris* oficial: “sociedade por quotas de responsabilidade limitada”. Para uma melhor compreensão da distinção, vide Rubens Requião, *op. cit.*, vol.1, p. 60.

“EXECUÇÃO. SÓCIO. RESPONSABILIDADE. No âmbito do Direito do Trabalho, em face do princípio da despersonalização do empregador, fica o sócio obrigado a indicar bens livres e desembaraçados da sociedade, na forma do parágrafo 1º do art. 596 do CPC, sob pena de serem executados seus bens pessoais. A legitimidade da penhora efetuada sobre os bens do sócio – e, em particular, do sócio-gerente, encontra igualmente respaldo nas disposições do Decreto 3.708/19, que regula as sociedades por quotas de responsabilidade limitada. O art.10 desse diploma legal estabelece que os sócios-gerentes respondem para com terceiros ilimitadamente, pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação da lei ou do contrato, inserindo-se nessa hipótese, indiscutivelmente, a infringência dos preceitos da legislação trabalhista.”

(T.R.T./2ª Região – São Paulo/Capital – 8ª Turma. Acórdão nº 02990231727. Processo nº 02990103770 - relator: Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva - j. em 10/05/99)⁴³

“EXECUÇÃO – BENS DE SÓCIO. EM SEARA TRABALHISTA. A execução invade o patrimônio particular do sócio quando não encontrados bens da empresa executada, ante a aplicação do princípio da não imputação dos riscos do empreendimento ao empregado.”

(T.R.T./2ª Região – São Paulo/Capital – 4ª Turma. Acórdão nº 02990087219. Processo nº 02980465245 - relator: Juiz Afonso Arthur Neves Baptista - j. em 09/03/99)⁴⁴

“SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. BENS DO SÓCIO. PENHORABILIDADE. A regra geral é a de que os bens da sociedade não se confundem com aqueles dos sócios (societas distat ad singulis). Todavia, não dispendo a sociedade de meios próprios para liquidar o débito trabalhista, ou se possui bens os oculta para frustrar a execução forçada, respondem os bens

⁴³ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO [on line], São Paulo, SP, 18 jul.1999. Disponível em: <http://www.trt02.gov.br/menu.htm> . Jurisprudência por assunto – título: EXECUÇÃO; subtítulos: bens do sócio [visitado em 18 jul. 1999].

⁴⁴ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO [on line], *idem*.

dos sócios quotistas pelos encargos sociais, exatamente porque o patrimônio da pessoa jurídica volatiliza-se e porque houve sua absorção pelos sócios [...].”

(T.R.T./3ª Região – Minas Gerais – 4ª Turma. Agravo de petição nº 2340/95 - relator: Juiz Julio Bernardo do Carmo - j. em 11/11/95)⁴⁵

A sociedade por quotas constitui um valioso instrumento na promoção do desenvolvimento econômico do Brasil. Sua simplicidade de constituição e funcionamento, aliada à responsabilidade limitada dos sócios, dentro dos parâmetros legais, está perfeitamente inserida nos princípios constitucionais balizadores da atividade econômica, em especial na valorização do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV), um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Os dados oficiais (nota 3), indiretamente, são reveladores de que a maioria dos empregos, no setor privado, encontram-se em sociedade por quotas. Malgrado a vetustez do diploma legal regulador dessa sociedade, tem ela presença constante no cotidiano dos empresários, estudiosos do Direito e consumidores, recomendando-se uma atenção sempre renovada aos temas decorrentes das relações entre os sócios, destes com a sociedade e desta com terceiros. ◆

⁴⁵. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO [*on line*], Belo Horizonte, MG, 18 jul. 1999. Disponível em: <http://mg.trt.gov.br> - Legislação e Jurisprudência. Jurisprudência (pesquisa): sociedade por quotas de responsabilidade limitada [visitado em 18 jul. 1999].

Julgamento do recurso *ex art. 105, III, a,* da Constituição da República: sinais de uma evolução auspiciosa*

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

Professor da Faculdade de Direito da UERJ

Desembargador (aposentado) do TJ/RJ. Presidente do

Instituto Ibero-americano de Direito Processual

1. É bem conhecida a questão atinente ao julgamento do recurso especial interposto com invocação do art. 105, nº III, *a*, da Constituição da República. O texto da Carta autoriza a impugnação por essa via “quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”. Encontra paralelo a disposição na do art. 102, nº III, *a*, atinente ao recurso extraordinário, em relação ao qual são estes os dizeres: “quando a decisão recorrida contrariar dispositivo desta Constituição”. De resto, notoriamente, sob os regimes constitucionais anteriores a 1988, todas as hipóteses diziam respeito ao extraordinário, e o problema de que (mais uma vez) nos ocupamos punha-se nos termos adequados à sistemática então em vigor. Feita abstração da competência para o julgamento, agora bipartida, os dados não mudaram, e toda a discussão pode formular-se indiferentemente para ambos os recursos.

A fim de tornar mais cômoda a exposição, de preferência vamos referir-nos expressamente, em princípio, ao caso de *contrariedade* da decisão a lei federal. É claro, porém, que o que expusermos valerá, *mutatis mutandis*, para os outros casos previstos na Constituição, inclusive para o recurso extraordinário *ex art. 102, III, a*.

Dito isso, é possível enunciar como se segue a questão controvertida. Supondo-se que o Superior Tribunal de Justiça chegue à conclusão de que o acórdão impugnado pelo recorrente não contém o alegado erro, isto é, não contrariou a lei mencionada, que decisão deve proferir? A prática por longo tempo reinante vem consistindo em proclamar que *não se conhece*

* Trabalho destinado ao volume comemorativo do 10º aniversário do Superior Tribunal de Justiça.

do recurso especial¹ - e o mesmo ocorre, desde a vigência das precedentes Constituições, no Supremo Tribunal Federal, quanto à hipótese análoga do recurso extraordinário. De há muito, contudo, essa maneira de julgar é objeto de críticas doutrinárias,² e no próprio seio da Corte Suprema algumas vozes muito prestigiosas dela discreparam, para afirmar que a solução correta, aí, é *conhecer do recurso e negar-lhe provimento*.³

2. Recapitulemos, em síntese, os argumentos com que se tem criticado a prática dominante⁴. Em perspectiva técnica, observa-se que:

a) o modo costumeiro de decidir elimina a distinção, inerente ao julgamento de quaisquer recursos, entre o juízo de admissibilidade - concernente aos requisitos que o recurso há de satisfazer para que o órgão *ad quem* possa apreciar o conteúdo da impugnação -, e o juízo de mérito - no qual, depois de reconhecida a admissibilidade, o órgão *ad quem* passa a verificar se a impugnação é fundada, se a decisão na verdade padece do vício apontado, numa palavra: se o recorrente tem razão;

b) de acordo com a técnica tradicionalmente empregada, no recurso especial *ex art. 105, III, a*, o resultado do julgamento oscila entre estas duas únicas possibilidades: ou o Tribunal entende que a impugnação tem fundamento, e nesse caso *provê* o recurso, ou entende que não o tem, e nesse caso *não conhece* do recurso. Ora, o esquema assim armado atenta contra a lógica: em primeiro lugar, “não conhecer” de forma alguma é o contrário de “prover”, mas apenas o contrário de “conhecer”; e o contrário de “prover”

¹ V.g., 9.5.1996, Emb. de decl. no Rec. Esp. nº 23.999, in *D.J.* de 3.6.1996, pág. 19.232.

² Aqui nos cingiremos a recordar os ensinamentos de PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973), Rio de Janeiro, t. VI, 3ª ed. (atualizada por Sergio Bermudes), 1998, págs. 172/3, e t. VIII, 1ª ed., 1975, págs. 173, 197; *Tratado da ação rescisória*, 5ª ed., 1976, Rio de Janeiro, pág. 154. Outras referências bibliográficas in BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 7ª ed., Rio de Janeiro, 1998, pág. 596, nota 68.

³ Assim, por exemplo, EDMUNDO LINS, de quem vale a pena ler o excelente voto vencido no julgamento dos Emb. no Rec. Extr. nº 1.337, de 21.9.1921, in *Rev. do STF*, vol. 38, págs. 74/6 (cf., antes, o voto no julgamento dos Emb. no Rec. Extr. nº 1.328, de 13.10.1920, *ibid.*, vol. 27, pág. 76); e PHILADELPHO AZEVEDO, conforme se vê pelos votos na Ação Resc. nº 28, in *Um triênio de judicatura*, vol. V, S.Paulo, s.d., pág. 116, e no Rec. Extr. nº 9.181, in *Arq. Jud.*, vol. 78, pág. 299.

⁴ Cuidamos, em mais de uma ocasião, de expô-los cumpridamente: *vide* nossos artigos *Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial*, no vol. coletivo *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, ed. por Sálvio de Figueiredo Teixeira, S. Paulo, 1991, págs. 163 e segs., ou in *Temas de Direito Processual*, 5ª Série, S. Paulo, 1994, págs. 131 e segs.; e *Que significa “não conhecer” de um recurso?*, in *Temas de Direito Processual*, 6ª Série, S. Paulo, 1997, págs. 125 e segs. Cf., em termos mais sucintos, nossos *Coment. ao C.P.C.* cit. (nota 2), págs. 570, 595/7, 600.

é “desprover”, jamais “não conhecer” - tudo de acordo com terminologia consagrada e profundamente enraizada na linguagem jurídica brasileira;

d) nos casos em que um tribunal *não conhece* de determinado recurso, na acepção própria da expressão, forçosamente fica por examinar parte da matéria suscitada pelo recorrente (o mérito do recurso), ao passo que, quando se utiliza a fórmula do “não conhecimento” para negar que a decisão impugnada mereça censura, na realidade já se examinou tudo que comportava exame: nada sobrou - o que suscita a pergunta irrespondível: que é, então, que se passaria ainda a examinar, se do recurso se conhecesse?

e) durante o julgamento, se há, no colegiado, quem conclua que o recorrente tem razão e quem conclua que ele não a tem, a prática tradicional dá ensejo a que se profiram, na mesma etapa, com referência ao mesmo *thema decidendum*, votos no sentido do *provimento* e votos no sentido do *não conhecimento* do recurso - o que a rigor deveria configurar este absurdo: um ou alguns dos votantes estão a pronunciar-se sobre preliminar, enquanto outro ou outros já se pronunciam sobre o mérito, com estridente infração dos arts. 560 e 561 do Código de Processo Civil;

f) na hipótese em foco, sempre conforme a técnica usual, o Tribunal nunca dirá que conhece do recurso e lhe nega provimento - possibilidade que em qualquer outro caso se lhe abre, e parece estranho que se exclua aqui *a priori*.

3. A tais argumentos de índole técnica juntam-se outros, extraídos das conseqüências a que necessariamente leva a aplicação do método habitual. Um deles diz respeito ao recurso especial (ou extraordinário) adesivo. Na conformidade do art. 500, nº III, do diploma de 1973, esse recurso “não será conhecido, se houver desistência do recurso principal, *ou se for ele declarado inadmissível* ou deserto”. Pois bem: se o Tribunal declara que “não conhece” do recurso principal, isso quer dizer (*rectius*: deveria querer dizer) que o recurso principal foi declarado inadmissível, logo não se pode conhecer do adesivo. É o que decorre, inexoravelmente, da sistemática adotada no Código - em cujo texto, ninguém duvide, cada uma das expressões com que estamos lidando foi empregada em seu autêntico significado.

Quid iuris, se o Tribunal apreciou toda a matéria suscitada no recurso principal e apurou que não existia o suposto erro, que o recorrente não fazia jus a ser atendido, mas conclui por declarar que “não conhece” daquele recurso? Uma de duas: ou o Tribunal guarda fidelidade à fórmula empregada, e está impedido de conhecer do adesivo; ou então, para deste conhecer, precisa

o Tribunal admitir que, ao “não conhecer” do recurso principal, nem por isso o declarou inadmissível: o que na verdade fez foi declará-lo infundado. Mas não há saída airosa em nenhuma das pontas do dilema. Realmente: se o Tribunal não conhece aí do recurso adesivo, viola a lei, manifesto como é que a situação não se enquadra na moldura do art. 500, nº III, do Código, e lesa direito do recorrente adesivo; se o Tribunal conhece do aludido recurso, os dizeres de sua decisão sobre o principal reclamam um esclarecimento cujo artificialismo não escapará ao mais desatento observador: com efeito, que sentido terá negar conhecimento a recurso que não seja inadmissível?

Mais um problema surge: o da eventual propositura de ação rescisória do acórdão proferido sobre o recurso especial. Qual há de ser o objeto do pedido de rescisão? A que órgão competirá julgar a rescisória? A partir de quando correrá o prazo de decadência do art. 495 do estatuto processual? A solução das duas últimas questões, bem se percebe, depende da resposta que se der à primeira. Ora, a tomar-se ao pé da letra a conclusão do julgamento do Superior Tribunal de Justiça, que dissera não conhecer do recurso especial, então rescindível não será o seu acórdão, por não constituir decisão “de mérito”, consoante exige o art. 485, *caput*, do Código; rescindível será, sim, o acórdão recorrido, com os corolários inevitáveis quanto à competência e ao prazo decadencial. Acontece que, se o Superior Tribunal de Justiça, embora haja adotado a fórmula do “não conhecimento”, na verdade apreciara o conteúdo da impugnação (isto é, o mérito do recurso), o entendimento por ele consagrado vai sujeitar-se à revisão e à eventual correção... do órgão *a quo*!

Para contornar tal dificuldade, sob o regime constitucional anterior, o Supremo Tribunal Federal, a propósito do recurso extraordinário, lançou mão de um subterfúgio: assentou - e incluiu na *Súmula da Jurisprudência Predominante* (nº 249) - a tese de ser ele mesmo competente para a rescisória “quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal”. Ora, em boa técnica, a “questão federal” nada mais é que o mérito do recurso: resolvida ela, com efeito, nada mais resta que deva (ou sequer possa) ser examinado; por conseguinte, apreciá-la importa, por definição, conhecer daquele. Assim, a proposição sumulada não resiste à análise: afinal de contas, o que nela se estabelece é que o Tribunal tem competência para a rescisória sempre que, julgando embora o mérito do recurso, haja dito que não o julgava...

4. Quanto se expôs até agora basta para evidenciar que a crítica dirigida à praxe dominante não traduz simples requinte de preciosismo, nem se lhe pode atribuir a impertinência de desviar para assunto puramente formal a atenção de órgãos judicantes a braços com problemas jurídicos substanciais de alta relevância. O modo por que se julga o recurso, ficou demonstrado, repercute notavelmente no plano prático. Isso impede que se despreze com um dar de ombros, como se de mera nuga se cuidasse, a argumentação de ordem técnica.

A essa argumentação jamais se deu resposta convincente, nem no campo doutrinário, nem no jurisprudencial. Naquele, pela singela e óbvia razão de que a doutrina brasileira sempre condenou, em massa, a usual maneira de julgar, não nos constando que jurista algum se haja abalancado a defendê-la. Neste, porque ambos os órgãos - o Supremo Tribunal Federal e, com a ressalva que logo se fará, o Superior Tribunal de Justiça - seguiam simplesmente o itinerário indicado pelo costume, com escassa preocupação de refletir sobre ele, e mais ainda de tentar justificá-lo. A declaração de “não conhecer” do recurso, nas hipóteses de que estamos cogitando, era e é uma reação por assim dizer automática, em que muito pouco de consciente entrava e entra - mal comparando, algo semelhante a um piscar de olhos ou a um bocejo.

Nas poucas vezes em que se tratou, direta ou indiretamente, de sugerir alguma justificação, o esforço resultou baldado. Em certos acórdãos - que o respeito devido à excelsa fonte nos induziria, noutras circunstâncias, a procurar esquecer -, insinuou-se, à guisa de suporte para a conclusão proclamada no julgamento do recurso, a figura do “não conhecimento por motivo de mérito”...⁵ Seria perda de tempo ocuparmo-nos aqui de desmontar esse extravagante artifício.

Em termos mais apurados, buscou-se defender o jeito habitual de julgar invocando uma pretensa peculiaridade dos recursos “extraordinários” - classe em que naturalmente se incluiria o especial. Nessa classe, sustentou-se, ao contrário do que sucede alhures, não seria aplicável o critério comum de distinção entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito⁶. Tampouco

⁵ Aparece a expressão aspeada, *ipsis litteris*, no voto do Ministro Relator do Rec. Extr. nº 87.355, in *Rev. Trim. de Jur.*, vol. 95, pág. 221.

⁶ Assim se manifestou o Ministro Relator nos Emb. de Decl. no Rec. Esp. nº 45.672, julgados em 24.4.1995.

essa tentativa podia vingar: primeiro, porque está longe de ser clara e unívoca, no direito pátrio, a própria distinção entre recursos “extraordinários” e “ordinários”, à qual não há reconhecer valor científico ou prático; segundo, porque, ainda a aceitar-se a dicotomia, nenhuma base se descobre no ordenamento para legitimar o tratamento diferenciado das duas classes, pelo prisma relevante em nosso contexto.

5. A esta última afirmação poderia alguém objetar com o teor literal da Constituição da República, que outorga competência ao Superior Tribunal de Justiça para julgar o recurso especial “quando a decisão recorrida *contrariar* (...) lei federal” (art. 105, III, *a*), da mesma forma que dispõe sobre a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar o recurso extraordinário “quando a decisão recorrida *contrariar* dispositivo desta Constituição” (art. 102, nº III, *a*). O raciocínio seria o seguinte: para que se configure, *ad litteram*, a competência do Tribunal, é preciso que a decisão impugnada contrarie *realmente* (e não apenas *supostamente*) a lei. Portanto, ao verificar a existência real da alegada contrariedade, está o Tribunal, ainda, apurando se é ou não competente para julgar o recurso. Está, pois, no plano preliminar; e, se sua conclusão é negativa (= a decisão não contrariou lei), o que ele deve fazer é recusar-se a julgar o recurso - ou seja, não conhecer deste.

Tal objeção não se mantém de pé. Pondo de lado a pouca científica identificação entre a questão da competência e a da admissibilidade do recurso, sempre caberá replicar: muito bem, o Tribunal deu-se por incompetente para julgar o recurso (não conheceu dele, segundo a fórmula inspirada na falsa assimilação das duas questões) porque apurou que a decisão não contrariara lei; mas, se assim é, brota intuitiva a pergunta: que foi que o Tribunal, por não se achar competente, *deixou de julgar*? Nada: tudo que havia para examinar no recurso foi de fato examinado, não restou parcela alguma por decidir! O que se discutia era justamente, e exclusivamente, se a decisão se compadecia com a lei. O Tribunal deu resposta completa a essa indagação, quando reconheceu a compatibilidade; não o inibiu a idéia de que, inexistindo contrariedade à lei, lhe faltava competência... Destarte, reduz-se a puro sofisma negar que o Tribunal tenha julgado o recurso. Julgou-o, sim - e *de meritis* -, diga o que disser o acórdão.

De resto, o raciocínio acima descrito e refutado só o foi por amor à argumentação. Não é nele que se tem fundado a prática tradicional no julgamento do recurso interposto pela letra *a* do dispositivo constitucional.

Prova-o à saciedade a circunstância de que essa prática remonta ao tempo da primeira Carta republicana. Com efeito: ao contemplar recurso para o Supremo Tribunal Federal, o art. 59, § 1º, da Constituição de 1891 assim definia a hipótese que aqui interessa: “quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela”. A diferença é gritante: o texto de então não pressupunha erro algum na decisão recorrida, que podia perfeitamente ser correta *apesar de* haver concluído contra a validade ou a aplicação de lei federal - por exemplo, por entendê-la inconstitucional.

6. O confronto entre a fórmula do atual art. 105, nº III, *a*, e a do supracitado dispositivo fornece-nos a deixa para uma consideração importante. À semelhança do art. 59, § 1º, da Carta de 1891, as outras disposições do próprio art. 105, nº III, da vigente Constituição, têm estrutura nitidamente distinta da adotada na letra *a*. Tanto na letra *b* quanto na letra *c*, o “tipo” descrito é *axiologicamente neutro*: a decisão que “julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal” (letra *b*) não será, só por isso, incorreta; e o mesmo se dirá da decisão que “der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”. Sem dificuldade se percebe que, ao insurgir-se contra decisão com esta ou aquela característica, pode suceder que o recorrente tenha razão (se a lei ou o ato do governo local devia ter-se por inválido à luz da lei federal, ou se, além de discrepante da esposada por outro tribunal, era errônea a interpretação dada à lei federal), mas igualmente pode suceder que não tenha razão o recorrente (se a lei ou o ato local não padecia do alegado vício, ou se errônea era a diferente interpretação adotada pelo outro tribunal).

Daí ser mais fácil, para o tribunal, acomodar à boa técnica sua atividade, no julgamento de recursos interpostos pelas letras *b* e *c*. Ao que se saiba, nunca surgiu aí problema algum, no tocante à individualização dos dois juízos, o de admissibilidade e o de mérito. A ninguém ocorreria supor que o Tribunal, todas as vezes que conhece do recurso, deva necessariamente provê-lo, isto é, que fique preexcluída, como inconcebível, decisão de conhecimento e desprovimento.

A essa luz, melhor ressalta a inconsistência do argumento ligado à classificação dos recursos em “ordinários” e “extraordinários” (*supra*, nº 4). Fosse exato que, em cada uma dessas duas classes, se houvesse de pôr e resolver em termos desiguais a questão da admissibilidade e do mérito, a conse-qüência seria, para dizer o menos, esquisitíssima: os recursos especiais

interpostos pela letra *a*, a terem realmente a peculiaridade que se lhes atribui, mereceriam a qualificação de “extraordinários”; não assim, todavia, os recursos especiais interpostos pelas letras *b* e *c*: esses, sujeitando-se como quaisquer outros à distinção comum, teriam de ser relegados à casta dos “ordinários”. E mais: idêntica separação seria de rigor com referência ao art. 102, nº III: de um lado, os recursos interpostos pela letra *a*, de outro os interpostos pelas letras *b* e *c* - sujeitos estes e subtraídos aqueles à normal diferenciação entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito, em operações sucessivas e inconfundíveis. Conseqüência: dentre os recursos previstos no art. 102, nº III, da Constituição, teríamos de considerar “ordinários” os interpostos pelas letras *b* e *c*, e “extraordinários” os interpostos pela letra *a*. Visto que a todos se refere a Carta com a expressão “mediante recurso extraordinário” (art. 102, nº III, *caput*), inevitável - conquanto esdrúxula - seria a conclusão de que os recursos extraordinários se subdividem em... ordinários e extraordinários!

Não é difícil escapar a tão desconcertante beco sem saída. Basta considerar que o texto do art. 105, nº III, *a*, foi redigido com técnica deficiente. Onde se diz “quando a decisão recorrida contrariar...”, leia-se: “quando a decisão recorrida for acoimada de contrariar...” - e tudo se resolverá. Já não terá o Tribunal por que emaranhar-se nas teias artificialmente elaboradas para enfrentar um pseudo-problema⁷. Dêem-se aos bois os nomes adequados, e a paisagem de imediato se aclara. Recurso especial em que se alegue violação de lei federal - presentes todos os outros requisitos de admissibilidade - é recurso de que se conhece, e ao qual, depois, se dá ou se nega provimento, conforme se verifique, respectivamente, que a lei foi ou não foi violada.

7. Pois bem. Julgamentos recentes parecem revelar que o Superior Tribunal de Justiça está começando a persuadir-se de que esse é o verdadeiro caminho. Vamos apontar aqui cinco acórdãos, um de 1997 e quatro de 1998, nos quais o recurso especial fora interposto com invocação do art. 105, nº III, *a*, indicando o recorrente disposições supostamente violadas de leis federais, e o Tribunal, conhecendo dos recursos, com expressa refe-

⁷ Mostrou haver percebido o ponto com toda a clareza um autor estrangeiro, comentando o art. 101, nº III, *a*, da Constituição de 1946: “How is it possible to determine, before the judgment of the Supreme Court is rendered, whether the decision appealed from was “contrary” to the federal law or not? The constitutional provision should be understood as saying: “When the decision is allegedly contrary” (WAGNER, *The Federal States and Their Judiciary*, T’Gravenhage, 1959, pág. 324, nota 2).

rência à letra *a*, todavia lhes negou provimento, por haver-se convencido da inexistência das alegadas violações. Dois desses recursos estão publicados na *Rev. do STJ*, nº 102, pág. 127, e nº 111, pág. 57; dos outros, não chegamos a apurar publicação em revista ou repertório de jurisprudência, mas tivemos conhecimento dos respectivos textos por nímia gentileza do Ministro JOSÉ DELGADO, que deles nos remeteu cópias, e a quem consignamos aqui nosso mais profundo agradecimento.

Começamos pelos acórdãos de cuja publicação temos notícia. O mais antigo é o do Recurso Especial nº 140.158, de que foi relator o Ministro Milton Luiz Pereira. Discutia-se matéria relativa à prescrição em favor da Fazenda Pública; e o Estado de Santa Catarina, ao recorrer, com base no art. 105, nº III, *a*, alegara violação do art. 1º do Decreto nº 20.910, de 1932. Lê-se no voto do relator: “Presentes os requisitos de admissibilidade impõe-se o conhecimento do recurso” (pág. 130). Segue-se o exame da questão federal controvertida; e, por entender que não se consubstanciara a suposta violação, assim conclui o Ministro: “... desfigurada contrariedade ou negativa de vigência ao art. 1º, Dec. Federal 20.910/32, voto improvando o recurso” (pág. 133). O voto foi acompanhado unanimemente pelos outros membros do colégio julgante.

A outra decisão que vimos publicada é a do Recurso Especial nº 115.063, julgado em 17.4.1998⁸. Era recorrente a Fazenda Nacional, segundo a qual o acórdão impugnado ofendera vários dispositivos da Lei nº 4.595, de 1964, do Código Tributário Nacional e do Dec.-Lei nº 1.718, de 1979, ao negar a possibilidade de quebra de sigilo bancário em procedimento administrativo. Por unanimidade, de acordo com o voto do relator, Ministro Garcia Vieira, proclamou a Turma que só ao Poder Judiciário é lícito autorizar as instituições financeiras a quebrar o sigilo a que estão obrigadas em relação a bens, negócios e atividades de terceiros. Destarte, não havia erro no acórdão impugnado, isto é, não assistia razão à recorrente. O recurso merecia conhecimento, porque alegada a transgressão de leis federais, mas não devia ser provido, porque na verdade a transgressão não ocorrera. Daí haver dito - e muito bem - o relator, acompanhado sem discrepância: “Conheço do recurso pela letra *a*” (pág. 58); e, depois: “Nego provimento ao recurso” (pág. 59).

⁸ Ao eminente processualista e caro amigo MONIZ DE ARAGÃO devemos o ter chamado nossa atenção para esse julgado.

Outro acórdão expressivo é o do Recurso Especial nº 120.668, igualmente relatado pelo Ministro Milton Luiz Pereira e julgado em 10.2.1998. No dizer do Município de S.Paulo, recorrente, o acórdão recorrido contrariara o art. 27 do Código de Processo Civil e os arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320, de 1964, havendo o vice-presidente do tribunal *a quo* admitido o recurso unicamente quanto à alegada violação do primeiro dispositivo citado. A questão de direito controvertida era, pois, a seguinte: podia o Município ser compelido ao adiantamento de verba destinada ao pagamento do salário de perito? O relator, desde logo, e com todo o acerto, deixou claro que não era possível deixar de conhecer do recurso: “Presentes os requisitos de admissibilidade, o recurso merece ser conhecido (art. 105, III, *a*, C.F.), conforme o *facies* sintetizado no primeiro juízo de verificação”. Adiante, após longo exame da *quaestio iuris*, reconheceu a juridicidade da decisão que sujeitara o Município ao pagamento adiantado, ou seja, a sem-razão do recorrente, e concluiu: “voto improvendo o recurso” - no que o seguiram os demais votantes.

Em 5.5.1998, julgou o Tribunal o Recurso Especial nº 165.946, de que foi relator o Ministro José Delgado. Cuidava-se de saber se a gratificação natalina se incorpora ao salário de contribuição para efeitos previdenciários, de modo que a empresa se sujeita à decorrente obrigação tributária. Entendia que não a recorrente, Braslo Produtos de Carne Ltda., e censurava ao acórdão recorrido o ter violado dispositivos do Código Tributário Nacional. O relator votou pelo conhecimento do recurso e, repelindo a tese da recorrente, negou provimento àquele. Tal foi o pronunciamento unânime da Turma.

Enfim, no julgamento do Recurso Especial nº 179.541 - também este relatado pelo Ministro Garcia Vieira -, em 15.9.1998, foram objeto de análise diferentes questões jurídicas, todas resolvidas em sentido contrário ao sustentado pela recorrente, a Caixa Econômica Federal. Conhecido o recurso pelas letras a e c do dispositivo constitucional, veio o Tribunal a desprovê-lo, por unanimidade, sempre nos termos do voto do Relator.

8. É cedo para assegurar que os exemplos trazidos à colação marquem na realidade um *turning point* na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Práticas longamente observadas costumam eternizar-se por força da inércia, ainda quando patente a carência de fundamento. Simplesmente não se pensa muito no assunto, e a marcha das coisas prossegue inalterada, obediente ao impulso inicial. Mas no Superior Tribunal Federal têm assento juristas exímios, inclusive especialistas em direito processual, cuja atenção cedo ou tarde será despertada para o problema em foco; e, desde que nele

atentem, com certeza não deixarão de sensibilizar-se.

As decisões acima arroladas sinalizam o rumo correto. É de esperar que outras o sigam, e que a boa técnica prevaleça em definitivo. Seria, ao nosso ver, magnífica forma de comemorar o décimo aniversário do Tribunal. Honrar-se-á ele sobremaneira se se dispuser a retificar o itinerário até há pouco habitualmente trilhado. Em absoluto não diminui uma Corte de Justiça reconhecer que laborava em erro e decidir-se a corrigi-lo; o que pode diminuí-la é nele perseverar. Não receemos o lugar-comum: *Errare humanum est, perseverare autem diabolicum...* ♦

O Processo Civil no Terceiro Milênio *

SERGIO BERMUDES

Professor de Direito Processual da PUC-RJ. Advogado

Enfrento o desafio do tema proposto - o processo civil no terceiro milênio - com o receio ditado pela experiência, que vê malograrem os vaticínios, especialmente os de longo, de longuíssimo prazo, como no caso concreto, onde se pretende que o palestrante se ponha a conjecturar sobre o processo civil no milênio que se avista. Não datasse o advento científico do processo civil de menos de século e meio, pois, segundo opinião geral, ele remonta à publicação do livro de Bülow, em 1868; existisse o processo civil como ciência, sistematizado em normas reveladoras das suas leis e princípios, já no fim dos primeiros mil anos da civilização cristã, imagino quão ingênuas, ou disparatadas soariam, hoje, as previsões que, no ano de 999, há mil anos portanto, um processualista pudesse haver feito acerca do processo civil neste segundo milênio, que agora se encerra sob o signo da frustração, mas também da esperança, justificada pela constante elevação do homem, cada dia mais aliviado do peso das suas misérias. Se as notícias de que, em Kosovo, se mataram, ainda agora, quase 15.000 pessoas em cerca de 80 dias de guerra, desconcertam, perturbam, horrorizam, a observação serena e detida de tudo o quanto de útil e de belo se tem feito permite vislumbrar, no milênio vindouro, tudo o quanto se poderia condensar na expressão “um mundo melhor”, escrupulosamente evitada pelos estilistas, temerosos do chavão em que ela se converteu, mas olvidados de que, antes de ser, por força da repetição, um lugar-comum, ela exprime a busca do homem pela realização dos seus sonhos.

A prudência, então, me faz entrar cauteloso no escuro terreno das profecias acerca do processo no milênio próximo, compreendendo embora que se indague acerca dos destinos da processualística, como farão, brevemente, em Viena, os integrantes da Associação Internacional de Direito Processual. Ali nos debruçaremos em torno do tema geral - o processo civil no limiar do terceiro milênio - empenhados na análise crítica do que foi o

* Palestra proferida na AMAERJ, em 14.06.99.

processo até agora, para deixar uma contribuição aos que, depois de nós, tiverem de aperfeiçoar esse instrumento de paz; aquela paz que, na sentença de Carnelutti e no lema do glorioso pontificado de Pio XII, aparece como consequência da justiça, que o processo judicial realiza, nas suas diferentes maneiras de atuar.

A **efetividade do processo** será, no milênio próximo, e magna preocupação da processualística, tanto quanto tem sido no fim deste milênio, quando se despertou para a realidade de que o processo não se exaure em si mesmo, constituindo um instrumento da jurisdição, tanto mais apto quanto assegure com perfeição e presteza a administração da justiça.

Na famosa carta de Fradique Mendes a Madame S., na qual desafia argumentos sobre a inutilidade de se pronunciarem perfeitamente os idiomas estrangeiros, conclamando-nos a falar “nobrememente mal, patrioticamente mal, as línguas dos outros”, Eça de Queiroz, dizendo que as línguas “são apenas instrumentos do saber - como instrumentos de lavoura”, estranha o lavrador, “que, em vez de se contentar, para cavar a terra, com um ferro simples encabado num pau simples, se aplicasse, durante os meses em que a horta tem de ser trabalhada, a embutir emblemas no ferro e esculpir flores e folhagens ao cumprido do pau. Com um hortelão assim, tão miudamente ocupado em alindar e requintar a enxada” - indaga o missivista à destinatária - “como estariam agora, minha senhora, os seus pomares da Touraine?”.

Nada de alindar e requintar o processo, como, tantas vezes, inconscientemente, nós todos fazemos, convertendo-o num matagal expresso onde nos perdemos e se perdem preciosas oportunidades para torná-lo efetivo, o que significa tirar dele, em termos práticos, o melhor rendimento possível. Afinal, já etimologicamente **efetivar** significa executar, sendo a efetivação, como está nos léxicos, “uma atividade real; um resultado verdadeiro”.

O próximo milênio despojará o processo judicial de todas as formalidades desnecessárias, reduzindo-o à observância daquelas que se fizerem indispensáveis a garantir a defesa das pretensões em jogo e a assegurar a justiça das decisões, a fim de que possam ter adequada eficácia, relativamente às partes e aos terceiros que, de algum modo e inevitavelmente, quedem envolvidos pela coisa julgada.

Merecidamente aplaudido, o art. 244 do Código de Processo Civil dispõe que, “quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”. Num enunciado sintético e elegante, esse artigo

de lei despoja o processo das formalidades inúteis, como vem acontecendo e acontecerá sempre, até que ele se restrinja aos autos necessários a que:

a) as partes defendam amplamente as suas pretensões, por meio da ação e da exceção;

b) os terceiros intervenientes, espontâneos ou coactos, igualmente exerçam o direito de pedir a tutela dos seus interesses;

c) o juiz se instrua a fim de aplicar a lei à situação concreta, para, conforme o caso, ditar a providência de composição da lide, ou de administração de interesses sociais relevantes; praticar atos que assegurem o resultado final da jurisdição; realizar, em termos efetivos, o quanto houver decidido, convertendo o preceito jurisdicional em atividade das partes no grupo, assim transformada a sentença de fato jurídico em fato social.

Ao longo do IX Congresso da AIDP, em Coimbra, Victor Fairén-Guillem sugeria aos dirigentes da mais alta entidade do direito processual que o congresso seguinte se reunisse sob o tema geral **atos processuais**. “Actos procesales”, repetia o velho processualista espanhol, aos colegas que o ouviam com um sorriso algo desdenhoso: por que haveriam os processualistas do mundo inteiro de consumir todo um congresso para discutir atos processuais? Indaguei, então, a alguns dos congressistas de que se constitui o processo, senão de atos, que se vão sucedendo, em consonância com a lei, para tornar possível a atividade jurisdicional do Estado? Se assim é, vale um, valem vários congressos para se discutirem os atos processuais, na sua produção e na sua repercussão.

No tocante aos atos processuais, a que o CPC consagra 107 artigos, do 154 ao 261, 17 se voltam, especificamente, à forma dos atos processuais: arts. 154 até 171. Enquanto o primeiro deles, o art. 154, tem norma gêmea da do art. 244, os demais se ocupam do modo como se deverão de praticar os atos do processo, demorando-se o código em minúcias como a determinação de que se use o vernáculo (art. 256); de que sejam acompanhados da tradução juramentada os documentos de língua estrangeira (art. 157); de que se rubriquem e numerem as folhas dos autos (art. 167) e se datem os termos processuais (art. 168), datilografados ou escritos, sem abreviaturas, com tinta escura e indelével, como minudentemente dispõem o art. 169 e o seu parágrafo único, nada de espaços em branco, sem inutilização, nem de entrelinhas, emendas ou rasuras, a não ser expressamente ressalvadas, conforme o art. 171.

Acompanhando os tempos, o art. 170 já permite a taquigrafia, a estenografia, ou o uso de outro método idôneo, abrangendo essa última expressão, posta também no art. 417, qualquer outro meio de documentação dos atos processuais, resistente ao tempo e às fraudes, inclusive a gravação, já autorizada às partes na última proposição desse dispositivo.

Os avanços da técnica, principalmente no terreno da informática, permitem avistar um processo em que a oralidade predomine, inclusive pela facilidade de registro dos atos processuais. Por sinal, os três últimos parágrafos do art. 13, complementados pelo art. 44, ambos da Lei nº 9.099, de 26.9.95, dos juizados especiais, vão além das disposições do CPC, na explicitação dos meios de documentação do processo. Afirmar-se com toda a segurança que, muito cedo, no próximo milênio, os autos tradicionais, ainda hoje costurados com agulha e linha, desaparecerão e a expressão material do processo constará de programas de computação, admitindo-se que tudo ou quase tudo se faça por meio da informática, que tornará obsoletas as resmas de papel que atualmente se consomem, no exercício da função jurisdicional. Aparecerá, então, o processo virtual, de que já se fala; o processo sem autos, encerrado em programas, disquetes e similares. Por certo, tanto mais largamente se usarão os meios propiciados pela técnica quanto existirem os recursos financeiros suficientes, o que não acontecerá de modo simultâneo, nem no Brasil nem no mundo, onde um milênio talvez não baste para apagar as marcantes diferenças sociais, comprometedoras do acesso ao Judiciário e da prestação da justiça.

A facilidade das comunicações, que já permitem, hoje, a transferência de elementos e de recursos fabulosos por um simples pressionar de teclas, universalizará o processo judicial, cujos atos se praticarão e cujos efeitos se produzirão, além, muito além do espaço territorial de cada soberania. Esse fenômeno da globalização do processo permitirá que se previnam ou se solucionem litígios e, igualmente, se administrem atividades não conflituosas entregues ao Judiciário, mediante uma só atividade jurisdicional, que, emanada embora do poder político de um estado, se estenderá a outros. Falo, aqui, da utilidade extraterritorial da prestação jurisdicional e do alargamento do princípio da cooperação jurisdicional, já efetivo hoje por meio de atos entre os quais avulta, dominante, a homologação e conseqüente eficácia da sentença estrangeira. Mas não se faça abstração do processo que, nos séculos adiante, se desenvolve, simultaneamente, em estados soberanos distintos: domiciliado o autor num país e o réu noutro, naquele se proporá a ação e

neste ela será contestada, competente a autoridade judiciária de um ou de outro estado para determinados atos, consoante em tratado se dispuser, tal como agora ocorre, no âmbito interno, nos embargos à execução por conta (CPC, art. 747), ora da competência do juízo deprecante, ora deprecado. A informática propiciará o fenômeno (para não dizer o milagre) da relação processual bifurcada em procedimentos diferentes, perante judiciários diversos, para atender a necessidade da adequada composição da lide.

E os atos processuais, no milênio próximo, como já ocorre, timidamente embora, no fim deste milênio, serão dominados por aqueles princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia e celeridade, virtual ou expressamente consagrados em tantos dispositivos do Código de Processo Civil e de leis extravagantes e luminosamente postos no art. 2º da Lei nº 9.099, dos juizados especiais.

Os avanços da técnica repercutiram, a olhos vistos, no processo judicial, ao longo deste milênio. No Brasil, essa repercussão se acentuou, particularmente, nas suas três últimas décadas, coincidentes com a vigência do Código de Processo Civil. Esse entrosamento da técnica, em especial da informática, com o processo se aguçará no milênio próximo, contribuindo, sem dúvida, para o aprimoramento do conteúdo dos atos processuais, que refletirão o mundo de informações de toda a ordem, inclusive as de natureza científica, posto ao alcance dos operadores da máquina judiciária. Doutrina e jurisprudência se tornarão acessíveis, num mundo em que um disquete valerá uma biblioteca, onde todas as bibliotecas ficarão próximas, onde, automaticamente, tudo o quanto se escrever e decidir logo chegará aos possíveis usuários, facilitada a procura, a descoberta, a seleção dos dados pesquisados. A qualidade dos atos jurisdicionais, desde a origem, diminuirá o número de recursos, a se usarem com comedimento e mediante real necessidade, como já ocorre hoje em tantas partes do primeiro mundo e como haverá de dispor a lei, empenhada em evitar que os meios de impugnação das decisões judiciais se convertam naquelas ocas *alongaderas* do processo espanhol medieval, e se utilizem promiscuamente, como hoje ocorre, ora de modo legítimo, para aperfeiçoar a prestação jurisdicional, ora indevidamente, apenas para protelar a eficácia da decisão adversa, ou somente para tentar melhor sorte, contando-se com o imponderável das decisões judiciais.

O empenho de extrair da relação processual a sua utilidade máxima derrogará, por certo, senão nas próximas décadas, seguramente nos séculos vindouros, o vigente e já de certo modo combalido princípio da limitação

da eficácia subjetiva da coisa julgada às partes do processo. As denominadas *class actions* se multiplicarão para se evitar o processo individualista, voltado apenas para um determinado litígio, ignorante de outros rigorosamente idênticos, que virão assoberbar os órgãos de administração da justiça, quando a postulação repetida poderia ser evitada pela adoção de expedientes de universalização do processo, como a súmula vinculante, num tempo em que não haverá lugar para a atividade paroquial das instituições de função predestinadamente transcendental.

Encerra-se este milênio, testemunhando-se, mais precisamente, usando-se o processo judicial numa cultura que quase só tem olhos para o litígio e para a solução imposta e forçada do litígio pelos meios de cumprimento coativo da sentença, de cuja execução dizem os processualistas que se opera independentemente da vontade do sujeito passivo, que a sofre, na medida do necessário à satisfação da vontade contida no título.

E já que falei em execução, permita-se que eu estique o ponto, lembrando que, dos três processos civis contenciosos - o cautelar, o cognitivo e o executivo - este último vê exaurir-se o milênio sem a solução para os problemas que apresenta. O maior deles consiste na impossibilidade de cumprimento da sentença, especificamente da sentença condenatória para a qual se volta o processo de execução, pela ausência de condições econômicas do executado, ora carente de bens que respondam pela obrigação de pagar, conforme o princípio da responsabilidade patrimonial, consagrado pelo art. 591 do CPC, ora sem bens visíveis e sem que haja meios eficazes de combater a exaustão patrimonial adrede preparada para frustrar a eficácia prática do comando jurisdicional. A processualística ainda não encontrou melhor solução para os problemas que agora se mencionam do que deixar suspenso o processo, conforme preceitua o inciso III do art. 791 - “suspende-se a execução quando o devedor não possuir bens penhoráveis” - uma norma que, extensivamente, se aplicará àquelas hipóteses em que o devedor nem tiver condições de cumprir a obrigação de fazer, de não fazer, ou de dar, nem patrimônio para suportar a obrigação de pagamento em que se converte o inadimplemento daquelas.

No próximo milênio, talvez se engendrem meios de fazer efetiva a sentença judicial, adotando-se a possibilidade de alguma prestação pelo devedor que possa satisfazer, de certo modo, o direito do credor, naqueles casos de comprovada inviabilidade da execução da sentença como nela se dispôs. Inclementes problemas do processo de execução, vinculados à

situação econômica e à cultura prevalecentes, levaram os processualistas a se voltarem, comodamente, para os processos cognitivo e cautelar (ou será que o tempo não bastou para a busca de soluções dos intrincados problemas dessas duas espécies do processo civil contencioso?). Fica a problemática da execução como um dos grandes desafios aos processualistas do terceiro milênio, a quem incumbirá resolver as questões angustiantes, talvez buscando soluções alternativas da execução específica, sem que, contudo, se retroceda à responsabilidade corporal que, no sistema romano-ocidental, já ficara abolida com o advento da *Lex Poetelia Papiria*, na metade do último milênio anterior à era cristã.

A concepção do processo judicial como instrumento da composição forçada dos litígios se foi mitigando no fim deste milênio, como demonstram, no CPC, as normas do inciso IV do art. 125, do art. 331, do art. 447, do inciso I do art. 599 e, na legislação extravagante, normas como as do art. 2º, última parte, e do art. 21 da Lei dos Juizados Especiais, todas a estimularem a conciliação, pela transação, ou excepcionalmente, pela renúncia da pretensão, ou pelo reconhecimento da procedência do pedido.

O quanto tem o processo judicial progredido como instrumento de composição amigável da lide permite ver, no próximo milênio, o processo como a melhor alternativa de si mesmo, isto é, o processo desempenhando uma atividade de mediação, conciliadora das partes, de igual ou maior importância que a atividade de julgamento, que inevitavelmente retarda a solução dos conflitos.

Haverão de florescer, no princípio do milênio, como indicam as exuberantes vergôntes que desabotoaram viçosas nos últimos tempos, os meios alternativos de solução dos conflitos - as ADR, *alternative dispute resolutions*, para repetir a fórmula identificadora - dentre eles o processo como instrumento de conciliação, então transformado em alternativa de si mesmo, a mediação e o juízo arbitral, que avanta o processo judicial pela possibilidade de se fazer a postulação e o julgamento da lide por especialistas, como não acontece na justiça comum, onde os postuladores da jurisdição - advogados, defensores, procuradores, Ministério Público - e os prestadores dela, juízes de todas as instâncias, se transmudam em conhecedores dos mais diferentes assuntos.

No milênio próximo, muito se porá no aperfeiçoamento dos postuladores e ministradores da prestação jurisdicional, como apontam os cuidados que com paciência e perseverança se vão adotando na seleção e fiscalização

deles, sempre exclusivamente pelos próprios órgãos a que pertencerem, não admitida qualquer espécie de controle externo, salvo a da livre crítica dos jurisdicionados, ampliada através da mídia consciente das suas responsabilidades. O controle externo é uma idéia simplista de um bando de papalvos. Por isso mesmo, temível. A edição 1602 da revista VEJA lembra Ambrose Bierce quando ele diz que o idiota é “membro de uma grande e poderosa tribo cuja influência nos assuntos humanos sempre foi dominante”. Mas que nós, as personagens do processo, lutemos vigilantemente para não transformar, especialmente pela frouxidão moral, pela condescendência com o ilícito, o controle externo do Judiciário numa solução de desespero. Que o Poder Judiciário se vigie a si próprio, para não se fazer vigiado por ninguém mais.

Quando se fala no aperfeiçoamento da postulação e da prestação jurisdicionais, deve-se pensar no advogado, no defensor, no Ministério Público, no juiz ecumênico, de olhos postos no mundo que o rodeia, contemporâneo de tudo o quanto se passa no orbe terrestre (no próximo milênio se falará neste e noutros mundos) e fora do casulo onde sempre atuará mal se, com uma espécie de síndrome de Chanteclair, o galo que supunha fazer nascer o sol com o seu canto, supuser que o mundo é apenas o foro onde atua e que tem por princípio e por fim as folhas de um processo.

Recentemente, fiz longa viagem aérea ao lado de um advogado que, durante todo o tempo, falou, unicamente, dos seus clientes, dos seus processos, das suas venturas e desventuras profissionais. Horas a fio, desde o momento em que me descobriu seu colega, ele, parece que empenhado na demonstração da verdade da sentença evangélica - “da abundância do coração fala a boca” - só teve palavras para descrever as suas iniciais, suas contestações, réplicas e audiências, apelações e quejandos, como se a mim não me bastassem as minhas. Tentei variar o assunto. A guerra nos Bálcãs: estava se lixando; a modernidade européia iniciada em 1492, título do delicioso livro de Jacques Attali, que eu tinha em mãos: nem pensar; política e música: o que lhe importavam a magistralidade de Haendel ou de Mozart, a originalidade das letras de Cole Porter e Chico Buarque, a voz de Ella ou de Piaf?; anedotas: não o interessavam; piadas: não achou graça e a cada pausa minha, ele monjolava, tediosamente, monotematicamente, os episódios da sua profissão. Nem o esplendoroso amanhecer, anunciado em tons róseos pelas nuvens que se iam enchendo de luz, o comoveu. Lembrei-me, e estive a um passo de lembrá-lo de um cartaz, espalhado pelo New York Times, aí por meados da década dos 60. Via-se nele um avestruz, enterrada

na areia a cabeça minúscula, exposto, entretanto, o corpanzil às intempéries. Por baixo, apenas este dito sutil: “Há pessoas que não lêem as notícias. Elas simplesmente não querem saber”.

Tudo o quanto, ao longo destes mil anos, que agora chegam ao termo fatal, se construiu, ou se aperfeiçoou da rica herança do milênio anterior e de tempos ainda mais remotos, permite vislumbrar o processo judicial do terceiro milênio com todo o entusiasmo. De um teólogo, que cruelmente perdeu a fé, se diz que revelou ao mundo o seu drama, adotando o lema *sine spe ac sine metu*: se, pela descrença, já nada esperava, também já não temia o momento do encontro com aquela que Manuel Bandeira chamou “a indesejada das gentes”. Nos séculos futuros, de tal modo atuará o processo, na sua dupla finalidade de julgar e de conciliar; nos seus dois aspectos de microprocesso, que trata do conflito das partes, e de macroprocesso, que ensina a compreender e a cumprir a lei e pacifica o grupo social pela aplicação do direito; e de tal modo será propícia a ciência processual como sistema das leis e princípios inerentes à jurisdição, que bem se poderia anunciá-los agora, no limiar de mais um milênio da civilização, sob o dístico “com fé e com esperança”. A certeza de que a processualística e o processo atuarão eficazmente justifica a esperança de que, também por meio deles, se construirá o mundo melhor dos sonhos de cada homem, em qualquer tempo. Que assim seja, pela vontade e sob a proteção de Deus! ◆

Execução de Sentença de Condenação no Pagamento de Alimentos - Aspectos Polêmicos -

WILSON MARQUES
Desembargador do TJ/RJ

GENERALIDADES

A execução de sentença de condenação no pagamento de alimentos é espécie do gênero execução por quantia certa contra devedor solvente.

Conhece duas espécies: a execução comum (Código de Processo Civil, artigo 732 c/c 652 e seguintes), em que o devedor será citado para, no prazo de 24 horas, pagar a dívida exequenda, ou nomear bens à penhora e a execução especial (Código de Processo Civil, artigo 733) em que “o juiz mandará citar o devedor para, em três (3) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo”.

A razão da dualidade está em que, diante da relevância do crédito alimentar, a lei criou, ao lado da execução genérica, a execução especial do artigo 733 e seguintes, que apresenta particularidades notáveis, que mais a frente serão postas em destaque.

As duas ações não são fungíveis e permutáveis, no sentido de que, no curso do processo de uma delas, não se admite a prática de atos privativos do outro.

Desse modo, o credor que propôs em face do devedor ação de execução comum, não pode, no curso do processo, pedir a prisão do executado.

Em contrapartida, o devedor, no curso desse processo, não poderá alegar impossibilidade de cumprir a obrigação.

Correlativamente, o credor que propôs em face do devedor ação de execução especial, não pode, no curso do processo, pedir a penhora de bens do demandado.

O devedor, a seu turno, não pode entrar com Embargos.

E, assim, por diante.

Se o devedor trabalhar com relação de emprego, o juiz mandará descontar o valor dos alimentos em folha de pagamento (artigo 734).

Neste caso, ao que entendemos, não é admissível nem a execução comum, nem a especial, por falta de interesse processual.

Na situação figurada, o credor não necessita propor nem uma ação, nem a outra, para obter a satisfação do seu direito.

Se não necessita propor a ação, não pode propô-la, porque, no processo civil, tudo o que não é necessário é proibido, por falta de interesse processual.

Se o fizer, o juiz julgará extinto o processo, sem julgamento do mérito, na forma do disposto no artigo 267, VI, do mesmo diploma legal.

O referido artigo 734 deve ser interpretado extensivamente para alcançar, também, devedores que, embora não sejam exatamente aqueles que nele foram expressamente contemplados - o funcionário público, o militar, o diretor ou gerente de empresa, o empregado sujeito à legislação do trabalho - encontram-se, não obstante, em posição assemelhada.

Na nossa judicatura, tivemos oportunidade de mandar descontar alimentos devidos à mulher e filha da remuneração do marido e pai que, possuía um caminhão e como profissional autônomo, “fazia frete” para várias empresas, das quais recebia, no final do mês, o valor das correspondentes faturas.

Tal medida encontra amparo na Lei de Alimentos (artigo 17 da Lei nº 5.478, de 1.968), de acordo com o qual “quando não for possível a efetivação executiva da sentença ou do acordo, mediante desconto em folha, poderão ser as prestações cobradas de alugueres de prédios **ou de quaisquer outros rendimentos do devedor...**”

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão de que foi relator o Ministro Eduardo Ribeiro, entendeu que o desconto dos alimentos em folha de pagamento somente é admissível com relação a alimentos **futuros**. (Agravo 89.080- DF, DJU 10.05.96)

Os **pretéritos** teriam de ser buscados através de ação de execução por quantia certa contra devedor solvente.

Data venia, não vemos razão para a distinção, que não está na lei e que importa em retirar do dispositivo muito da sua força e utilidade.

Se não for possível o desconto em folha de pagamento, o credor poderá intentar em face do devedor ação de execução comum ou especial, a que for da sua maior conveniência.

Jurisprudência a que não aderimos entende que se o devedor tem bens, razão não existe para o credor lançar mão da ação do artigo 733, que seria

utilizável, somente, no caso extremo de não haver outro meio de satisfação do direito do credor.

Havendo esse outro meio, ao credor não restaria outra alternativa senão que a de lançar mão da ação de execução comum do artigo 732.

Em suma: para o rico, que tem bens: penhora; para o pobre que não os tem: cadeia.

Tudo a confirmar aquela velha história de que todos são iguais perante a lei, mas há alguns que são mais iguais do que os outros.

A discriminação odiosa não se escora em nenhuma base lógica ou jurídica.

Em primeiro lugar, a lei não diz que uma espécie de execução - a especial - somente é admissível quando não for possível o uso da outra.

De certo modo, o que a lei diz é o contrário, pois, ao afirmar que “o cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas (artigo 733, § 2º)”, parece que deixou claro que a ação de execução especial pode perfeitamente ser intentada antes da ação de execução comum, ficando esta na posição de soldado da reserva, para ser utilizada se aquela malograr.

Finalmente, no concurso eletivo de ações - e é disso que se trata - quem elege a ação a ser intentada é o autor.

Não é o juiz.

O entendimento inverso nos parece tão absurdo quanto seria o de vir o autor pedir a redibição do contrato de compra e venda de bem adquirido com vício redibitório e receber do juiz a resposta que a ação que ele deve propor não é a que ele escolheu - a redibitória - mas outra - a *quantum minoris* - que o juiz escolheu por ele.

Créditos longínquos não autorizam a propositura da ação de execução especial, diz acórdão da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de que foi Relator o Desembargador Doreste Baptista.

O Superior Tribunal de Justiça tem seguido por essa vereda, admitindo a ação de execução especial para “as prestações recentemente vencidas (como tais entendidas, de um modo geral, as dos últimos três meses) reservando-se para a ação de execução comum as prestações vencidas anteriormente (Assim: RSTJ 84/197).

Tal orientação, a nosso sentir, não tem o menor cabimento.

Como anota, com acerto, Said Cahali, “os débitos atrasados, valor das pensões alimentícias, não perdem, por força do inadimplemento de obriga-

ções de pagar alimentos, o caráter da causa de onde provieram. Os efeitos, quaisquer que sejam, têm o mesmo caráter ou natureza da causa. A dívida continua sendo de alimentos, não de outro caráter ou natureza, deduzindo-se daí, que tendo tais débitos pretéritos, sempre, caráter alimentar, nenhuma ilegalidade há no decreto de prisão do alimentante, que é medida constritiva, legalmente prevista, para que este cumpra sua obrigação alimentar” (**Dos Alimentos**, 3ª edição, página 1.071).

A lei não faz distinção entre alimentos novos e velhos, para permitir em relação aos primeiros e proibir quanto aos últimos o uso da ação de execução especial.

Ora, onde a lei não distingue ao intérprete não cabe fazer distinções.

Além disso, aquele entendimento, contra milenar princípio geral de direito, permite ao devedor tirar proveito da própria inadimplência, na medida em que dele afasta a ameaça de prisão, justamente pelo fato de ele ter se tornado inadimplente.

Mais do que isso, serve para coonestar o procedimento reprovável do devedor de alimentos, que não paga as prestações novas, deixando que envelheçam, e não paga as velhas, porque, pela falta de pagamento destas, não está sujeito à prisão.

Também se ouve dizer, aqui e ali, com maior ou menor freqüência, que não autoriza a prisão do devedor a execução de diferenças de alimentos e de correção monetária da dívida alimentar.

Ora, diferenças de alimentos e correção monetária de alimentos, alimentos são.

Logo, razão não existe para subtrair do credor a ação de execução especial pelo importe de diferenças de alimentos e correção monetária de dívida alimentar.

A não ser que se pretenda encorajar o devedor a livrar-se da ameaça de prisão através do pagamento, com moeda desvalorizada, de parte, talvez irrisória, do valor global da dívida de alimentos.

Corretamente, a jurisprudência predominante entende que não cabe prisão quando a soma exigida, através de ação de execução especial, inclui juros, custas do processo e honorários de advogado, pois, nesses casos, e nessa parte, não se trata de inadimplemento de obrigação alimentar, a autorizar, por exceção, a prisão civil por dívidas, vedada, em regra, pela Constituição Federal (artigo 5º, VXXVII).

Por força do que dispõe o artigo 575, II, do Código de Processo Civil, tanto a ação de execução comum, como a especial, ambas fundadas, sempre, em título judicial, inserem-se na competência do juízo da ação de conhecimento, onde os alimentos foram fixados.

Devem ser propostas nos mesmos autos da ação originária, onde os alimentos foram fixados, se a execução for definitiva, e, em autos suplementares, ou por carta de sentença, se provisória (artigo 589).

Mais de uma vez, já nos deparamos com recursos interpostos por alimentandos contra decisões de juízes que determinaram distribuição por sorteio de petições iniciais de ações de execução de sentença de condenação no pagamento de alimentos.

A determinação judicial em tal sentido, importa em dupla violação da lei: do artigo 575, II, porque competente para a execução é o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição, não é o juízo a que o feito vier a tocar por sorteio: e do artigo 589, porque a execução definitiva se faz nos autos principais e ou em autos suplementares ou em carta de sentença, não em autos outros, formáveis em juízo diverso.

Com apoio em acórdão da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, no Conflito de Competência nº 40.954-0/6-00, Nelson Nery Júnior sustenta que “no caso de alimentos, a regra específica do artigo 100 prepondera, por interesse público, à regra genérica do artigo 575, II...” (**Código de Processo Civil Comentado**, 4ª edição, 1999, páginas 1.088 e 1.089, nº 4).

Mas, ao que aduz, “essa não aplicabilidade do artigo 575, II, à execução dos alimentos se dá apenas quanto à competência de foro (comarca)”, ou seja, quando o alimentando transfere a sua residência ou domicílio, de uma comarca para outra. (idem, *ibidem*).

Se o alimentando transferir a sua residência ou domicílio para outro lugar, dentro da mesma comarca, o caso já não seria mais de competência de foro, mas sim de competência do juízo, incidindo a regra do artigo 575, II.

Data venia, estamos em completo desacordo.

Em primeiro lugar, porque, ao afirmar que “é competente o foro do domicílio ou da residência do alimentando, para a ação em que se pedem alimentos, o artigo 100, II, obviamente está se referindo apenas à ação de conhecimento, não à ação de execução.

A ação em que o credor pede alimentos é ação de conhecimento.

Não é ação de execução.

Na de execução, ele não pede alimentos.

Ele pede que o devedor seja citado para, no prazo de 24 horas, pagar ou nomear bens à penhora (execução comum) ou para efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo, sob pena de prisão, pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

Por outro lado, não se pode pôr em confronto norma de competência de foro, que, descumprida acarreta a incompetência relativa - artigo 100, II - com norma de competência do juízo, que violada, importa em incompetência absoluta do órgão da execução - artigo 575, II.

Como a determinação da competência do foro é um *prius* em relação à determinação da competência do juízo, é óbvio que todas as vezes em que a lei determinar diretamente a competência do juízo - como nos casos do artigo 35, parágrafo único, da Lei do Divórcio, e 108 e 575, II, do Código de Processo Civil - ela já estará determinando, também, cumulativamente, a competência do foro, que outro não poderá ser senão que o da comarca de que faz parte ou na qual está integrado o juízo competente.

AAÇÃO DE EXECUÇÃO ESPECIAL

Como já se assinalou, na ação de execução especial, regulada pelo artigo 733, “o juiz mandará citar o devedor para, em três dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo”, sob pena de se lhe decretar a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

Embora o teor literal do dispositivo pareça limitar a resposta do devedor apenas à tríplice alternativa nele mencionada, é intuitivo que não se lhe pode negar o direito de alegar, também, a inexigibilidade da dívida, o excesso de execução, a novação ou qualquer outra causa extintiva da obrigação alimentar.

Na dívida de alimentos, encontramos um dos dois únicos casos em que a Constituição Federal permite a prisão civil por dívidas (artigo 5º, LXVII). O outro, como se sabe, é o do depositário infiel.

A prisão do devedor de alimentos não é pena. É meio de coerção, portanto ato executório destinado a influir na vontade do devedor, levando-o a pagar os alimentos que ele deve, mas não quer pagar.

Se fosse pena, o devedor, pagando a dívida, no curso do prazo de duração da prisão, não poderia ser libertado. Teria que continuar preso. Mas, naquela eventualidade, ele pode e deve ser solto (artigo 733, § 3º). Sinal de que a prisão não é pena.

A prisão, igualmente, não é forma de pagamento.

Se fosse, cumprida a “pena”, o devedor não continuaria devendo as prestações vencidas.

Mas continua (artigo 733, § 2º).

É porque a “pena” não serviu como meio de pagamento.

Na sua primitiva redação, o artigo 733, § 2º, estabelecia que “o cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas, mas o juiz não lhe imporá segunda pena, ainda que haja inadimplemento posterior”.

O cumprimento da “pena” criava, pois, para o devedor, um verdadeiro *bill* de indenidade.

Depois de cumpri-la, podia, tranqüilamente, deixar de pagar os alimentos, pelo resto da vida, pois nunca mais poderia ser preso pelo fato do inadimplemento de obrigação alimentar.

E se não tivesse bens, o credor por nenhum meio poderia exigir o cumprimento da obrigação, assim transformada como que em uma espécie de obrigação natural.

Ocorre que a Lei do Divórcio deu nova redação ao artigo 733, § 2º, suprimindo a restrição “mas o juiz não lhe imporá segunda pena, ainda que haja inadimplemento posterior”.

Desse modo, a partir de então, tornou-se possível a prisão do devedor, mais de uma vez, pelo fato da falta de pagamento da dívida alimentar.

Não obstante, pensamos que, dada a natureza da prisão - meio executório de coerção - o devedor não poderá ser preso, mais de uma vez, pelo fato da falta de pagamento dos mesmos alimentos.

Explicando melhor:

Se o devedor não pagou os alimentos de janeiro; por esse motivo foi decretada a sua prisão, pelo prazo de três meses; permaneceu preso, durante todo esse tempo e cumprida a “pena” foi libertado, o juiz poderá lhe impor nova “pena”, em virtude da falta de pagamento dos alimentos de fevereiro.

Mas não poderá lhe impor nova “pena”, pelo fato do inadimplemento da obrigação de pagar os alimentos de janeiro, aqueles mesmos cuja falta de pagamento já lhe acarretara a decretação da prisão por três meses, integralmente cumprida.

Se a prisão, como meio de influir na vontade do devedor, não produziu o resultado esperado, seria intolerável *bis in idem* aplicá-la uma segunda vez, para o mesmo fim.

De acordo com o artigo 733, § 3º, “paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão”.

Mas qual “prestação alimentícia”?

Somente a que constou da petição inicial da ação execução e do mandado de citação?

Ou a aquela e mais as que se venceram no curso do processo de execução?

Quase sempre, durante o processamento da execução, que a lei quer célere, mas que, pelas mais variadas razões, demora meses, às vezes, até, anos, para chegar ao fim, vencem-se prestações posteriores àquelas que o devedor foi citado para pagar, provar que já pagou ou justificar a impossibilidade de efetuar o pagamento sob pena de prisão e que exatamente por não ter feito nada disso, o juiz decretou-lhe a prisão, na qual se encontra.

Indaga-se, então, se, nesses casos, para livrar-se solto o devedor deve pagar somente as pensões objeto da ação de execução, constantes do mandado de citação, ou deverá pagar aquelas e as outras que se venceram, no curso do processo, até o dia do pagamento .

Pensamos que para conseguir a liberdade o devedor deverá pagar as prestações anteriores e todas as posteriores, vencidas até o dia do pagamento.

Se pela falta de pagamento das prestações posteriores ele está sujeito à nova prisão, parece ilógico libertá-lo só com o pagamento das anteriores e depois prendê-lo, de novo, logo em seguida, pela falta de pagamento das posteriores.

Aliás, não há, nisso, nenhuma novidade, senão que conformação da tese com o sistema.

O locatário, para evitar a rescisão do contrato de locação deverá efetuar o pagamento dos aluguéis e acessórios da locação vencidos, não até o dia da propositura da ação, mas sim até o dia da purgação da mora (Lei nº 8.245, de 18.10.91, artigo 62, II, “a”).

Na ação de consignação em pagamento, o devedor, para obter o resultado visado, precisa depositar, não apenas as prestações vencidas ao tempo da propositura da ação, mas, também, as que “vencerem durante a tramitação do feito e até ser prolatada a sentença de primeira instância...” (Lei citada, artigo 67, III).

Ora, se nesses casos, de locação, por força de disposições legais expressas, o devedor, para evitar o despejo e obter a extinção da obrigação, precisa pagar as prestações vencidas, ao tempo da propositura da ação, e

mais as que venceram no curso do processo, como sustentar que, no caso dos alimentos, em que, pela própria natureza da obrigação, o devedor deve ser tratado com maior severidade, ele pode conseguir o resultado visado - o de livrar-se solto - com o pagamento incompleto, porque representado apenas pelas parcelas vencidas até o dia da propositura da ação?

Alguns autores, como Pontes de Miranda, aferrados à literalidade do artigo 733 - “na execução da sentença ou da decisão, que fixa alimentos **provisionais.....**” - entendem que o dispositivo somente é aplicável a esses alimentos - os provisionais - suscetíveis de serem obtidos através de ação cautelar, mas não aos outros - os definitivos - que deveriam ser buscados através de ação de conhecimento.

Mas se se admite a prisão civil de um devedor de alimentos sujeito apenas à uma condenação provisória, como explicar, sem agressão à lógica e ao bom senso, a vedação de tal prisão, nos casos de condenação definitiva?

Aliás, a Lei nº 6.014, de 27.12.73, posterior ao Código de Processo Civil, que é de 11.1.73, ao dar nova redação ao artigo 18 da Lei de Alimentos (nº 5.478, de 25.07.68), que trata da execução da sentença de condenação no pagamento de alimentos, que **não são provisionais**, estabeleceu que o credor “poderá requerer a execução da sentença, na forma dos artigos 732, **733** e 735 do Código de Processo Civil”.

Portanto, a ação de execução especial é utilizável se os alimentos forem provisionais ou não provisionais; provisórios ou definitivos, fixados em decisão interlocutória ou em sentença; transitada em julgado, ou não.

A prisão não pode ser decretada de ofício.

Melhor do que o juiz o credor sabe da oportunidade e da eficácia da medida.

Portanto, o “decretar-lhe-á a prisão” do § 1º do artigo 733, significa que o juiz decretará a prisão do devedor se o credor o requerer.

Não obstante, é preciso considerar que a opção pela execução do artigo 733 já significa requerimento, ainda que implícito, de prisão do devedor, para o caso de, no tríduo legal, não pagar, não provar que já pagou, ou não justificar a impossibilidade de efetuar o pagamento.

A execução da sentença de condenação a prestar alimentos, intentada na pendência de recurso interposto contra o provimento condenatório, é provisória.

Não obstante, o credor, para intentá-la, ao menos em regra, não precisa prestar a caução do artigo 588, I, porque a caução visa garantir a reparação

dos danos sofridos pelo executado, consistentes, no caso, basicamente, em restituição dos alimentos pagos, mas esses alimentos, como quaisquer alimentos pagos, são irrestituíveis, ainda quando o pagamento houver sido feito, indevidamente.

Ora, se os alimentos que, no curso da execução provisória, o credor conseguir receber, não serão restituídos ao devedor, mesmo que sobrevenha decisão da superior instância, de reforma da sentença condenatória, parece que razão não há para exigir, como condição da propositura da ação de execução provisória, a prestação de caução destinada a garantir a restituição dos alimentos... irrestituíveis.

Segundo entendimento dominante, com o qual estamos de acordo, a ação de execução de dívida de alimentos compreende, apenas, os alimentos do Direito de Família, não podendo ser estendida a alimentos outros, como os decorrentes de indenização por atos ilícitos.

Se, no tríduo legal, o devedor apresentar justificação da impossibilidade de efetuar o pagamento, o juiz não poderá decretar-lhe a prisão, sem apreciar a justificação.

Se a justificação não for aceita, o juiz decretará a prisão do devedor.

Se for aceita, o juiz não lhe decretará a prisão, mas o acolhimento da justificação não importará em extinção ou, mesmo em redução do valor da dívida, que continuará subsistindo, integralmente, podendo ser reclamada, pela mesma via, em outra oportunidade, se desaparecerem as razões que motivaram o acolhimento da justificação, ou, então, desde logo, pela outra via, a da ação de execução comum, se o devedor, embora tendo comprovado a impossibilidade de efetuar o pagamento no tríduo legal, tiver bens penhoráveis, capazes de suportar a execução.

A lei sequer autoriza o parcelamento da dívida alimentar em atraso, pelo juiz, sem consentimento do credor, mas a prática há de ser tolerada porque consagrada, pelo costume, e generalizada, no nosso foro, e, ao que supomos, nos outros também. ◆

O Depósito Recursal no Juizado Especial Cível

FÁBIO DUTRA

Juiz de Direito do TJ/RJ

1. Comentários Gerais - Os Juizados Especiais Cíveis, criados a partir da bem sucedida experiência dos Juizados de Pequenas Causas, instituídos pela Lei Federal nº 7.244, de 7 de novembro de 1984, são órgãos do Poder Judiciário, dotados de grande agilidade, que podem acelerar a prestação jurisdicional atualizando a chamada demanda reprimida e combatendo com resultados francamente positivos a tão preocupante morosidade da justiça.

Não será exagero dizer que, com o advento dos Juizados Especiais Cíveis, surge um novo processo civil, especialmente para as demandas de menor complexidade, muito mais moderno e adequado à realidade forense atual.

Quanto mais forem os atalhos que abreviem o longo e tortuoso caminho entre a formulação da pretensão em juízo e a sua efetiva satisfação, maior será a credibilidade do Poder Judiciário. É uma questão vital para o concreto acesso à justiça.

O arsenal de possibilidades postas à disposição do juiz de tais órgãos jurisdicionais, permite a pronta solução da grande maioria dos conflitos, pois o magistrado pode aplicar os princípios gerais do processo civil convergente e paralelamente aos “critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade” (artigo 2º, da Lei 9.099/95), embora esta não tenha indicado expressamente o estatuto processual como legislação supletiva¹.

Apesar dos inegáveis resultados já alcançados, decorrido ainda pouco tempo de sua instalação, começamos a ouvir, principalmente na comunidade jurídica e acadêmica, que os juizados não resolverão o problema da crescente demanda da prestação jurisdicional, sem um aparelhamento à altura das necessidades.

¹ Theotônio Negrão, *CPC e Legislação Processual em Vigor*, Saraiva, 28ª edição, 1997, p. 989.

2. A Interpretação das Leis Processuais - Eduardo Couture, em obra elaborada a partir de uma série de palestras proferidas na Faculdade de Direito da Universidade do México, com a sua reconhecida autoridade doutrinária, afirma que o intérprete, embora pretendendo ser absolutamente neutro, não pode sê-lo, pois “é o intérprete um filósofo que faz filosofia apesar de si mesmo”².

O Ministro Carlos Alberto Direito, em palestra realizada na AMAERJ, em 29 de março de 1999, analisando os caminhos tomados pelo juiz para a sua decisão e a sua atividade interpretativa afirma ser na interpretação que o juiz começa a delinear o problema de sua personalidade. E prossegue: “o juiz quando interpreta, acrescenta, jamais é neutro. Ele está revelando o seu sistema de convicções que serve de inspiração na descoberta da regra e na sua incidência ao caso concreto”³.

O citado autor observa que a atividade do intérprete “não pode ser matemática ou geométrica, sendo antes um ato vital no qual sempre estará presente a vontade e uma tendência filosófica”⁴. Pela análise persistente e contínua, pode-se seguir o rastro de cada tendência para identificar a atitude filosófica correspondente.

A regra jurídica nasce um dia, para uma determinada época... Interpretar é, ainda que inconscientemente, tomar partido por um entendimento do direito, o que significa dizer, interpretar é dar vida a uma norma. Não pode, aquele que tem o dever de interpretar, calar-se ante a possibilidade de prover-lhe de efetividade e de dar-lhe uma concepção que, embora não expressamente prevista pela lei, é por ela pretendida e acolhida.

Ao deparar-se o magistrado com uma determinada necessidade processual não suprida pela legislação positiva em vigor, deve ele posicionar-se a favor da justiça processual, resguardando os princípios constitucionais, aqueles que estejam intimamente ligados ao direito de cidadania, observando a inexistência de expressa vedação pelo ordenamento jurídico.

3. A Aplicação do Código de Processo Civil Perante o Juizado - A Lei nº 8.640, de 31 de março de 1993, ao dar nova redação ao artigo 40, da revogada Lei de Pequenas Causas, estabeleceu que a execução da sentença

² Eduardo J. Couture, *Interpretação das Leis Processuais*, Forense, 2ª ed., 1993, p. 9.

³ AMAERJ Notícias, ano 7, nº 43, março/abril de 1999, p. 21.

⁴ Couture, *Interpretação...*, p. 9.

seria processada no juízo competente para o processo de conhecimento. Antes tal dispositivo tinha a seguinte redação: “a execução da sentença será processada no juízo ordinário competente”. A Lei também definiu serem aplicáveis no processo de execução as disposições do Código de Processo Civil.

Correta a disposição da referida lei ao determinar a execução da sentença no próprio juizado, porque, inegavelmente, a Lei 7.244/84 criou uma nova concepção de justiça. A manutenção da execução perante o juízo comum serviria, no mínimo, para desacreditar a novel justiça.

A Lei nº 9.099/95 em uma seção exclusiva, com dois longos artigos (52 e 53), disciplinou a execução dos julgados proferidos pelos Juizados Especiais Cíveis e reiterou que eles seriam executados naquele mesmo Juízo, reafirmando serem aplicáveis as disposições do Código de Processo Civil.

Havendo uma estrutura organizacional compatível com a demanda, a prestação jurisdicional poderá ser fornecida com presteza e o conceito da verdadeira justiça será preservado ou até, quem sabe, para alguns, resgatado.

Rara a infelicidade da referida norma, no entanto, no que se refere à aplicabilidade do Código de Processo Civil nas execuções dos julgados, pois os seus dispositivos são por demais complexos e onerosa a sua operacionalização, inviabilizando com muita frequência a efetiva prestação jurisdicional.

Urge, sob pena de comprometer-se todo o avanço obtido com a criação dos juzizados, estabelecer-se uma sistemática processual específica para a execução das suas próprias decisões. Precisa-se de normas que simplifiquem e acelerem o processo de execução das causas cíveis de menor complexidade.

4. O Duplo Grau de Jurisdição - Existem, dentre os vários princípios que disciplinam o processo, dois que têm muita relevância e devem ser sempre levados em consideração: o princípio da justiça e princípio da certeza jurídica.

No confronto de tais princípios fundamentais, é necessário que sejam eles conciliados, de modo a encontrar-se um ponto de equilíbrio, garantindo-se o duplo grau de jurisdição, sem facultar-se a interposição indiscriminada e ilimitada de recursos. O princípio da justiça, pela garantia de uma nova apreciação, garantiria uma decisão mais próxima da perfeição e o princípio

da certeza jurídica vedaria a eternização do processo⁵. É característica da boa prestação jurisdicional a possibilidade da submissão do julgado a uma nova análise por outro julgador ou colegiado, o que se viabiliza através do princípio do duplo grau de jurisdição.

Ada, Cintra e Dinamarco apontam uma corrente doutrinária, segundo a qual existem três circunstâncias contrárias ao princípio do duplo grau de jurisdição: a possibilidade de injustiça por parte da jurisdição superior; a inutilidade da decisão quando confirma a de primeiro grau e a nocividade da decisão que empresta interpretação divergente à de primeira instância, por dar margem a incertezas nas relações jurídica e desprestígio ao Poder Judiciário⁶.

Entendem os citados autores que, apesar dessas ponderações teóricas, o duplo grau de jurisdição é recomendável, pois além de ser o órgão revisor um colegiado, é geralmente formado de magistrados mais experientes. Também apontam a justificativa psicológica, segundo a qual o juiz de primeira instância emprestaria maiores cuidados a uma decisão que poderia ser reapreciada.

O cuidado do juiz tanto pode derivar de um certo temor funcional, quanto do orgulho profissional. Uma sentença concluída e publicada passa a fazer parte da história da vida do magistrado e da própria história geral, pois contém elementos analíticos da sociedade, do momento histórico, das partes envolvidas, da matéria debatida etc.

A Constituição Federal em vigor não estabelece entre os seus princípios o direito ao recurso e, portanto, ao duplo grau de jurisdição. Conquanto se considere que o direito ao duplo grau de jurisdição é um princípio constitucional, posto que defluente de seus dispositivos, tal princípio processual não é expressamente considerado na atual Carta Constitucional⁷.

O fundamento político a militar em favor da preservação do duplo grau é que nenhum ato estatal pode escapar da fiscalização, tratando-se de uma controle interno, exercido por órgãos da jurisdição diversos do que julgou em primeiro grau a aferirem a legalidade e a justiça da decisão por este proferida⁸.

⁵. Grinover, Scarance & Magalhães. *Recursos no Processo Penal*, SP, RT, 1996, p. 21.

⁶. *Teoria Geral do Processo*, Editora Revista dos Tribunais, 6ª edição, SP, 1987, p. 12.

⁷. Grinover, Scarance & Magalhães. *Recursos no Processo Penal*, SP, RT, 1996, p. 23.

⁸. Grinover, Scarance & Magalhães. *Recursos no Processo Penal*, SP, RT, 1996, p. 22.

Existe recurso obrigatório e recurso facultativo. O primeiro decorre de expressa disposição legal, visando a proteção de interesses públicos relevantes, sendo excepcionalmente utilizados. Trata-se de condição de eficácia da sentença, que embora existente e válida, somente produzirá efeitos depois de confirmada pelo tribunal⁹. No processo civil as hipóteses estão previstas no artigo 475, do CPC, e no processo penal nos artigos 411 e 574, do Código de Processo Penal. O segundo (facultativo) resulta da vontade do sucumbente, sendo desse tipo a grande maioria dos recursos existentes previstos na legislação processual civil.

Sujeitam-se aos recursos não só as grandes causas, como também as pequenas. A lei não faz distinção, para fins de recurso, das causas de reduzido valor econômico e que versem sobre determinada matéria, a não ser na hipótese do artigo 34, da Lei nº 6.830/80. A princípio todas elas merecem o mesmo tratamento.

5. Efeitos dos Recursos - Por que se possibilita a apresentação de recursos e a rediscussão da matéria já objeto de apreciação pela instância inferior? Qual a finalidade de permitir-se a interposição de questionamentos a serem respondidos pelos órgãos da segunda instância?

Sabendo-se da falibilidade do ser humano; da esperança do jurisdicionado de uma reforma da decisão que lhe foi contrária e da possibilidade de que isso ocorra; da quase sempre maior experiência do julgadores do recurso; do controle indireto que se exerce sobre o julgador de primeira instância ao submeter a sua decisão a nova apreciação; de outras razões endógenas ou exógenas, justifica-se a existência e a previsão dos recursos.

E quais são os seus efeitos?

5.1 - *Impedimento do trânsito em julgado*

José Carlos Barbosa Moreira salienta que efeito comum e constante de todos os recursos, desde que admissíveis, é o de obstar, uma vez interpostos, ao trânsito em julgado da decisão impugnada. No direito brasileiro, acrescenta o citado autor, a coisa julgada, formal ou material, jamais se constitui enquanto a decisão comporta algum recurso, seja qual for.

⁹ Nery Júnior, Nelson e Nery, Rosa Maria Andrade. - *Código de Processo Civil Comentado*, 2ª ed., SP, RT, 1996, p. 849.

Esse efeito é importante para a determinação da natureza da execução instaurável, a qual será sempre provisória, como resulta claramente do disposto no artigo 587, do Código de Processo Civil.

5.2 - Efeito suspensivo

Tal efeito prolonga o estado de ineficácia em que se encontra a decisão. Para Barbosa Moreira a denominação “efeito suspensivo”, apesar de tradicional, é, a rigor, inexacta, por alcançar também decisões meramente declaratórias e as constitutivas.

5.3 - Efeito devolutivo

Operando-se este efeito, a apreciação da questão contravertida, e apenas esta, é “devolvida” ao órgão de segunda instância. Não abrangendo a totalidade da matéria impugnada, será tal recurso parcial. Na hipótese contrária será total.

Barbosa Moreira leciona, ainda, que, nos casos de recursos de agravo de instrumentos e embargos de declaração, é do próprio órgão a competência para reexaminar a matéria impugnada. Não sendo sua a competência, fica-lhe vedado praticar qualquer ato que importe em modificação total ou parcial do julgamento, salvo correções de erros materiais.

6. O Duplo Grau na Lei das Execuções Fiscais - A Lei das Execuções Fiscais (Lei 6.830/80) no artigo 34 fez, de certa forma, repristinar os efeitos do revogado artigo 839, do Código de Processo Civil, de 1939, que dispunha sobre os “embargos de alçada”, nas causas de valor de até dois salários mínimos.

O citado artigo 34 determina que “das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN só se admitirão embargos infringentes e de declaração”. O parágrafo segundo, do mesmo artigo, por sua vez, completa que “os embargos infringentes, instruídos, ou não, com documentos novos, serão deduzidos, no prazo de dez dias, perante o mesmo juízo, em petição fundamentada”.

Observa-se, então, que ambos seriam deduzidos perante o mesmo juízo, constituindo juízo de retração, vencidos os requisitos de admissibilidade impostos.

Apesar de alvo de muitas críticas por parte de alguns doutrinadores, foi reconhecida a constitucionalidade do citado artigo pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal (2ª turma, Ag. 114.709 - 1 Ag. Reg. - CE - Rel. Min. Aldir

Passarinho, j. 29.05.87). Hoje pacificou-se a providência segundo a qual a revogada ORTN foi substituída pela UFIR, persistindo a equivalência valorativa na data da extinção da primeira.

Segundo Vicente Greco Filho embargos infringentes da Lei de Execução Fiscal desatendem ao princípio do duplo grau de jurisdição e as finalidades da justiça¹⁰.

Mas, mesmo após o advento da Lei nº 8.197, de 27/06/91, que revogou a Lei nº 6.825 de 22.09.80, continua em vigor o artigo 34, da Lei nº 6.830, de 22.09.80 (Lex 1991/522, RDA 184) 329 Bol. 12/91 do TRF 3ª Reg. P. 25).

Conquanto envolva matéria de tal relevância, qual seja a relativa aos interesses fiscais, públicos por excelência, os recursos interpostos em ações que tenham como valor da causa quantia inferior ao limite fixado estão sujeitos apenas ao crivo do Juízo de 1º grau. Eventual provimento do recurso de embargos infringentes, deduzidos perante o mesmo juiz que decidiu a questão, deixa o vencido sem outro recurso que não o de conformar-se com a decisão proferida.

A adoção dos embargos infringentes, continua Vicente Greco Filho, eliminam os agravos de instrumento e os recursos especiais, restando apenas o recurso extraordinário, pois a Constituição não exige que a decisão recorrida seja de tribunal, bastando que seja de única vez última instância¹¹.

Mas, embora eliminados o agravo e o recurso especial, como dito acima, pensamos que, nos termos do artigo 524, do Código de Processo Civil, havendo sério fundamento a justificá-lo, não se poderá obstar que a instância superior conheça do recurso e, se for o caso, lhe dê prosseguimento, para determinar a subida do inconformismo voluntário à reapreciação no segundo grau de jurisdição. Recurso, neste caso, somente o agravo de instrumento que verse sobre o valor da causa ou admissibilidade do recurso de apelação. Só o Tribunal pode se pronunciar, dizendo quanto a sua competência para apreciar, em grau de recurso, determinada questão. Assim tem definido a jurisprudência.

7. O Depósito Recursal na Justiça do Trabalho - Parece unânime na doutrina que a natureza jurídica do depósito recursal é a antecipação garantida da execução futura e não mera limitação do exercício do direito de recorrer consagrado pela Magna Carta¹².

¹⁰ *Direito Processual Civil Brasileiro*, 2º vol., Saraiva, SP, 11ª ed., 1996, p. 348.

¹¹ *Direito Processual Civil Brasileiro*, 2º vol., Saraiva, SP, 11ª ed., 1996, p. 348.

¹² Amauri Mascaro do Nascimento, *Revista LTr*, ano 57, nº 2, p. 57.

O Tribunal Superior do Trabalho, em sua composição plena, ao expedir a Instrução Normativa nº 3, de 05 de março de 1993, declara expressamente que “os depósitos não têm natureza jurídica de taxa de recurso, mas de garantia do juízo recursal, que pressupõe decisão condenatória ou executória de obrigação de pagamento em pecúnia, com valor líquido ou arbitrado”.

A Consolidação das Leis do Trabalho, no artigo 889, estabelecia constituir pressuposto indispensável ao recebimento do recurso, o depósito à ordem e disposição do juízo trabalhista da quantia equivalente a dez vezes o salário de referência regional.

Isso implica numa antecipação da execução da condenação, representando uma garantia para o reclamante vitorioso em primeira instância. Por outro lado, o depósito não causa, por si só, grande prejuízo ao reclamado sucumbente, na hipótese de reforma de sentença de primeiro grau, visto que poderá ele efetuar o levantamento da citada quantia, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

De outro modo, como esclarecido pelo Enunciado nº 161, do Tribunal Superior do Trabalho, “se a condenação não envolve pagamento, como nas reclamações declaratórias, e se a decisão apenas determina que o empregador anote a carteira de empregado, não é necessário o depósito. O depósito é uma garantia de pagamento. Se não há pagamento a ser feito não há depósito”.

A Revista LTr. (ano 57, nº 02, fevereiro de 1993) conta com variados estudos, de diversos juristas, os quais comentam desde a constitucionalidade da exigência do depósito recursal até o cabimento da sua complementação em caso de novos recursos nos mesmos autos, a sua reiteração, o seu cabimento nos embargos de declaração e nos dissídios coletivos, assim como o seu montante.

Aroldo Plínio Gonçalves, apreciando a Lei 8.542, de 23 de dezembro de 1993, comenta que “não se pode olvidar que o depósito visa garantir o Juízo. Seu valor será igual ao da condenação ou menor do que ela, mas não poderá ser superior a ela”.

Acrescenta que o depósito é requisito objetivo de admissibilidade do recurso e se cumprido regularmente, no limite do prazo recursal, estará, conseqüentemente, observada a exigência legal que sobre ele incidia para a interposição, que é ato diverso de julgamento e, portanto, do conhecimento do apelo.

Conclui que a nova sistemática da disciplina do depósito recursal concorreu para uma maior celeridade na satisfação dos direitos reconhecidos na sentença condenatória, permitindo a aproximação dos valores do depósito do valor da condenação, e contribuindo para que os recursos sejam utilizados com maior parcimônia, pois se tornaram mais onerosos, sem que fosse extinta a possibilidade de sua utilização.

Observa-se não existir dispositivo legal exigindo o depósito prévio para as ações rescisórias, que tanto na Consolidação das Leis de Trabalho (art. 836) como no Código de Processo Civil (artigos 485 e seguintes), não integra o capítulo dos recursos. A Consolidação, inclusive, expressamente exclui a necessidade do depósito prévio previsto nos artigos 488, inciso II e 494, do Código de Processo Civil.

8. Constitucionalidade do Depósito Recursal - O Ministro Francisco Rezek, em despacho apreciando o pedido de liminar formulado nos autos da Ação de Inconstitucionalidade nº 836-6-DF, proposta pela Confederação Nacional da Indústria, na qual alegava a autora que a aplicação do artigo 8º, da Lei nº 8.542, de 23 de dezembro de 1992, impediria ou, no mínimo, limitaria a utilização de recursos previstos na legislação trabalhista, afirmou que, conquanto nova a norma atacada, não conseguiu divisar nela “mais do que alterações de índole quantitativa a um arcabouço normativo preexistente”.

Acrescenta o ilustre ministro que não lhe parece, “em absoluto, que a exigência de depósito atente contra a prerrogativa, que a Constituição assegura, de ampla defesa com todos os recursos a ela inerentes. Podemos ir além. Mesmo quando o depósito que se exige, dentro de determinada trilha processual, não é estritamente destinado a garantir a execução. Ele pode não ter esse propósito, ele pode existir, não obstante, e ele não há de ser entendido pelo só fato de existir como um obstáculo à fluência normal de recursos”.

Em seguida, citando o Ministro Marco Aurélio Mendes de Mello, profundo conhecedor da Justiça do Trabalho, onde durante muitos anos e com tanto brilho, exerceu suas atividades como ministro, lembra que “o depósito recursal está vinculado a um valor de condenação, e como esse em geral é indeterminado, o que se leva em conta é aquele valor arbitrado para o cálculo das custas que, na realidade objetiva, é sempre inferior, e acentuadamente inferior ao conteúdo econômico das sentenças proferidas”.

Amauri Mascaro Nascimento, analisando o artigo 8º, da Lei nº 8.542, de 23 dezembro de 1991, quanto ao depósito nos recursos de cognição, diz não ser ele inconstitucional “porque antes já era previsto nas leis de igual qualidade que a precederem e que não foram declaradas inconstitucionais pelos Tribunais”. (LTr 57/02/143).

Destacou o articulista os três pontos contidos na Instrução Normativa nº 2, de 1991, do TST: “primeiro, a natureza jurídica do depósito como garantia do juízo e não de taxa para recurso; segundo, a sua limitação ao valor líquido ou arbitrado ou, quando superior, aos limites legais; terceiro, a sua finalidade de complementação e não de renovação. O depósito do valor total da condenação, exaure a obrigação”.

Os mesmos advogados e as mesmas partes que, indignados, clamam pelo estrito respeito e pela completa submissão a todo princípio processual inserto em qualquer diploma legislativo, são os mesmos que dizem ser os processos em curso perante os juizados especiais iguais aos outros e tão morosos quanto eles.

E eles têm toda a razão, pois enquanto representantes dos partícipes da relação processual, integrando-a diretamente, são parciais e objetivam interesses individuais e particulares definidos.

Parece mais ou menos pacífica a conclusão quanto à constitucionalidade do depósito recursal e quanto à fragilidade da repulsa ao cabimento da exigência do mesmo em cada recurso interposto.

9. O Depósito Recursal no Juizado Especial Cível - Cabendo ao magistrado dos Juizados Especiais Cíveis, por força de expresso dispositivo legal (artigo 5º, da Lei nº 9.099/95), dirigir o processo com ampla liberdade, para dar especial valor às regras da experiência comum ou técnica, não lhe é defeso fixar como pressuposto necessário ao recebimento do recurso, o depósito da condenação imposta.

E nem se argumente que a ampla liberdade concedida ao Juiz o seja apenas para a determinação das provas, pois tal dispositivo está inserto no capítulo II, que cuida do Juiz, dos Conciliadores e dos Árbitros. Quanto às provas, dispõe sobre elas a Seção XI, notadamente o artigo 33.

Orlando Teixeira da Costa, então ministro do Tribunal Superior do Trabalho, discorrendo sobre a atual posição das partes no processo, comentou o que parece bastante apropriado para o presente estudo. Disse aquele eminente magistrado que “o ideal é que as partes, antes de se antagonizarem,

dialoguem e transijam, de modo que nenhuma das duas fique prejudicada e que os egoísmos sejam superados e venha prevalecer o espírito de colaboração mútua”. Acrescentou, ainda: “isso não será possível, entretanto, se nós juízes nos sujeitamos à burocratização do direito, apenas como expressão do seu processo de racionalização¹³”.

A imposição do depósito recursal, como pressuposto de admissibilidade do recurso, pode ser feita tanto em favor do autor vitorioso como em favor do réu vencedor que tenha apresentado pedido contraposto (art. 31, da LPC).

Para que a parte possa fazer o depósito, desde logo é preciso que a sentença estabeleça o valor exato a ser depositado, respeitando o limite de vinte salários mínimos estabelecido pela LPC. Esta imposição pode ser inferida da própria lei que no artigo 38, parágrafo único, estabelece não ser possível ao juiz proferir sentença ilíquida, ainda que genérico o pedido.

Tem tal dispositivo o objetivo específico de evitar que o sucumbente apresente recurso com a única e exclusiva finalidade de protelar o cumprimento do julgado, principalmente nos Estados que não tenham instituído os juizados especiais com competência própria para a execução direta e completa de seus julgados.

Luiz Gonzaga dos Santos afirma ser a celeridade mais do que um critério, sendo o próprio fim colimado pelo legislador, com vistas a uma prestação jurisdicional rápida, sem que se afete a segurança da mesma jurisdição prestada, pois a simplicidade, a oralidade, a informalidade e a economia processual desembocam numa prestação jurisdicional célere¹⁴.

10. Comentários Finais - O Ministro Nelson Hungria, em discurso proferido na Faculdade de Direito de São Paulo, em 1954, disse que as nossas leis surgem “como alguém que vai a festa de batizado sem ser convidado, mudando-se de lei como se muda de camisa, reformando-se periodicamente as leis sem quê nem para quê, ou pelo só capricho de as reformar. E quase sempre para pior”¹⁵.

¹³ Costa, Orlando Teixeira da - *Justiça e Paz*, in Revista LTr., nº 02, ano 57, 1993, São Paulo.

¹⁴ *Lei dos Juizados Especiais Cíveis Anotada*, Leud, RJ, 1996, p. 3.

¹⁵ Nelson Hungria e Heleno Fragoso, *Comentários ao Código Penal*, Ed. Forense, Vol. VI, RJ, 1982, p. 278.

Embora o problema tenha sido vivido também nos Estados Unidos da América, ultrapassaram-no eles, alcançando o Poder Judiciário o respeito merecido e firmando a Suprema Corte a sua autoridade de guardiã da Constituição.

Interessante é notar que o papel de guardiã da Constituição Americana foi tomado pela própria Suprema Corte, independentemente de previsão constitucional a respeito, ao contrário do que acontece no Brasil, a teor dos incisos I, e 102, III e Parágrafo único, do artigo 102, da Constituição Federal.

Bernard Schwartz afirma categoricamente que “a autoridade dos tribunais americanos para rever a constitucionalidade das leis não se origina de qualquer delegação expressa na Constituição. Tal poder foi assumido pela própria Corte Suprema numa das mais ousadas decisões já tomadas por um tribunal de justiça¹⁶”.

Theotônio Negrão comenta caber ao magistrado, no silêncio da lei, encontrar soluções que atendam aos seus critérios informativos, afastando-se das preconizadas no Código de Processo Civil ou em leis especiais, que entrem em conflito com qualquer desses critérios, observando, mais uma vez, que a lei tomou o cuidado de não indicar o Código de Processo Civil como legislação supletiva, nos casos omissos¹⁷.

Interessante comparação fez o citado Ministro Orlando Teixeira da Costa, ao dizer que “o Código Buzaid nos vinte anos de sua existência (agora mais de vinte e cinco), causou mais danos à prestação jurisdicional trabalhista (e eu acrescentaria, também, à jurisdição comum) do que um abalo sísmico de alta intensidade, eis que ao ingressar na magistratura, na década de cinqüenta, o processo laboral era de uma informalidade notável”.

Luiz Fux, citando Mauro Cappelletti, assegura que o juiz deixou de ser observador do processo passando a influenciar diretamente na solução do conflito e isso fez aumentar o seu compromisso e a sua responsabilidade pelo bom funcionamento da Justiça¹⁸.

“O juiz”, diz Dinamarco, “especialmente em tempos de crise e de mudanças como este em que vivemos, está sempre pressionado pelas forças opostas que caracterizam a já denunciada tensão entre a norma e a realidade:

¹⁶ *Direito Constitucional Americano*, trad. Carlos Nayfeld, Forense, RJ, 1966, p. 24.

¹⁷ Negrão, Theotônio - *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, Editora Revista dos Tribunais, 24ª edição, 1993.

¹⁸ Fux, Luiz e Batista, Weber - *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão do Processo*, Forense, RJ, 1998, p.10.

de um lado, sujeito ao “governo das leis”; de outro, responsável pela efetividade de um direito progressivo, para a qual é indispensável “ponderar as exigências sociais, econômicas, morais, que se dão na coletividade”. Para ser correto o modo de exercer seu ofício, acrescenta, o juiz há de preservar “um equilíbrio estável entre o imperativo axiológico e a segurança jurídica”¹⁹.

Ernani Fidelis dos Santos, em sua **Introdução ao Direito Processual Civil Brasileiro**, interpretando o Código de Processo Civil de 1973, afirma ser “muito natural, porém, que o projetista se orientasse na doutrina que mais julgasse própria ao processo, donde não haver nenhuma dúvida de que a estrutura do Código, nos seus fundamentos básicos, atendeu à teoria de Liebman sobre jurisdição, processo e ação”. Acrescenta que houve a preocupação quanto ao estabelecimento de “critérios mais práticos e lógicos para a resolução dos litígios, inclusive adiantando-se de conquistas anteriores, remodelando institutos e, sobretudo, construindo estrutura própria para bases futuras”²⁰.

Mais adiante, o mesmo processualista, comentando a estrutura do novo Código de Processo Civil que, repetimos, não foi adotado pelo Legislador Pátrio como legislação supletiva para os Juizados Especiais Cíveis, salvo quanto à execução, arremata “que, infelizmente, as maiores falhas que se lhe atribuem, além de serem matéria procedimental secundária, estão, na maior parte das vezes, sendo fruto de descuidadas interpretações”. (pp. 122/123)

Isso deveria animar os magistrados brasileiros a se desvincularem dos pesados fardos que os atam aos princípios de leis não mais em vigor. Não me refiro a adoção, pura e simples, do direito alternativo, mas à salutar e correta aplicação da lei no sentido da verdadeira justiça. Não se pode criar impedimentos onde eles não existem.

11. Conclusão - Com base nas razões acima declinadas, entendo não representar qualquer violação aos dispositivos da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e ao direito subjetivo processual das partes, a determinação judicial feita na sentença de que o sucumbente efetue o depósito do valor da conde-

¹⁹ Dinamarco, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, Malheiros, SP, 3ª ed., 1993, p. 198.

²⁰ Ernani Fidelis dos Santos, *Introdução ao Direito Processual Civil Brasileiro*, Forense, 1ª ed., 1978, p. 15.

nação, impondo tal ônus como requisito e pressuposto de admissibilidade do recurso de apelação.

É necessário, no entanto, que o valor a ser depositado seja limitado ao montante da condenação ou ao teto estabelecido na Lei (quarenta salários mínimos). Ultrapassar tal valor poderia representar um obstáculo intransponível à subida do recurso, inviabilizando a utilização de um direito assegurado pela lei.

Também não vejo nenhuma ilegalidade em determinar o juiz do Juizado Especial Cível que seja acrescentado o percentual de vinte por cento sobre o valor da condenação, a título de honorários advocatícios, posto que, inegavelmente, ao sucumbente será imposto o ônus de arcar com os honorários previstos no artigo 55, da Lei nº 9.099/95.

O que se pretende, com essa medida, é evitar que os juizados passem a ter mais processos em fase de execução do que processos em andamento à espera da cognição, como parece ser o que já está ocorrendo. Não se pode descurar que a maioria dos réus são grandes empresas, muitas vezes acusadas de atentar contra os direitos dos consumidores: planos de saúde, grandes lojas de departamentos, empresas de ônibus, de telecomunicações, bancos, empresas de aviação etc... Para esses não representaria qualquer abalo financeiro a imobilização de uma pequena quantia por algum tempo. Sendo vencedor do recurso, o dinheiro seria levantado com juros e correção monetária. Persistindo a sucumbência, desnecessários seriam para o credor vitorioso os percalços de uma execução demorada e desgastante.

Não se pode, também, ignorar a existência de uma sentença, fruto de um labor intelectual sério e respeitado pela lei que lhe confere a natureza de título executivo. Presume a lei que não se pode contestar um pedido nela baseado, sem uma prévia garantia através da penhora. A sentença deve ser prestigiada, pois as alegações de que o juiz erra ou de que representa uma violência a submissão do recurso a um prévio depósito, não tem fundamento de argumentos sólidos, tanto isso é verdade que a própria Constituição não erigiu o duplo grau de jurisdição à categoria de princípio ou de garantia.

As estatísticas também não mentem: a maioria das sentenças são confirmadas, sendo poucas as decisões que são reformadas. As modificações das sentenças, em grande parte, atingem apenas parte do conteúdo das mesmas. Mesmo as reformas impostas pelo segundo grau de jurisdição, no juízo comum, estão sujeitas ao crivo do “terceiro” e do “quarto” graus, não sendo imunes a novas alterações. Isso não ocorre com tanta frequência,

mas também ocorre.

Entendendo-se que o sucumbente tanto possa ser o réu quanto o autor em face de quem foi contraposto o pedido, a cada um deles, de acordo com as circunstâncias, deverá ser imposta tal obrigação. Importante é que o depósito, efetivamente, garanta uma imediata satisfação do julgado, pelo menos em favor da parte inicialmente vitoriosa.

Concluindo lembramos a advertência feita por Geraldo da Silva Batista Júnior, para quem a Justiça não pode ser “refém de dogmas do processo ordinário, de cujos problemas quis o legislador se libertar no âmbito dos Juizados” e que “não basta um sistema novo de Justiça, é preciso também uma mentalidade nova para lidar com ele”²¹. ◆

²¹ *Da Possibilidade de Julgamento Ultra e Extra Petita nos Juizados Especiais Cíveis*, in Revista da EMERJ, Volume I, nº 3, 1998, RJ, p. 53.

Dos Limites da Exceção de Pré-Executividade

ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOUZA
Juiz de Direito do TJ/RJ

O art. 736 do CPC estabelece que “o devedor poderá opor-se à execução por meio de embargos”, fixando a regra geral de que à ação de execução proposta pelo credor, dispõe o devedor de sua própria ação de embargos, de natureza cognitiva e incidental àquela¹. Assenta-se assim, que a ação de embargos não tem natureza autônoma, sendo sempre dependente da preexistência de uma ação de execução – por isso, incidental². Pretende o devedor, ao deduzir sua pretensão ao juiz da execução, que emita pronunciamento judicial no sentido de (a) declarar a inexistência da obrigação executiva do devedor, ou (b) desconstituir o título executivo, total ou parcialmente. No primeiro caso, em se acolhendo os embargos, a ação de execução será extinta pela declaração de inexistência de obrigação material de crédito, embora existente o título executivo (v.g., “pagamento”, “novação” etc.); na segunda hipótese, a ação de execução, da mesma forma, será extinta pela desconstituição integral do título executivo, em razão do reconhecimento de alguma causa de invalidade material ou processual (v.g., “inexigibilidade do título”, “ilegitimidade das partes”); ou, por fim, a ação de execução terá

¹ A natureza dos embargos do devedor, se é ação ou defesa, embora tenha sido objeto de acirradas disputas doutrinárias por várias décadas, principalmente desde o Código de Processo Civil de 1939, pacificou-se, presentemente, em classificá-la como verdadeira ação de conhecimento, seja declaratória ou desconstitutiva positiva ou negativa.

² A natureza incidental não guarda natureza com seu processamento, ou seja, a forma como a parte apresenta seu pedido ao órgão julgador (ou autos apartados ou não). A incidência se caracteriza pela exigência processual de a pretensão ser deduzida através de pedido próprio, sobre o qual deverá o Juiz proferir julgamento de procedência ou improcedência (*latu sensu*) e também, pela exigência de preexistir uma demanda anterior, proposta pela parte contrária. Além disso, a natureza incidental da ação implica na suspensão da ação anterior, total ou parcialmente. É de se ter em consideração, atualmente, a oposição de embargos “nos autos da execução”, nas ações propostas perante o Juizado Especial Cível (Lei nº 9.099/95, art. 52, inc. IX) e os embargos oferecidos na ação monitoria, quando “serão processados nos próprios autos” (CPC, 1102, parágrafo 2º). Conclui-se, assim, que a incidentalidade não tem relação processual com a formação de “autos apartados”. Não há que se confundir, também, com a reconvenção (CPC, 315), espécie de defesa do réu.

prosseguimento normal, mas o título executivo será reduzido em seu valor ou em sua correspondente obrigação material (v.g., “cumulação indevida de execuções”, “excesso de execução”). A correlação processual e material existente entre a ação de execução e ação de embargos do devedor se revela nítida e complexa, ensejando apurado rigor técnico quando da decisão dos embargos, a fim de se evitar prejuízos ao credor na eventual possibilidade de se prosseguir a execução.

A natureza incidental da ação de embargos, a seu turno, implica na relação de prejudicialidade de seu julgamento em relação à ação de execução. Ambas as ações são vinculadas por conexão³ (CPC, 103), em razão da identidade do objeto: na ação de execução, o objeto mediato é a satisfação do credor decorrente da obrigação do devedor imposta pelo título executivo; na ação de embargos, é a negação, total ou parcial, da obrigação ou da higidez formal ou material do título executivo. A prejudicialidade do conhecimento da matéria deduzida nos embargos impõe, desta forma, o reconhecimento de sua prejudicialidade processual, determinando a suspensão do prosseguimento do processo da ação de execução (CPC, 739, parágrafo 1º)⁴. Segundo a norma legal “os embargos serão sempre recebidos com efeito suspensivo”, podendo a execução ter seu prosseguimento normal “quanto à parte não embargada” (CPC, 739, parágrafo 2º). Suspende-se o curso da ação de execução até o julgamento dos embargos (e não o “julgamento definitivo”⁵), a fim de possibilitar ao juiz analisar a subsistência da obrigação ou do título executivo.

³ A conexão é pressuposto processual da prejudicialidade, conforme bem acentua José Carlos Barbosa Moreira, em alentada monografia *A Conexão como Pressuposto da Prejudicialidade* (Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1979).

⁴ A suspensão da ação anterior (v.g. execução, monitoria, conhecimento etc.) é imposição da lógica do sistema processual; a paralisação momentânea da ação de execução, em detrimento do direito do credor (CPC, 612: “a execução se faz no interesse do credor”) é medida de prudência, pois o prosseguimento indiscriminado da execução, até a ultimação da venda dos bens do devedor, resultaria em situação de severa injustiça (às vezes, irreparável), em caso de acolhimento (“procedência”) dos embargos. A técnica processual, no entanto, tem mitigado o princípio da suspensão, através da recente modificação do art. 739 do CPC, autorizando a suspensão parcial, prosseguindo-se “a execução quanto à parte não embargada”. Ver também o disposto no art. 1.052 do CPC, que trata dos embargos de terceiro.

⁵ O julgamento definitivo dos embargos somente ocorrerá após o trânsito em julgado da sentença. Sujeita esta ao recurso de apelação recebido sem efeito suspensivo (CPC, 520, V), a execução prosseguirá sem transmutar sua natureza jurídica em provisória (CPC, 587), como alguns doutrinadores defendem. A norma legal disposta neste artigo estabelece que “a execução é definitiva, quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial”; diversamente, é provisória quando a sentença - leia-se, título executivo judicial -, “for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo”. O sistema adotado pelo legislador pátrio pode causar alguma surpresa; com efeito, se a suspensão da ação

A suspensividade da ação de execução, no entanto, ao passo que representa um encargo suportado pelo credor, correlativamente, impõe ao devedor a segurança do juízo (CPC, 737). Para oferecer embargos e obter a suspensão da execução, o devedor deve oferecer meios patrimoniais, posto que a execução “tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor” (CPC, 646). Querendo (re) discutir o título executivo (obtido por livre declaração de vontade ou através de processo jurisdicional), o devedor deverá garantir ao credor que, ao cabo do processo, dispõe de meios patrimoniais suficientes para cumprir com sua obrigação (CPC, 591). O oferecimento dos embargos (CPC, 738) é direito do devedor; o juiz no entanto, apenas poderá recebê-los após “seguro o juízo”, posto que, enquanto não realizada a penhora ou o depósito (CPC, 737, I e II), os embargos “não são admissíveis”. A atividade jurisdicional, neste momento processual, se limitará a certificar a garantia do juízo e, em sendo inexistente, proferirá sentença⁶, extinguindo, desde logo, a ação de embargos e prosseguindo a ação de execução até a últimação dos atos de constrição patrimonial.

Ocorre que, na maioria das vezes, o oferecimento dos embargos pelo devedor não tem por escopo, apenas “suspender a execução”, mas, eventual-

execução se deve à possibilidade de se declarar a inexistência da obrigação ou a insubsistência total ou parcial do título executivo, tal possibilidade ainda persistiria após o julgamento dos embargos, pois, hipoteticamente, poderia a apelação interposta pelo interessado (no caso, o devedor, maior prejudicado pelo prosseguimento da ação de execução), reformar, total ou parcialmente a sentença, com evidente e, às vezes, irreparável prejuízo. No entanto, a opção do legislador é clara: em caso de título executivo judicial, a execução será definitiva apenas após o trânsito em julgado da decisão (CPC, 512: sentença ou acórdão), quando a pretensão de resistência do réu (e agora, devedor) já foi refutada definitivamente; em caso de execução de título extrajudicial, é a lei quem supõe a higidez da sujeição do devedor ao credor, por sua própria vontade. Apenas no caso de execução provisória, isto é, quando a sentença ainda não transitou em julgado, o credor deverá submeter-se às regras do regime da provisoriedade (CPC, 588), principalmente, a vedação expressa de realização de “atos que importem em alienação do domínio” e a prestação de caução. A opção do legislador ao determinar o prosseguimento da execução após o julgamento da ação de embargos, sem transmutar a natureza definitiva da execução, revela plena aplicação do princípio reitor do processo de execução, qual seja, que “a execução se faz no interesse do credor”. Revela, ainda, confiança na certeza e justiça dos julgamentos judiciais, mas, ao mesmo tempo, impõe ao credor o dever de “ressarcir ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que lhe deu causa” (CPC, 574).

⁶ Embora possa haver alguma dúvida quanto à natureza jurídica do ato judicial que “inadmitte” os embargos em não se encontrando seguro o juízo, seu componente decisório “pondo termo ao processo” (CPC, 162, par. 1), é evidente, pois os embargos são ação, veiculados em processo próprio incidental. A extinção do processo se dá, no entanto, “sem julgamento do mérito” (CPC, 267, IV), possibilitando a propositura da “mesma ação”, após devidamente seguro o juízo.

mente, cobrar o seu fim, livrando-se da investida do credor e liberando seu patrimônio. A (re) discussão de sua obrigação e da consistência material e processual do título executivo, embora seja um direito do devedor mesmo quando executado, encontra exigência clara na prévia indisponibilidade dominial de seu patrimônio (total ou parcialmente), a fim de garantir o direito do credor à futura e deferida excussão para a satisfação de seu direito. O sistema processual da ação de embargos, desta forma, assenta-se em dois princípios básicos: a possibilidade do devedor (re) discutir sua obrigação executiva e a indisponibilidade prévia de seu patrimônio, como garantia ao credor. O direito⁷ a obter pronunciamento jurisdicional de conhecimento, no entanto, só é admissível após a “segurança do juízo”, ensejando a extinção imediata da ação incidental na hipótese de ausência da constrição patrimonial.

No processo de execução, portanto, embora vigente o direito constitucional da igualdade das partes, da ampla defesa e do juiz natural (em suma, do devido processo legal), as partes se encontram em fase posterior àquela em que figuraram como litigantes, posto que o direito em disputa já se encontra acertado por uma das formas legais pré-determinadas (sentença ou título executivo extrajudicial). Por esta razão, dispõe o art. 612 do CPC que “realiza-se a execução no interesse do credor”, considerando que o devedor encontra-se unido ao cumprimento de obrigação estabelecida pela lei ou pela sentença, previamente demonstrada pela juntada do título executivo e da prova da verificação da condição ou do termo, trazidos com a petição inicial da execução (CPC, 614). A única obrigação prefacial do credor, portanto, é apresentar seu título e demonstrar sua exigibilidade imediata.

O sistema processual da execução se apresenta fechado em sua dinâmica, com previsão do caminho e das matérias disponíveis ao devedor que pretende resistir à investida do credor: há os embargos do devedor (CPC, 736) e a arguição de nulidade da execução (CPC, 618). Embora o rito dos embargos se encontre devidamente estabelecido no Código, o mesmo não se dá com a alegação de nulidade da execução, mais conhecida hoje pelo

⁷ Mesmo na hipótese de o devedor ser beneficiário da Gratuidade de Justiça, permanece sua obrigação de garantir o Juízo para o exercício do direito de opor embargos à execução; não dispondo de bens para oferecer ou sendo estes insuficientes, há de ser reconhecida sua insolvência civil (CPC, 748: “dá-se a insolvência toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor”).

pomposo nome de “exceção de pré-executividade”. A palavra “exceção” é de uso comum no linguajar jurídico. Em termos amplos, por exceção “se entende qualquer defesa do réu, de natureza processual ou de mérito”⁸.

A “inovação”⁹, objeto de utilização cada vez mais freqüente nos Tribunais de todo o país, é alvo de renhidas disputas doutrinárias e jurisprudenciais, situando-se os debatedores e julgadores, uns, na defesa da possibilidade e oportunidade da manifestação do devedor e outros, no campo diametralmente oposto. A matéria é de extrema relevância, pois através dela pretende o devedor inserir dentro do processo e da ação de execução, uma fase de conhecimento, com oportunidade de juntada de documentos e abertura de prazo para o credor se manifestar, tudo sem ter havido a prévia constrição judicial de bens e sem que, efetivamente, tenha o devedor perdido a oportunidade de apresentar, posteriormente, seus embargos.

A análise dos casos concretos submetidos à apreciação judicial revela que a matéria quotidianamente referida pelo devedor como objeto da exceção, situa-se nos elementos constitutivos do título judicial (sujeitos e obrigação), nos pressupostos do processo e nas condições da ação, deixando as matérias essencialmente de mérito (defesas diretas) para serem deduzidas por ocasião de eventual oferecimento de embargos, restando afastada a extinção imediata da execução.

⁸ Moacyr Amaral Santos, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, Tomo II, pág. 189, Ed. Saraiva, São Paulo, 14ª edição, 1991. Em seu estilo próprio, Eduardo Couture diz que “la excepción es, en cierto modo, la acción del demandado” (cf. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, pág. 89, Ed. Depalma, Buenos Aires, 3ª Edição, 1990). Pontes de Miranda assim se refere ao tema, especialmente às exceções processuais: “a exceção nada pede a mais, ou de novo; apenas restringe, na matéria, no espaço, ou no tempo, o pedido do autor ou o seu direito – repele; e o seu ataque, se é certo que agride, só o faz sem negação total do direito do autor. Só se refere à ação ou ao processo” (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo IV, pág. 129, Forense, São Paulo, 1974). A classificação das exceções, em seus pormenores, varia ao sabor das tendências dos doutrinadores. Pode-se assentar, no entanto, que as exceções têm natureza processual ou material. As primeiras, podem ser peremptórias, quando têm por escopo extinguir o processo, sem julgamento do mérito; e dilatórias, quando apenas retardam a apreciação do mérito. As exceções de direito material, também chamadas substanciais, se dirigem diretamente contra o direito ou o fato invocado como fundamento ao pedido do autor, de moldes a obter julgamento desfavorável ao autor. Para uma compreensão imediata do problema, ver Amaral Santos, ob. citada, e, por todos, Pontes de Miranda, ob. citada e Vol. I.

⁹ A “construção” forense nasceu a partir das idéias do grande mestre pandêutico Pontes de Miranda, quando do oferecimento de parecer, esclarecendo que “quando se pede ao juiz que execute a dívida (exercício das pretensões pré-processual e processual à execução), tem o juiz de examinar se o título é executivo, seja judicial ou extrajudicial” (cf. *Dez Anos de Pareceres*, 1975, Vol. IV, pág. 132, Ed. Borsoi, São Paulo).

Para se manter íntegro o sistema processual, a matéria deduzida sob o novel arcabouço da exceção de pré-executividade, deve conformar-se, como exatidão estrita, ao disposto no art. 618 do CPC, evitando-se, com rigor, transformar o processo de execução em processo de conhecimento. Desta forma, a execução somente deve ser extinta “se o título executivo não for líquido, certo e exigível” (CPC, 618, I) ou “se instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrido o termo” (id., III). A matéria está intimamente correlacionada à obrigação do credor quanto à instrução da petição inicial da execução (CPC, 614). Ao juiz compete, de início, verificar se a petição inicial está completa e acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da ação (CPC, 616), determinando as medidas cabíveis ao seu concerto, para então, “deferir a propositura da execução” (CPC, 617).

No caso de “o devedor não ter sido regularmente citado” (CPC, 618, II), ao invés de extinguir a execução, deve o Juiz determinar a sanação do defeito, atendendo aos princípios processuais de instrumentalidade da forma e da ausência de prejuízo.

A leitura do inc. I do art. 618 permite remição imediata ao art. 741, incisos II (inexigibilidade do título) e III (ilegitimidade das partes), como matérias típicas de embargos do devedor. Se o título não for líquido e certo, ou não for líquido ou certo, de qualquer forma se apresenta inexigível, estando a fundamentar execução nula desde a sua propositura. As hipóteses legais tem o mesmo desenho da categoria definida como condições da ação. A conseqüência é a extinção da execução. Da mesma forma, o inc. III do art. 618, referente à não verificação de condição ou termo, implica em remissão ao inc. V do art. 743 do CPC, que trata do excesso de execução. A conseqüência, de forma idêntica, implica na extinção da execução e não em “redução do excesso”¹⁰. Por fim, a irregularidade da citação no processo de execução também é causa de sua nulidade, cabendo sua regularização e não extinção; não há, no entanto, causa semelhante como matéria de embargos, posto que o inc. I do art. 741 refere-se à “falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento”, ensejando, então, a extinção da execução

¹⁰ As hipóteses legais previstas no art. 743 do CPC como “excesso de execução” implicam em extinção da ação de execução (inc. II, III, IV e V), com a única exceção do inc. I (“quantia superior à do título”), quando a decisão dos embargos produzirá a devida conformação. Há discussão quanto à possibilidade de se prosseguir, devidamente “ajustada”, nas hipóteses dos incisos II (“quando recai sobre coisa diversa”) e III (“quando se processa de modo diferente”), com reabertura dos prazos em favor do devedor, após nova citação.

fundada em título judicial em razão de inexistência de relação processual válida (*rectius*: pressuposto processual de validade).

Dispõe o devedor, assim, de dupla via de defesa: através de petição, nos próprios autos da ação de execução, noticiando ao Juiz a ocorrência da matéria estrita prevista no art. 618 do CPC; e através da propositura de ação incidental, de embargos, nos termos do art. 741 ou 745, do CPC.

O rito do recurso ao art. 618 difere, com acentuada largueza, do procedimento previsto para a oposição dos embargos. De início, a alegação de nulidade da execução pode ser feita através de petição ao Juiz, juntando os documentos indispensáveis à sua demonstração, sendo desnecessária a garantia do Juízo através da realização de penhora. O prazo para a alegação da matéria de nulidade é discutível: ou se recorre ao decêndio estabelecido para a oposição dos embargos (CPC, 738), ou se aplica a norma genérica prevista no art. 185 do CPC, segundo o qual “não havendo preceito legal nem assinatura pelo juiz, será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte”. A segunda opção é preferível, pois encontra amparo no art. 598 do Código, o qual manda aplicar “subsidiariamente à execução, as disposições que regem o processo de conhecimento”, sabendo-se que o prazo para a oposição dos embargos é específico e imerso em todo o procedimento especial da ação incidental. Acrescente-se, ainda, que a matéria de nulidade deve ser clara o suficiente para permitir sua pronta aferição, dispensando qualquer extensão probatória de atos a serem realizados em audiência ou através de perícia – o que, às escâncaras, retiraria todo o escopo de matéria de ordem pública, verificável imediatamente após sua alegação. O termo inicial do prazo deve ser fixado a partir da citação para a execução (CPC, 621, 632 ou 652), antes portanto, da realização da penhora e de sua intimação, posto que prescindíveis para a defesa. A fim de garantir o princípio do contraditório, deverá o Juiz conceder o mesmo prazo de 5 (cinco) dias para que o credor se manifeste quanto à alegação de nulidade, facultando ao mesmo a juntada de documentos em contrafação. Em seguida, proferirá decisão, de natureza interlocutória, em caso de rejeitar o pedido de extinção da execução por nulidade, ou sentença, em acolhendo a tese do devedor. É importante anotar que, durante todo o transcurso deste procedimento (dentro da ação de execução), o processo de execução continua seu curso natural, procedendo-se à penhora e sua respectiva intimação, posto que a alegação de nulidade não tem o condão de suspender a prática dos atos posteriores a citação. Por outro lado, a possibilidade que o devedor tem

de obter a extinção da execução sem ter indisponibilizado parcela de seu patrimônio, representa um ganho de tempo e atos processuais. A vantagem reside na solução que o incidente possa vir a ter, antes de se iniciar o prazo para o oferecimento dos embargos, sob pena de sua preclusão. A alegação de nulidade da execução, no entanto, não retira o ônus de oferecer embargos, não servindo como seu substituto procedimental ou de mérito.

Há de se analisar a repercussão da decisão que rejeita a alegação de nulidade da execução, prolatada com base no art. 618 do CPC, com aquela a ser proferida na ação de embargos, pois há matérias idênticas, conforme visto acima. Assinale-se, de início, que não há proibição legal de o devedor alegar a mesma matéria quando da oposição dos embargos, eis que se trata de ação absolutamente nova, embora entre as mesmas partes. Assim, optando o devedor por alegar as questões referentes a “inexigibilidade do título” (CPC, 741, II c/c 618, I) ou ter sido a execução proposta quando não verificada a condição ou ocorrido o termo (CPC, 618, III c/c 743, V), não se encontra o Juiz unguído à decisão primeva, posto que, após realizada a fase de provas (inclusive oral e pericial) poderá proferir sentença onde venha a acolher os argumentos que houve por bem em rejeitar, anteriormente, quando fundamentado em mera prova documental¹¹. Saliente-se, também, que a rejeição da alegação de nulidade da execução desafiou decisão interlocutória, a qual é infensa a produzir coisa julgada material, possibilitando, apenas, o efeito preclusivo da alegação no mesmo processo (isto é, de execução). Quanto à matéria prevista no inc. II do art. 618 do CPC, referente à irregularidade da citação do devedor (repita-se, para a ação de execução), não haverá possibilidade de reapreciação da decisão, porquanto, em rejeitando a tese, o processo prosseguirá até a realização da penhora e sua intimação, com oferecimento eventual de embargos, onde o ato já terá sido sanado.

Dentre as hipóteses elencadas como causa de nulidade da execução, não há nada expressamente referente aos pressupostos processuais¹².

¹¹ A hipótese se apresenta remota, porquanto a prova oral (depoimento pessoal e oitiva de testemunhas) dificilmente poderá elidir a força probante de um documento produzido por qualquer das partes; quanto à prova pericial, a hipótese merece ser tratada diante do caso concreto.

¹² Sobre pressupostos processuais, a doutrina muito discute, cada autor apresentando um rol extenso das matérias que devem figurar nesta qualidade. Seguimos o entendimento de Arruda Alvim, trazido em sua magnífica obra *Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo de Conhecimento* (2 volumes, Ed. RT, São Paulo, 1972). Em súmula apertada, disciplina o Mestre que os pressupostos processuais dizem respeito à demanda, às partes e ao Juiz, sendo os primeiros, de natureza objetiva e os dois últimos, de natureza subjetiva (pág. 281 e seguintes, Vol. I).

No entanto, como matéria de ordem pública (CPC, 267, IV c/c 267, parágrafo 3º), conhecida de ofício pelo Juiz, o devedor poderá deduzi-la, também através de simples petição, obedecendo ao mesmo rito disposto “informalmente” para o art. 618 do CPC, pois a ausência dos pressupostos processuais ensejará a nulidade da execução.

Assenta-se, assim, que os limites da novel (?) “exceção de pré-executividade” se encontram bem definidos no art. 618 do CPC, inc. I e III, possibilitando que o devedor dirija petição ao Juiz da execução, sem estar garantido o Juízo pela penhora ou pelo depósito, com requerimento expresso no sentido de ser extinta a execução em razão de sua nulidade insanável. O risco, no entanto, é exclusivamente seu, posto que o expediente não tem o condão de suspender o curso da execução e seus prazos peremptórios, especialmente para oferecimento de bens à penhora (ou seu depósito) sob pena de lhe serem penhorados “tantos bens quantos bastem” (CPC, 659) para a satisfação do direito do credor, inclusive devolvendo a este “o direito a nomeação” de bens (CPC, 657). Qualquer outra matéria (v.g. prescrição, decadência, pagamento, falsidade do título etc.) somente deve ser conhecida¹³ através da ação própria dos embargos.

Não há norma no Código de Processo Civil que imponha ao Juiz o sobrestamento da ação de execução até a solução do incidente de arguição de nulidade com fundamento no art. 618 do CPC; eventual suspensão do processo é contrária ao sistema da execução, devendo o credor manter-se vigilante para evitar qualquer conduta procrastinatória do devedor neste sentido. Não se nega a oportunidade e a possibilidade legal do devedor dirigir-se ao Juiz da execução independentemente de realização da garantia do Juízo; tal possibilidade, no entanto, será realizada sem transtorno para o credor, que continuará a desenvolver os atos executórios posteriores à citação, inclusive (e, principalmente), realizando a penhora de bens ou o impondo o depósito da coisa.

Quando a alegação de nulidade, baseada na inexigibilidade do título (CPC, 618, I) ou na ausência de verificação da condição ou do termo (id. III), não for aferida de pronto, após a manifestação do credor e com os olhos postos unicamente nos documentos juntos pelas partes, não pode o Juiz de-

¹³. “Conhecer” de alguma questão implica juízo preliminar quanto à sua própria admissibilidade, sem se adentrar à própria “matéria” objeto de conhecimento. Deve o juiz “não conhecer” de qualquer matéria somente argüível através da via ordinária dos embargos, isto é, que refugam à grade estrita do art. 618 do CPC.

terminar a “especificação de provas” e, com muito menos razão, “designar audiência de instrução e julgamento”, convertendo a ação de execução em processo de conhecimento. Ao contrário, impõe a rejeição imediata da tese defensiva através de decisão interlocutória fundamentada, prosseguindo o processo em suas fases ulteriores, ficando ao alvedrio do devedor a futura oposição dos embargos, em ação própria, onde poderá discutir e demonstrar, amplamente, as alegações veiculadas singelamente na arguição de nulidade. Se a nulidade não é aferível *prima occuli*, presume-se sua inocorrência até a produção de prova em contrário, mormente quando o credor encontra-se amparado por título executivo (judicial ou extrajudicial). Entender de forma diversa é condenar toda a eficácia do processo e do título executivo, desqualificando a posição processual do credor para a de simples autor – mais uma vez... ◆

A Nova Disciplina Legal das Penas Restritivas de Direitos

RAPHAEL CIRIGLIANO FILHO

*Desembargador (aposentado) do TJ/RJ. Prof. Titular da
Faculdade de Direito Cândido Mendes*

1. Como se sabe, as penas restritivas de direitos foram introduzidas em nosso ordenamento pela Lei nº 7.209/84, que substituiu, por inteiro, a Parte Geral do CP. Segundo esclarecia a Exposição de Motivos dessa lei, tratava-se de uma **experiência pioneira** no sentido de proporcionar solução alternativa para a pena de prisão que, em todo o mundo, não vem alcançando sua finalidade precípua.

Acompanhando a orientação adotada em outros países, pretendeu o legislador reservar a prisão para os crimes de maior gravidade, deixando as penas restritivas de direitos para os de menor gravidade.

Sustenta-se, de modo geral, aqui e no estrangeiro, a falência da pena de prisão, incapaz de recuperar o criminoso. Importa observar, porém, que a pretendida recuperação do delinqüente através de sua segregação carcerária somente será possível se acompanhada de efetiva assistência médica, educativa e religiosa. E isso nunca se faz. Não se trata, pois, de falência do instituto, mas de sua aplicação prática, ditada por motivos diversos (carência de recursos, incompetência, negligência etc.).

É freqüente na doutrina brasileira o emprego da denominação **penas alternativas** para as penas restritivas de direitos. Devemos anotar, porém, que não se trata de penas alternativas, mas de **penas substitutivas**, como, aliás, é expressamente declarado no art. 44 do CP.

Na verdade, quando comina a lei para o mesmo tipo duas sanções, deixando a escolha de uma delas ao julgador, no momento da sentença, temos, realmente, penas alternativas. Vários exemplos encontramos no CP: detenção ou multa (arts. 135, 150, 154, 163, 169, 176); reclusão ou detenção (arts. 235, § 1º, 306, parágrafo único). Mas com as penas alternativas de direitos ocorre situação diversa: o julgador condena o réu, impõe-lhe a pena de prisão (reclusão, detenção) e, sendo o caso, opera sua substituição por pena restritiva de direitos.

Como argutamente observa JAIR LEONARDO LOPES, as penas restritivas de direitos “não são alternativas em relação à pena privativa de liberdade, porque esta sempre será aplicada. Assim, quanto à sua aplicação, não há, pois, qualquer alternativa. Além de, obrigatoriamente, aplicada, a pena privativa de liberdade subsiste à substituição, podendo, a qualquer momento, ser executada, se descumpridas as condições da substituição. Segundo o dicionário Aurélio, “alternativa é a sucessão de duas coisas reciprocamente exclusivas”. Ora, a pena privativa de liberdade não é excluída, tendo, apenas, sido substituída sob condições”. - **Curso de Direito Penal**, RT, 3ª ed., 1999, p. 187.

2. Em 25.11.98 foi sancionada a Lei nº 9.714 e publicada no DOU do dia seguinte, com vigência imediata.

O novo diploma altera profundamente a disciplina das penas restritivas de direitos, ampliando seu campo de incidência (nova redação dada aos arts. 43 a 47, 55 do CP) e permite a concessão do *sursis* em razão da saúde do condenado - *sursis humanitário* (nova redação dada ao art. 77, § 2º, do CP).

Resultou tal lei de proposta do Executivo (mensagem nº 1.445, de 24.12.96), com Exposição de Motivos do então Ministro da Justiça NELSON JOBIM. Nela se afirma que o objetivo do projeto, oriundo do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, era o de fornecer ao juiz “maior leque de opções para substituir a pena privativa de liberdade”.

Como se verá adiante, as alterações são profundas. Não hesitou um ilustre comentarista da lei, o juiz e professor J. H. SCHAEFER MARTINS em afirmar que ela inaugura “uma nova era do direito penal” - **Penas Alternativas**, Juruá Edit., 1999, p. 83.

Sob a vigência do novo sistema penal, temos um princípio geral, assim exposto por LUIZ FLÁVIO GOMES: “toda sentença que condena alguém por crime doloso à pena privativa de liberdade não superior a quatro anos deve decidir fundamentadamente sobre ser ou não o caso de sua substituição por outra pena alternativa, à vista da presença ou não dos pressupostos legais que, quando ocorrem, a tornam imperativa. O mesmo deve ser dito em relação a qualquer crime culposos (que não tem limite de pena)” - **Pena e Medidas Alternativas à Prisão**, RT, 1999, p. 118.

3. A comparação entre o sistema anterior, definido pela Lei nº 7.209/84, e a disciplina estabelecida pela nova lei evidenciará as modificações introduzidas. (**Vide quadro comparativo ao final deste trabalho**).

Eis as principais alterações:

a) O **elenco** das penas alternativas constante do art. 43 foi majorado, passando de três espécies para cinco: houve o acréscimo de **prestação pecuniária** e **perda de bens e valores**.

O Projeto inicial, remetido pelo Governo, previa outra mais - o **recolhimento domiciliar** - mas tal ponto recebeu o veto presidencial.

b) O **teto** da pena privativa de liberdade imposta na sentença por crime doloso e passível de substituição por pena restritiva foi majorado de um ano para quatro anos. Vale dizer: um agente condenado por crime doloso a dois, três ou quatro anos de reclusão poderá ver substituída tal pena por uma restritiva de direitos.

Para, de certo modo, limitar o excesso de tal majoração, introduziu o novo diploma importante exigência, que não se via no texto anterior: a de que o crime não haja sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa.

c) Segundo a redação anterior, constituía a reincidência circunstância impeditiva da substituição. Pela nova redação somente ficará afastado o benefício se houver reincidência em **crime doloso**. Mesmo em tal hipótese, poderá o julgador conceder a substituição “desde que em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime” (art. 44 § 3º).

Assim, proibição absoluta, somente se o condenado for reincidente específico.

d) Pela disciplina anterior (antiga redação do art. 45, I), a conversão da pena restritiva em privação da liberdade (na verdade, reconversão...) era conseqüência automática de uma nova condenação. Na atual disciplina, tal providência é deixada a critério do juiz, que poderá afastar tal conversão “se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior” (art. 44 § 5º).

e) Pelo sistema anterior, era possível a imposição de pena isolada de multa (multa substitutiva), desde que a pena imposta na sentença não ultrapassasse **seis meses** (art. 60 § 2º); pelo novo sistema, isso será possível se a privação da liberdade for até **um ano** (art. 44 § 2º, p. inicial).

4. Três dispositivos constantes do Projeto mereceram o veto presidencial.

Ei-los:

a) Art. 43, III - “recolhimento domiciliar”

b) Art. 45 § 4º - “o recolhimento domiciliar baseia-se na auto-disciplina e senso de responsabilidade do condenado. O condenado deverá, sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer atividade autorizada, permanecendo recolhido nos dias ou horários de folga em residência ou qualquer lugar destinado à sua moradia habitual, conforme estabelecido na sentença”.

c) Art. 44 § 1º - “Quando a condenação for inferior a seis meses, o juiz, entendendo suficiente, pode substituir a pena privativa de liberdade por advertência - que consistirá em admoestação verbal ao condenado - ou por compromisso de freqüência a curso ou submissão a tratamento durante o tempo da pena aplicada”.

Embora acertados os vetos apostos, é curioso observar que todos os dispositivos impugnados já constavam do Projeto original encaminhado pelo Governo, e com a mesma redação. As medidas vetadas eram consideradas adequadas e necessárias, segundo a Exposição de Motivos. Agora, contrariam o interesse público ...

Realmente, na Mensagem nº 1.447, de 25.11.98, da Presidência da República ao Senado, é oferecida a justificação de tais vetos. Quanto ao art. 43, III: “A figura do “recolhimento domiciliar”, conforme a concebe o Projeto, não contém, na essência, o mínimo necessário de força punitiva, afigurando-se totalmente desprovida da capacidade de prevenir nova prática delituosa”. Quanto ao art. 44 § 1º: “Em paralelismo com o recolhimento domiciliar, e pelas mesmas razões, o § 1º do art. 44, que permite a substituição de condenação a pena privativa de liberdade inferior a seis meses por advertência, também institui norma contrária ao interesse público, porque a admoestação verbal, por sua singeleza, igualmente carece do indispensável substrato coercitivo necessário para operar, no grau mínimo exigido pela jurisdição penal, como sanção alternativa à pena objeto da condenação”.

Como se vê, dois pesos e duas medidas, uma na apresentação do Projeto, outra no momento da sanção: o que era conveniente ao interesse público, agora já não o é. Observa com propriedade CEZAR ROBERTO BITENCOURT: “Embora pareça surrealista, a verdade é que o projeto recebeu vetos do Poder Executivo, isto é, o Poder Executivo vetou partes do seu próprio Projeto” - **Novas Penas Alternativas**, Saraiva, 1999, p. 206.

5. Certamente por esquecimento do legislador, omitiu-se no novo diploma a alteração do art. 54 e a revogação do art. 60 § 2º do CP.

Tais medidas impunham-se para preservar-se a harmonia que deve reinar no ordenamento legal.

Dispõe o art. 54 que poderá ocorrer a substituição, quando a privação da liberdade for “em quantidade inferior a um ano”. E, agora, tal limite é de quatro anos. Da mesma forma, o § 2º do art. 60 prevê a substituição por multa da pena privativa de liberdade “não superior a seis meses”. Ora, pela Lei nº 9.714/98, é possível tal substituição quando a condenação for igual ou inferior a um ano (art. 44 § 2º).

Ocorre evidente conflito entre os dispositivos citados. Prevalece, evidentemente, o novo texto, mas não se justifica a permanência das normas revogadas.

6. Segundo a lei, a substituição da prisão por mera pena restritiva de direitos reclama o preenchimento de requisitos **objetivos**, que se tornam evidentes a um exame superficial, e que dizem respeito à natureza do crime, à natureza da pena imposta, à quantidade da pena e ao *status poenalis* do réu condenado.

Realmente, há necessidade de que a condenação seja por crime praticado sem violência (física ou moral) à pessoa. Tratando-se de crime doloso (dolo direto ou eventual), a pena final imposta (incluídos os agravantes e as causas de especial aumento) não deverá ultrapassar quatro anos, limite este, porém, que não prevalece em se tratando de crime culposos.

Há que demonstrar-se, ainda que o réu não seja reincidente em crime doloso, ressalvada a situação especial prevista no art. 44 § 3º.

Mas exige a lei também um requisito **subjetivo**: a avaliação do julgador, em cada caso concreto sobre a **suficiência** da substituição. Este requisito, que já constava do texto anterior, com a mesma redação, impõe ao juiz o grave dever de considerar a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, os motivos e circunstâncias do delito.

Pondera CEZAR BITENCOURT, apreciando o art. 44, III: “Considerando a grande elevação das **hipóteses da substituição**, deve-se fazer uma análise bem mais rigorosa deste requisito, pois será através dele que o Poder Judiciário equilibrará e evitará eventuais excessos que a nova previsão legal poderá apresentar”. E prossegue, incisivamente: “diante de sérias dúvidas

sobre a suficiência ou substituição esta não deve ocorrer, sob pena de o Estado **renunciar** ao seu dever constitucional de garantir a ordem pública e a proteção de bens jurídicos tutelados” - *ob. cit.* p. 86.

No mesmo sentido é a advertência de MIRABETE: “Não há sentido na substituição, quando, desde logo, verifica-se diante de sua situação pessoal, revelada na instrução criminal, que o sentenciado não irá cumprir com as condições e deveres impostos pela condenação à pena restritiva de direitos”. - **Manual de D. Penal**, Atlas, 12ª ed., 1997, vol. 1º, p. 274.

É inegável a importância da avaliação do julgador, em cada caso. Lembremo-nos da palavra abalizada de NUVOLONE: devolver à circulação delinqüentes perigosos “é um ato de irresponsabilidade, é um ato de traição à sociedade” - **Índice Penale**, jan/abr., 1975.

7. Com a entrada em vigor da Lei nº 7.914/98 vários problemas se apresentam ao intérprete, mesmo a um superficial exame. Eis alguns deles:

a) Aplicar-se-á a disciplina da nova lei a crimes cometidos antes do seu advento?

b) É possível a aplicação da nova lei, se a condenação houver sido por crimes de violência à pessoa (exs. CP. art. 129 *caput*, 146, 147), mas considerados pela lei de reduzido potencial ofensivo?

c) Ocorrendo condenação inferior a quatro anos, mas por crime hediondo ou a ele equiparado (Lei nº 8.072/90, arts. 1º e 2º), será possível a substituição da pena reclusiva por pena restritiva de direitos?

d) Impedirá a aplicação da nova lei a comprovação da reincidência específica do réu em crime culposo?

e) A condenação a multa pelo crime anterior será impeditiva da substituição da pena?

Em resposta a tais indagações, devemos considerar o que se segue.

Quanto à primeira (a): é de admitir-se como regra geral a retroatividade da Lei nº 7.914/98, pois ela é mais favorável ao réu (CP. art. 2º, parágrafo único). Pode acontecer, porém, caso excepcional em que sua aplicação lhe venha acarretar tratamento mais severo. Neste caso, evidentemente, a nova lei não retroagirá.

Quanto à segunda (b): embora proíba o art. 44 do CP, em sua nova redação, a substituição de penas quando o crime for “cometido com violência ou grave ameaça à pessoa”, é de ver-se que os delitos de menor potencial ofensivo (CF. art. 98, I; Lei nº 9.099/95, art. 61) têm tratamento especial. A

interpretação lógica, sempre mais profunda que a literal, conduzirá à conclusão de permitir-se a substituição, mesmo nessas hipóteses. É a lição da melhor doutrina: CEZAR R. BITENCOURT, *ob. cit.*, p. 106; LUIZ FLÁVIO GOMES, *ob. cit.*, p. 111; SCHAEFER MARTINS, *ob. cit.*, p. 104.

Quanto à terceira (c): aqui a questão é mais delicada. Para muitos, não contendo a lei qualquer ressalva, é de seguir-se a regra geral de aplicação ampla da nova disciplina. Para outros, a resposta deverá ser negativa. Segundo BITENCOURT, as duas Leis (8.072/90 e 7.914/98) seguem políticas criminais incompatíveis, “sendo indefensável a aplicação de penas alternativas nos crimes hediondos e similares, ainda que a quantidade da pena não seja superior a quatro anos”. - *ob. cit.*, p. 103.

Realmente, seria admissível que um traficante de drogas, condenado na pena reclusiva mínima (3 anos) conseguisse a substituição de tal pena (obrigatoriamente em regime fechado, do começo ao fim) por pena restritiva de direitos? Entenderá o julgador **suficiente** (CP art. 44, III) uma pena restritiva para a punição do agente? Ao julgar o HC 2.524/98, o TJRJ, rel. Des. G. VITAGLIANO, recusou a pretendida substituição, ponderando, com todo acerto, que seria um contrasenso colocar um traficante em liberdade, se seu crime não comporta fiança, graça, anistia, liberdade provisória, impõe pena em regime integralmente fechado e exige que o réu aguarde preso o julgamento de seu recurso.

Quanto à quarta (d): segundo a nova disciplina, a única reincidência que impede, definitivamente a substituição de penas é a reincidência específica. A lei é clara (art. 44, II), reincidência em **crime doloso**. A interpretação lógica concluirá que a reincidência específica, prevista no art. 44 § 3º *in fine* há de ser somente em crime doloso (crime doloso A + crime doloso A), não em crime culposo (crime culposo B + crime culposo B).

Quanto à última (e): como se sabe, a condenação anterior por multa não impede a concessão do *sursis* (CP. art. 77 § 1º). Aqui, não fez a nova lei a mesma ressalva, conduzindo o intérprete apressado a uma resposta negativa. É de notar-se, porém, que se um reincidente, condenado no primeiro processo com pena privativa de liberdade, poderá, ainda assim, obter o benefício da substituição, como permite o art. 44 § 3º, não será razoável negar-se tal medida se a condenação anterior do agente houver sido a uma pena de multa.

8. A Lei nº 9.714/98 revela a preocupação do legislador em esvaziar as prisões, seguindo uma política descarcerizadora e despenalizadora. Tal propósito, já revelado na Lei nº 7.209/84, que veio substituir integralmente a Parte Geral do CP, apresenta-se agora, com maior intensidade, capaz de abranger mais de 90% dos tipos previstos no CP. Ficarão afastados os crimes contra a vida, as formas qualificadas de lesões corporais, os crimes patrimoniais com violência à pessoa, alguns crimes sexuais e poucos outros.

A elevação do limite da pena imposta, de **um** ano para **quatro**, parece ter sido excessiva. Quando da remessa do Projeto de Lei ao Congresso, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) constituiu uma Comissão de alto nível para exame e parecer. Um dos tópicos criticados foi justamente o do limite de quatro anos. Ponderou a Comissão que, afora os crimes hediondos e afins, “remanescem poucos que não se verão albergados nesse tratamento especialíssimo, cuja brandura institucional soa inadequar-se ao conteúdo doloso dessas espécies mais nocivas, fazendo temer por que se incremente um juízo generalizado de impunidade, de danosos efeitos à instituição penal e de desprestígio da crença na Justiça Criminal”. E sugeria, finalmente, que se repensasse sobre tal limite. (**Revista da Escola Paulista da Magistratura**, ano 2, nº 5, p. 89).

Alguns pontos da lei são altamente elogiáveis: a proibição da substituição de pena quando o crime envolver violência pessoal; a previsão do *sursis* humanitário, capaz de tranquilizar a consciência do julgador; a previsão de mais uma forma de interdição temporária - a proibição de freqüentar determinados lugares (art. 47, IV).

Em seu conjunto a lei é de cunho liberal e não corresponde às exigências da sociedade por uma repressão penal mais severa, em condição de conter o alarmante progresso da criminalidade.

Uma das imediatas conseqüências do novo diploma, já observada pelos comentaristas, será o esvaziamento do *sursis*.

A aplicação dessa lei que reformula o sistema das penas substitutivas e que vai alcançar um elevado número de condenações, suscitará, sem dúvida, a cada dia, novos e delicados problemas, num permanente desafio à argúcia dos penalistas e ao equilíbrio dos julgadores.

CÓDIGO PENAL (COMPARAÇÃO) **LEI Nº 7.209/84 / LEI Nº 9.714/98**

Penas restritivas de direitos

Art. 43. As penas restritivas de direito são:

I - prestação de serviços à comunidade;

II - interdição temporária de direitos;

III - limitação de fim de semana

Penas restritivas de direitos

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I - prestação pecuniária;

II - perda de bens e valores;

III - (vetado)

IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V - interdição temporária de direitos;

VI - limitação de fim de semana.

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade inferior a 1 (um) ano ou se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Parágrafo único. Nos crimes culposos, a pena privativa de liberdade aplicada, igual ou superior a 1 (um) ano, pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos, exequíveis simultaneamente.

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1º (Vetado)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado de restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

Conversão das penas restritivas de direitos

Art. 45. A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade, pelo tempo da pena aplicada, quando:

I - sobrevier condenação, por outro crime, a pena privativa de liberdade cuja execução não tenha sido suspensa;

II - ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta.

Conversão das penas restritivas de direitos

Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á no forma deste e dos arts. 46, 47 e 48.

§ 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago

será deduzido no montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.

§ 3º A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto - o que for maior - o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

§ 4º (Vetado)

Prestação de serviços à comunidade

Art. 46. A prestação de serviços à comunidade consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

Parágrafo único. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas durante 8 (oito) horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas

Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade.

§ 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

§ 2º A prestação de serviços à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

§ 3º As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

§ 4º Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada.

Interdição temporária de direitos

Art.47. As penas de interdição temporária de direitos são:

I - proibição do exercício do cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;

II - proibição do exercício da profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;

III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.

Interdição temporária de direitos

Art. 47. _____

IV- proibição de freqüentar determinados lugares

Art.55. As penas restritivas de direitos terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída.

Art.55. As penas restritivas de direitos referidas nos incisos III, IV, V e VI do art. 43 terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, ressalvado o disposto no § 4º do art. 46

Requisitos da suspensão da pena

Art.77. _____

§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 4 (quatro) anos, poderá ser suspensa, por quatro (quatro) a 6 (seis) anos, desde que o condenado seja maior de 70 (setenta) anos de idade.

Requisitos da suspensão da pena

Art.77. _____

§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão. ◆

Considerações sobre a Suspensão do Processo Penal à Luz da Constituição

PAULO ASSED ESTEFAN
Juiz de Direito do TJ/RJ

Como se sabe, a Lei nº 9.271/96 alterou o disposto no artigo 366 do Código de Processo Penal, que passou a ter a seguinte redação: “Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, ...” Com isso, alardeou-se que havia acabado a prescrição penal no Brasil, o que contribuiria, em larga medida, para reduzir a impunidade.

Seguiram-se as naturais discussões doutrinárias acerca do tema, mormente quanto à relevância da data do ilícito imputado ao acusado não encontrado, a fim de se estabelecer o método interpretativo mais adequado à aplicação da norma.

Ante a conveniência de se firmar o critério devido, despontaram duas correntes propondo soluções a respeito da incidência temporal da norma.

A lei nº 9.271/96 visa a não permitir o julgamento do réu sem se ter certeza de seu chamamento, mas também traz a ele o malefício do afastamento da prescrição. Sendo assim, aplicá-la a todos os casos, sob a alegação de que as normas processuais têm aplicação imediata em relação aos processos pendentes, seria fazer retroagir, também, seu efeito material (prescrição) em prejuízo do defendente. Isso encontra vedação moral e constitucional; basta que se compare ao recado do artigo 5º, XL, da Carta Magna. Segundo alguns, como a idéia de cindir o dispositivo em duas partes, a processual e a material, implica em verdadeira criação de lei nova, invadindo a competência privativa do Poder Legislativo, afigura-se inviável a possibilidade propagada por aqueles outros que defendem, justamente, a aplicação parcial da norma. Passando ao largo do entrave acima apontado, fazem sempre suspender o processo e deixam à margem a suspensão do prazo prescricional, quando se referem a fatos praticados em data anterior à edição da lei.

Parece-nos, entretanto, que não é necessário recorrer-se ao fracionamento da norma - com razão combatido - para que se chegue ao louvável propósito de seus arautos. A finalidade deste trabalho é a de mostrar que a suspensão do processo penal, em caso de citação ficta, é providência ditada pela Constituição Federal, porque esta exige observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Deste modo, não foi recepcionada, desde o advento do Pacto Fundamental em outubro de 1988, a antiga redação do artigo 366 do CPP, que previa o prosseguimento da ação penal mesmo em caso de citação editalícia. Entendemos, então, que o marco definidor da impossibilidade de prosseguimento dos processos não reside exatamente no referido artigo 366 do estatuto processual, mas, sim, na Carta Política que passou a exigir maior segurança jurídica, consubstanciada naqueles princípios.

Para melhor desenvolvimento da idéia, vamos enfocar a lei supracitada, primeiramente sobre sua razão de ser, para, a partir daí, lançarmos a idéia da preexistência da suspensão do processo nela proclamada.

De início, cumpre dizer da *citação*. Conceituada na lei processual civil, a citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado, a fim de se defender¹. Escreveu Magalhães Noronha: “*citação é o ato processual que dá ao denunciado conhecimento da acusação que lhe é feita, a fim de que se possa defender*”².

Chamar alguém a se defender, assegurando-lhe os meios e recursos próprios é, no dizer de Jean-Marc Varaut³, um imperativo categórico da consciência jurídica; um princípio de ordem pública tão importante que basta a si mesmo, ferindo de nulidade qualquer ato que lhe tenha abandonado.

De sua retrospectiva histórica cuidou o Doutor Luiz Carlos de Azevedo⁴, fazendo notar “*a presença sempre constante do ato citatório como condição indisponível à legitimidade do processo*”.

¹ **Código de Processo Civil**, artigo 213.

² *In Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo, Saraiva, 1997. Atualizado por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha.

³ *In Le Droit Au Droit*. Paris, Presses Universitaires de France, 1988

⁴ Azevedo, Luiz Carlos. **O Direito de Ser Citado - perfil histórico**. Osasco, FIEO - Resenha Tributária, 1980.

O eminente Walter Piva Rodrigues, em artigo publicado na coletânea **Processo Civil - evolução - 20 anos de vigência**⁵, destaca naquele trabalho que o autor firmou sua pesquisa desde o Código de Hamurabi. Passou por civilizações diversas como a egípcia, hebraica e babilônica, avançando no direito romano, atravessando a idade média e chegando, ao final, a nossos tempos. Observou:

“Se tornou uma constante neste século a redução gradativa da liberdade individual...seja em razão dos abusos praticados pelas autoridades, as quais atuam a seu gosto e contra a lei, seja porque é a própria lei que lhes capacita tal condição, tornando legais atitudes que antes significavam usurpação ao direito do cidadão”.

Dito isto, deve-se ter em mente as espécies e formas pelas quais há de se colocar em prática, efetivamente, o direito de ser citado, sob pena da usurpação de direitos acima referida. Com efeito, não bastaria sedimentar a idéia de necessidade imperiosa do chamamento se, em contrapartida, não conseguirmos torná-lo verdadeiro. Em suma, a decantada evolução do direito não pode afastar-se do ideal de segurança. A boa justiça e a autoridade da decisão passam, primeiramente, pela observância do direito de defesa.

Atualmente, sabemos bem que há duas espécies de citação: a real e a ficta ou editalícia. Esta é a que interessa a este estudo. Não é novo o combate à citação por edital, ante a incerteza que traz. Será válido presumir-se que a publicidade dada à citação foi bastante para que chegasse ao conhecimento do réu? Noutras palavras: o acusado soube, realmente, que estava sendo chamado a se defender? A resposta, via de regra, é “talvez”.

É óbvio que para chegarmos à hipótese da citação por edital, mister se faz que sejam ultrapassadas todas as possibilidades de citação pessoal, chamada também real. É unanimidade doutrinária e jurisprudencial que a citação editalícia só é possível após esgotados todos os meios para a citação pessoal do réu. Sendo impossível a citação real, parte-se para a citação editalícia que, no dizer da Professora Ada Pellegrini Grinover, é uma ficção normativa. Mesmo assim, e a despeito de encontrar no edital de citação requisitos intrínsecos e extrínsecos previstos em lei, sempre em busca de tornar

⁵ São Paulo, Saraiva, 1995., pág. 251.

mais crível a ficção legal, nunca temos a certeza do resultado pretendido. Ela não satisfaz ao ideal da justiça.

Vero é que o saudoso Magalhães Noronha prestigiou a citação editalícia considerando “*inadmissível que o Estado subordine sua ação repressiva à presença do acusado no distrito da culpa, quando seu primeiro impulso é fugir ou subtrair-se à ação da Justiça*”⁶. Todavia, não se pode olvidar que a Constituição assegurou a ampla defesa, que tem como pressuposto básico a informação ao acusado e seu chamamento para justificação. Seu artigo 5º, inciso LV⁷ veio coroando o direito de ser citado como condição indispensável à validade de qualquer processo.

Assim, pelo traço da Carta Maior, é necessário que se tenha assegurado ao réu a ciência da acusação que lhe pesa. Só a partir daí, ser-lhe-á garantido, como desdobramento, o contraditório e a ampla defesa. Para o primeiro passo, parece-nos afastada a possibilidade da citação ficta exatamente porque ela não nos dá certeza de ter cumprido sua finalidade.

Como, então, conciliar a necessidade do Estado em efetivar a proteção do direito penalmente tutelado com o intangível direito de ser citado?

Pode-se dizer que a nova lei ordinária traçou o seguinte caminho: afastando a extinção da punibilidade pela prescrição, pôde propiciar ao Estado a espera do comparecimento do réu, ou seja, o tempo não sepultará as marcas do crime, enquanto o Poder Público estiver à procura do acusado.

Vemos, com isso, que a lei processual veio em primeiro lugar aclarar os interesses do indivíduo, que não será julgado senão com a certeza de que teve conhecimento da existência do processo, mesmo que ao preço de lhe ser retirado o benefício da prescrição. Neste contexto, emerge cristalina a posição legislativa de refutar a idéia de citação editalícia (com abstração da hipótese de ocultação deliberada do acusado). O que observamos é que o legislador a reduziu a mero esforço ou tentativa de dar conhecimento da acusação ao réu, já que ele não comparecendo, nem constituindo advogado, deixou de ser tido como ciente das acusações.

O Professor Damásio de Jesus⁸ nos diz que “*o legislador brasileiro andou bem ao adotar uma regra mundialmente aceita: não corre processo*

⁶ Ob. Cit., pág.265

⁷ *In verbis*: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁸ *In Revista Literária de Direito*. São Paulo, 1996, nº 12.

contra réu revel citado por edital, com fundamento no princípio do direito à informação”.

Cuidemos, agora, de analisar a necessidade da suspensão do processo, mesmo quando se refere a fatos anteriores à edição da lei modificadora do Código de Processo Penal.

Sem dúvida, a nova redação dada ao artigo 366 do CPP destina-se a evitar o julgamento da lide sem a oportunidade do contraditório e da ampla defesa, princípios constitucionais de eficácia plena, aplicabilidade direta, imediata e integral.

A justificativa à mensagem do Poder Executivo quando encaminhou o projeto que acabou por modificar o artigo 366 do CPP, proclama o móvel legislativo. Transcrevo:

“A citação por edital leva à incerteza quanto ao conhecimento, pelo acusado, da acusação a ele imputada, o que pode motivar a alegação posterior de cerceamento de defesa. Com efeito, os princípios da ampla defesa e do contraditório, adotados no ordenamento jurídico brasileiro, e a previsão da Constituição Federal de que ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal conferem respaldo à nova previsão do artigo 366...”

A toda evidência, a Carta Magna já estava a exigir a citação real como condição de validade de qualquer processo.

Como ficam, então, as decisões prolatadas após a promulgação da atual Constituição, ou mesmo os processos em curso se versam sobre fatos anteriores à data de vigência da Lei 9.271/96, que experimentaram a *citação editalícia*? Os julgamentos proferidos após a exigência constitucional de garantia do contraditório e da ampla defesa não seriam nulos? Os processos não ficariam impedidos de prosseguir porque impossível atender-se à exigência constitucional?

O Supremo Tribunal Federal posicionou-se sobre as hipóteses de incidência da lei, fazendo-a incidir somente quando o processo se refira a fatos perpetrados após sua edição. Não obstante, não seria, a par disto, de se considerar não recepcionado pelo Pacto Fundamental da República o contexto processual que determinava o julgamento mesmo na incerteza do efetivo chamamento?

Após considerar sobre o assunto, impende admitir que os procedimentos posteriores à Carta Magna só poderiam prosseguir, sob pena de nulidade, se efetivamente observados, através da citação real, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Vê-se, inclusive, que ao legislador infraconstitucional não passou despercebida a questão, tanto que editou a norma em prol da observância deles.

Assim, como proclamado pelo STF, a lei *sub exame* só tem aplicação quando se apuram fatos praticados após a sua vigência - porque impossível retroagir com o comando da segunda parte do artigo 366 do CPP (a que trata da prescrição). No entanto, a solução para todos os processos que tenham ultrapassado o advento da Constituição, mesmo que cuidem de fatos anteriores à lei, seria, obrigatoriamente, sua suspensão; não com espeque na lei nº 9.271/96, mas calcada na impossibilidade de prosseguimento sem ferir a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa. Quanto aos fatos praticados no hiato legislativo, ou seja, entre a constituição do novo Estado e a edição da lei que deu nova redação ao artigo 366 do Código de Processo Penal, repita-se, não haverá suspensão do prazo prescricional. Suspender-se-á, apenas, o processo, isto porque, como se assinalou, a suspensão não veio por conta da lei discutida, mas para atender à exigência da Carta da República.

Uma vez suspenso o processo, cabe ao Estado partir em busca do acusado até realizar a sua citação. Se não puder encontrá-lo em tempo útil, verá fulminada a pretensão punitiva em razão da prescrição. É que o afastamento desta não veio previsto no texto do *códex magnum*, surgindo apenas a partir da edição do dispositivo ordinário em comento.

A rigor, se o réu, citado por edital, não compareceu, nem constituiu advogado, o juiz deverá decretar o sobrestamento do processo seja qual for a data do ilícito imputado. Se assim não agir, dando prosseguimento ao feito, a decisão final há de ser nula, por lhe faltar adequação aos mencionados princípios da Carta Maior.

Em resumo: a suspensão do processo, quando o réu não for realmente citado, decorre, antes, da Constituição Federal que está a exigir a efetiva oportunidade de defesa. A lei nº 9.271/96, por conseguinte, não inovou quanto à parte processual, apenas clarificou uma conseqüência da norma máxima que, por sua vez, está em consonância com as regras mundiais de direitos humanos.

Nesta ordem de idéias, o ineditismo da lei ordinária prende-se ao direito material, vale dizer, quando instituiu a suspensão do prazo

prescricional. E foi oportuna a inovação. Evitou-se que o réu, não sendo encontrado, obtivesse a suspensão do processo em razão da Carta Magna e, *pari passu*, gozasse dos benefícios do decurso do tempo ensejador da prescrição.

Estabelece-se, assim, um ponto de equilíbrio bastante interessante. Se de um lado garante-se ao ser humano a informação atinente às acusações que lhe são dirigidas, de outro lado assegura-se à sociedade a tutela de seus bens jurídicos. Sobre isto, assim pronunciou-se Damásio de Jesus no artigo supracitado:

“O artigo 366, caput, do Código de Processo Penal, em sua nova redação, concedeu uma arma à defesa, a suspensão do processo⁹. Não deixou, porém, a acusação desprevenida: conferiu-lhe a suspensão do prazo prescricional como instrumento de combate. Assim, enquanto a defesa do réu revel citado por edital tem a seu favor a suspensão do processo, a acusação tem a arma da suspensão do prazo prescricional.”

O desequilíbrio anterior, favorável ao réu revel por conta da suspensão do processo sem a suspensão da prescrição foi, enfim, corrigido. Aí está o verdadeiro mérito da norma. A lei sob enfoque veio, de fato, enaltecer os princípios constitucionais, mas não foi ela que lhes deu eficácia. A aplicabilidade daqueles preceitos da Lei Maior desde antes já se impunha. O escopo do dispositivo infraconstitucional foi, então, o de não prejudicar o exercício da persecução criminal, impedindo a prescrição. Também, é verdade, liberou o Judiciário de trabalhos extenuantes e sem objetivo prático. ◆

⁹ Contrariamente, como visto no teor deste trabalho, infere-se que a suspensão do processo já vinha determinada pela Constituição da República.

Prisão Privada: Solução, Mas Para Quem?

WAGNER CINELLI DE PAULA FREITAS
Juiz de Direito do TJ/RJ

Vivenciamos nesse final de século uma onda global de privatizações que começou nos EUA e Grã-Bretanha no final dos anos 70 e início dos anos 80 nos governos de Ronald Reagan e Margaret Thatcher.

Dois argumentos frequentemente utilizados em favor das privatizações são:(1) o Estado deve economizar o dinheiro do contribuinte e a diminuição do seu tamanho implica em tal economia; e (2) o Estado deve se concentrar em suas atividades administrativas básicas, o que deve acarretar em maior eficiência no desenvolvimento das mesmas.

Essa visão neo-liberal do Estado não é tão nova. Encontramos o discurso que apregoa que o funcionamento do Estado deve ser marcado por um baixo custo e uma alta eficiência, à imagem de uma ‘empresa privada’, em um artigo escrito em 1912 por Woodrow Wilson, que foi presidente dos EUA de 1913 a 1921: “Cada dólar que o governo gasta deve ser usado cuidadosamente como se os recursos do país fossem limitados. Muito há ainda a ser feito na simples linha da eficiência. Na realidade, tem havido pouco esforço sério na direção de se fazer o governo dos Estados Unidos tão eficiente como uma empresa privada bem sucedida o seria.” (*O Novo Significado do Governo*, publicado na revista *Woman’s Home Companion*, nº 39).

Com esse surpote ideológico, uma massiva onda de privatizações vem ocorrendo em escala mundial, haja vista o fenômeno da chamada *globalização*, que indica que os mercados estão cada vez mais destacados do Estado, havendo uma interconexão das economias nacionais em um nível jamais visto, o que impõe um padrão universal de funcionamento desses mercados.

A breve e reduzida abordagem sobre as privatizações em geral não objetiva aqui a produção de juízo de valor sobre as mesmas, mas apenas introduzir o assunto do presente artigo, ou seja, serve para apresentar a onda

geral de privatizações como o gênero ao qual a espécie ‘prisões privadas’ está a integrar. É sobre tal espécie que advirá posicionamento.

A expressão “privatização de prisões” comporta quatro modalidades: (1) financiamento e construção de unidades prisionais; (2) fornecimento de produtos para as prisões; (3) serviços prisionais, que é a terceirização de serviços como, por exemplo, o transporte de presos e a prestação de serviços médicos e odontológicos; e (4) administração da prisão por uma empresa privada. Essa última categoria representa o mais alto grau de envolvimento da iniciativa privada na área prisional.

Costuma-se verificar que a decisão política de se entregar a administração de uma prisão ao setor privado normalmente é precedida da adoção das outras modalidades de atuação privada nesse setor, notadamente o fornecimento de serviços prisionais.

As primeiras prisões privadas surgiram nos EUA e entraram em operação a partir de meados da década de 80. Na Inglaterra, o primeiro a advogar prisões privadas foi o Adam Smith Institute em panfleto publicado em 1984. Embora tal publicação não tenha sido levada a sério quando de sua edição, fato é que poucos anos depois o “Criminal Justice Act” de 1988 admitiu que empresas privadas assumissem a administração de prisões para presos provisórios, sendo que a primeira delas, Wolds Prison, entrou em operação em 1992. A primeira prisão privada na Austrália, Borallon Correctional Centre, entrou em operação em janeiro de 1990 e tinha uma capacidade para 240 internos. Oito anos depois, a população carcerária australiana em prisões privadas corresponde a dez vezes aquele número, o que equivale a 12% da população carcerária do país.

Essa tendência se amplia, pelo que a Escócia terá sua primeira prisão privada entrando em operação ainda em 1999, enquanto a primeira prisão do gênero na Nova Zelândia tem previsão para operar já no ano 2000. A África do Sul também trilha essa mesma estrada, estando em andamento o processo de licitação para a construção da primeira prisão privada.

Os exemplos apresentados se prestam a evidenciar a tendência globalizante desse novo ‘mercado’ descoberto pelo capital sempre desejoso de novas oportunidades.

A prisão privada é uma nova indústria, sendo que nos EUA as empresas do setor costumam ter ações na bolsa, ou seja, qualquer pessoa, na hora de investir no mercado de ações, pode escolher de um largo portfólio se aplicará seu dinheiro em, por exemplo, petróleo, eletricidade ou prisões. Em

janeiro do corrente ano, Prison Realty Trust adquiriu Corrections Corporation of America numa transação avaliada em US\$ 3,17 bilhões, o que contou com a aprovação dos acionistas dessa segunda e lhes rendeu bonificação.

A entrada do grande capital nesse setor exige a imediata conscientização da sociedade brasileira para as questões que envolvem esse novo *business*: (1) Consoante Max Weber, o Estado é o detentor do monopólio da violência física legítima. Por ser monopólio, não pode a violência física legítima ser transferida para terceiro, sendo que o encarceramento de um indivíduo faz parte dessa violência legítima; (2) quais seriam as consequências se a empresa privada que administra uma prisão tiver a falência decretada? (3) os guardas contratados pela empresa privada teriam direito de greve? (4) o Estado estaria civilmente co-obrigado a reparar as vítimas de eventual violência havida dentro da prisão privada?; (5) e quanto ao risco das empresas privadas fazerem *lobby* visando o recrudescimento da lei penal? (6) caso a pena de morte viesse a ser adotada, poderia a execução do prisioneiro condenado ser entregue à uma empresa privada?

Essas e outras questões exigem o imediato debate, evitando-se que um governo pró-privatização surpreenda toda uma sociedade com a privatização desse setor que deve merecer o seguinte mais-que-neologismo como adjetivo: *imprivatizável*.

É certo, no entanto, que as prisões privadas representam um percentual pequeno das prisões nos países que as adotam e que esses países ainda não são muitos. Mas também é certo que esse novo negócio está crescendo e se espalhando para outros países.

A idéia da supremacia do mercado livre desempenha um importante papel na nova ordem mundial. Um processo geral de privatizações vem dominando o cenário mundial nos últimos anos e a privatização das prisões surge no palco como *a última fronteira*, um desafio para o capital aventureiro em sua sagrada fome pelo lucro. As prisões se tornam importantes do ponto de vista econômico. Elas se tornam um novo mercado numa sociedade onde o mercado exerce um papel central e na qual tudo tende a se tornar uma mercadoria.

É de se ressaltar que a ética do mercado e das finanças pode ser utilitária a investidores, mas não necessariamente positiva para os demais segmentos da sociedade. Ainda e bastante importante: depois da privatização feita, a reversão se torna politicamente mais difícil.

Deve-se ter muita cautela e se evitar que a chave da prisão seja entregue ao empresário. Se há de haver alguma relação entre prisão e alguns empresários, que não sejam esses a terem a chave dela. ◆

Uma Questão Controvertida

FELIPPE AUGUSTO DE MIRANDA ROSA
Desembargador aposentado do TJ/RJ e Professor

O tema já tem sido largamente abordado nos diversos meios de comunicação de massa, assim como em estudos jurídicos de profundidade. Duas correntes são opostas, cada qual com argumentos fortes, em relação à matéria.

Trata-se da pena de morte, inexistente na legislação penal comum no Brasil, mas objeto de repetida campanha para a sua adoção entre nós. Argumenta-se freqüentemente com a necessidade de penas mais severas, drásticas mesmo, diante do alto índice de criminalidade observado no país, principalmente nas grandes concentrações urbanas.

Nestas, o relativo anonimato em que vivem as pessoas, na maioria desconhecidas para os seus semelhantes, a punição pelos delitos cometidos é muito reduzida, pela dificuldade mesma de se identificar o autor do ato punível. Disso, em parte, decorre o baixo índice de condenações até mesmo por crimes graves, fato que impressiona vivamente o público em geral, principalmente os leigos em matéria de direito.

As campanhas para tornar as penas mais severas desembocam habitualmente na sugestão de que se adote a pena de morte para os casos mais graves, com pretextos vários, que incluem a capacidade intimidativa do direito penal. Sustenta-se a propósito que a severidade extrema desse castigo é fortíssimo elemento inibidor da criminalidade e que sua adoção, portanto, provocaria sensível queda dos índices de comportamento delituoso.

De outro lado, argumentam os que são contrários a essa providência que os níveis de criminalidade nos países que adotam a pena de morte são tão graves, e algumas vezes mais graves, em sociedades mais desenvolvidas. A força intimidativa da pena de morte não parece tão grande quanto os primeiros imaginam. Os exemplos são numerosos.

Os argumentos são igualmente válidos, entre outros. Será sempre possível sustentar uma ou outra posição com bons motivos, tal a complexidade da vida social no mundo moderno, com variações inúmeras de comportamentos e valores sócio-culturais.

A possibilidade de erro judiciário é invocada com freqüência para negar a adoção da referida pena. Executada que seja a punição eventualmente aplicada, com a execução do criminoso, torna-se impossível a reparação, mesmo que parcial, das conseqüências do erro. Morto estará o réu, mesmo que largamente comprovada a sua inocência.

Alguns alegam que os erros judiciários são raros, em tal matéria e que, tomadas as precauções devidas com maior cuidado ainda do que ocorre normalmente, tornar-se-ão virtualmente quase impossíveis. Contra isso afirmam os adversários que a falibilidade humana não pode ser descartada em matéria alguma e que será sempre possível a condenação injusta, fato que tem ocorrido com certa freqüência, até em casos notórios, em que a prova feita foi aparentemente indestrutível, incluindo confissão do réu e evidências materiais irretorquíveis.

Os problemas teóricos e práticos que envolvem a matéria são muitos e não se vai enumerá-los todos, evidentemente. O que se pode lembrar numa breve abordagem como esta, é que a função da pena de morte é, sobretudo, de profilaxia social; com a sua aplicação, pode-se livrar a sociedade de maus elementos, em caráter permanente. O argumento utilitário, no caso, é irresponsável, exceto por causa da incerteza possível quanto à autoria e as circunstâncias do crime. Esta é a grande dificuldade a resolver na controvérsia travada. Uma questão, como se vê, de natureza ética. ◆

Reforma do Poder Judiciário

PEDRO MONTENEGRO BARBOSA

Procurador de Justiça (aposentado) do Estado do Rio Grande do Sul

Com a CPI, instalada no Senado Federal, abre-se agora, com maior contundência, a questão sobre a reforma do Poder Judiciário em nosso País.

Os questionamentos em debate destacam, como principais motivos, exigir uma reformulação do Judiciário, quanto a seu excesso de autonomia administrativa e a morosidade na prestação jurisdicional, bem como a adoção de medidas que venham modificar a sua estrutura e funcionalidade. E fala-se, então, em submetê-lo a um “controle externo” que supervisione suas atividades administrativas e nas “súmulas vinculantes” do Supremo Tribunal Federal (e outros Tribunais Superiores, talvez), para reduzir recursos protelatórios e agilizar o término dos processos. Alguns chegam a mencionar, segundo repercussões na imprensa, que se deveriam reduzir as medidas cautelares em demasia e o excesso - que assim entendem -, de liminares que são concedidas na cobrança e no recolhimento de impostos, com implicações nesse processo realizado pela Receita Federal e Estadual, principalmente.

De outra parte, levantam-se sérias acusações contra alguns juízes da Justiça do Trabalho na realização de “obras suntuosas” e na prestação de julgados milionários de indenizações que induzem a graves suspeitas de corrupção. O Senador Antônio Carlos Magalhães, ao pedir a instalação da CPI, limitou-se a poucos casos excepcionais, em que fundou o encaminhamento da investigação proposta. Na ocasião, poucas vozes se altearam no Senado, contra a propositura da CPI. Uma delas foi do Senador Pedro Simon, que entendia ser descabida tal CPI, eis que ela implicava uma intervenção juridicamente inadmissível do Poder Legislativo no Judiciário que goza, por imperativo constitucional, de plena independência e autonomia frente aos demais poderes da República. E, também, por outro lado, os raros fatos alegados - e, ainda, a serem devidamente comprovados - não justificariam o impacto de uma CPI, num Poder que sempre se revelou honrado por sua integridade, seriedade e respeitabilidade.

Entretanto, por votação da maioria dos senadores foi a CPI instalada. E aí está, mas não livre das contestações e polêmicas que desencadeou, especialmente no mundo jurídico brasileiro.

O primeiro questionamento foi este: seria juridicamente cabível tal CPI, diante do princípio e disposição da Constituição que afirma a independência e harmonia dos Poderes da República? E este outro: seria oportuna e conveniente sua instalação nesse momento, em que o País se enfrenta com desafiantes problemas econômicos, financeiros e sociais e luta por reconstruir sua credibilidade no exterior e equacionar urgentes reformas em seu sistema fiscal, previdenciário e administrativo? E mais esta interrogação emerge: essa CPI (que agora, corre paralela com a CPI dos bancos), não virá transtornar e embaraçar o enorme empenho a ser feito pelo Governo em restabelecer o clima de estabilidade econômica reclamada pelo país, e que poderá ser abalado diante de turbulências políticas e constitucionais?

Em resposta a estas indagações se debruça, neste momento, a sociedade brasileira, e o setor jurídico nacional, em reflexão. E, com maior responsabilidade, ainda, o Congresso Nacional, onde já transita, há algum tempo, o Projeto de Reforma do Judiciário, recebendo as sugestões que estão sendo encaminhadas pela Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal, pelos Tribunais Superiores e por diversas Associações do Ministério Público, e por juízes dos Estados e de outros juristas abalizados, estudiosos e escritores do Direito do País.

Preliminarmente, é de se assinalar que há, praticamente, unanimidade no pensamento desses que são os verdadeiros protagonistas da problemática judiciária, a respeito da inadmissibilidade da CPI do Legislativo em intervir na independência constitucional do Judiciário.

Com referência a este posicionamento é veemente a voz da OAB, pelo pronunciamento de seu Presidente, Dr. Reginaldo de Castro, nas reuniões e encontros mantidos pela entidade com a Associação dos Magistrados Brasileiros, e demais membros das associações de juízes e representantes do Ministério Público, federais e estaduais, inclusive com os magistrados da Justiça do Trabalho. O Presidente da OAB (em boletim de notícias do Conselho Federal da OAB, de maio/99) afirma com percuciência que “a CPI, ora instalada contra o Judiciário, além de não se prestar aos procedimentos necessários, ou mesmo para dela banir os desvios de conduta, é inconstitucional. Infringe, além disso, o próprio Regimento Interno do Senado que, textualmente, veda a criação de CPI a respeito de atos de qualquer natureza

do Poder Judiciário”. Ao Judiciário é, constitucionalmente, assegurada ampla e irrestrita autonomia, inclusive administrativa.

E este pensamento é endossado pela opinião de muitos deputados e das várias entidades acima mencionadas, de Juízes, Desembargadores, Promotores e Procuradores da Justiça. E nesse sentido externou-se o Des. Cacildo de Andrade Xavier, Presidente do Tribunal do Rio Grande do Sul, e o Presidente da Associação dos Juízes do RS, o Dr. Antônio Guilherme Tanger Jardim, aliando-se às declarações da magistratura do Estado de São Paulo na mesma linha. O Des. Cacildo A. Xavier - ouvido no Ato de Mobilização da Justiça, efetivado em 29/03/99 - declarou: “O judiciário está em perigo e a democracia também”, enfatizando que a CPI contra o Judiciário é inconstitucional. E acrescenta: “ocorre, hoje, que muito se cita a Constituição, mas pouco a ela se respeita”. E, sobre isso, no mesmo tom multiplicaram-se os pronunciamentos das demais autoridades e juristas presentes no mesmo evento.

A respeito da conveniência e inoportunidade da CPI, nesse momento crítico para a Nação, as opiniões se somam, numa rejeição que é, na verdade, incontestável. Ela nada acrescenta, antes perturba a ordem e tranqüilidade institucional do País, ao colocar no banco dos réus um Poder, que ainda tem sido o mais respeitável e íntegro na administração da Justiça e na pacificação dos conflitos entre os demais poderes e forças, que se fazem inevitáveis no Sistema democrático.

Sabemos todos - especialmente os que militam no embate dos problemas judiciais, que o Poder Judiciário, como tudo que é humano, não é perfeito e apresenta falhas. E, aqui e ali, é vulnerado por certas irregularidades administrativas que, em toda a corporação humana, se fazem presentes mas que, infelizmente, é fenômeno excepcional, que não anula o valor, a qualidade e honradez que o caracteriza.

Sobre o “controle externo” que para ele se reclama, talvez seja recomendável, para melhor aperfeiçoá-lo, assinalar-se que o Judiciário, já o tem, desde muito, como nenhum outro Poder da República.

Antes de mais nada, o **primeiro controle** a que está condicionado é o **implícito nas próprias leis**. O Judiciário não faz as leis; apenas, as aplica aos fatos. É um servo, que tem de ser fiel ao imperativo das normas. Suas decisões cingem-se à normatividade da lei, que define e limita sua atuação. Nem sequer pode propor demandas, a não ser diligências ao esclarecimento da causa. E só julga a questão que lhe é ajuizada para decidir. E concedida prestação jurisdicional respectiva, cessa o seu poder. Busca acertar e fazer

justiça. Mas se erra em seu julgamento, na primeira instância, está aí o Tribunal de Segunda Instância, para reapreciar a causa e exarar uma nova sentença que poderá reformar a sentença recorrida. E, se for o caso, poderão apelar as partes para outra instância superior para novo julgamento se discordarem das decisões anteriores.

E em todo esse processamento das causas, um **segundo controle** condiciona o Poder Judiciário: são **as partes no processo - seus advogados e os membros do Ministério Público**, quando lhes cabe intervir e que têm por obrigações e ordem legal fiscalizar e zelar para que todos os trâmites dos processos obedeçam a todos os dispositivos legais, colocados na defesa das partes e na fiel e correta prestação jurisdicional. E se aí surgir qualquer descuido ou irregularidade que venha prejudicar os direitos das partes, podem representar e pedir providências reparadoras aos órgãos de correição superior de que dispõem todos os Tribunais do País.

O **terceiro controle**, como foi citado, são os **Órgãos de Correição**, organizados e atuantes nos Tribunais. São competentes para fiscalizar e determinar, por ofício ou acionados pelos interessados, a correição das falhas, abusos ou irregularidade de que tomarem conhecimento no processamento das causas ou nas atividades administrativas, no âmbito de suas atribuições.

O **quarto controle** - e este já externo ao Poder Judiciário - são os **Tribunais de Contas**, da União e dos Estados, aos quais compete fiscalizar e garantir a lisura das despesas e aplicações das verbas do orçamento judiciário, em conformidade com as normas legais que devem regê-los.

E podemos dizer que um **quinto controle**, externo e implacável, funciona na **mídia**, que livre e solta, exerce uma incansável crítica e investigação de todos os fatos e acontecimentos que se agitam no palco social. E que devassa, se for preciso e lhe trouxer prestígio, as entranhas de todos os Poderes. E, portanto, não irá excluir, se for o caso, o Poder Judiciário.

Apesar disso, exige-se o chamado “controle externo” para o Judiciário. Será isso necessário, em face de todos esses controles condicionantes aqui referidos?

Muitos acham que sim e estão trabalhando por ele. Inclusive, ao que tudo indica, o Projeto de Reforma que está no Congresso. Mas pouco se sabe, até o presente, de que tipo e de qual alcance se revestirá esse **controle**.

Todos os órgãos da magistratura e entidades associativas, anteriormente citadas - Tribunais, AMB, AJURIS, e demais, incluída a OAB -, refutam qualquer controle externo que venha enfraquecer ou diminuir o poder, propriamente dito, de julgamento livre e soberano dos juízes. O que quer dizer - qualquer constrangimento externo que interfira na apreciação livre e desconstrangida das causas e na opção decisória sentencial, da íntima consciência dos magistrados.

Um controle externo somente é tolerado e aceito quando se restringir aos assuntos de ordem administrativa e financeira dos órgãos judiciais, e se constituir somente por pessoas do mundo jurídico.

E algumas sugestões a respeito já têm sido colocadas pela AMB (Associação dos Magistrados do Brasil), entidades de magistrados estaduais e a OAB. Propõem a instituição de um **Conselho Federal de Controle Administrativo**, que poderá ser constituído por membros do Judiciário, de advogados e do Ministério Público da União. Possivelmente, deveria opinar sobre propostas orçamentárias dos Tribunais, acompanhar a aplicação dos recursos orçamentários e decidir processos disciplinares etc. Seriam criados, conseqüentemente, Conselhos Estaduais de Controle Administrativo, com atribuições semelhantes ao Federal, para exercer a fiscalização e decisões de sua competência, no âmbito dos Estados.

Pensa-se, também, em transformar o Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional, com adequado número de membros, de magistrados com idade madura e mandato razoável de atividade não muito longo, ou mesmo vitalícios. Os membros nomeados deveriam sair dentre os magistrados advogados e membros do Ministério Público, em proporção numérica a ser estabelecida. A Corte Constitucional poderia ficar com a jurisdição, entre outras matérias, de julgamento dos conflitos de atribuições entre os três Poderes e entre os Tribunais Superiores; ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; os litígios entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal ou entre uns e outros; as ações em que mais da metade dos membros do STJ estejam impedidos; o mandado de injunção pela falta de norma reguladora do Congresso etc. etc.

É nessa linha de sugestões que se coloca o pensamento da OAB.

O novo Superior Tribunal de Justiça passaria a ser, também, segundo a proposta da OAB, o órgão de cúpula do Judiciário, herdando quase todas as atuais atribuições do STF, mantendo, ainda, as atribuições previstas des-

de 1988. E para tanto teria o número de seus membros substancialmente ampliado.

Quanto à celeridade dos processos, propõe a OAB inserção entre os direitos e garantias fundamentais (artsº. CF) de prerrogativa de razoável duração do processo judicial, medida esta, de difícil atendimento, quando se sabe que imprevisíveis circunstâncias, independentes da vontade do julgador e da indicação dos prazos processuais, poderão desfazer qualquer previsão formal de duração dos processos. Todas essas sugestões partidas da OAB serão submetidas à Comissão de Reforma do Judiciário da Câmara dos Deputados, juntamente, é de se supor, com as demais propostas das entidades jurídicas, aqui, referidas.

Mais consentânea com a realidade é a sugestão pensada pela AMB e pela AJURIS do Rio Grande do Sul para combater a morosidade do trânsito processual, que é a previsão de multa, a favor da parte prejudicada, pelo exercício abusivo (protelatório) dos recursos judiciais.

Aproximando-se da opinião da OAB, a AMF (e AJURIS) acolhem a criação do Conselho Nacional de Administração da Justiça, com as atribuições de ordem disciplinar, de planejamento e de gerenciamento administrativo, podendo ser acionado pelo Ministério Público e pela OAB.

Em respeito à “súmula vinculante”, tanto a OAB quanto a AMB e as Associações de Juízes a repelem e apresentam, em sua substituição, a que seria a “súmula impeditiva de recurso”. Ela permitiria o recurso somente nos casos em que o acórdão do Tribunal acolher tese diferente da adotada pelo STF, possibilitando, em caráter excepcional, quando adotada a tese sumulada, a arguição de relevância de questão jurídica, econômica, política e social, que justifique o reexame da matéria sumulada.

Com certas modificações são as sugestões interpostas para a instituição da súmula impeditiva de recurso pela OAB.

Harmonizam-se, também, as entidades dos advogados e juízes no que concerne à extinção dos juízes classistas da Justiça do Trabalho e na criação e expansão dos juzizados especiais, a serem instituídos também na Justiça Federal e na Justiça Trabalhista. Seria esta medida inteligente para sumariar e acelerar a prestação jurisdicional nestes foros, desobstruindo, eficazmente, os canais congestionados de processos, das juntas e Tribunais do Trabalho.

Outra proposta, bastante interessante, sugerida pela AMF e AJURIS, é a co-participação do Supremo Tribunal Federal na indicação de

seus ministros, mediante elaboração de lista sextupla, para a indicação, pelo Presidente da República, do nome a ser submetido à aprovação pelo Senado. Os critérios hoje previstos na Constituição para a elaboração da lista seriam mantidos. São eles: notável saber jurídico, reputação ilibada e idade entre 35 e 65 anos. Esta proposta é extremamente pertinente e viria coibir a nomeação de pessoas, pelo Chefe do Executivo, que, nem sempre são dotadas das virtudes exigidas pela Constituição, mas por circunstâncias de ordem política, estranhas às exigências de uma boa qualificação da mais alta corte de Justiça do País. Seria a forma acertada de despolitizar a seleção dos membros do STF.

A eleição direta pelos membros dos Tribunais do Órgão Especial, bem como a eleição direta pelos juízes vitalícios, para os órgãos diretivos dos Tribunais, pensada pelas associações dos magistrados é outra sugestão que viria democratizar, talvez para melhor, a estrutura do Poder Judiciário.

Sobre a Justiça do Trabalho é preciso que se acrescente alguma coisa no que se refere às reformas para ela preconizadas, no âmbito da Reforma que está em debate no Judiciário. Apenas as formulações principais que estão sendo pensadas pelos advogados e magistrados a respeito, pois este é um capítulo que pode merecer um outro trabalho tal a importância do tema. Até agora, apenas o que se fez consenso entre todos, é a extinção dos juízes classistas em todas as instâncias, providência que há muito já era para ser efetivada. Menciona-se como aconselhável, também, a extinção do Tribunal Superior do Trabalho, medida esta, que ainda não conseguiu consenso entre os reformistas. No caso de ser extinto o TST, podar-se-á uma 3ª instância na Justiça do Trabalho, encurtando o trânsito embromante dos processos e se regionalizaria, nos Tribunais Regionais do Trabalho, o término final recursal da prestação jurisdicional trabalhista, o que seria uma economia de tempo, esforço, despesa e burocracia na estrutura da justiça trabalhista.

O que parece uma radicalização inadmissível é a proposta sugerida pelo Sen. Antônio Carlos Magalhães de suprimir, pura e simplesmente, a Justiça do Trabalho, remetendo à Justiça Federal toda a carga de processos que lhe é afeta. Seria, como bem frizou o Presidente da OAB, pretender-se colocar Porto Alegre dentro de Gramado. Extinguir a Justiça do Trabalho, pensando que isso viria terminar com os problemas de ordem trabalhista, é pura ilusão. As relações trabalhistas e os conflitos entre capital e traba-

lho, entre patrões e empregados não deixarão de existir por essa simples transplantação pensada pelo ilustre Senador. Nem mesmo se aumentariam a celeridade dos processos e a perfeição das respectivas sentenças. Ao contrário, ocorreria o pior, com prejuízo da prestação jurisdicional, quer das questões trabalhistas, quer das demais causas atualmente da competência da Justiça Federal, face ao acúmulo invencível de processos que abarrotaria as prateleiras desta última.

De outra parte, as relações trabalhistas e questões dela conseqüentes é matéria específica e diferenciada dentro do Direito, por sua natureza e singularidade, exigindo um foro específico e processo específico de definição e solução das demandas decorrentes do Direito do Trabalho. Por isso foi criada a Justiça do Trabalho, como ocorreu com a Justiça Eleitoral e a Justiça Militar etc. E além disso exigiria, essa estranha simbiose judicial, uma custosa e longa reciclagem dos juízes federais, para se aprofundarem no conhecimento do Direito do Trabalho e se adequarem a uma matéria nova, até então, ausente em sua jurisdição, por ser dispensável ao instrumental jurídico de julgamento das causas que lhe competiam apreciar e decidir.

Essas são as considerações e informações que deveríamos assinalar no presente trabalho, que se fez longo, por se revelar importante para a sociedade brasileira a pretendida Reforma do Poder Judiciário.

Apenas umas considerações para encerrar deseja fazer o signatário do presente trabalho, como um testemunho de sua vivência de 30 anos como Promotor de Justiça e mais tarde como Procurador da Justiça, junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

O esforço de aperfeiçoamento do Judiciário não se consumará com a necessária eficácia se não se complementar com a reformulação e aperfeiçoamento das leis que normatizam as questões jurídicas e os processos judiciais. É sabido que a alegada morosidade da Justiça reside principalmente no cipoal de leis, muitas delas paralelas e contraditórias, que despertam conflitos e complicam a ordem jurídica e de disposições processuais que ensejam um excesso de recursos judiciais que só servem para embromar o desfecho das causas.

Constata-se, também, que o aparelhamento judiciário emperra-se, por delongas burocráticas, em uma estrutura pesada e custosa. E padece, perenemente, de recursos financeiros suficientes para dotar-se com o necessário e eficiente quadro de pessoal e de juízes suficientes para atender a crescente demanda das prestações jurisdicionais. E vem daí a tão falada “morosidade

da Justiça” que tem sua primeira causa na legislação incompetente e no descaso que os governos, já há décadas, vêm devotando ao Judiciário em suas demandas pelas verbas necessárias ao seu desempenho.

Fica aqui este registro que se faz necessário nesse momento em que se busca aperfeiçoar a Justiça brasileira.

Todos queremos e esperamos essa reforma do Judiciário, mas que seja, verdadeiramente, para torná-lo mais ágil, mais eficiente, mais forte e mais justo, pois nele repousa a preservação e a garantia dos direitos de todos os cidadãos. Nele se esteia a firmeza da ordem jurídica e social, permeada, vitalmente, pela tutela do Direito. Ele é o escudo com que se conta, contra os ataques do autoritarismo ou do despotismo. É o ordenador e o harmonizador dos conflitos interindividuais e sociais que se antagonizam e o pacificador das divergências jurídicas da coletividade humana. Se ele se debilita ou se amesquinha é todo o corpo social de um povo que definha e sofre. E sem ele não pode sobreviver o Estado de Direito Democrático.

Não é por nada que a fome e sede de Justiça estão entre as bem-aventuranças proclamadas pelo Cristo no Sermão da Montanha. Na verdade são uma fome e sede inestancáveis que se fazem irreprimíveis no coração dos homens. E há momentos na vida humana nos quais essa fome e essa sede são mais prementes do que a do pão e da água.

Por isso, deve-se pensar na reforma do Judiciário com o mais nobre anseio de, sempre mais, engrandecê-lo e dignificá-lo, pois é nele que repousa a esperança de justiça de toda a nação. ◆

Nota: A REVISTA DA EMERJ tem a satisfação de republicar o artigo do eminente Doutor Pedro Montenegro Barbosa, que aparece na Revista CULTURA E FÉ (nº 85, abril-junho/1999), editada pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural de Porto Alegre (RS), do qual o articulista é 1º Vice-Presidente. O autor aponta a posição de diversas entidades e associações interessadas na matéria e no racional funcionamento dos órgãos judiciários. Trata-se, no momento, de contribuição magnífica e equilibrada sobre a questão em debate há muito na imprensa, mas ainda em discussão no Congresso Nacional e pelo mundo jurídico brasileiro. D.X.G.

Correção Jurisprudencial de Leis Injustas

ÁLVARO HENRIQUE TEIXEIRA DE ALMEIDA
Juiz de Direito do TJ/RJ. Professor de Direito Civil da
Faculdade de Direito de Campos

“Pergunto aos juízes do meu País: o que faríeis perante uma lei que, invocando supostas razões de Estado, instituisse a prostituição obrigatória de nossas filhas e de nossas mulheres, ou que, em nome de pretensos motivos eugênicos, decretasse a mutilação de nossos filhos? Eu procederia exatamente como vós. Se fosse juiz, recusar-me-ia também, apoiado na Constituição, a colaborar em tão monstruosa iniquidade.”

1. **Apresentação do tema** - A indagação acima transcrita, formulada pelo jurista JOSÉ CARLOS MOREIRA¹, exterioriza uma situação que, indubitavelmente, ante a monstruosidade que revela, inquieta o espírito, na medida em que a simples cogitação do advento de uma lei nos moldes imaginados, nos faz experimentar uma sensação de repugnância e revolta.

E tais sentimentos afloram por força de uma reação do espírito contra a injustiça que esta hipotética lei encerra.

Com efeito, a hipótese imaginada se apresenta adequada a ilustrar e exemplificar este nobre sentimento humano, que é a aversão a injustiça.

E assim é, pois, em sua eterna busca pela felicidade, o bem maior que o homem almeja alcançar é a justiça, razão pela qual tudo aquilo que obsta o alcance de tal objetivo é em seu íntimo, repudiado.

Frente a tais considerações, perguntar-se-ia, por consequência, em caráter preliminar, o que é a justiça, este bem maior que o homem tanto anseia e que tanto inquieta seu espírito quando não alcançada ou violada.

Tal indagação persegue o homem em toda a sua história. “Nenhuma outra questão foi tão passionalmente discutida; por nenhuma outra foram derramadas tantas lágrimas amargas, tanto sangue precioso; sobre nenhuma

¹ *Oração de Sapiência (na abertura solene da Universidade no ano lectivo de 1957-1958)*, Boletim da Faculdade de Direito, 1958, Vol. XXXIV, p. 16.

outra, ainda, as mentes mais ilustres - de Platão a Kant - meditaram tão profundamente. E, no entanto, ela continua até hoje sem resposta. Talvez por se tratar de uma dessas questões para as quais vale o resignado saber de que o homem nunca encontrará uma resposta definitiva; deverá apenas tentar perguntar melhor²².

O presente trabalho não tem por escopo adentrar em tão complexa questão filosófica. O registro acima consignado, que exterioriza o pensamento de KELSEN quanto a certeza de que o homem jamais encontrará uma resposta definitiva sobre esta difícil questão pertinente à conceituação da justiça, faz-se relevante, em nossos estudos, na medida em que nos leva à conclusão de que, sendo impossível conceber uma definição única e verdadeira sobre o que realmente vem a ser a justiça, tal impossibilidade, por consequência lógica, também se estende ao seu antônimo: a injustiça.

De fato, se as fórmulas conceituais de justiça se apresentam vazias³, por suas imperfeições, igualmente as são as que tentam demonstrar o que é a injustiça.

Neste passo, se não se sabe o que é justo ou injusto, como qualificar um fato, uma situação ou mesmo uma lei como justa ou injusta? Como alcançar o bem maior - a justiça -, que o homem tanto almeja, se não sabe efetivamente o que é?

As questões postas se apresentariam sem solução, intransponíveis mesmo, se não fosse pelo fato de o homem possuir, em sua essência, um mecanismo natural de defesa, que lhe assola o espírito e, por consequência, o faz reagir frente a uma situação de injustiça.

Com efeito, o homem não sabe definir a justiça, mas sente a injustiça.

A injustiça é sensorial, é experimentada, é fato gerador da inquietação do espírito; provoca reação, alimenta a luta pela justiça, pois embora o homem não saiba defini-la, sabe, por sentir, que seu espírito só encontra repouso no seio da justiça e que ela somente é alcançada após o extermínio daquilo que o inquieta, que o incomoda e o transtorna - a injustiça.

² Hans Kelsen, *O que é justiça?*, São Paulo, Ed. Martins Fontes, 1977, p.1.

³ A expressão “fórmulas vazias da justiça” é empregada por Hans Kelsen, em sua ob. supracitada, pp.14/18, justamente para exteriorizar as dificuldades de se construir um conceito de justiça ante a impossibilidade de se responder, com objetividade e sem divergências, sobre o que é justo, culminando o jurista alemão por concluir o seu artigo, após a análise crítica de vários posicionamentos a respeito de tal questão, de se encontrar absolutamente ciente de não ter respondido à indagação pela qual iniciou o seu ensaio - o que é justiça?

Desta forma, a ausência de conceitos unívocos e inquestionáveis sobre o que é a justiça não impede a luta do homem pela sua conquista, levando-o, por consequência, a reagir frente a uma situação, fato ou mesmo uma lei injusta.

Esta reação se dá, como é óbvio, em menor ou maior intensidade, dependendo das especificidades de cada indivíduo, mas, como já restou consignado, o que a provoca é a violação do bem maior que o homem almeja alcançar e assegurar- a justiça. Assim sendo, se um fato, ou mesmo uma lei, inquieta o espírito, por contrariar o sentimento ético da generalidade das pessoas, ante a mácula da injustiça, deve a mesma ser repudiada, para aquietação do espírito e restabelecimento da justiça.

Não foi por outro motivo, pois, que o professor coimbrão, ao responder a pergunta por ele próprio formulada, o fez com uma afirmativa no sentido de que agiria da mesma forma que todos os seus ouvintes, ciente, de antemão, de que todos comungavam do seu pensar, e assim procedeu ante a certeza da existência da injustiça, por exteriorizar aquela hipotética disposição legal um comando contrário ao sentimento ético da generalidade das pessoas, inquietando o espírito e provocando a reação para o restabelecimento da justiça.

Em que pese o extremismo do exemplo, inimaginável de ser concretizado no seio das sociedades contemporâneas, estruturadas sob as diretrizes de um Estado de Direito, a verdade é que se apresenta tal exemplo apto a demonstrar o sentimento de aversão que uma lei iníqua pode provocar nos corações dos homens.

E tal aversão é de tamanha grandeza que outra consequência não poderia advir que não a aniquilação desta lei por inevitável rejeição de sua aplicabilidade. Como assevera SABATÉ, *“La iniquidad no tiene absolución. Si hay alguna ley inicua, cuya maldad resulta también evidente, no hay ni principio de justicia ni principio de orden que la salve. Esa ley no debe ser aplicada”*⁴.

⁴ Edgardo Fernández Sabaté, *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1984, p. 225. Ainda sobre lei iníqua, aduz o autor que “el órgano legitimado para oponerse a una tal ley es cualquier ciudadano, siempre que no incurra en temeridad, la cual no es valentía sino estupidez. Los legisladores deben derogarla al punto, los jueces declararla inicua. El misterio de iniquidad ya está obrando en el mundo, dice San Pablo. Quien conozca la historia sentira que a veces la iniquidad es tangible y llena el corazón de angustia”.

Com efeito, ante a manifesta iniquidade de uma lei, tal como a observada no exemplo do professor lusitano ou a encontrada numa suposta lei que estabelecesse a escravidão ou excluísse da educação primária certa categoria de pessoas por razão de raça ou outros casos análogos, outra solução possível não se vislumbra senão a inaplicabilidade de tais leis, até porque não resistem as mesmas a uma superficial análise quanto a constitucionalidade.

De fato, as Constituições dos Estados contemporâneos, notadamente as do mundo ocidental, estruturadas sob uma ordem democrática e voltadas para a efetiva concretização dos princípios que exaltam os direitos fundamentais do homem, obstam qualquer possibilidade de serem absorvidas pelos respectivos ordenamentos jurídicos sobre os quais imperam, leis manifestamente iníquas, ante o estabelecimento de mecanismos de proteção aos princípios por elas consagrados, já que possível a rejeição de tais leis por declaração de inconstitucionalidade.

Os tribunais portugueses, por exemplo, por força de influência do direito americano, podem, desde 1911, apreciar a inconstitucionalidade das leis e têm mesmo o dever de não aplicar quaisquer normas jurídicas contrárias à Constituição ou aos princípios nela consignados⁵.

O ordenamento jurídico brasileiro não se apresenta como exceção, eis que possível se faz também, pelos tribunais, o controle da constitucionalidade das leis, seja através do conhecimento de uma “ação direta de inconstitucionalidade”, de competência do Supremo Tribunal Federal, seja pelo controle indireto, exercido pelos juízes, frente ao caso concreto. Assim sendo, é possível o entendimento, por parte dos juízes de primeiro grau, quanto a inconstitucionalidade de um dispositivo de lei, no âmbito da ação que analisa.

Neste passo, pacífico o entendimento da possibilidade da rejeição de uma lei, pelo intérprete aplicador do Direito, quando essa mesma lei afrontar o texto constitucional, violando os princípios nele consagrados.

Em assim sendo, parece-nos que mesmo entre os mais ardorosos positivistas, dúvidas não existem quanto a tal possibilidade, notadamente quando manifesta a iniquidade que a lei encerra, como nos exemplos acima citados.

⁵ Cf. José Carlos Moreira, ob. cit., p.15.

O problema da lei injusta se apresenta relevante e se constitui efetivamente em objeto de inflamada discussão, nos casos em que a injustiça que macula a lei não é manifesta ou generalizadamente sentida, mas, pelo contrário, só se faz realmente sentir frente a um determinado caso concreto ou por força de circunstâncias especialíssimas, como no caso de desassociação entre a lei e a realidade social, em razão do “envelhecimento” da norma.

Nestas hipóteses, a rejeição da lei não se pode operar sob o amparo da arguição de sua inconstitucionalidade, pois, *a priori*, ou ao menos visivelmente, a mesma efetivamente não é contrária às diretrizes da Constituição, fato que por si só, no entanto, não impede que a solução pela norma apontada se apresente injusta para aquele certo e determinado caso em análise.

É o caso, por exemplo, das leis que o filósofo argentino SABATÉ denominou de “leis injustas em particular”, pois em que pese o fato de serem justas de uma maneira geral, a aplicação das mesmas em alguma situação particular gera um resultado injusto⁶.

Com efeito, nestas hipóteses, as divergências doutrinárias são mais intensas e profundas, porque, partindo da questão “injustiça de uma norma”, desdobra-se o debate em outras questões afins, como o papel do juiz, seu dever de obediência à lei e a imperiosa e inafastável necessidade de se assegurar a chamada “segurança jurídica”.

Em assim sendo, a singela pergunta que bem resume a problemática em questão - *O justo é o legal?* - toma contornos de alta indagação filosófica, notadamente porque não se pode ignorar que a referida questão se constitui, em verdade, em um óbice à realização do Direito sob a ótica das tradicionais diretrizes adotadas pelo formalismo e positivismo.

Como nos esclarece o professor MENEZES CORDEIRO, em seu trabalho introdutório à obra de CANARIS, “o juspositivismo detém-se perante a questão complexa mas inevitável das normas injustas. Desde logo, a idéia de “injustiça” duma norma regularmente produzida é de difícil - quíçá impossível - representação para as orientações que, do *jus positum*, tenham

⁶ Edgardo Fernández Sabaté, ob. cit., p. 224. Ao dissertar sobre o tema, assevera o jurista que “hay leyes que son justas en general, pues el legislador ha hablado en términos muy comunes y no ha previsto alguna situación particular en la cual su aplicación al pie de la letra es injusta”.

uma concepção auto-suficiente: falece uma bitola que viabilize o juízo de “injustiça”. De seguida, falta, ao positivismo, a capacidade para, perante injustiças ou inconvenientes graves no Direito vigente, apontar soluções alternativas”⁷.

Da lição do eminente professor da Universidade de Lisboa extraem-se, desde já, duas considerações que se apresentam relevantes. A primeira é a que se refere à adjetivação dada ao tema, pois ao tratar a questão das normas injustas como “questão complexa”, revela-nos o jurista a dificuldade existente para o encontro de soluções uniformes para o problema que tal questão encerra, o que nos autoriza, antecipadamente, a desculpar-nos pela deficiência deste trabalho que não possui, em hipótese alguma, a pretensão de abordar tão complexo tema em toda a sua inteireza. A segunda consideração é que a dificuldade encontrada pelas posturas formalistas e positivistas no trato da questão ora em pauta, que nos revela a insuficiência das mesmas perante as necessidades da efetiva realização do Direito, não se constituem, em absoluto, na impossibilidade desta realização, pois esta não se detém: obrigado, pela proibição do *non liquet*, a decidir, o julgador encontrará sempre uma qualquer solução⁸.

Partindo-se, pois, da necessidade inafastável de se apresentar uma solução, chegamos ao cerne da discussão ou ao núcleo do problema, que se refere justamente ao posicionamento do intérprete frente à norma injusta e à natureza da solução pelo mesmo a ser adotada.

O presente trabalho tem por escopo, pois, apresentar, despretensiosamente, algumas considerações a respeito da questão das normas injustas e o respectivo tratamento que às mesmas deve ser dispensado pelo intérprete aplicador do Direito.

E este tratamento, entendemos, deve ser, sempre, rigorosamente científico. O Direito é uma ciência e, como tal, deve ser analisado, estudado e aplicado, pois somente enquanto ciência é que o Direito nos diz o que é justo ou injusto.

Com efeito, o Direito é, em primeiro lugar, uma ciência, embora secundariamente seja, também, uma técnica destinada a alcançar umas coisas

⁷ Introdução à edição portuguesa da obra de Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 2.^a ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, pp. XXII/XXIII.

⁸ Cf. Menezes Cordeiro, *ibidem*.

e a evitar outras, sendo certo constituir erro grave considerar como principal o aspecto técnico, sendo maior erro ainda julgar o Direito unicamente como uma técnica. E como técnica é que as orientações positivistas (sobretudo na sua forma legalista) encaram o Direito, concepção esta, que leva a uma tecnização do Direito pela qual o homem é uma *res* como outra qualquer, resultando daí o “totalitarismo da lei”, em detrimento do homem⁹.

Não se nega que o aspecto técnico que o Direito encerra tem a sua importância, mas o que é inadmissível é deixar tal aspecto se sobrepor ao científico, que deve sempre preponderar, por ser o que verdadeiramente revela a essência do Direito.

Sobre o tema refletiu SEBASTIÃO CRUZ, lecionando o romanista português que “segundo se deduz dos dois fragmentos de ULPIANUS¹⁰, o Direito tem, por conseguinte, um aspecto científico e um aspecto técnico. O saber-jurídico é, pois, algo complexo - ciência e técnica. O Direito, como ciência, diz-nos *o que* é justo ou injusto; como técnica, ensina-nos *o como*; diz-nos *como* alcançar o justo e *como* evitar o injusto; *como* obter para os indivíduos e para a colectividade a máxima *utilitas* compatível com a convivência humana, já que o Direito aparece introduzido (é preciso nunca perder isto de vista!) *pro utilitate hominum*. As leis são feitas para o homem e não foi o homem feito para as leis”¹¹.

E foi com o pensamento voltado para a cientificidade do Direito que desenvolvemos as breves considerações contidas nesse nosso modesto trabalho, através do qual procuramos demonstrar que o Direito, enquanto Ciência, não se confunde com o direito legislado, sendo certo ainda que, como assevera RICARDO PEREIRA LIRA¹², “o direito justo não se exaure na positividade da lei”, tornando-se possível, pois, no processo da realização do Direito, por uma interpretação criativa, encontrar soluções que permitem a correção das normas injustas, afastando a iniquidade que resultaria da

⁹ Cf., Sebastião Cruz, *Direito Romano*, 4ª ed., Coimbra, 1984, v. I, pp. 283-4.

¹⁰ Citado por Sebastião Cruz, que reproduz os fragmentos no original, apresentando, ainda, notas quanto às traduções (ob. cit., p. 281): - (*lib. 1 Regularum*), *D. 1,1,10,2: Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia [,] iusti atque iniusti scientia*. (A *iurisprudentia* é a ciência do justo e do injusto, tendo como pressuposto certas coisas divinas e certas coisas humanas). - (*lib. 1 Institutionum*), *D. 1,1,1pr.: Ius est <etiam> ars boni et aequi*. (O Direito é (também) arte (técnica) do bom e do equitativo).

¹¹ Ob. cit., p.284.

¹² *A Aplicação do Direito e a Lei Injusta*, Quaestio Iuris, Revista Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, maio/agosto 1997, v. 2 (Seção Temática).

mesma, em caso de aplicação nos moldes consagrados pelas construções tradicionais ditadas pelo formalismo e positivismo.

E justamente por essas construções tradicionais não apresentarem solução para a problemática pertinente à questão das normas injustas é que optamos por iniciar nossos estudos com breves comentários a respeito dos óbices do positivismo e formalismo, passando, a seguir, a dissertar a respeito da “missão de julgar”, em que procuramos demonstrar o relevante papel social do julgador e a importância de sua independência para o bom cumprimento de seu encargo de distribuir a justiça através da realização do Direito efetivada mediante uma interpretação criativa. Numa quarta etapa, a questão das normas injustas é analisada sob as luzes da Ciência do Direito, oportunidade em que, procuraremos demonstrar, sucintamente, quanto à real possibilidade de incidência de uma norma que se apresenta injusta e, por conseguinte, a possibilidade de ser a mesma rechaçada pelo intérprete através da realização do Direito estruturado cientificamente, ante o sistema que informa a ciência jurídica. Por derradeiro, trazemos, a título de conclusão, decisões de Tribunais que bem exemplificam a possibilidade da correção jurisprudencial das leis injustas, fazendo-se necessário anotar que a pesquisa jurisprudencial foi realizada tão somente tendo em linha de conta o ordenamento jurídico brasileiro.

Sem grandes pretensões, esta é, pois, a proposta de nosso trabalho.

2. Os óbices do positivismo e formalismo - Para o positivismo jurídico a questão da justiça está além do Direito, pois este, em verdade, identifica-se com a ordem normativa dominante, produzida ou reconhecida pelo Estado. E essa ordem, que traduz segurança, estabilidade, corporifica uma justiça possível. O Direito, assim visto, restringe-se, pois, ao direito legislado.

Nesta concepção, pois, a questão da justiça se apresenta como questão metajurídica ou essencialmente filosófica¹³, eis que tal questão se consubs-

¹³ Sobre o tema, Menezes Cordeiro, ob. cit., pp. XIII/XIV, baseando-se em T. Tsatsos (*Zur Problematik des Rechtspositivismus*, 1964, 9-11), assevera que “os positivismos jurídicos, seja qual for a sua feição, compartilham o postulado básico da recusa de quaisquer “referências metafísicas”. O universo das “referências metafísicas”- ou “filosóficas”(HECK) - alarga-se com a intensidade do positivismo: são, sucessivamente, afastadas as considerações religiosas, filosóficas e políticas, num movimento que priva, depois a Ciência do Direito de vários de seus planos. No limite, cai-se na exegese literal dos textos, situação comum nos autores que consideram intocáveis as fórmulas codificadas(...)”.

tância em preocupação exclusiva dos filósofos, pois é vedado ao jurista o exame da razoabilidade da norma estatal. Ao jurista cabe aplicar a regra, ainda que inadequada, ultrapassada ou mesmo arbitrária...Enfim, o juiz deve aplicar a lei, ainda que convencido da injustiça da solução por ela ofertada.

Nesta linha de pensamento, por exemplo, situa-se a construção formulada pelo jurista italiano GIORGIO DEL VECCHIO, pois procurando um fundamento racional do Direito, quando disserta sobre o respeito da legalidade e a luta pela justiça assevera que “o intérprete, antes de tudo, ater-se-á à lei *como ela é*, e não à lei *como ela deveria ser* segundo certos princípios. O contrário comprometeria a unidade do sistema jurídico, levando a confundir o *jus conditum* e o *jus condendum*, a função do juiz com a do legislador, e roubando assim ao direito positivo aquela certeza que ele, como tal, não pode dispensar”¹⁴.

Mais adiante o jurista italiano reconhece que o sistema jurídico frente ao positivismo é só aparentemente fechado, pois tem, na realidade, as suas válvulas, os seus meios naturais de renovação, transformação e crescimento, ante a larga margem de arbítrio que as formulações do direito positivo deixam ao intérprete que, no entanto, jamais poderá desconhecer a elementar exigência de, mesmo perante ordenamentos injustos, dever primeiro recorrer-se a esses meios, de preferência a querer destruir de ânimo leve, algo que dificilmente se pode construir.

Em conclusão afirma DEL VECCHIO: “onde, porém, aliás, todos os meios possíveis, a fim de conseguir realizar uma certa justiça dentro do âmbito e na forma da legalidade, se revelarem insuficientes, nesse caso a crise de consciência do juiz só poderá, nos casos mais graves, achar uma solução: renunciar ao ofício”¹⁵.

Deste posicionamento não diverge FRANCESCO FERRARA que, em sua obra *Interpretação e Aplicação das Leis*¹⁶, nega a possibilidade da lei injusta ser rechaçada pelo intérprete aplicador do Direito.

Afirma o jurista que “decerto o juiz nem sempre pode dar satisfação às necessidades práticas, limitando-se a aplicar a lei; alguma vez se encontrará

¹⁴. *Lições de Filosofia do Direito*, 5ª ed., Coimbra, Arménio Amado - Editor, sucessor, Coimbra, 1979, pp. 587-8.

¹⁵. *ibidem*

¹⁶. 4ª ed., Coimbra, Arménio Amado - Editor, sucessor Coimbra, 1987.

em momentos trágicos de ter de sentenciar em oposição ao seu sentimento pessoal de justiça e equidade, e de aplicar leis *más*. Tal é, porém, o seu dever de ofício. Na reforma das leis, na produção do direito novo, pensam outros órgãos do Estado: ele não tem competência para isso”¹⁷.

Aduz ainda FERRARA, baseando-se em HELLWIG (*Lehrbuch*, I, pág.155), que “só com esta condição se pode alcançar aquela objetiva segurança jurídica que é o bem mais alto da vida moderna, bem que deve preferir-se a uma hipotética proteção de exigências sociais que mudam ao sabor do ponto de vista, ou do caráter, ou das paixões do indivíduo. Esta é a força da justiça, a qual não é lícito perder, se não deve vacilar o fundamento do Estado; mas esta é também a sua fraqueza, a qual nós devemos pagar, se quisermos obter a inestimável vantagem de o povo nutrir confiança em que o direito permaneça direito”¹⁸.

Como se observa, tais pensamentos afastam o Direito da justiça e esta construção teórica, que se consubstancia no formalismo legal, foi agravada pela influência, ainda hoje muito forte, de HANS KELSEN.

Com efeito, não se apresentaria lícito neste quadro de considerações positivistas olvidarmo-nos de HANS KELSEN, teórico nascido em Praga e que realizou seus estudos e desenvolveu suas teorias em Viena.

E a menção ao jurista se faz não só pela importância de sua obra, como também, e particularmente, face à profunda influência da mesma no Brasil e em toda a América Latina.

A importância da obra de KELSEN é unanimemente reconhecida por juristas de todo o mundo, sendo inegável a contribuição dada pelo mesmo, muito importante, para que a Constituição penetrasse no mundo jurídico, com a mesma força que existia no mundo político.

Com efeito, “prosseguindo na linha desenvolvida por vários juristas alemães, que procuraram enquadrar juridicamente as ações do governo e da administração pública - do que resultou a Teoria Geral do Estado, de Georg Jellinek - Hans Kelsen desenvolveu uma teoria constitucional tendo por base a Constituição como lei fundamental e suprema do Estado. E complementando essa teorização, preocupou-se com a efetiva aplicação das normas constitucionais como superiores e condicionantes de toda a legislação. A

¹⁷ Ob. cit., p.174.

¹⁸ *ibidem*.

contribuição político-jurídica de Kelsen completou-se com sua influência para a criação e a fixação das competências de uma Corte Constitucional”¹⁹.

Apesar da importância dessa contribuição, esclarece-nos DALMO DE ABREU DALLARI, professor da Universidade de São Paulo que, no entanto, “o que se divulgou na América Latina, inclusive no Brasil, foi sua concepção “normativista” do direito, defendida e aplicada de modo apaixonado por juristas e profissionais do direito, muitos dos quais se revelaram mais radicais do que o autor da teoria. De qualquer modo, criou-se e ainda se mantém um “Kelsenismo” que exerceu e continua exercendo grande influência (...)”²⁰.

Leciona ainda o mencionado professor que, “pretendendo “purificar” o pensamento jurídico e livrá-lo das antigas especulações filosóficas abstratas, bem como da influência então crescente da sociologia, Kelsen construiu uma “teoria pura do direito”, ou teoria normativa, que afastou os fundamentos filosóficos e sociais e reduziu o direito a uma simples forma, que aceita qualquer conteúdo. Esse aspecto é contraditório na obra de Kelsen, pois em sua teoria, o fundamento primeiro do direito é uma “norma fundamental hipotética” que, segundo ele próprio, poderia ser a idéia de justiça. A partir daí se definem regras básicas para a sociedade, que compõem uma “constituição teórica”, a qual, por sua vez, será o fundamento da “constituição positiva”, que deve ser formalmente declarada e aprovada. O que não estiver nela ou for contra ela não existe para o direito e, por consequência, todo o direito se resume ao direito positivo”²¹.

Para os adeptos dessa linha de pensamento o direito se restringe ao conjunto de regras formalmente postas pelo Estado, seja qual for o seu conteúdo, resumindo-se nisso o chamado positivismo jurídico que tem sido praticado em vários países europeus e em toda a América Latina. “Desse modo”, conclui o renomado professor paulista, “a procura do justo foi eliminada e o que sobrou foi um apanhado de normas técnico-formais, que, sob

¹⁹. “Dalmo de Abreu Dallari, *O Poder dos Juízes*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1996, p.82.

²⁰. ob. cit., p.82.

²¹. *ibidem*.

a **aparência de rigor científico**, reduzem o direito a uma superficialidade mesquinha”²².

Do exposto, constata-se que, efetivamente, sob a ótica do formalismo e do positivismo, a problemática pertinente à questão das normas injustas não encontra solução, o que revela a insuficiência de tais construções, insuficiência essa de natureza grave, o que autoriza a perpetuação de situações injustas, acobertadas sob a aparência da legalidade.

3. A missão de julgar - Registra a história que a missão de julgar sempre foi entendida pelos mais diversos povos da antiguidade como a mais nobre de todas as missões, de tal modo que a ligaram, geralmente, à liturgia cultural e à invocação da vontade dos deuses. Como nos esclarece SOARES MARTÍNEZ “não haveria julgamentos válidos que não fossem presumivelmente do agrado da divindade. Por isso, o juiz - chefe, feiticeiro, rei, ou seu delegado - havia de ser ungido do Senhor, que, através dessa unção, materialmente realizada pelos sacerdotes de maior grau hierárquico, lhe comunicaria as virtudes cardeais de que carecia para julgar. A exigência parece justificada pelas qualidades que hão de concorrer no julgador e pelas responsabilidades que sobre eles impendem”²³.

Com efeito, a nobre missão de julgar, ante a incomensurável responsabilidade que da mesma emana, sempre foi, pelos povos antigos, considerada como missão outorgada pelo divino, daí o porquê de se afirmar que, historicamente, o direito não nasceu da justiça, mas brotou da idéia de religião, e não era concebido fora desse âmbito²⁴.

E tanto era assim que a missão de julgar era confiada aos religiosos. Durante muito tempo, em Roma, por exemplo, os pontífices foram os únicos juriconsultos, sendo as leis coisa sagrada. “Mesmo na época em que se admitiu que a lei pudesse resultar da vontade de um homem, ou dos sufrágios de um povo, ainda então se considerou indispensável a consulta da religião, e que esta, pelo menos, autorizasse. Em Roma não se acreditava na unanimidade de sufrágio como suficiente para promulgar a lei: tornava-se

²² *ibidem* - o grifo é nosso.

²³ *Filosofia do Direito*, 2ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1995, p. 701.

²⁴ Cf. Fustel de Coulanges, *A Cidade Antiga*, 3ª ed., São Paulo, Martins Fontes Ed. Ltda., 1995, pp. 196-203.

ainda necessário ter sido aprovada a decisão do povo pelos pontífices, e que os áugures atestassem a sanção dos deuses pela lei proposta”²⁵.

Com a evolução do pensar jurídico, operou-se a desassociação entre o direito e a religião ou, por outros termos, a laicização do primeiro, mas isto não quer dizer, em absoluto, que se retirou da missão de julgar a dignidade e nobreza que sempre lhe foi inerente e tampouco se liberaram os julgadores da responsabilidade do seu mister.

Pelo contrário! Com a exclusão do fator religião, antes considerado como único pilar de sustentação da validade dos julgamentos, avulta a responsabilidade do julgador perante seus semelhantes, já que o mesmo não poderá mais se escudar na “vontade dos deuses” para justificar eventuais iniquidades de suas decisões.

Ademais, inegável é a natureza social do homem, não sendo por outro motivo, pois, que Aristóteles o definiu como um animal político, uma vez que o viver em sociedade é uma exigência de sua própria natureza, de sua própria essência. Esse “viver em sociedade” se traduz numa verdadeira relação de dependência, que Dürkheim chamou solidariedade, pois o homem, impotente para, por si só, preencher todos os seus fins ou satisfazer as suas múltiplas necessidades, vê-se forçado a procurar a cooperação dos outros homens²⁶.

Neste contexto, a missão de julgar se consubstancia num dos mais nobres meios de cooperação, pois cabendo ao julgador a incomensurável responsabilidade de aplicar o Direito, distribuir e concretizar a Justiça, compete a ele, no seu ofício de solucionar conflitos, promover a pacificação social, conferindo à toda sociedade, a ordem, a tranqüilidade, o equilíbrio e a paz, elementos indispensáveis para a conquista do objetivo comum a todos os homens: a felicidade.

Com efeito, “em todos os tempos a felicidade dos povos mais dependeu da justiça na apreciação dos méritos e deméritos de cada um do que das glórias e da prosperidade. Porque mais facilmente se suportam as adversidades, quando o equilíbrio dos julgamentos parece comum, do que os agravos não reparados, no meio de todos os esplendores”²⁷.

²⁵ Fustel de Coulanges, ob. cit., p. 199. Em nota explicativa o autor, citando Dionísio, esclarece-nos que “a regra, muito rigorosamente observada no primeiro século da república, desapareceu mais tarde, ou mesmo foi suprimida”.

²⁶ Cf. José Carlos Moreira, ob. cit., p.2.

²⁷ Soares Martínez, ob. cit., p. 701.

E para obtenção deste inarredável “equilíbrio dos julgamentos”, exige-se daqueles que detêm o poder de julgar qualidades pessoais que superam o mero conhecimento das leis. A missão de julgar “implica, conforme sempre o entendeu a doutrina tradicional, virtudes pessoais, resolução, serenidade, fortaleza de ânimo, amor da verdade, desinteresse, magnanimidade, que não intimidem os julgadores frente às pressões dos poderosos, sem excluir as dos próprios príncipes”²⁸.

E assim é e tem que efetivamente ser, pois, como noticia SOARES MARTÍNEZ “a experiência histórica, tanto remota como recente, mostra que as sociedades mais freqüentemente são abaladas pela desonestidade, pela ignorância da vida e das reações comuns dos homens, pelas debilidades de senso, dos julgadores, do que pela sua falta de cultura especializada. O juiz menos sabedor, mas reto, dotado de sensibilidade, dominado por um ideal de bem proceder, não destituído de espírito lógico, acaba, através de um trato mais ou menos longo com o ambiente das lides, por suprir as carências de conhecimento. O juiz sabedor das leis, mas movido por sentimentos vis, ou mesquinhos, será tentado a pôr a própria ciência a serviço da sua iniquidade, que, por isso, melhor saberá esconder. Em consequência, mais interessará à conservação das sociedades que se cuide da retidão do que da sabedoria daqueles a quem é confiada a missão de julgar, cuja nobreza corre necessariamente paralela com as qualidades morais”²⁹.

Vê-se, pois, que a história registra a imperiosa necessidade que os povos têm de confiar nos seus juízes, o que reclama deles excepcionais qualidades que efetivamente lhes proporcione meios de concretizar o seu verdadeiro mister, qual seja, o de perseguir o justo, o de realizar a justiça.

E, para tanto, como visto, não basta ao juiz ser detentor tão somente de cultura jurídica. O juiz deve ser um homem de seu tempo, sensível aos reclames sociais, profundo conhecedor da realidade que o cerca, ouvidor dos anseios do povo, defensor do Direito, que é o objeto da justiça³⁰ e com

²⁸ Soares Martínez, ob. cit., p. 703.

²⁹ Ob. cit., p. 710.

³⁰ Cf. São Tomás, *Tratado da Justiça (Texto constante de Summa Theologica)*, Porto, RÉS - Editora Ltda., pp. 5-7. Assevera S. Tomás, quando de suas reflexões *se o direito é objeto da justiça* que “a justiça apresenta como característica, entre outras virtudes, o ordenar o homem em tudo o que se refere aos outros. O que supõe uma certa igualdade, como o demonstra o mesmo nome. Pois é costume chamar-se “ajustar” ao adequar duas coisas; é que a igualdade refere-se sempre aos outros. Todas as outras virtudes aperfeiçoam o homem naquilo que lhe corresponde em si mesmo. Por isso julgamos o que está correto nas outras virtudes, segundo aquilo que essas virtudes têm como objeto próprio, e encontramos sempre o objeto no que convém ao próprio agente. Em vez de, ao falarmos das obras da justiça, nos fixarmos

a lei não se confunde.³¹ Enfim, o juiz deve voltar a sua atenção para o justo. A simples aplicação da lei não é sua atividade fim. A missão de julgar tem por escopo a concretização da justiça.

Não é por outro motivo, pois, que as leis antigas, até o século XVIII, costumavam recordar, insistentemente, quanto cumpria ao juiz, para que fosse justo,³² o que nos revela não ser nova a idéia de que a missão de julgar não se reduz ao conhecimento da lei.

“Uma visão positivista e de estrito legalismo reduzirá a missão de julgar ao conhecimento das normas aplicáveis e dos princípios na base dos quais essas normas hão de ser interpretadas e completadas, relativamente às zonas lacunares que, porventura, elas não abranjam em termos diretos”³³.

Tal concepção, com efeito, obsta o alcance da justiça, único fim da missão de julgar, pois reduz os julgadores à condição de funcionários, na medida em que dos mesmos se exige tão somente a observância das normas legais, para o que seria indispensável apenas a cultura jurídica, reduzida, por vezes, a uma técnica³⁴.

Ora, a referida visão positivista e de estrito legalismo, ainda hoje por muitos abraçada, apresenta-se equivocada e não resiste a um exame mais aprofundado quando confrontada com a “verdadeira missão de julgar” e com o “verdadeiro saber jurídico”.

E se diz que tal visão sucumbe frente ao “verdadeiro saber jurídico”, pois ela reduz o objeto de estudo do Direito a uma simples técnica, como dito,

apenas em se é conveniente ao sujeito, devemos atentar também em que o seja para os demais. Pois, costumamos chamar obra justa àquela que responde a perguntas de outro; por exemplo, o dar um salário justo por um serviço prestado. Por isso chamamos justo àquilo que mostra a retidão da justiça, e para o qual tende a ação justa; e isso ainda quando não atendamos ao modo como o sujeito atua. Pelo contrário, nas outras virtudes apenas considerarmos correto aquilo que o sujeito faça de determinada maneira. Por isso, o objeto da justiça fica determinado pelo que é em si justo, ou seja, pelo direito, a diferença das outras virtudes. Portanto, é claro, que o direito é objeto da justiça”.

³¹ Cf. Menezes Cordeiro, *Estudos de Direito Civil*, Coimbra, Livraria Almedina, v.I, p. 236. Vide também São Tomás, *ibidem*, pois assevera o Santo: (...) Portanto, a lei não é o direito em si mesmo, para falarmos com precisão, mas somente certa norma de direito”.

³² Cf. Soares Martínez, ob. cit., p. 707.

³³ Soares Martínez, ob. cit., pp. 701-2.

³⁴ Cf. Soares Martínez, ob. cit., pp. 707-9.

sendo certo ser de basilar sabença que a isto não se resume o saber jurídico, eis que o mesmo é algo complexo, por exigir também o conhecimento da ciência, que com a técnica não se confunde³⁵.

De igual forma, tal concepção positivista e de estrito legalismo não se coaduna com as corretas diretrizes da verdadeira missão de julgar, que implica, necessariamente, a liberdade dos julgadores, pois a justiça dos julgamentos só se faz presente, enquanto independentes forem os juízes.

A aludida visão positivista macula a verdadeira missão de julgar, por ferir a independência dos juízes, na medida em que “reduz os julgadores à condição de funcionários, dependentes do poder legislativo, às vezes confundido com o executivo, que acaba por impor-lhes, afinal, a observância de ordens de serviço, desde que gerais e abstratas, revestindo determinadas formas. Tal visão, além de tolher aos julgadores qualquer meio de defesa dos administrados, face às injustiças e às incongruências das leis, muitas vezes avessa a regras fundamentais de direito, também deixa de solucionar todas as questões emergentes da necessidade de definição, de apuramento dos fatos aos quais as normas se aplicam”³⁶.

Com efeito, ausente a independência, a missão de julgar transforma-se em mero automatismo, pois os juízes nada mais serão que meros executores de ordens, o que, indubitavelmente, não corresponde à sua nobre função de distribuir justiça.

Ora, o compromisso do julgador é com a justiça, que só é alcançada se aquele que detém o poder de determiná-la e concretizá-la for completamente independente; o juiz, assim detentor de tal poder, tem que, efetivamente, ser livre, independente, em todos os níveis³⁷, inclusive em relação à lei, se

³⁵ Cf. item 1 supra, quando, com referência a Ulpianus, transcrevemos a lição do romanista português Sebastião Cruz.

³⁶ Soares Martínez, *ob. cit.*, p. 702.

³⁷ Soares Martínez faz uma interessante abordagem a respeito da independência dos juízes, inclusive no que se refere ao fator econômico, pois assevera que “o juiz tem de dispor de um prestígio que, além de lhe facilitar a missão, lhe proporcione também satisfações pessoais, adequadas a minorar-lhe os sacrifícios. Não terão as judicaturas que constituir fonte de fácil, ou rápido, enriquecimento; mas, também no plano material, o juiz não pode sentir-se diminuído, designadamente face aos poderosos, que por ele hão de ser julgados. Não constituirá a situação material dos juízes remédio para a sua corrupção. O juiz iníquo, como o militar que pretenda usar da espada como fonte de renda, não será movido à honestidade por acréscimos de vencimentos, ou de soldos. Mas uma certa condição material será condicionante de vocações, e facilitará a continuidade dos propósitos honestos. Como permitirá a indispensável independência, e uma atitude de à-vontade com solidez bastante para resistir a toda a sorte de tentações. E não apenas as de ordem material. O juiz tem de sentir-se compensado, de todos os sacrifícios, incomodidades e riscos, que suas funções implicam, para serem exercidas com dignidade

esta se apresentar como obstáculo para o fiel desempenho de seu mister.

Para evitar mal-entendidos, seja aqui dito expressamente que não defendemos, em absoluto, o desrespeito à lei ou a gratuita negativa de sua vigência. O que nos parece inadmissível é o julgador se eximir da responsabilidade pelas injustiças e pelos conflitos humanos e sociais que muitas vezes decorrem de suas decisões, escudando-se sob o vetusto apotegma que enuncia ser o juiz “escravo da lei”.

Ora, a responsabilidade pelas conseqüências da decisão é, indubitavelmente, de quem a toma, não nos parecendo correto, ou mesmo ético, transferir tal responsabilidade para o legislador, até porque o comando dele emanado é de caráter geral e abstrato, não possuindo o mesmo condições de prever o resultado prático da aplicabilidade de tal comando frente a um determinado caso concreto, ante as suas especificidades. Só o jurista, o julgador, possui condições de analisar os efeitos da aplicabilidade de uma norma frente ao caso concreto.

Não se ignora que “o legislador vê necessariamente o caso individual como *um* entre *casos idênticos*. Não lhe interessa somente que esse caso *individual* seja decidido com justiça, mas também que todos os casos da espécie sejam decididos da *mesma* maneira, ou seja, segundo uma norma que, segundo as concepções do legislador, é de um modo geral justa e adequada ao seu objeto”³⁸.

Daí as críticas daqueles que se apegam à concepção de que o julgador deve ser um aplicador estrito da lei, sem responsabilidade moral pelas iniquidades que possam estar contidas, com maior ou menor evidência, em suas decisões. Dizem que o juiz não é legislador e que, se não obedecer rigorosamente à letra da lei, desaparece a uniformidade das decisões, objetivo almejado pelo legislador, destruindo-se a certeza do direito e, por

mínima. E parte dessa compensação deverá ter expressão material. Para a maior parte das pessoas não será possível exercer funções de tamanha delicadeza e dedicação, se não se sentirem rodeadas de alguns confortos materiais e, sobretudo, alheadas de preocupações prementes. Nem deverá negar-se ao juiz, de quem tanto se exige, a possibilidade de satisfazer gostos de algum requinte, relativamente dispendiosos, e de sustentar encargos de família compatíveis com esses mesmos gostos. As Repúblicas nunca gastam demasiado com seus juizes, quando conseguem que a justiça seja administrada a bom nível de dignidade”. (ob. cit., pp. 712-13).

³⁸ Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Goulbekian, 1978 (tradução da segunda edição de 1969), p. 395.

conseqüência, provocando, em verdade, injustiças, pelo fato de que o mesmo dispositivo legal terá aplicações diferentes, dependendo das preferências e convicções de cada julgador³⁹.

As críticas são sérias, é verdade, e se constituem, efetivamente, em argumentos que dividem as opiniões dos estudiosos do Direito. Como antes consignado⁴⁰, a problemática pertinente às normas injustas é de extrema complexidade, inexistindo, no atual estágio da evolução do pensamento jurídico, soluções uniformes para a questão ora posta em tela.

Cientes de tal divergência e em que pese a autoridade de muitos que sustentam opinião em contrário, filiamo-nos à corrente daqueles que enxergam a justiça como escopo da missão de julgar, não resistindo as críticas acima enunciadas a uma análise mais detida frente à Ciência do Direito. Vejamos o porquê.

Que o juiz não é legislador, é um fato, sendo certo ainda que tampouco a dignidade e a nobreza do seu ofício, bem como a sua inarredável independência autorizam que o mesmo se substitua ao legislador, mas impõem, como leciona SOARES MARTÍNEZ, “que ele (juiz) seja dominado por preocupações de harmonização dos ordenamentos jurídicos, incompatíveis com a aplicação de normas improvisadas, casuísticas, que, em geral, ou em relação ao caso concreto, *sub judice*, ofendam a sensibilidade e a justiça. Nem de outro modo se entenderá qualquer esboço de divisão de poderes, com todas as reservas que suscitem em ordem a acautelar os administrados relativamente às leis clamorosamente injustas, ou desajustadas, que não sejam sentidas pela comunidade, ou se mostrem inadmissíveis, pelo consenso dos homens doutos, dos homens esclarecidos, entre os quais os juízes hão de incluir-se. Não terão os julgadores que sobrepor os seus critérios pessoais aos dos legisladores, nem pôr em causa preceitos geralmente acatados pelos povos, pela jurisprudência e pela doutrina, mas cabe-lhes evitar a aplicação de normas que, não se beneficiando desse acatamento generalizado, possam ferir interesses legítimos, ou repugnar à consciência comum. De outro modo, o juiz será reduzido à condição de mero executor de ordens tirânicas e absurdas, o que tem acontecido, mas cumprirá evitar”⁴¹.

³⁹ Cf. Dalmo de Abreu Dallari, ob. cit., p.51.

⁴⁰ V. item 1 supra - Apresentação do tema, p.6.

⁴¹ Ob. cit., pp.702-3.

Ademais, não se pode negar que “o legislador que empreende a tarefa de regular numa maneira “ampla” e “exaustiva” determinado setor da vida, só pode tomar aí em consideração *as* circunstâncias que existem, ou que ele pode prever, ao tempo da regulamentação. Com qualquer alteração significativa das circunstâncias, a sua “regulamentação geral” ou se torna incompleta e, portanto, necessita integração, ou revela-se inadequada em relação a determinados fenômenos, faz-lhes “violência”, ofende o sentimento de justiça. Não só a *interpretação*, também uma *integração e conformação* - que compreenda e se ajuste à matéria - da lei que até aí ainda era achada suficiente se torna então uma necessidade objetiva”⁴².

Neste passo, como assevera LARENZ, “o juiz, de modo semelhante ao legislador, é de acordo com a sua própria idéia, *descobridor* e ao mesmo tempo *conformador* do Direito, que ele traz sempre de novo para a realidade num processo *interminável* a partir da lei, *com* a lei e, caso necessário, também *para além* da lei”⁴³.

E assim efetivamente é, pois, como nos explica OSKAR BÜLOW⁴⁴, a lei não poderia, por si, compreender soluções lineares para os litígios possíveis, daí o porquê do jurista alemão asseverar que a atividade judicial não depende exclusivamente da lei, antes, pressupondo por parte do juiz, uma tarefa decisória criativa.

Não há como negar a natureza criativa de uma decisão judicial, pois o julgador, ao exercer a atividade de interpretar a lei, o faz, ainda que inconscientemente, com emprego dos tesouros de engenhosidade, objetivando a elaboração de uma justificação aceitável de uma situação existente. Nesta sua tarefa de estruturar a argumentação, que se consubstancia, em verdade, em esclarecer as razões de sua decisão, o intérprete não aplica os textos legais ao pé da letra, mas antes, volta-se para as finalidades da lei e para todos os demais elementos informadores do sistema jurídico.

Com efeito, o intérprete aplicador do direito, nunca se satisfaz com a norma por si só, isoladamente, pois preocupa-se com o seu conteúdo ético-jurídico e com a sua repercussão social, aprecia o seu sentido e suas

⁴² Karl Larenz, ob. cit., p. 271.

⁴³ *ibidem*

⁴⁴ Citado por Menezes Cordeiro, *Tendências Actuais da Interpretação da Lei: do juiz-autômato aos modelos de decisão jurídica*, Revista Jurídica - AAFDL, n.09 e 10, jan/jun. 1987, p.10.

finalidades, volta suas preocupações para as condições históricas em que surgiu e com o seu desenvolvimento na nossa época⁴⁵.

Conclui-se, assim, ante a realidade fática pertinente ao processo de realização do Direito, inexistir antítese entre interpretação judiciária da lei e criatividade dos juízes. “Encontra-se implícito, em outras palavras, o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está insito certo grau de criatividade”⁴⁶.

E assim é porque “por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu “texto”, ele será sempre, por assim dizer, *forçado a ser livre* - porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e *nuances*, para a criatividade interpretativa. Basta considerar que as palavras, como as notas na música, outra coisa não representam senão símbolos convencionais cujo significado encontra-se inevitavelmente sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas”⁴⁷.

Relativamente a tais questões e incertezas, leciona MAURO CAPPELLETTI, que devem ser resolvidas pelo intérprete. “Deve ele preencher as lacunas, precisar as *nuances*, esclarecer as ambigüidades”, concluindo o jurista italiano que, “na verdade, o intérprete é chamado a dar vida nova a um texto que por si só mesmo é morto, mero símbolo do ato de vida de outra pessoa”⁴⁸.

E este “dar vida nova a um texto legal”, tarefa do jurista, corresponde justamente ao processo de realização do Direito, de extrema importância, por representar o cerne da atividade jurisdicional, pois é função primordial do julgador dizer qual é o direito *in concreto*, quando alguém propõe uma ação postulando o reconhecimento de um interesse legítimo⁴⁹.

Durante muito tempo, uma compreensão formalista do Direito levou tal realização a equivaler a uma aplicação subsuntiva das normas, pois julgou-se possível reduzir a aplicação da lei à estrutura de um silogismo no qual a norma legal seria a premissa maior, a enunciação do fato, a premissa menor e a decisão da sentença a conclusão. À luz desses ensinamentos, ainda

⁴⁵ Cf. Karl Larenz, ob. cit., p. XIV (introdução).

⁴⁶ Mauro Cappelletti, *Juízes Legisladores?*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p.20.

⁴⁷ *ibidem*, p.22.

⁴⁸ *ibidem*.

⁴⁹ Cf. Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, 15ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1987, p.297.

hoje, como alerta MIGUEL REALE, não faltam processualistas imbuídos da convicção de que a sentença se desenvolve como um silogismo⁵⁰.

Ocorre que o automatismo subsuntivo era incapaz de promover uma realização idônea e integral do Direito, ante as inúmeras dificuldades resultantes deste método de realização, dentre as quais destaca-se, por relevante ao nosso estudo, a existência de soluções injustas, inconvenientes, ou, simplesmente, disfuncionais, perante o conjunto do sistema⁵¹.

Tem-se, pois, que a aplicação subsuntiva mostrava-se ineficaz como método para a correta realização do Direito, assim entendido como meio destinado à solução de casos concretos, eis que a atividade do julgador não se exaure na busca e no encontro de uma qualquer solução; esta, imperiosamente, como fator de pacificação do conflito que se apresenta, ante ao caso concreto que se analisa, há que ser sempre justa.

Em assim sendo, por insuficiência, operou-se o abandono efetivo do método de subsunção, a favor da aceitação da natureza cognitivo-volitiva da aplicação jurídica⁵².

Como leciona MENEZES CORDEIRO, “a concretização realizadora do Direito não radica em fases compartimentadas, com instâncias automáticas, mas num processo cognitivo-volitivo, isto é, numa decisão humana, baseada em determinados fatores”⁵³.

Com efeito, a solução jurídica não é fruto de uma operação automática, mas antes, resultado de uma decisão humana e, como tal, exteriorizadora da vontade de quem a toma.

O intérprete aplicador do Direito, ao apresentar uma solução para o caso concreto que analisa, não o faz (ou não deveria fazê-lo!) de maneira robotizada, simplesmente entregando aos interessados a lei que entende aplicável, eximindo-se das responsabilidades decorrentes da aplicação da

⁵⁰ *ibidem*.

⁵¹ Cf. Menezes Cordeiro, *Tendências actuais de interpretação da lei...*, cit., p.9. O autor faz completa e interessante análise das dificuldades intrínsecas e extrínsecas do automatismo subsuntivo. Quanto às dificuldades extrínsecas, além da consignada no texto, esclarece o professor que a subsunção automática soçobrava ainda em três outros pontos, há muito conhecidos: a ocorrência de normas vagas, indeterminadas, susceptíveis de concretização, apenas, no caso concreto; a incompletude do sistema com a subsequente existência de lacunas, intra e extra-sistemáticas e a presença de normas e de princípios em contradição, com torções e quebras intra-sistemática daí advenientes.

⁵² Cf. Menezes Cordeiro, *Estudos de Direito Civil*, cit., p. 213.

⁵³ *Tendências actuais de interpretação da lei...*, cit., p. 12.

mesma, despreocupando-se quanto ao resultado justo ou injusto porventura experimentado.

Pelo contrário!

O intérprete aplicador do Direito, ao apresentar uma solução para o caso concreto que analisa, o faz como resultado de meticulosa análise da realidade fática sobre a qual se instaurou o conflito, de detido estudo das fontes vocacionadas para a solução, que não se resumem nas leis, mas sim em todo o sistema jurídico, tudo objetivando o encontro de uma solução adequada, assim entendida como aquela capaz de proporcionar a pacificação ou, em outras palavras, uma decisão justa.

Não há como enxergar tal processo de realização do Direito sem o elemento volitivo, pois efetivamente a decisão final é resultado do conhecimento e da *vontade* do intérprete - aplicador, direcionada sempre ao alcance de uma solução adequada àquele caso concreto e, por ser adequada, como visto, necessariamente justa.

De igual forma, não há como negar que a tarefa do órgão judicante é *criadora*, por ser criativa a interpretação dada pelo julgador, pois ao aplicar a norma posta pelo legislador, o faz em outra dimensão, “dando vida nova”, viabilizando, por conseguinte, a efetiva concretização da justiça.

Conclui-se, pois, que não procedem as críticas formuladas pelas concepções positivistas no sentido de que o juiz não é legislador. Efetivamente não o é, mas isto não lhe retira a capacidade criadora do direito, decorrente do método de realização do Direito. E é com base neste método e limitado por ele que reside a atividade criadora do juiz, o que o diferencia, entre outras coisas, do legislador, pois quanto ao legislador, sua atividade criadora é exercida com muito mais liberdade.

Com efeito, inexistente controvérsia quanto ao fato de ser criativa a tarefa do juiz⁵⁴, mas há que se atentar que, embora, indubitavelmente, criador do

⁵⁴ Sobre a questão assim se manifestou Lord Radcliff na convenção anual da “Law Society” de 1964, citado por Mauro Cappelletti, ob. cit., p. 25: “jamais houve controvérsia mais estéril do que a concernente à questão de se o juiz é criador do direito. É óbvio que é. Como poderia não sê-lo?” Compartilhamos integralmente da opinião do jurista inglês, por entendermos que as discussões a respeito da criatividade dos juízes devem se ater ao grau da mesma e não à sua existência, por ser fato incontestável. A criatividade é tão presente que, por vezes, a jurisprudência se antecipa ao legislador. Veja-se, por exemplo, no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, a edição da súmula de número 380 do Supremo Tribunal Federal, que expressamente “criou” o direito dos concubinos em partilhar o patrimônio adquirido pelo esforço comum, comprovada a existência da sociedade de fato; eis que não havia previsão legal para tanto. Consolidado tal entendimento jurisprudencial, veio, posteriormente, o legislador, e regulamentou a matéria através da Lei da União Estável. De igual forma ainda é tratada a questão da alteração das circunstâncias em sede do direito brasileiro, pois inexistindo previsão legal, admite a jurisprudência a

direito, o juiz não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos⁵⁵.

Entendemos que a criatividade judicial encontra seus limites no que LARENZ chamou de “*consciência jurídica geral*”⁵⁶.

KARL LARENZ, quando de suas reflexões a respeito da “mediação entre a lei e a consciência jurídica geral como missão da jurisprudência”, assevera que “o juiz que interpreta ou integra uma lei almejará sempre julgar não só “segundo a lei” mas, para além disso, também “com justiça”. Mais adiante, esclarece-nos o jurista alemão que “isto não significa, porém, que nesse caso o juiz julgue apenas segundo o “*seu sentir*” ou até como subjetivamente “*bem lhe parece*”. É que a consciência jurídica de cada juiz forma-se por seu lado na base de critérios “objetivos” que ele fez seus, experimentou e pôs à prova sempre de novo em constante experiência judicial. Tais “critérios” são os *princípios* contidos nas próprias leis e acolhidas e desenvolvidas pela jurisprudência, os *valores éticos* reconhecidos na comunidade jurídica, a *natureza das coisas*, as reações mais ou menos inequívocas a certa espécie de comportamento por parte de todos os membros da comunidade, participantes no comércio jurídico, etc., em condições de julgar, os usos dum leal comércio negocial, a “adequação social”, as idéias comuns sobre a medida do “suportável” ou “exigível”, etc⁵⁷.

modificação dos contratos por força de circunstâncias imprevisíveis alterem a equivalência das prestações (Como se observa da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - RSTJ., v.23, p.329). A matéria, sob a epígrafe de onerosidade excessiva, encontra-se inserida no anteprojeto do novo código civil, ora em tramitação junto ao Congresso Nacional. Indiscutível, pois, a força criadora da jurisprudência.

⁵⁵. Cf. Mauro Cappelletti, ob. cit., p. 24.

⁵⁶. Ob. cit., p. 273. Registra-se, por necessário, que o autor faz questão de advertir que “por consciência jurídica geral não entendemos a consciência particular dum misterioso sujeito (seja o povo, a comunidade jurídica ou mesmo a classe dos juristas). Ela é, antes pelo contrário, sempre a consciência de muitos indivíduos, mas que, como tais, estão numa constante comunicação entre si, unidos por certas concepções comuns do que é “justo” e “equitativo” (o *consensus omnium*). É, portanto, uma consciência desses indivíduos *concordante* - numa medida larguíssima (ainda que nunca completa) - *no conteúdo*. A experiência, sobretudo a rápida adoção e reconhecimento de novos “princípios jurídicos”, quando chegou o “seu tempo”, ensina que uma tal concordância não pode ser mero resultado do acaso. Segundo pensamos, ela baseia-se em que certos valores “objetivos”, exigências, idéias, tornam-se, duma maneira concordante, no essencial, evidentes para os homens de uma determinada época - são vividos, sentidos, conhecidos e afirmados por eles -, uma vez que se verifiquem os pressupostos disso nas circunstâncias dadas e na capacidade de conhecimento e expressão da época. É o “espírito objetivo” que se faz valer na “consciência jurídica geral”- embora não exatamente da mesma maneira em cada um, mas sim com diferenças individuais. No traço predominante, na “orientação” da jurisprudência, reflete-se o movimento do “espírito objetivo”, o seu desenvolvimento no seu tempo”.

⁵⁷. *Ibidem*.

Do exposto, conclui-se que a atividade criadora do juiz encontra limites, eis que a sua vontade, corporificada na decisão, não poderá ser direcionada por critérios exclusivamente pessoais. O resultado da atividade do julgador, ou seja, sua decisão, tem que, obrigatoriamente, harmonizar-se com o conteúdo da consciência jurídica geral.

Assim entendida a natureza criativa da atividade judicial, percebe-se facilmente a possibilidade do julgador rechaçar a aplicabilidade de uma lei que, frente ao caso concreto, proporciona uma solução injusta, se assim for considerada pela consciência jurídica geral.

Afastadas encontram-se, pois, as críticas das concepções positivistas que preconizam que a atividade judicial se resume à estrita aplicação da lei para evitar as decisões calcadas tão somente nas preferências e convicções de cada julgador⁵⁸.

Por derradeiro, não procedem, de igual forma, as argumentações de natureza positivista no sentido que tal método que se consubstancia na interpretação criativa do direito leva ao desaparecimento da uniformidade das decisões e, por conseqüência, a destruição da certeza jurídica.

Ora, preliminarmente, tendo em linha de conta o consenso que reside no entendimento do Direito como meio destinado à solução de casos concretos⁵⁹, surge a dificuldade, que nos parece intransponível, de se reconhecer a existência de casos iguais, pois cada um apresenta as suas especificidades, o que impede o reconhecimento de uma igualdade absoluta.

De seguida, da tarefa dos juristas não se pode exigir a segurança e a certeza que revestem as tarefas daqueles que se dedicam à investigações de laboratório ou às formalizações matemáticas⁶⁰; a segurança jurídica é compatível com a complexidade dos fatos sociais.

Assim, embora a ciência jurídica “não possa alcançar certeza absoluta, matemática, chega à certeza moral, que consiste em elevado grau de possibilidade, cuja negação pelo espírito equivaleria a absurdo”⁶¹.

⁵⁸ Importante assinalar que, mesmo no contexto histórico cultural em que estas idéias prevaleciam, encontramos autores que contra as mesmas se insurgiam. Hans Reichel, por exemplo, já em 1915, defendia o posicionamento de que o juiz é obrigado, por força do cargo, a afastar-se conscientemente de uma disposição legal quando essa disposição de tal modo contraria o sentimento ético da generalidade das pessoas que, pela sua observância, a autoridade do Direito e da lei correria um perigo mais grave do que através de sua inobservância.

⁵⁹ Cf. Menezes Cordeiro, *Estudos de Direito Civil*, cit., p. 212.

⁶⁰ Cf. Miguel Reale, ob. cit., p. 322. No mesmo sentido, Karl Larenz, ob. cit., p. XIII - introdução.

⁶¹ João Del Nero, *Interpretação Realista do Direito e seus Reflexos na Sentença*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 91.

Tem-se, pois, que a alardeada certeza jurídica preconizada por orientações de cunho positivista é, na verdade, fictícia, eis que a certeza absoluta é inatingível no Direito.

De tudo que foi exposto, chega-se à inarredável conclusão de que a missão de julgar não pode ser vista de outro modo senão como trabalho científico. E se pelo método da realização do Direito se faz possível a exclusão da lei injusta, é porque o sistema sobre o qual se estrutura a ciência jurídica também a repele.

É o que veremos a seguir.

4. A Lei Injusta e a Ciência do Direito - O direito, enquanto ciência, não se confunde com o direito legislado: este é parte daquele, que se apresenta mais abrangente e com o mesmo não se confunde.

Tem-se assim que, na esfera jurídica, o conhecimento científico não se caracteriza pela simples noção do conteúdo e significado da norma. Pressupõe o conceito do objeto *Direito*, que é mais abrangente e compreende a visão unitária do sistema jurídico⁶².

Em assim sendo, frágeis são as argumentações que sustentam o discurso positivista e que se relaciona à questão da segurança jurídica e da independência dos poderes. E se diz frágeis, pois tais argumentações encontram-se inseridas no contexto de um discurso aparentemente científico, mas que na realidade não o é, na medida em que nega a própria natureza do seu objeto - o Direito -, ao restringi-lo ao conjunto de regras formalmente postas pelo Estado.

Ora, como leciona o professor MENEZES CORDEIRO, “a natureza cultural do Direito, herança irrepudiável da escola histórica, coloca a ordem jurídica na categoria das criações humanas, configuradas por evolução paulatina e por uma complexidade causal que as torna imprevisíveis e in-subsumíveis em modelos rígidos de lógica formal”⁶³.

Neste passo, o verdadeiro discurso científico não pode ser restritivo, mas integral. O verdadeiro discurso científico não se apóia exclusivamente na lei: todo o processo de realização de Direito, portanto todos os fatores

⁶². Cf. Paulo Nader, *Filosofia do Direito*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 5.

⁶³. Menezes Cordeiro, *Introdução à Edição Portuguesa da obra de Canaris*, cit., p. LXI.

que interferem, justificam ou explicam as decisões jurídicas, devem ser incluídos no discurso juscientífico⁶⁴.

Perante um problema a resolver, não se aplica, apenas, a norma primordialmente vocacionada para a solução: todo o Direito é chamado a depor⁶⁵.

Desta forma, estruturando-se cientificamente a decisão, afasta-se o perigo da arbitrariedade, tornando-se possível, pois, sem macular a segurança jurídica, o afastamento das normas injustas pelo intérprete aplicador, ou, no dizer de ENGLISH⁶⁶, a correção do direito legislado incorreto.

Com efeito, ao realizar o Direito, ao concretizá-lo, o intérprete deve fazê-lo não de uma maneira autômata, mas sim de uma maneira sistemática, com método - requisitos essenciais e caracterizadores de qualquer conhecimento científico -, para satisfazer às exigências sociais.

Ademais, não se pode olvidar que as regras jurídicas, uma vez postas ou positivadas, produzem efeitos de maneira autônoma, atingindo não raro certos alvos ou objetivos que jamais haviam sido previstos por aqueles que as editaram, o que leva o jurista a interpretá-las com imaginação e criatividade⁶⁷, não de maneira arbitrária, mas com base nas sólidas estruturas da ciência - a decisão, como já consignado, fruto da interpretação criativa, deverá ser sempre cientificamente estruturada.

Reside aí, no nosso entender, a grande diferença da interpretação criativa para aquela fundamentada no pensamento do direito alternativo⁶⁸, eis que falece ao mesmo uma estrutura de caráter rigorosamente científico.

⁶⁴ Cf. Menezes Cordeiro, *Introdução...*, cit., p. XXIV.

⁶⁵ *ibidem*, p. CXI.

⁶⁶ *Introdução ao pensamento jurídico*, 7ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Goulbekian, 1996, Cap. VII - pp. 275 e segs.

⁶⁷ Cf. Miguel Reale, cit., p.321.

⁶⁸ Como nos esclarece Lédio Rosa de Andrade, “o Direito Alternativo ou Movimento do Direito Alternativo é um movimento de juristas, ou seja, um grupo de pessoas com certos objetivos comuns, que se organizaram, no Brasil, para produzir uma nova forma de ver, praticar e ler o Direito, a partir do ano de 1990. (...) O germe do Direito Alternativo pode ser identificado em alguns Juizes de Direito que judicavam descontentes no tempo da Ditadura Militar Brasileira e que se encontravam nas reuniões efetuadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros, com o propósito de elaborar propostas ao Congresso Constituinte. (...) O episódio histórico responsável pelo surgimento do movimento “Direito Alternativo” ocorreu no dia 25 de outubro de 1990, quando importante jornal, denominado “Jornal da Tarde”, de São Paulo, veiculou um artigo redigido com a manchete “Juizes gaúchos colocam direito acima da lei”. A reportagem buscava desmoralizar um grupo de estudos criado por alguns Magistrados gaúchos, que, influenciados pelo movimento italiano pertinente ao uso alternativo do direito, falavam da possibilidade de criação de um Direito Alternativo. Ao contrário do desejado, a matéria jornalística

As considerações até agora consignadas não respondem, no entanto, à indagação de suma importância, que se refere ao questionamento quanto à base de tal discurso científico, que, em última análise, proporciona meios ao intérprete de afastar a aplicabilidade de uma norma injusta.

A resposta encontra-se na definição do sistema da ciência do direito.

Não nos podemos olvidar de que o conhecimento científico apresenta características que lhe são essenciais, dentre as quais a sistematicidade. Todo conhecimento, pois, para ser classificado como científico, necessita ser fundamentado, verdadeiro, metódico e, sobretudo, sistemático.

Assim, o trabalho desenvolvido pelo jurista não pode ser desprovido de tais características, sob pena de se ferir a cientificidade. A decisão, pois, deverá exteriorizar um conhecimento científico e, como tal, fundamentada, alcançada pela utilização de um método, tendo como base um sistema.

Neste passo, o sistema é, pois, a base de qualquer discurso científico em direito.

Não se desconhece que a idéia de sistema em direito provoca dúvidas e discussões. Não nos cabe, no entanto, no âmbito deste trabalho, aprofundarmos nesses aspectos. Basta, por ora, atermo-nos às conclusões obtidas por CANARIS⁶⁹ quanto à definição de sistema a sustentar um discurso pró-cientificidade do direito.

Em síntese apertada, sem a mínima pretensão de fazer qualquer apreciação da obra de CANARIS, mas tão-somente da mesma retirar idéias básicas, a título de premissas para elaboração de nossas próprias conclusões, podemos asseverar que referido jurista alemão, partindo da definição clássica de KANT, que caracterizou o sistema como “a unidade, sob uma idéia de

acabou dando início ao movimento no mês de outubro de 1990, sendo o primeiro encontro internacional de Direito Alternativo realizado na cidade de Florianópolis, Estado de Santa Catarina, nos dias 04 a 07 de setembro de 1991. Como proposta, apresenta o movimento os seguintes pontos teóricos comuns entre seus membros, destacando-se: a) não aceitação do sistema capitalista como modelo econômico; b) combate ao liberalismo burguês como sistema sócio-político; c) combate irrestrito à miséria da grande parte da população brasileira e luta por democracia, entendida como a concretização das liberdades individuais e materialização de igualdade de oportunidades e condição mínima e digna de vida a todos; d) uma certa simpatia de seus membros em relação à teoria crítica do direito. (*O que é Direito Alternativo*, QUÆSTIO IURIS - Revista Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, nº 02, maio/agosto 1997, seção temática). Como se vê, parece-nos que falece a tal movimento uma preocupação científica de aplicar o direito, eis que se observa pela sua proposta que o mesmo é voltado para uma ideologia de reformas sociais através do emprego do direito, possuindo, assim, no nosso entender, tal movimento, uma conotação política que foge da cientificidade que preconizamos para o estudo do direito.

conhecimentos variados” ou, também, como “um conjunto de conhecimentos ordenado segundo princípios”⁷⁰, culmina por apresentar a definição de sistema como uma ordem teleológica de princípios gerais de direito.

Na continuidade de seus estudos, assevera CANARIS que o sistema é aberto, ou seja, permeável a uma modificação.

De fato, o Direito, como realidade cultural, não é estático, pelo contrário, é de sua essencialidade o dinamismo, face à imperiosa necessidade de acompanhar as modificações dos fatos sociais.

Sem querermos adentrar nas distinções conceituais entre sistema objetivo e sistema científico⁷¹, até porque as modificações do primeiro seguem, fundamentalmente, as alterações do último, fato é que o jurista alemão admite que “os princípios gerais de Direito podem ter também o seu fundamento de validade para além da lei, na idéia de Direito, cuja concretização histórica eles largamente representam, e na natureza das coisas; por isso, ambos os critérios devem ser reconhecidos como fontes do Direito, subsidiárias em face da lei e do costume”⁷². Isto significa que, para além da lei e do costume, também podem conduzir a alterações do sistema aqueles princípios gerais de Direito que representam emanações da idéia de Direito e da natureza das coisas; em outras palavras, o sistema também pode se ver modificado ante a erupção de princípios gerais de Direito extralegais.

Entendo, pois, que tal questão se apresenta de extrema relevância para o tema em discussão, pois, ao admitirmos a ingerência de um direito suprapositivo na modificação do sistema sem que haja desconfiguração do mesmo, ou, por outras palavras, sem que haja mácula na ciência que o mesmo embasa, estamos igualmente admitindo que, cientificamente, possível se faz o afastamento de uma norma positiva tida como injusta, por se apresentar a mesma em contradição com o sistema agora modificado.

Levanta-se, assim, a problemática da correção do direito positivo através do suprapositivo.

Deflui das considerações consignadas que uma norma que se apresenta injusta é porque, em última análise, encontra-se a mesma em contradição

⁷⁰ Ob. cit. pp. 9-10.

⁷¹ Sobre tais distinções, vide Canaris, ob. cit., pp. 112 e seguintes.

⁷² Ob. cit. pp. 120 - 1.

com o sistema, assim considerado como a ordem de princípios gerais de Direito, princípios esses que podem ou não encontrar-se positivados.

Quando se diz “positivados”, é porque, geralmente, tais princípios encontram-se inseridos na Constituição (o da igualdade, por exemplo), enquanto os pertinentes ao direito supralegal são os que se apresentam transcendentais ao direito positivo: como os princípios supremos da justiça, do bem comum, da segurança jurídica, do direito natural, da moralidade etc.

Nesta ordem de idéias, quando da realização do direito, o intérprete aplicador deverá analisar todas as circunstâncias do caso concreto, inclusive as apreciáveis fora da esfera do direito positivo, mas que influências exercem sobre a decisão, atentando-se para as conseqüências da mesma, apreciando, ainda, o sentido da lei a ser aplicada, procurando a coerência da mesma com os princípios que informam o Direito, apegando-se a estes como razões de decidir, caso a norma seja, em relação aos mesmos, contraditória, e, por conseguinte, incapaz de traduzir uma solução justa.

Evidentemente que não se desconhece que a postura acima descrita é passível de críticas e invariavelmente questionada, sob o argumento de que o juiz não é legislador e, por conseguinte, não pode haver a quebra da independência dos poderes, adicionando-se, ainda, que, se for admitida a interferência do juiz na fixação do sentido da lei, haverá o estabelecimento da incerteza, bem como uma lei diferente para cada juiz, e o resultado será injusto, pois casos iguais serão julgados de maneira diferente⁷³.

Tais argumentações não procedem. A alegada incerteza é só aparente, pois, se a decisão que nega a aplicabilidade de uma lei for cientificamente estruturada, a certeza jurídica não será alvejada, até porque se sabe que é a mesma compatível com a complexidade dos fatos sociais⁷⁴, inexistindo, pois, em termos de ciências jurídicas, a possibilidade de uma certeza matemática.

Da mesma forma, não há que se falar em injustiça de resultado em razão de casos iguais serem julgados de maneira diferente. Ora, em verdade, não se pode falar na existência de casos iguais, pois cada caso apresenta as suas particularidades, o que impede o reconhecimento de uma igualdade

⁷³ Tais idéias refletem a concepção positivista, cuja crítica já se fez no item 3 supra - A missão de julgar -, que aqui se reproduz sucintamente, face a relevância do tema.

⁷⁴ Cf. Miguel Reale, ob. cit., p. 322.

absoluta. Ademais, mesmo admitindo-se esta hipótese, o problema facilmente se resolve pelas vias recursais, em busca de uma uniformização de entendimento. Por fim, não podemos olvidar que a igualdade frente à lei, em verdade, não se revela em igualdade de tratamento, pois as evoluções das teorias jurídicas e sociais nos mostram que o Direito tende para tratar o igual de modo igual e o diferente de modo diferente, de acordo com a medida da diferença⁷⁵.

Por derradeiro, não há que se falar na quebra do princípio da independência dos poderes. Ao interpretar, o juiz faz o seu papel, e se a solução concretizada, fruto de sua interpretação, por acaso for contrária àquela prevista pela lei, é porque justamente se conservou o princípio da independência dos poderes. A construção muito difundida de que o juiz é escravo da lei é a que, na verdade, e por mais paradoxal que possa parecer, exterioriza a quebra do princípio da independência dos poderes. Ora, o juiz é membro de um poder independente, e, como tal, deve agir, deve ser. O intérprete só poderá ser justo se for independente. Um juiz não pode ser escravo de ninguém, nem de nada, nem mesmo da lei. O compromisso do juiz é com o Direito, com a concretização da justiça. Seu mister é distribuir a justiça. O tribunal a que pertence é de justiça e não de mera legalidade.

Por outro lado, na maioria dos ordenamentos jurídicos constata-se não haver razões a justificar a também muito divulgada idéia de que o legislador prendeu o juiz em uma camisa-de-força e não lhe deu meios para agir com alguma liberdade na procura da solução legal e justa dos conflitos jurídicos.

No caso do Brasil, por exemplo, constata-se na Lei de Introdução ao Código Civil que a mesma estabelece, em seu art. 5º, que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Como está bem claro, o juiz não só pode, mas, na realidade, deve procurar alternativas de aplicação que, consonante com os princípios gerais do Direito, estejam mais próximas da concepção de justiça vigente no local e no momento da aplicação⁷⁶.

Tendo em linha de conta o ordenamento jurídico português, poder-se-ia argumentar, em tese, a total impossibilidade da realização do Direito

⁷⁵ Cf. Menezes Cordeiro, *Introdução...*, cit., p. LXII.

⁷⁶ Cf. Dalmo Dallari, ob. cit., p. 97.

consoante as considerações até agora formuladas, face ao preceito do item 2 do art. 8º do Código Civil, que enuncia que “O dever de obediência à lei não pode ser afastado sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo”.

Ocorre que tal preceito, ante o sistema que embasa a ciência jurídica, não pode ser interpretado com o rigorismo que alguns querem lhe emprestar, sendo sempre atual a lição do jurista EDUARDO CORREIA, que, em artigo inserido na Revista de Legislação e Jurisprudência, publicada no ano de 1963/64 (ano 96, pp. 377 - 82), ao comentar o art. 110, nº 02, do então estatuto judiciário que dispunha regra idêntica, alerta-nos que a mesma não quer impor aos juízes que cumpram leis contrárias à moral ou à justiça, asseverando o seguinte: “O que ele (artigo) porventura tão-só visa a dizer é ser vedado ao juiz o poder de se recusar a aplicar a lei sob o *pretexto* de que ela lhe parece imoral ou injusta. *Pretexto*, porém, tem o significado de “razão ou fundamento *suposto* ou *imaginário*”; de *desculpa*. O que a aludida disposição parece, pois, querer evitar é que uma falsa razão seja fundamento para se não aplicar a lei. E será uma falsa razão *parecer* pessoalmente ao juiz que ela é imoral ou injusta. Por outras palavras, o legislador pretenderá tão-só com a aludida norma afastar o subjetivismo do julgador a substituir-se à justiça legal, a mundividência ou concepção do mundo do intérprete à da lei: nunca, porém, a sobreposição da norma legal à justiça objetiva, ao direito imposto pela natureza ou estrutura das coisas...”

Do exame das considerações ora trazidas à baila, conclui-se, ao menos a nosso ver, quanto à possibilidade real de incidência de uma norma que se apresenta injusta, e, em razão de tal motivo, passível de ser rechaçada pelo intérprete através da realização do Direito estruturado cientificamente.

Frente a casos concretos, ante a incidência de normas inadequadas, por provocarem soluções injustas, as jurisprudências dos tribunais superiores tendem, no entanto, a evitar um julgamento manifestamente *contra legem*, preferindo fundamentar as suas decisões em outras latitudes já consagradas, como na interpretação restritiva ou mesmo na analogia⁷⁷.

Seja como for, possível se faz encontrar alguns exemplos de correção jurisprudencial de leis injustas.

Vamos a eles.

⁷⁷ Cf. Karl Engisch, ob. cit., p. 341.

5. Jurisprudência - Antes de passarmos aos exemplos jurisprudenciais, impõe-se esclarecimento preliminar no sentido de que a pesquisa jurisprudencial se deu exclusivamente face ao ordenamento jurídico brasileiro, quiçá pela maior desenvoltura da mesma perante a lei, em razão de fatores histórico-culturais.

Com efeito, como nos esclarece OLIVEIRA ASCENSÃO, no Brasil, “a veneração ideológica da lei coexiste com o seu desrespeito freqüente”⁷⁸.

Leciona renomado professor que, para a correta compreensão de tal assertiva, “temos de remontar ao jusracionalismo vigente ao tempo da independência do Brasil. Por força dos pressupostos deste, as leis, fruto da reta razão, deveriam ser iguais em todos os tempos e em todos os lugares. As leis européias deveriam por isso ser aplicadas também na América. A uniformidade das leis, hoje criticada, representava na época o último grito da modernidade, por força de concepções a que o Brasil nascente aderira fervorosamente. Portugal não levou às últimas conseqüências esta homogeneização, e teve sempre legislação especial, pensamos que mais acentuadamente até que os outros países colonizadores. Não obstante, muitas leis que correspondiam à situação européia, mas nunca à brasileira, estavam em vigor no Brasil. Isso teve como conseqüência a diminuição da valia efetiva da lei. À inadequação desta reagia-se passivamente com a inobservância. A prática conseguiu assim uma acomodação, de que a vítima foi o império da lei, na pureza que os romanos nos haviam transmitido. As vicissitudes históricas, com a afirmação de poderes locais que se colocavam acima da lei, acentuaram essa maneira de ver. Desenvolvem-se formas sistemáticas de fuga ou distorção da lei. Mesmo os tribunais não tomam a vinculação à lei com o mesmo caráter que é próprio do continente europeu”⁷⁹.

Para facilitar a exposição das decisões recolhidas, procedemos a uma divisão em grupos ou uma classificação quanto ao tempo e modo em que uma norma pode se fazer incidir de maneira injusta. Em assim sendo, uma norma pode nascer injusta, tornar-se injusta ou apresentar-se injusta.

Quanto às **normas que nascem injustas**, são aquelas que surgem no mundo jurídico já manifestamente contraditórias com o sistema então exis-

⁷⁸ *O Direito - Introdução e Teoria Geral, Uma Perspectiva Luso-Brasileira*, 10ª edição, Almedina, Coimbra, 1997, p. 308.

⁷⁹ *ibidem*.

tente, sem possuir o condão de modificá-lo. É o caso, por exemplo, de uma hipotética lei que venha a restringir o mercado de trabalho para a mulher ou que autorize salários diferenciados em relação ao homem. Ora, o comando inserto nessa hipotética lei colide frontalmente com os princípios que informam o sistema, notadamente o da igualdade, sendo certo, ainda, que lhe falece qualquer respaldo no Direito suprapositivo a autorizar a modificação deste mesmo sistema, que, por consequência, a repele.

Estas situações geralmente não oferecem muita dificuldade, existindo mecanismos já uniformemente aceitos para a neutralização de textos legais desta ordem, como as declarações de inconstitucionalidade.

Outro exemplo, já agora real, e que a inconstitucionalidade não se apresenta tão manifesta, é o que se refere à legislação previdenciária do ano de 1991⁸⁰, que exige, no comando do parágrafo 3º de seu art. 55, a indispensabilidade da comprovação, por meio de documentos, da atividade laborativa exercida no passado, para fins de obtenção de aposentadoria por tempo de serviço.

Tal norma, no nosso entender, já nasceu conflitante com as orientações que autorizam o livre convencimento do juiz frente às provas produzidas, eis que inexistente hierarquia entre as mesmas, não havendo como se exigir, pois, uma maior valoração da prova documental em relação à testemunhal ou qualquer tipo de outra.

O mais interessante, no entanto, é que tal norma se apresenta flagrantemente conflitante com a realidade da vida, pois notório é o fato, dentro da realidade da sociedade brasileira, que, há 20 ou 30 anos, trabalhadores rurícolas não possuíam qualquer documentação. A própria lei da época dispensava os mesmos da obrigatoriedade de possuírem carteira de trabalho. Analfabetos, em sua maioria, viviam como colonos em regime de economia familiar, em terras do fazendeiro, exercendo a labuta diária a troco de módica remuneração, quando não era em câmbio exclusivamente de casa e comida.

Ora, o comando da norma se apresenta, assim, injusto, ante a total impossibilidade de atendê-lo. O legislador olvidou a realidade social preexistente à data da elaboração da lei, que nasceu conflitante com a própria realidade da vida.

⁸⁰. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

Muitos juízes, então, objetivando a correção do Direito legislado incorreto, têm negado a incidência desse artigo quanto se trata de trabalhadores rurícolas, admitindo-se, por consequência, a prova exclusivamente testemunhal para comprovação do tempo de serviço.

O Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado essas decisões, como se observa do pronunciamento do Ministro ADHEMAR MACIEL, quando do julgamento do Recurso Especial de nº 41.110-6-SP: “...*esse dispositivo tem que ser interpretado **cun grano salis**. Ao Juiz é que caberá, dentro de seu livre convencimento, em cada caso, tomar como provado ou não o fato deduzido em Juízo. Todos nós que conhecemos a vida dos bóias-frias, sabemos que é praticamente impossível a qualquer deles, por meio de documentos, provar que trabalhou para alguém no campo. O preceito legal, tenho para mim, embora factível no meio urbano, dificilmente o será no rural...*”

Outro exemplo similar pode ser encontrado em sede de Direito de Família.

Diz o art. 258 do Código Civil, que se refere às disposições gerais do regime dos bens entre os cônjuges, que “não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial”, sendo certo que o parágrafo único de mencionado dispositivo legal excepciona tal regra ao determinar a obrigatoriedade do regime da separação de bens, portanto, independentemente da vontade dos contraentes, no casamento realizado consoante as hipóteses que elenca: das pessoas que celebram o casamento com infração aos impedimentos proibitivos, do órfão de pai e mãe, de todos os que dependem, para casar, de autorização judicial etc. São hipóteses, pois, que estabelecem o chamado regime de separação legal de bens.

Buscando a fundamentação para a imposição do regime da separação de bens em casos tais, esclarece-nos a doutrina, pela voz do culto SILVIO RODRIGUES, que “estas regras foram prescritas pelo legislador tendo em vista as classes mais ricas da população, havendo ele se olvidado, ao que parece, de que a maioria brasileira é composta de gente de escassos recursos. Por isso, tal solução atuou em sentido contrário daquele almejado pelo legislador. A quase totalidade dos casamentos realizados após a obtenção de autorização judicial é de gente pobre, que nada possui ao tempo do enlace. Se o casal depois enriquece, e como em geral os bens de raiz são adquiridos em nome do marido, a mulher chega, ao fim da vida, pobre, ao

contrário de seu consorte, em cujo nome se encontram os haveres ganhos pelo esforço comum”⁸¹.

Continuando, assevera textualmente o renomado civilista: “É flagrante a injustiça. Para remediá-la, a jurisprudência chegou à interessante solução, que, no entanto, se afasta inteiramente da letra da lei”⁸².

Vejam, pois, como se deu a atuação da jurisprudência.

Dispõe o art. 259 do Código Civil que “embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento”.

Isto quer dizer que, na escolha do regime de separação absoluta, faz-se indispensável a consignação, no respectivo pacto antenupcial, de duas declarações, quais sejam que os nubentes escolheram o regime da separação de bens e que os bens aqüestos também não se comunicarão.

Tal dispositivo legal, a toda evidência, aplica-se exclusivamente ao regime convencional de separação de bens, sendo certo que autores de peso, como BEVILACQUA e PONTES DE MIRANDA, sustentaram a tese de inaplicabilidade do art. 259 ao regime obrigatório (ou legal) da separação de bens, tendo assim se posicionado, num primeiro momento, a jurisprudência, afastando a possibilidade da comunhão dos aqüestos em casos tais.

Ocorre que o princípio da incomunicabilidade dos aqüestos teve sua rigidez mitigada pela idéia de que, entre os cônjuges, embora casados pelo regime da separação absoluta de bens, vem estabelecer-se uma sociedade de fato e os bens havidos em comum pertencem à comunidade. Levanta-se, pois, a bandeira de que no casamento existe uma *affectio societatis*, ou seja, uma conjugação de esforços, e se se permitisse que só um dos esposos recebesse o ganho, facultar-se-ia um enriquecimento indevido, o que é vedado pelos princípios gerais de Direito.

Em face de tais motivos, iniciou-se o entendimento da possibilidade da comunhão dos adquiridos também nos casos da separação legal de bens, contemplados pelo já mencionado parágrafo único do art. 258 do Código Civil, a despeito de tal artigo determinar justamente o contrário.

Operou-se, então, ante o reiterado posicionamento jurisprudencial, a edificação da Súmula 377, do Supremo Tribunal Federal, que enuncia que

⁸¹. *Direito Civil - Direito de Família*, 21ª edição, São Paulo, Saraiva, 1995, v. 06, p. 165.

⁸². *ibidem*.

“no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Deu-se, assim, no nosso entender, uma realização do Direito por interpretação criativa, pois tal Súmula vem, em última análise, no dizer de ENGLISH, corrigir o direito legislado incorreto, ante a flagrante injustiça que o parágrafo único do art. 258 encerra.

Pelo exposto, constata-se que tal Súmula se edificou, ante a prevalência sobre a norma, do princípio geral de Direito que veda o enriquecimento sem causa, o que é cientificamente correto e aceitável, pois apresenta a ciência do Direito um sistema aberto, permitindo, inclusive, ingerências de fundamentação de ordem sociológica e histórica a explicar o afastamento da norma, por injusta, já que não revela a mesma, corretamente, as relações da vida, uma vez que ignorou o legislador, quando da sua feitura, a realidade social que o cercava. Assim, para a concretização da justiça e conseqüente edificação da Súmula, todo o Direito foi chamado a depor, pois, socorrendo-se de princípios pertinentes ao Direito societário, construiu-se uma solução jurídica no âmbito do Direito de Família, mais condizente com a realidade social, com os princípios gerais do Direito e com valor de justiça.

A Súmula 377, pois, em verdade, não nega a lei, mas a corrige, adequando-a à realidade social de seus destinatários, expurgando um comando que se apresenta contraditório com o sistema que embasa a ciência do Direito.

A **norma torna-se injusta** quando envelhece, quando perde a razão de ser.

É o caso, por exemplo, do art. 219, inciso IV, do Código Civil brasileiro, que autoriza a anulação do casamento em caso de defloramento da mulher ignorado pelo marido. Ora, tal dispositivo, aceito pela mentalidade então vigente no início do século, data da promulgação do Código (1916), já não encontra espaço para aceitação na sociedade contemporânea.

A norma tornou-se injusta, pois discrimina a mulher na questão sexual, tornando-se conflitante com o princípio da igualdade. Aliás, curioso é um dos vários Acórdãos que se posicionaram neste sentido, pois para justificar o afastamento da incidência de tal norma, apela para o princípio da igualdade, consagrado pela Constituição Federal, sob o argumento de que “*não sendo possível a verificação da virgindade do homem, constituiria tratamento desigual exigi-la da mulher*”⁸³.

⁸³ Revista Forense 327/304 e Revista dos Tribunais 711/172.

Igualmente injusta é a determinação contida no art. 10 da Lei nº 6.515/77, mais conhecida como “Lei do Divórcio”, que estabelece que “na separação judicial fundada no art. 5º (separação litigiosa), os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa”.

Ora, tal dispositivo tornou-se extremamente injusto em razão da evolução dos costumes nas duas últimas décadas, sendo fato inegável que o mesmo está, em verdade, a penalizar os filhos.

A despeito da disposição do art. 13 da mesma lei, que autoriza o juiz a estabelecer a guarda diferentemente da forma ordenada no art. 10, *se houver motivos graves*, a jurisprudência vem entendendo, na generalidade dos casos, sem atentar que o legislador criou tão-somente uma exceção em casos de motivos graves, em assegurar a guarda dos filhos ao cônjuge que melhor atender aos interesses dos mesmos, independentemente da culpa. Em outras palavras, o que prevalece é o interesse da criança, o que faz com que, mesmo inexistindo motivos graves, a mesma poderá ficar sob a guarda do cônjuge culpado.

É o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça: “*a mulher culpada pela separação do casal pode ficar com a guarda do filho menor, se assim for julgado mais conveniente aos interesses da criança, que é o valor fundamental a preservar*” (STJ - 4ª Turma - Recurso Especial 9.389-0-SP - Relator Ministro Rui Rosado).

A norma apresenta-se injusta quando, frente ao caso concreto e somente em relação a um específico caso concreto, a mesma não resolve, satisfatoriamente e com justiça, o problema apresentado.

São as hipóteses mais interessantes, pois não revestidas do caráter de generalidade que as anteriores apresentam. Aqui, ao contrário, a norma subsiste frente à generalidade dos casos, mas se apresenta conflitante tão-somente frente a um determinado caso.

Tomemos como exemplo um fato que ocorreu na Comarca na qual exercemos nossas atividades judicantes.

Certo cidadão viu-se processado por crime de furto de peças de lavatório de uma loja em que trabalhava. O fato se deu no ano de 1991. Ao término da regular instrução criminal, em 1995, prolatou-se a sentença condenatória. Anote-se, para esclarecimento, que não era caso de furto privilegiado e tampouco ocorrera a prescrição. O réu tinha antecedentes, eis que condenado anteriormente por infração ao art. 16 da Lei de Tóxicos (uso de entorpecente), onde se viu beneficiado pelo *sursis*.

Ocorre que, entre a data do fato e a condenação, o réu se ressocializou. Mesmo sofrendo as amarguras de uma demissão por justa causa, com dificuldades conseguiu se reerguer, casando-se, tendo filhos, encontrando emprego lícito, comportando-se adequadamente ao convívio social. Já havia cumprido as condições do *sursis* em razão da condenação anterior (Lei de Tóxicos), e o fez com regularidade. A pena imposta nessa primeira condenação não tinha sido ainda declarada extinta, face o comando do art. 81 do Código Penal, que exige a prorrogação automática do prazo em caso de encontrar-se respondendo o beneficiado a outra Ação Penal, revogando-se mesmo tal benefício se sobrevier nova condenação.

Pois bem, com efeito, como visto, sobreveio nova condenação. A condenação foi de 02 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, ante a impossibilidade legal de ser concedido ao réu novo *sursis*, face a condenação anterior, quando já gozou de tal benefício.

Interessante que, quando da apreciação do recurso, tendo em vista a ressocialização do réu, realidade fática essa exteriorizada pelos autos, entendeu o tribunal que o condenado “*já foi severamente punido com a demissão por justa causa, sendo difícil conseguir outro emprego numa Comarca como Natividade, onde todos se conhecem*”, e, fazendo constar da ementa do Acórdão que “*a demissão por justa causa após a recuperação dos bens, pode ser considerada como pena quando o fato ocorre em cidade pequena, onde todos são conhecidos, não permitindo ao réu conseguir outro emprego*”, reduz a pena aplicada e, a despeito dos antecedentes, concede ao réu novo *sursis*.

Ressalte-se que essa decisão é, sem sombra de dúvidas, de natureza condenatória, o que levou o representante do Ministério Público a requerer, com base no art. 81 do Código Penal⁸⁴, a revogação do *sursis* concedido na primeira Ação Penal a que o réu respondeu, o que o levaria ao cárcere. Assim é a lei.

No entanto, face o posicionamento do tribunal no segundo processo, que entendeu por considerar como pena a demissão por justa causa, em razão das particularidades do caso, entendemos, por conseguinte, que a revogação do *sursis* anteriormente concedido era conflitante com a decisão da superior instância e que não cabia mais a aplicabilidade do art. 81. Afastamos

⁸⁴ Art. 81: A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário: I) é condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso.

do caso concreto a incidência de referido dispositivo legal, por o mesmo apresentar uma solução inadequada, eis que injusta, na medida em que foi o réu beneficiado em condenação subsequente pela suspensão condicional da pena, não nos parecendo coerente agravar a sua situação em razão de fato anterior, notadamente ante a sua comprovada ressocialização.

Afastado o comando inserto no art. 81 do Código Penal, foi, na primeira Ação Penal, declarado o cumprimento da pena, extinguindo-se a respectiva execução, por medida de justiça.

A título de conclusão, ante todas as considerações neste consignadas, entendemos que, no estágio atual da evolução do pensar jurídico, entregamos a ciência do Direito instrumentário suficiente para, cientificamente, autorizar o intérprete aplicador do Direito a afastar as normas maculadas pela injustiça...Resta, àqueles que têm a honrosa missão de julgar, tão-somente encontrar a coragem dos juízes romanos, que, introduzindo com termo erudito a palavra *derectum* para significar Direito, a contrapor a *itus novum*, que significa constituições imperiais, recusavam-se a aplicá-las, quando injustas, por contrárias ao Direito, mesmo que essa atitude lhes acarretasse conseqüências gravíssimas, como perda do cargo, desterro a até pena de morte⁸⁵. ◆

⁸⁵. Sebastião Cruz, ob. cit., p. 32.

MONOGRAFIAS DE ESTAGIÁRIOS DA EMERJ

APROVADAS PELA BANCA, EM EXPOSIÇÃO ORAL, NO FINAL DO
CURSO DE PREPARAÇÃO À CARREIRA DA MAGISTRATURA

PRIMEIRO SEMESTRE DE 1998

*(Os trabalhos monográficos se acham à disposição dos interessados
para fins de estudos e pesquisas na Biblioteca da EMERJ)*

A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE NO ICMS MUNIK BRAGUEZ NUNES DE ARAGÃO E TEIXEIRA

A não aceitação da Substituição Tributária e a alegação de Inconstitucionalidade são aspectos do tema tratados pelo monografista, assim como a não cumulatividade e o desrespeito aos princípios da legalidade e da capacidade contributiva. (65 páginas).

CONTROLE JUDICIAL DOS INCENTIVOS FISCAIS CELSO JORGE FERNANDES BELMIRO

Examinando o Poder de Tributar e o de Exonerar bem como os incentivos fiscais, conclui o monografista, por estudar os princípios constitucionais, a natureza jurídica da renúncia e, afinal, o seu controle judicial (96 páginas).

PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA

LUCIANA FIALA DE SIQUEIRA CARVALHO

Trata o trabalho do Princípio da Obrigatoriedade no Código de Processo Penal à luz da Lei nº 9.099/95 e do Direito Comparado (76 páginas)

SOCIEDADES COOPERATIVAS

CELIA MARIA DOS SANTOS DA CUNHA

A monografia registra a evolução histórica das sociedades cooperativas, sua forma de constituição e de gestão. Examina o funcionamento dos seus órgãos sociais, trata da responsabilidade civil da sociedade e dos cooperados, bem como da liquidação das sociedades cooperativas (181 páginas).

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO MINERÁRIO DANIEL CARLOS DE ANDRADE

As regras constitucionais referentes à mineração e normas infra-constitucionais respectivas são analisadas à luz da Constituição de 1988. Na questão ambiental é feita a análise crítica do movimento ambientalista (113 páginas).

ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES ANÔNIMAS

HÉLIO BORGES MONTEIRO NETO

Aponta o monografista o conceito e estuda a evolução histórica e os elementos da responsabilidade civil em geral. Na administração das Sociedades Anônimas são examinados os deveres e as responsabilidades dos administradores, com farta jurisprudência (243 páginas).

ESTUDO PRÉVIO DO IMPACTO AMBIENTAL

SIMONE DA MOTTA ESTEVES

Tendo por base o dano ambiental a monografista examina o seu conceito para tratar da matéria como instrumento do licenciamento de obras dentro do poder discricionário administrativo (94 páginas).

***DOLUS BONUS* E VÍCIOS REDIBITÓRIOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

ANA CARLA BRAVO DE PAIVA

Análise pela monografista da evolução dos contratos e das teorias da autonomia da vontade e da imprevisão. Os diversos aspectos do tratamento do *dolus bonus* no Código de Defesa do Consumidor. Foram examinados também, quanto aos vícios redibitórios, a sua natureza jurídica e seu tratamento pelo Código e nas relações de consumo (84 páginas).

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS CONDOMÍNIOS RESIDENCIAIS

MARCUS VINICIUS CORRÊA ESPÍRITO SANTO

Com um prévio estudo sobre a Responsabilidade Civil e aspectos históricos dos Condomínios residenciais, o monografista examina a responsabilização, o ato ilícito, a obrigação contratual e extra contratual, subjetiva e objetiva do condomínio (138 páginas).

RESPONSABILIDADE MÉDICA DA CIRURGIA PLÁSTICA

MARTHA MARIA NOGUEIRA BOTELHO ATAÍDE DE MELO

Estudo da obrigação médica por danos no campo da cirurgia plástica, à luz do Direito Comparado e do Direito Brasileiro (77 páginas).

EFICÁCIA DA CLÁUSULA DE UNANIMIDADE NAS SOCIEDADES POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

LUIZ LIMA RAMOS FILHO

Exame monográfico das Sociedades de Responsabilidade Limitada, sua natureza jurídica e teorias a respeito. A cláusula de unanimidade, em face da legislação brasileira (83 páginas).

MONOGRAFIAS DE ESTAGIÁRIOS DA EMERJ

APROVADAS PELA BANCA, EM EXPOSIÇÃO ORAL, NO FINAL DO
CURSO DE PREPARAÇÃO À CARREIRA DA MAGISTRATURA

SEGUNDO SEMESTRE DE 1998

*(Os trabalhos monográficos se acham à disposição dos interessados
para fins de estudos e pesquisas na Biblioteca da EMERJ)*

A TUTELA ANTECIPADA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA PEDRO IVO SIMÕES

Estudo do instituto da tutela antecipada, sua natureza jurídica à luz da Lei nº 9.494/97. Além da introdução, o monografista examina a sua viabilidade nos feitos da competência da Fazenda Pública face ao que dispõe a Constituição de 1988 (62 páginas).

DIREITO ADQUIRIDO, SEGURANÇA JURÍDICA E PAZ SOCIAL

ANTONIO CARLOS CARNEIRO DA CUNHA

Trata-se de trabalho que examina a retroatividade das leis, sua evolução histórica e o texto da Constituição de 1988 sobre o tema. No tocante ao direito adquirido aponta as construções doutrinárias e da dificuldade em conceituá-lo (99 páginas).

TERRAS DE MARINHA

LIGIA RIBEIRO CAMELLO

Trabalho que estuda a evolução histórica do aforamento desde a Colônia (1710 a 1903), da enfiteuse no Código Civil e no novo projeto do Código Civil em curso no Senado Federal. Por último examina as repercussões do aforamento e dos procedimentos administrativos (222 páginas).

DOPING: ASPECTOS PENAIS

ALESSANDRA SANTANA DA SILVA

Exame dos antecedentes históricos e conceito da *dopagem*. O tra-

balho se estende aos tipos de *doping* positivo e negativo, bem como às suas repercussões éticas sociais e penais e à metodologia de um controle antidopagem (172 páginas).

ASSÉDIO SEXUAL

ALESSANDRA CARLA MAGALHÃES PORTUGAL

Estudo sobre o tema no Direito Penal, Civil e Trabalhista Brasileiro, bem como e no Direito Comparado (58 páginas).

AÇÃO POPULAR

LUIZA NUNES DADAM

A monografia apresenta conceito e elementos dos atos administrativos e da Ação Popular. Estuda a Ação Popular como instrumento de controle do mérito do ato (76 páginas).

CRIMES COMETIDOS COM EMPREGO DE ARMAS E O PORTE DE ARMA ILEGAL

ISABELA MARIA MOURA ESTEVÃO PADILHA

Exame da Lei nº 9.437/97, seus antecedentes históricos e os crimes contra a pessoa. Face à mesma lei, o roubo cometido com emprego de arma e o uso da arma de brinquedo para o cometimento do crime (92 páginas).

A RELAÇÃO DE CONSUMO EM FACE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO CÓDIGO DE TRÂNSITO

ANA CLÁUDIA BASTOS BRAGA CARDOSO

Trata a estagiária de aspectos gerais da responsabilidade Civil do Estado e da relação de consumo, face ao que dispõe o ordenamento jurídico atual (C.T.B) (76 páginas).

DIREITO ADQUIRIDO E A REFORMA DA PREVIDÊNCIA

SILVIA MARIA PINHEIRO BONINI PEREIRA

Sobre o tema preocupou-se a monografista especialmente com a proteção social do Estado, apresentando o conceito e a evolução doutrinária do direito adquirido, face, inclusive, às constituições brasileiras precedentes. (171 páginas).

DIREITO DO IDOSO

MARIA CELIA TULER DE OLIVEIRA

Os princípios da tutela constitucional do idoso: sobre o tema a monografista também cuida da efetividade das normas jurídicas pertinentes e da assistência aos idosos e hipossuficientes (155 páginas).

REFLEXÕES ACERCA DO DIREITO PENAL DO CONSUMIDOR

JULIO CESAR GOMES RIBEIRO DA COSTA

A evolução histórica do Direito Penal relacionado com o consumidor constitui a Introdução da monografia. Além de tratar da matéria no Direito Brasileiro e no Direito Comparado, contém ela estudo sobre os ilícitos penais no Código de Defesa do Consumidor, bem como a posição do consumidor frente ao mercado globalizante (152 páginas).

ASPECTOS ATUAIS DO CHEQUE

ANDRÉA SILVA DA COSTA LEITE

A monografia faz um levantamento histórico sobre o cheque no sistema jurídico brasileiro indicando o seu conceito e requisitos. Além disso trata de aspectos polêmicos do cheque pós-datado, da ação cambial e do protesto. (82 páginas).

ABUSO DE IMUNIDADE

VALÉRIA ONETO BOSIGNOLI

Com a crítica da legislação e do abuso da utilização da imunidade que se degenera em impunidade, a monografia aponta sugestão legislativa para corrigir a anomalia (77 páginas).

RECUPERAÇÃO DA EMPRESA NO DIREITO BRASILEIRO

LUDMILLA ELYSEU ROCHA

A monografista suscita o debate sobre o liberalismo, seus princípios (livre iniciativa, Justiça social e livre concorrência). Estuda, a seguir, a Terceira Revolução Industrial e a empresa considerada recuperável à luz do Direito francês, americano e português (55 páginas).

A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA
SHEILA DRAXLER PEREIRA DE SOUZA

Na introdução do trabalho há um estudo sobre a evolução histórica da responsabilidade penal da pessoa jurídica, inclusive no C.D.C, em face ao cometimento de danos ambientais. Sobre como responsabilizar a pessoa jurídica foi a questão de que se ocupou a monografista. Assim como também da conduta típica e da culpabilidade da pessoa jurídica (104 páginas).

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR SUMÁRIO
ADRIANA MENEZES DE REZENDE

O trabalho, de forma sucinta, cuida do conceito, objeto e classificação do processo administrativo. Também trata do procedimento e da sindicância disciplinar (117 páginas).

A TUTELA ANTECIPADA E A PROVA INEQUÍVOCA
SHIRLEY PEREIRA COZENDEY RIBEIRO LOPES

Após estudo comparativo entre a tutela jurisdicional e a tutela cautelar, é feito o exame principal do tema, da valoração da prova, no processo civil. São examinados, a seguir, os diferentes meios de prova e a tutela antecipada, para concluir a monografista, com considerações sobre o juízo de probabilidades em sede de tutelar antecipatória. (86 Páginas).

COLABORARAM NESTE NÚMERO

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, 59

Álvaro Henrique Teixeira de Almeida, 170

Fábio Dutra, 111

Felippe Augusto de Miranda Rosa, 159

José Carlos Barbosa Moreira, 81

José Oliveira Ascensão, 21

Manoel Carpena Amorim, 13

Paulo Assed Estefan, 148

Paulo Penalva Santos, 44

Pedro Montenegro Barbosa, 161

Raphael Cirigliano Filho, 136

Rogério de Oliveira Souza, 126

Sergio Bermudes, 92

Wagner Cinelli de Paula Freitas, 155

Wilson Marques, 101