

ISSN 1415-4951
(versão impressa)

REVISTA

EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - Vol. 10 - Nº 39 - 2007



ISSN 1415-4951
(versão impressa)

REVISTA DA

EMERJ

v. 10 - n. 39 - 2007
Julho/Agosto/Setembro

Rio de Janeiro

© 2007, EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

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

Coordenador Editorial: Des. Décio Xavier Gama

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); *Editoração:* Valéria Monteiro de Andrade; *Editoração website:* Jaqueline Diniz; *Capa:* André Amora; *Revisão ortográfica:* Suely Lima e Thereza Andrade.

Apoio Cultural: Banco do Brasil

Responsável pela Impressão: Editora Espaço Jurídico.

Tiragem: 4.000 exemplares

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

v.

Trimestral -
ISSN 1415-4951

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

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

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

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

Rio de Janeiro:

CDD 340.05

CDU 34(05)

Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

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

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

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



Diretoria da EMERJ

Diretor-Geral

Des. Paulo Roberto Leite Ventura

Conselho Consultivo

Des. Roberto Wider

Des. Ronald dos Santos Valladares

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des. Murilo Andrade de Carvalho

Des. Nildson Araújo da Cruz

Des. José Carlos Maldonado de Carvalho

Presidente da Comissão Acadêmica

Des. Newton Paulo Azeredo da Silveira

Presidente da Comissão de Iniciação e Aperfeiçoamento de Magistrados

Des. Índio Brasileiro Rocha

Coordenador dos Núcleos de Representação

Des. Amaury Arruda de Souza

Coordenador da Revista da EMERJ

Des. Décio Xavier Gama

Secretária-Geral de Ensino

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

Assessora do Diretor-Geral

Maria de Lourdes Cardoso da Rocha



A PROXIMIDADE DO QUADRAGÉSIMO NÚMERO

Neste 39º número da REVISTA ocorre-nos lembrar que estamos próximos de anunciar as comemorações do décimo ano da REVISTA da EMERJ, publicação que se consolidou nos meios jurídicos do Rio de Janeiro e de grande parte do Brasil. É, sobretudo, órgão de apoio ao ensino jurídico profissional para a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e de referência para o seu corpo docente.

Não faremos qualquer festa e nem desejamos divulgar muito a notícia... mas, é verdade que já nos sentimos com certa alegria por haver atingido essa marca significativa. Ultrapassamos momentos difíceis; houve até certas dúvidas sobre o êxito da tarefa, ou seja, de levar avante as edições da REVISTA, ou de, pelo menos, manter a sua periodicidade. Nesses dez anos, contudo, tem sido ponto de honra nosso, manter em dia as suas edições trimestrais. O tempo passou e, hoje, nos cabe dizer o quanto somos gratos à colaboração desinteressada e fiel de figuras destacadas de nossas letras jurídicas do Rio, ou que militam em outros centros do saber jurídico do país. A essa colaboração, valiosa, sobretudo, pelo conteúdo e alto nível dos temas discutidos, deve a REVISTA o prestígio que tem granjeado no meio acadêmico. Como exemplo de talento e cultura jurídica que estiveram sempre conosco nesses primeiros 10 anos, gostaríamos de mencionar um, por todos os outros, o do Professor e Desembargador José Carlos Barbosa Moreira.

A Escola já existia há cerca de três anos e o primeiro Diretor, nos quatro anos em que permaneceu à frente de sua direção, comentou sempre o desejo que tinha de incluir uma Revista Doutrinária integrada na sua atividade de ensino. Mas revelou que sentia dificuldades em concretizar essa idéia, por falta de ânimo dos que poderiam tomar as primeiras medidas, ou de reunir os que tinham condição de apresentar colaborações continuamente.

Passado o tempo, o Diretor Cláudio Vianna de Lima chegou a ensaiar um nascimento instintivo da futura edição da Revista, ao aceitar a primitiva sugestão, por ingênua que fosse, de editar cadernos de divulgação de material gravado em aula até então, e revisto pelos respectivos professores, ou conferencistas. Seriam resumos ou sumários de aulas selecionadas. Avançou-se nessa idéia para se avaliar algum resultado. Os sumários em uma ou duas páginas de cada conferência davam a idéia do tema. O primeiro número foi recebido com entusiasmo, agradando ao Diretor que tomou o cuidado de distribuí-lo a muitos colegas. Foram editados três números enquanto permitia o material encontrado no arquivo. Era o que se poderia chamar de Cadernos de

Doutrina e, por eles, houve muita procura pelos estagiários da época, com alguma curiosidade pelos professores no tocante àquelas aulas já esquecidas.

Os Cadernos **A** (Acadêmico), **B** (da Biblioteca) e **D** (Doutrinário), com 80 páginas aproximadamente, esgotaram-se logo. Vencemos as naturais dificuldades de momento. Estava ali, naturalmente, apenas material utilizado para facilidade de novos estagiários.

Colegas do Tribunal, como Barbosa Moreira, "Correlação entre o pedido e a sentença", Sergio Cavalieri Filho, "Teoria da Ação" e Luiz Roldão, "Mora", deram a primeira colaboração jurídica no Ano 1, nº 1, daqueles Cadernos, seguindo-se a condensação das palestras ou aulas proferidas. Tudo reunido em Cadernos para simples divulgação doutrinária.

Foi dado o primeiro passo, como afirmou o Diretor na ocasião. Nem de longe se tomavam aqueles Cadernos, de mera divulgação de matéria de aula, como sendo da REVISTA da EMERJ. Estive presente com o Desembargador Cláudio Vianna, na idéia e na produção daquele veio de luz, ou na primeira providência concreta que prenunciava obra maior e duradoura, como sonhou o fundador da Escola!

O Desembargador Cláudio entusiasmou-se com os meros cadernos **A** e **D**, avidamente procurados pelos nossos estagiários, e que logo se esgotavam porque continham uma Doutrina resumida com matéria de aula de conferências de anos anteriores. Cláudio Vianna passou a administração para o novo Diretor eleito em sua substituição, o Desembargador Manoel Carpena Amorim. E faleceu pouco tempo depois, em 2 de maio de 2001. Deixou muitas de suas idéias que germinaram na Escola. Quantos de nós, alunos e amigos, e o próprio Tribunal de Justiça, ficamos devendo ao Doutor Cláudio Vianna todo um trabalho valioso de sua administração pioneira e profícua. Nós, especialmente, que acreditávamos na idéia da REVISTA da EMERJ e lhe emprestamos colaboração desde aqueles tempos, como ficou salientado na edição do número 14, em homenagem por seu falecimento.

Persistente na mesma idéia, o novo Diretor Manoel Carpena Amorim foi o autor das primeiras providências para surgir o primeiro número, em dezembro de 1997, e consolidar, afinal, a Revista Acadêmica da Escola da Magistratura do Estado do Rio. Os Diretores-Gerais que se seguiram, Desembargadores Sergio Cavalieri Filho e Paulo Roberto Leite Ventura, deram-lhe as mãos e seu integral apoio.

Décio Xavier Gama

Desembargador - Coordenador da REVISTA DA EMERJ

Nota: Com este número, estamos preparando, ainda este ano, edição especial da REVISTA com trabalhos sobre os oitenta anos do Código Mello Mattos - o primeiro código de menores do Brasil (1927-2007).

SUMÁRIO

Efeitos Cíveis da Sentença Criminal - *De Lege Ferenda* 17

Roberto de Abreu e Silva

Desembargador do TJ/RJ e Professor da EMERJ

1. Vingança privada, Clemência remunerada e composição legal. 2. Liberdade X Responsabilidade. 3. Responsabilidade penal e civil. 4. Sistemas jurídicos das ações penais e cíveis de suporte fático comum. 4.1. Sistema da União. 4.2 Sistema da separação: absoluto e relativo. 4.3. Sistema de adesão. 5. Efeitos cíveis de sentenças criminais. 6. Processo Penal Brasileiro. Observações construtivas. Argumentos ponderáveis ao plano axiológico da CRFB/88 em defesa dos interesses da vítima incoerentes.

O Direito Penal do Século XXI

31

Álvaro Mayrink da Costa

Desembargador (aposentado) do TJ/RJ. Presidente do Fórum Permanente de Execução Penal da EMERJ. Professor de Direito Penal e Criminologia da Pós-Graduação da UGF e da EMERJ.

O Direito Penal disponível ainda pode conservar o lugar que deve ocupar dentro do sistema de controle social? Ou perder sua força de convicção normativa e sua distância moral frente à violação do Direito? A solução dos problemas no conflito global não pode resultar do Direito Penal como um instrumento estatal. A violência é um componente da experiência cotidiana e está onipresente, como percebemos com a mídia.

Um planejamento funcionalista do Direito Penal. Novas tendências do Direito Penal e seu principal representante (Jakobs) a partir de conferência que proferiu em Berlim em 1999. A defesa da existência de um outro Direito Penal: O Direito Penal do inimigo que deve fazer restabelecer a "segurança cognitiva" e não a segurança e a confiança normativa. Os acontecimentos da primeira década do século XXI em New York (11 de setembro), Bali, Madrid, Metrô de Londres e a repressão violenta americana (Patriotic Act). As leis de exceção e a defesa do Direito Penal do Inimigo, como terceira via, uma realidade preocupante. O modelo de "tolerância zero". As transformações da teoria e dos fins da pena. A função preventiva especial da pena no momento de sua execução. O Direito Penal tolerante quanto à quantidade e à qualidade das proibições. Os dois extremos: O Direito Penal mínimo e o Direito Penal máximo. Não se pode admitir dois Direitos Penais, um tradicional para os cidadãos e outro para as não-pessoas.

A Nova Execução Civil: O que Falta Mudar 40

José Augusto Garcia de Sousa

Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela UERJ e Professor de DPC da UERJ e da EMERJ.

1. Introdução. 2. Radiografia de uma falência. 3. Alterações promovidas pelas Leis 11.232/05 e 11.382/06. 4. Desdobramentos necessários da nova sistemática. 4.1. A importância da questão hermenêutica e o fortalecimento do princípio da efetividade da execução. 4.2. O princípio da efetividade da execução e os meios executivos. 4.3. O princípio da efetividade da execução e as impenhorabilidades. 4.4. O princípio da efetividade da execução e o princípio da boa-fé. 4.5. O princípio da efetividade da execução, o princípio da instrumentabilidade e o setor procedimental. 5. Palavras finais.

Da Aplicação do Art. 285-A do CPC no Âmbito dos Juizados Especiais Cíveis 78

Rafael Estrela Nóbrega

Juiz de Direito do TJ/RJ.

1. Introdução. 2. A Lei nº 11.277/06 e o art. 285-A do CPC. Aplicação no Juizado Especial. O julgamento liminar do mérito. 3. Matéria de mérito, outras decisões idênticas e reprodução da sentença anterior idêntica. 4. Caso de apelação e o juízo possível de retratação. 5. Citação e contra-razões. Arguição de inconstitucionalidade e divergência na Doutrina. 6. O Princípio da oralidade e o da celeridade. A jurisprudência do Conselho, no Rio e a aplicação imediata da nova lei com julgamento sem audiência.

O Arquivamento Definitivo 85

Sergio Demoro Hamilton

Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

O caráter provisório do despacho de arquivamento. A palavra despacho adotada na Súmula nº 524 do STF com inteira propriedade porque opera sempre *rebus sic stantibus*. Considerações sobre "novas provas" de que trata a Súmula 524. Em que casos caberia o arquivamento? Quando ele assume o caráter definitivo na falta de suporte fático mínimo para que possa ser apresentada a acusação.

Desclassificação de Todas as Propostas na Licitação. Interpretação do Art. 48, § 3º, da Lei Federal nº 8.666/93 104

Flávio de Araújo Willemann

Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Professor da EMERJ e dos Cursos de Pós-Graduação da Universidade Candido Mendes, da FGV e da UFF.

1. Introdução. 2. O procedimento licitatório e a interpretação do artigo 48, § 3º, da Lei Federal nº 8.666/93. 3. Conclusões.

Estudo Comparativo da Revisão Contratual por Excessiva Onerosidade nos Direitos Brasileiro, Português e Italiano 120

Fabiana Barletta

Professora da EMERJ, Mestre em Direito Civil pela UERJ e doutoranda em Teoria do Estado pela PUC-RJ.

1. Introdução. 2. Categorias jurídicas associadas à previsão normativa da revisão contratual por excessiva onerosidade. 3. Forma de disciplina das categorias jurídicas associadas à previsão normativa da revisão contratual por excessiva onerosidade. 4. Efeitos acarretados pelas distintas categorias. 4.1. O grau de subjetivismo ou de voluntarismo das categorias. 4.2. O nível da conservação do contrato nas categorias.

Constitucionalismo no Brasil 150

Antonio Sebastião de Lima

Juiz de Direito aposentado e Professor da EMERJ.

I. Introdução. 1. Ação constituinte. 2. Individualismo. 3. Constitucionalismo. II. As Constituições Brasileiras. 1. Império. 2. República. III. Conclusão.

Contratos Formais e Não Formais 171

Viviane Perez

Meste em Direito Civil pela UERJ. Advogada.

1. Introdução. 2. O conceito de contratos formais e solenes na Doutrina. 3. Efeitos da qualificação dos contratos como formais e/ou solenes. 4. Fundamentos da exigência de forma especial. 5. O princípio da boa-fé e sua influência sobre os contratos formais.

Responsabilidade por Obrigações e Dívidas da Sociedade Empresária na Recuperação Extrajudicial, na Judicial e na Falência 189

Jorge Lobo

Procurador, Advogado e Professor da EMERJ.

I. Direito da Economia. II. Distinção entre sociedade e empresa na Doutrina e na LRF. A - Na Doutrina. B - Na Lei nº 11.101, de 2005. III. Empresa, estabelecimento, filial e unidade produtiva. A - Na Lei nº 11.101, de 2005. B - No Código Civil e na Doutrina. (a) Conceito de empresa. (b) Conceito de estabelecimento. (c) Conceito de filial e unidade produtiva. IV. Responsabilidade por obrigações e dívidas da sociedade empresária. A - Na recuperação extrajudicial. B - Na recuperação judicial. (a) Alienação de empresa. (b) Alienação de estabelecimento, filial e unidade produtiva. (i) Alienação extrajudicial. (ii) Alienação judicial. C - Na Falência.

Lesão Contratual: Uma Breve Abordagem 202

Paulo Roberto Sampaio Jangutta

Juiz de Direito do TJ/RJ, Mestre pela Universidade Gama Filho.

1. Introdução. 2. Da abordagem histórica. 3. A lesão nos tempos atuais. 4. Conclusão.

Dos Juros Abusivos 214

João Paulo Fernandes Pontes

Juiz de Direito do TJ/RJ.

A questão dos juros excessivos exigidos em operações financeiras frente ao que dispõe o CDC. O que seriam juros abusivos? A inexistência de norma que estabeleça fronteira entre o que é abusivo e o que não é em matéria de juros. O art. 335 do CPC pode abrir caminho para o caso. Juros de 2% ao mês seriam altos, e de 4% seriam altíssimos ou abusivos. A inflação ao tempo da assinatura do contrato.

A Constitucionalidade do Exame de DNA Compulsório em Processos Criminais: Regulamentação 216

Carlos Henrique Borlido Haddad

Juiz de Direito Federal. Mestre e Doutor em Ciências Penais.

1. Introdução. 2. O tratamento do tema no direito comparado. 2.1. Itália. 2.2. Espanha. 2.3. Alemanha. 2.4. EUA e Inglaterra. 3. A visão do STF. 4. Bens jurídicos envolvidos. 4.1. Integridade física; 4.2. Liberdade de locomoção; 4.3. Intimidade; 4.4. Dignidade da pessoa humana; 4.5. Autodeterminação informativa; 4.6. Princípio contra auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*); 5. Propostas de regulamentação - 6. Alternativas ao exame do DNA compulsório. 7. Conclusões.

A Responsabilidade do Fiador Locatício Determinada pela Terceira Seção do STJ no EREsp nº 566.633 254

Geraldo Beire Simões

Advogado e Professor. Presidente da ABAMI.

1. Julgadores que não têm seguido o entendimento do STJ (Terceira Turma). A Fiança, em matéria de locação. 2. O que dispõe a Lei nº 8.245/91 em seu art. 39 como lei especial. 3. Regras do Código Civil para outros tipos de contratos não se aplicam à locação. 4. A chamada cláusula de fiança locatícia. 5. A Súmula 214 do STJ. O entendimento do Min. Paulo Galotti sobre o Enunciado nº 114 do STJ.

Poder Normativo Primário dos Conselhos Nacionais do Ministério Público e de Justiça: A Gênese de um Equívoco 260

Emerson Garcia

Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça. Pós-Graduado em Ciências Políticas e Internacionais e Mestrando

em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa.

1. Considerações iniciais. 2. O Estado Democrático de Direito. 3. O Conteúdo do Princípio da Legalidade. 4. Regimento Interno dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público. 5. O Poder Normativo dos Conselhos à luz dos Princípios Gerais de Direito Sancionador. Epílogo.

A Súmula Vinculante e a Lei nº 11.417/06 **275**

Rodolfo Kronenberg Hartmann

Juiz Federal no Rio de Janeiro. Professor da EMERJ. Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela UGF/RJ.

I. Introdução. II. Distinção entre a súmula vinculante e a súmula impeditiva de recursos. III. Procedimento para criação, modificação e revogação da súmula vinculante. IV. Conclusão. O presente estudo trata da recente Lei nº 11.417/06, que veio regular o procedimento para criação, revisão, ou cancelamento de súmula vinculante. Cuida ainda que de forma perfunctória, da distinção entre os sistemas da *common law* e da *civil law*, bem como da tendência legislativa em se valorizarem os precedentes judiciais de forma geral, atribuindo-lhes eficácia vinculante.

Da Extinção da Responsabilidade dos Fiadores, Mediante Notificação, em Contrato de Locação **295**

Luis Camargo Pinto de Carvalho

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo.

A fiança e o art. 835 do Código Civil de 2002. Possível contradição com o art. 39 da Lei nº 8.245/91. A antinomia jurídica. Como lei geral, o Código não pode reprimir a lei especial (nº 8.245/91). A opinião de José de Oliveira Ascensão. A lei civil nova foi mais adiante no art. 2.036, que se combina com o art. 818. Cabe ao fiador, portanto, vencido o contrato, para exonerar-se da fiança, ajuizar a ação judicial, não podendo lançar mão do art. 835 do novo Código.



Colaboraram neste Número

Álvaro Mayrink da Costa, 31
Antonio Sebastião de Lima, 150
Carlos Henrique Borlido Haddad, 216
Emerson Garcia, 260
Fabiana Barletta, 120
Flávio da Araújo Willeman, 104
Geraldo Beire Simões, 254
João Paulo Fernandes Pontes, 214
José Augusto Garcia de Sousa, 40
Jorge Lobo, 189
Luís Camargo Pinto de Carvalho, 295
Paulo Roberto Sampaio Jangutta, 202
Rafael Estrela Nóbrega, 78
Roberto de Abreu e Silva, 17
Rodolfo Kronenberg Hartmann, 275
Sergio Demoro Hamilton, 85
Viviane Perez, 171



Efeitos Civis da Sentença Criminal - *De Lege Ferenda*

Roberto de Abreu e Silva

Desembargador do TJ/RJ e Professor da EMERJ

1 - VINGANÇA PRIVADA, CLEMÊNCIA REMUNERADA E COMPOSIÇÃO LEGAL

A evolução da obrigação de reparar os danos gerados por crimes no direito antigo passou por três períodos distintos que podem ser cognominados de vingança privada, clemência remunerada e de composição legal. Nas sociedades primitivas, prevalecia a idéia de repressão ao crime por meio de infligência de mal análogo ao praticado pelo infrator, no período da vingança privada e familiar oriunda da doutrina da pena de Talião. Impunha-se como castigo a expiação do próprio corpo do lesante por violação da norma jurídica em proporção igual ao dano causado, na medida de: olho por olho, dente por dente, sangue por sangue etc. A sanção desse período não gerava a indenização dos danos causados à vítima pelo responsável legal, fazendo permanecer no tempo as insatisfações contidas que fomentavam vinganças sucessivas. A vingança privada, mais tarde, arrefecida pela influência religiosa sobre os povos, ce-deu lugar ao espírito de clemência remunerada.

O segundo período, inicia-se nessa fase da substituição da pena de Talião pela clemência remunerada, época em que o devedor cumpria a sua obrigação por meio de reparação pecuniária do dano causado à vítima. A lei romana das XII Tábuas, nesse tempo, continha numerosos exemplos de composições e de penas privadas que impediam o lesado de recorrer à vingança privada, para o exercício de seu direito à reparação dos danos. O sistema de composição voluntária, dessa época, tinha um caráter penal e não civil, na medida em que o direito deixava ao arbítrio das partes acordarem na solu-

ção do conflito de interesse privado, como aconteceu durante longo tempo no povo germânico.

No direito romano antigo, os delitos eram classificados como públicos e privados, conforme a lesividade do ato atingisse os interesses sociais ou particulares. As sanções dos delitos públicos eram penas corporais ou pecuniárias que, em nada, às vítimas dos ilícitos aproveitavam. Os delitos privados, por sua vez, ensejavam indenizações em proveito das vítimas, desde que os lesados as pedissem aos pretores. Na lição de José Carlos Moreira Alves,¹ em um período mais moderno do direito romano, as ações foram classificadas em: *reipersecutórias*, *penais* e *mistas*: a) *reipersecutórias* quando eram originárias de contratos. A ação tinha como objetivo a devolução da coisa devida ou indenização equivalente a seu valor; b) *penais* quando advinham de delitos. A vítima postulava pela punição do crime, por meio de pena que podia consistir em indenização equivalente ao dobro, triplo ou quádruplo do dano causado; e, c) *mistas* quando as vítimas pediam, cumulativamente, em ação única, uma sanção penal de ordem expiatória do corpo do infrator, mais uma indenização de natureza civil pelo dano causado.

Aflora-se, nesse período, a reparação do dano por ilícito civil com as ações penais, reipersecutórias e mistas, que, no entanto, se limitaram a *numerus clausus* nos termos da previsão legal. Posteriormente, a *lex poetelia papiria*, humanizando a forma de reparação civil dos danos injustos, estabeleceu que a garantia do cumprimento da obrigação se assegurava no patrimônio do devedor, reconhecendo a dignidade da pessoa humana, conforme arguta percepção do jurista Leonardo Grecco.² O terceiro período surgiu, mais tarde, quando o Estado se organizou e assumiu a direção da ordem social, instituindo o oficial regime da composição legal. A sanção de reparar os danos civis, a partir desse estágio, assumiu as feições de

¹ Alves, José C. Moreira. *Direito Romano*, p. 293-294.

² Greco, Leonardo. *O Processo de Execução*, p. 14-15. A *lex Poetelia* (326 a.C.)...representou, assim, o início da decadência da execução pessoal, abrindo caminho para a execução patrimonial, e o reconhecimento de que a vida humana e a integridade física, valores humanos inalienáveis, não podiam ser sacrificadas em benefício de credores de obrigações pecuniárias.

imposição da ordem pública, no interesse do lesado, mudando de convenção voluntária para obrigatória.

2. LIBERDADE X RESPONSABILIDADE

A responsabilidade proporciona o equilíbrio necessário entre os princípios: da liberdade individual, do direito, da justiça e do instinto reflexo de defesa.

2.1. Propósitos no sistema legal: a) não prejudicar igual liberdade de ação da pessoa nem dos demais membros da sociedade; e, b) impedir que sejam perpetradas lesões injustas a interesses de ordem pública ou privada agrupando-se as normas no direito penal e no direito civil.

2.2. Finalidade normativa - prevenir e punir *a falta de diligência e prudência na ação violadora da norma jurídica de maior ou menor potencial ofensivo a interesses sociais ou privados*. (art. 5º, *caput*, X e XII da CRFB/88).

2.3. Falta e suas espécies - Falta intencional ou não intencional penal (art.121 CP) e civil (artigos 186 e 927 do Código Civil³ e 5º, *caput*, X e XXII da CRFB/88).

2.4. Confronto das liberdades de ações - Círculos concêntricos - *v.g.*, atropelamento e morte de um pedestre - violações das normas dos artigos 121, § 3º, do Código Penal, 186 e 927 do Código Civil, recepcionados pelo artigo 5º *caput*, X e XXII da CRFB/88.

3. RESPONSABILIDADES PENAL E CIVIL - DISTINÇÕES:

Material - interesse público e privado (ilícito absoluto ou relativo).

3.1. Teorias do ilícito criminal - a) Teoria causal: fato típico, antijurídico e culpável; b) Teoria finalista: o ilícito criminal se integra dos elementos objetivos do tipo penal e da culpa, se não incidir causa justificativa de conduta (Damásio E. de Jesus)⁴. A configuração do

³Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁴ Jesus, Damásio E. *Direito Penal*, p. 216 e 220-221... Welzel entendeu que não somente a intenção, como também o dolo, nesses casos, pertencem à ação e ao tipo. Se nos crimes com elementos subjetivos do injusto, o dolo pertence à ação e ao tipo penal, por que nos outros crimes sem esses elementos, pertenceria à culpabilidade? Diante disso,

tipo penal verifica-se em visão global do fato, da conduta e a sua subsunção à norma legal.

3.2. Hermenêutica - O tipo de injusto na seara criminal torna indiciária a antijuridicidade da conduta violadora da norma jurídica penal e civil, salvo elisão por causa justificante da ação (art. 5º, *caput*, X e XXII da CRFB/88 e arts. 186, 927 e p. único do CC/02).

3.3. Inexiste diferença entre falta (culpa) civil ou penal, mas, de intensidade, efeitos e critérios de aferições.

4. SISTEMAS JURÍDICOS DAS AÇÕES PENAIS E CIVIS DE SUPORTE FÁTICO COMUM

União. Separação absoluta ou relativa. Adesão.

4.1. Sistema da União. A falta do lesante a interesses públicos e privados decorrentes de um só fato, indicava, na Antiguidade, uma unidade de processo para as punições de ilícitos criminais e civis, como, *v.g.*, ocorreu no direito romano. A experiência remanesce no México, Peru, Bolívia.⁵

4.2. Sistema da separação desdobra-se em *absoluto* e *relativo*, conforme haja ou não interferência da coisa julgada criminal sobre o julgamento da lide civil, em questões de fato e de direito.

4.2.1. No sistema da separação absoluta das ações penal e civil, a sentença criminal condenatória acompanhada da prova que a alicerçou tem força probante suficiente para engendrar a responsa-

segundo a doutrina finalista da ação, a teoria reinante teve por necessidade incluir o dolo na ação (conduta) e no tipo penal... somente após a análise do conteúdo da vontade é que posso afirmar que houve determinado tipo penal. Em face disso, a vontade final, isto é, o dolo, faz parte do tipo. O dolo funciona como elemento subjetivo do tipo. A figura típica possui duas partes: uma subjetiva, de cunho final, e outra objetiva, de natureza causal, dirigida por aquela. Em consequência, o dolo é retirado da culpabilidade, não constituindo espécie (teoria psicológica) ou elemento da culpabilidade (teoria psicológico-normativa), mas elemento subjetivo do tipo, integrando a conduta, primeiro elemento do fato típico... Quanto à culpa, nos termos da tese de Welzel, *la inobservancia del cuidado objetivo pertenece a lo injusto de los delitos culposos*. Assim, no crime culposos, a conduta descrita no tipo ("o homicídio é culposos") está integrada pela inobservância do dever de diligência na vida de relação. Quem tem habilidade para cometer uma conduta "adequadamente", deve executá-la "adequadamente". Aquele que não possui tal habilidade, deve abster-se de praticar o comportamento desejado. "Com o comportamento adequado que assim se estabelece, deve ser comparado o efetivo comportamento do agente, para verificar-se se ele é típico no sentido de um crime culposos": toda ação que não corresponder a tal comportamento adequado é típica no sentido do crime culposos.

⁵Abreu, Roberto. **A Sentença Criminal e a Responsabilidade Civil**. p. 95-115. Código Penal do México, Art. 34: A sanção civil assume o caráter de sanção penal, equiparada à multa, sendo exigível de ofício pelo Ministério Público. Direito peruano, Arts. 65 do Código Penal e 261 do Código de Procedimento Criminal. O direito boliviano considera a reparação civil como pena, arts. 3º, 261 e 382 do Código de Procedimento Criminal.

bilidade civil no juízo cível⁶, sendo adotado nos Direitos Germânico,⁷ Americano,⁸ Anglo-saxônico⁹ e Holandês. Na Alemanha¹⁰ implantou-se tal sistema desde 30 de janeiro de 1877, quando o § 14, apartado 2, inciso I, da Lei de Introdução ao Código de Processo Civil (EGZPO)¹¹

4.2.2. No sistema da independência ou separação relativa da ação civil da penal, oriundas do mesmo fato delinea-se a separação da jurisdição em penal e civil atribuindo-se competência própria a cada uma delas para os julgamentos das respectivas lides, vinculando-se, no entanto, o julgamento civil ao reconhecimento de questões de fato e de direito do julgado criminal, com maior ou menor intensidade, no pressuposto de possível contradição de julgados, conforme se verifica nas legislações da Argentina,¹² Chile,¹³ Colômbia,¹⁴ Espanha,¹⁵ Itália,¹⁶ França,¹⁷ Portugal¹⁸ e do Brasil.¹⁹ O legislador estabelece a vinculação do Juízo cível ao reconhecimento da prévia decisão criminal condenatória ou absolutória (arts. 63 e 65 CPP do Brasil), com trânsito em julgado, nas assinaladas questões

⁶ Rosenberg, Léo. Tratado de Derecho Processual Civil. p. 72-73.

⁷ Liebman, Enrico Tullio. Eficácia e Autoridade da Sentença, p. 261-262.

⁸ Revista Veja, edição de 12 de fevereiro de 1997, p. 36, "Notícias Forenses". Comentário de Luiz Flávio Borges D'Urso. Rio de Janeiro, março 97, p. 30. Exemplo da independência das ações penal e civil decorrentes do mesmo fato no direito americano tem-se no caso O. J. Simpson, ex-astro de futebol americano, que foi condenado, civilmente, a pagar uma indenização de 8,5 milhões de dólares à família da ex-mulher, embora tenha sido absolvido, criminalmente, por negativa de autoria. No ponto de vista jurídico americano, não existe paradoxo no fato de ter sido absolvido na esfera criminal e condenado na civil. No processo criminal, o réu somente pode ser declarado culpado se houver provas plenas contra ele e, no cível, a condenação pode ser ensejada, por fortes evidências ou indícios.

⁹ Moreira, José Carlos Barbosa. "Apontamentos para um estudo sobre a reparação do dano causado pelo crime e os meios de promovê-la em Juízo", p. 111.

¹⁰ Goldschmidt. Breviários de Derecho II, p. 184.

¹¹ Tornaghi, Helio. Instituições de Processo Penal, p. 438.

¹² Código Civil de la Republica Argentina. 4ª ed. Buenos Aires: AZ Ed./s.d./p. 255-258, arts. 1.096, 1.101-1.104.

¹³ Código de Procedimento Penal. 4ª ed. Santiago: Jurídica do Chile, /s.d./arts. 13, 14 e 30.

¹⁴ Código de Procedimento Penal. Bogotá: Temis, arts. 24, 27, 30.

¹⁵ Ley de Enjuiciamiento Criminal. 3ª ed. Madri: Civita, arts. 4-6, 111-112, 115-116.

¹⁶ Código Processo Penal Italiano. 4ª ed. Napoli: Jovene, arts. 24-27.

¹⁷ Petits Codes Dalloz. 8ª ed. Paris: Jurisprudence Generale, arts. 3-4, 10.

¹⁸ Código Processo Penal de Portugal. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., arts. 30, §§ 1º e 2º, e 34.

¹⁹ Código Civil Brasileiro. Art. 935. Código Penal. Art. 74, I. Código de Processo Penal. Arts. 63 e 65.

de fato e de direito pressionado pelo ilusório entendimento de que pode ocorrer contradição de julgados. Na prática, o conflito de julgados não se verifica, porquanto os institutos da coisa julgada e da litispendência não permitem a repetição do julgamento de uma mesma causa. Observa-se ainda que *as lides penal e civil não têm a mesma natureza, finalidades e, principalmente, não se identificam nos três elementos que caracterizam a repetição de ação: a identidade de partes, dos pedidos e das causas de pedir: ativa e passiva.*

4.3. Sistema de adesão. A evolução do direito, em face da divisão da jurisdição em penal e civil, com competências privativas dos juízos, fez surgir o *sistema de adesão*, para atender as exigências de economia processual. O legislador outorga competência ao juiz criminal para decidir a lide civil, condicionada à prévia opção da vítima em pleitear a reparação dos danos civis no processo penal respeitando-se as competências absolutas dos juízos, para decidir as respectivas lides decorrentes do mesmo fato. O sistema de adesão, a despeito de causar delonga às definições das lides penal e civil, proporciona maiores vantagens de ordem processual e material no direito, como: *economia processual, uniformidade de julgados, rapidez de decisão sobre a reparação de danos. O sistema de adesão é adotado, atualmente, em Portugal,²⁰ Alemanha, França²¹ e Itália.²²*

5. No Brasil, à época do Império, o Código Criminal de 1830 adotou o sistema da união, das ações penal e civil (artigo 31 do Código Penal), outorgando competência ao juízo criminal para fixar a in-

²⁰ Portugal. O artigo 34 do **Código de Processo Português** permite ao lesado adotar o processo de adesão para viabilizar a reparação dos danos civis; há, no entanto, um peso de oficialidade, por autorizar a condenação civil do réu, em processo penal, pelo juiz criminal, sem pedido ou constituição do ofendido em parte civil. Na hipótese de condenação, segundo o art. 34: *Reparação por perdas e danos. O juiz, no caso de condenação, arbitrará aos ofendidos uma quantia como reparação por perdas e danos, ainda que lhe não tenha sido requerida...*

²¹ França. Adota-se o processo de adesão, na medida em que a parte civil pode demandar o pedido de reparação juntamente com a ação penal perante a jurisdição criminal, por autorização do art. 3º do **Code de Procedure Pénale**, do teor seguinte: *L'action civile peut être exercée en même temps que l'action publique et devant la même juridiction. Elle sera recevable pour tous chefs de dommages, aussi biens matériels que corporels ou moraux, que découleront des faits objets de la poursuite.*

²² Itália. O artigo 23 do **Codice di Procedura Penale** permite que a parte civil exerça sua pretensão no processo penal: *Art. 23. Esercizio dell'azione civile nel procedimento penale. Le persone indicate nella prima parte dell'articolo precedente possono esercitare l'azione civile nel procedimento penale, costituendosi parte civile. Tuttavia il giudice penale non può decidere sull'azione civile, quando il procedimento si chiude con sentenza che dichiara non doversi procedere (378,379) o che pronuncia assoluzione per qualsiasi causa (478, 479, 489).*

denização (art. 269, § 5º do CPP), revogado, no entanto, pela Lei nº 261, de 03.12.1841 (artigo 68).

6. Na atualidade, vigora no Brasil o sistema da separação relativa das ações penais e civis, em face do desdobramento das jurisdições criminal e cível, mitigando-se com a outorga de competência, ao juízo criminal, para homologar acordo quanto à lide civil, por meio de permissão em lei especial (art. 74 da Lei nº 9.099/95). O legislador preocupou-se com a contradição teórica de julgados em pontos de contato das ações penal e civil de fato comum, vinculando o juízo civil ao reconhecimento do julgado criminal de *questões de fato e de direito*, quando decididas, anteriormente, pela jurisdição criminal em sentença transitada em julgado, objetivando evitar contradição de julgados (artigos 935²³ do Código Civil, 91, I,²⁴ do Código Penal, 63, 65 e 66 do Código de Processo Penal²⁵).

6.1. Não obstante, o sistema jurídico brasileiro tende a evoluir para o sistema de adesão tal como no direito comparado (Portugal, Alemanha, França e Itália). Carece apenas de lei específica que autorize a parte civil optar em demandar a reparação dos danos materiais e morais, perpetrados em ilícito criminal, no processo penal ou no processo civil, dando o primeiro passo, com a Lei nº 9.099/95, que regulamenta os procedimentos nos Juizados Especiais Criminais e Cíveis no artigo 74,²⁶ legitimando a composição da reparação dos danos civis causados pelo ilícito criminal no processo penal nos ilícitos de menor potencial ofensivo - pena máxima não superior a 2 anos (Lei 11.313 de 28.06.2006)²⁷, compreendendo contravenções e

²³ Código civil. Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal; não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

²⁴ Código Penal. Art. 91. São efeitos da condenação: I - tomar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime...

²⁵ Código de Processo Penal. Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

²⁶ Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais), art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Art. 75. Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo.

²⁷ Lei 11.313, de 28.06.2006. Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

crimes, inclusive ilícitos de trânsito (Lei 9.503/97), ainda que ausente o MP, se previamente intimado²⁸, observando-se o limite da pena máxima estabelecida (art. 61)²⁹, excetuadas as leis com procedimentos especiais. A disciplina da Lei nº 9.099/95 (arts. 58 e 93) permite, ainda, ampliar-se a competência dos Juizados Especiais por lei estadual, para fim de composição da lide civil em sede de processo penal. Tal situação constitui um arremedo do processo de adesão, mas, já configura um grande avanço legislativo.

5.EFEITOS CIVIS DE SENTENÇAS CRIMINAIS

5.1. A lei brasileira não outorga competência ao juiz criminal, na jurisdição penal tradicional, para decidir a controvérsia civil de reparação de danos, ao tempo em que transforma a sentença condenatória criminal em título executivo judicial no cível (arts. 63 do CPP e 584, II do CPC), ou impede o julgamento da lide de direito comum, por negativa da autoria, do fato (art. 935 do CC) ou pelo reconhecimento de excludentes de antijuridicidade (art. 65 do CPP), sem permitir, sequer, adesão da parte civil no processo penal, situação que carece de correção legal. Demais, entendeu o E. STJ que a reparação do dano resultante de prática de crime constitui condição necessária à suspensão condicional do processo³⁰. Pontue-se que a lei impõe a prévia intimação do acusado e ou responsável civil para

Art. 60. O Juizado Especial Criminal provido por juizes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. P. único. *Na reunião de processos, perante o juízo comum ou tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis. Igual alteração operou-se no art. 2º. e parágrafo único da lei 10.259/2001, por força da lei 11.313 de 28.06.2006.*

²⁸ Enunciado Criminal 22- " Não havendo interesse de menores ou incapazes, não é nula a decisão que homologa composição dos danos civis se, devidamente intimado, o Ministério Público não houver comparecido à audiência preliminar". *Caderno de Jurisprudência JUIZADOS ESPECIAIS 7*, p. 94 - Editora Espaço Jurídico. Rio. Dezembro 2003.

²⁹ Lei 11.313, de 28.06.06. Art. 1º. Os arts. 60 e 61 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, passam a vigorar com as seguintes alterações:..." Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa."

³⁰ STJ. 5. Turma - RESP 566664 - Min. Rel. Laurita Vaz - Unânime- Julg. 03.08.2004 - DJ 11.10.2004. Recurso Especial. Penal. Crime de usura. Lei n. 1.521/51. Suspensão condicional do processo. Condição obrigatória. Reparação do dano. Inteligência do art. 89, p. 1º, inciso I, da Lei 9.099/95. 1. Esta Corte entende que a reparação do dano é condição necessária para concessão do sursis processual, salvo na impossibilidade de fazê-lo de maneira justificada. Precedentes. 2. Cabe ressaltar que a obrigação de reparar o dano decorre da prática do crime. Na hipótese vertente, a suspensão condicional do processo decorre da prática do crime do art. 4º, alínea a, da Lei n. 1.521/51, que trata da cobrança de juros superiores à taxa permitida em lei, não se vinculando à posse e propriedade de determinado bem litigioso.

a prévia em audiência objetivando a composição dos danos civis na esfera do processo penal, como condição indispensável à aplicação do instituto da transação penal, sempre que se aquilatar a possibilidade financeira do devedor, ainda, que o processo seja oriundo do JECRIM, da esfera estadual ou federal, *ut* artigos 60 e 61 da Lei 9.099/95 e art. 2º. da Lei 10.259/01, com as alterações introduzidas pela Lei 11.313, de 28.06.2006, além de consolidar o enunciado criminal nº. 1³¹, ao proclamar que o conceito de infração de menor potencial ofensivo traduzido no art. 2º parágrafo único da Lei 10.259/01 (JEC-Justiça Federal) abrange os delitos a que a lei comine pena não superior a dois anos, e, por isso, se aplica, igualmente, no Juizado Especial Criminal Estadual. Por isso, compete ao magistrado do Juizado especial criminal no processo de crimes de danos de menor potencial ofensivo, pena máxima não superior a 2 anos, notadamente, delitos culposos de trânsito, diligenciar para efetivar o acordo da lide civil de reparação dos danos civis, como condição necessária para a suspensão do processo (arts. 74, 76, 88 e 89 da Lei 9.099/95, aproveitando-se da unidade do fato e do procedimento, para decidir as duas lides penal e civil, por meio de juízo único, em evidente economia processual. O acordo avençado pelo devedor e credor em documento particular perante duas testemunhas afigura-se válido e eficaz (art. 585, II do CPC) e *a fortiori* se exarado em documento público perante o juízo, testemunhas e o representante do Ministério Público.

5.2 - Disposições Legislativas. Sentença penal condenatória - Código Penal. Art. 91. São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime...- Código de Processo Penal. Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Código civil. Art. 935. A responsabi-

³¹ Enunciado criminal 1. " Aplica-se ao Juizado Especial Criminal Estadual o conceito de infração de menor potencial ofensivo definido no art. 2º, parágrafo único da Lei nº. 10.259/01 (delitos a que a lei comine pena não superior a dois anos) - (EJVC).

lidade civil é independente da criminal; não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

6. PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Observações construtivas

No processo penal brasileiro, não há ação civil, pedido da parte lesada, nem a sentença criminal decide sobre a lide de natureza cível. Não obstante, a sentença condenatória criminal constitui título executivo judicial no cível, conforme a interpretação gramatical dos artigos 63 do CPP e 584, II do CPC. A absolvição pode ter efeito preclusivo no juízo cível, na interpretação literal dos artigos 65 do CPP e 935 do Código Civil, quando assentada em motivos de fato e de direito, nas hipóteses: a) negativa do fato ou da autoria (art. 386 do CPP)³²; e, b) legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal, exercício regular de um direito.³³

6.1. Em sede de sentença absolutória no Tribunal do Júri, o fenômeno é o mesmo, embora haja controvérsia na doutrina e jurisprudência, o julgado não deve repercutir no campo da responsabilidade civil, exceto como instrumento de prova, por falta de um pronunciamento específico sobre a controvérsia civil, conforme doutrina no mesmo sentido, o eminente jurista e desembargador, Carpena Amorim³⁴ e cristalizado entendimento do E. STJ no Resp 26.975-RS, Relator Min. Aldir Passarinho Junior³⁵, no entendimento de que "Nem todas as hipóteses de absolvição no Tribunal do Júri levam à aplicação das exceções previstas no artigo 935 do Código Civil quanto à

³² Art. 386 do CPP -"O juiz absolverá o réu... I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato;... não constituir o fato infração penal; IV - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; v) existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu da pena (arts.17, 18, 19, 22 e 24, p. 1o. do Código Penal."

³³ Esse é o quadro que transparece na interpretação literal das normas jurídicas referidas, embora haja entendimento diverso que será analisado no desenvolvimento deste tema.

³⁴ Amorim, Carpena. *A Reparação do Dano Decorrente do Crime*, p. 275.: ...Afigura-se-nos que as deliberações do Tribunal do Júri não possuem os pressupostos necessários a legitimar a obrigatória interdependência das decisões das duas esferas, a criminal e a civil, posto que as sentenças proferidas pelo Tribunal Popular não podem, de modo algum, influenciar nas decisões cíveis, porque tal interferência só é admissível nos limites da lei e quando se trata de soluções penais proferidas pelo juízo singular.

³⁵ Superior Tribunal de Justiça - Resp. 26.9075-RS - 4a.Turma. Relator Min. Aldir Passarinho Júnios, ac. Publicado em 20.05.2002. COAD- Informativo semanal 29/2002, p. 500/502.

impossibilidade de apuração da existência do fato ou da sua autoria, em face da ressalva constante do artigo 66 do CPP, norma mais moderna e prevalente. Assim, se não firmada, categoricamente, a inexistência material do fato - e aqui ele ocorreu - permite-se a investigação no cível da ocorrência do dolo ou culpa que levaram à prática do ilícito gerador da obrigação de indenizar...No r. voto do Min. Ruy Rosado de Aguiar, marcou-se, tal posicionamento na expressão seguinte: "No caso, a sentença é do Júri, que não é fundamentada. Uma das hipóteses do artigo 386 do CPP é a da absolvição por falta de prova; e é pacífico que a absolvição por falta de prova no juízo criminal não impede a condenação no juízo cível. Então, no caso, pode-se permitir o reconhecimento da responsabilidade civil porque a absolvição por negativa de autoria se deu por decisão do júri, que não é fundamentada. Essa falta de fundamentação gera incerteza quanto à real motivação do juízo decisório criminal, que poderia ter sido a falta de prova. Os jurados podem ter dito, por maioria: não há prova da autoria. *Com isso, a decisão do júri se desqualifica para submeter o juízo cível, não por ser uma decisão sobre a autoria, mas por ser uma decisão sem fundamento explícito.*"

6.2. Adite-se que, sem a outorga de competência ao juízo criminal para decidir a matéria cível e a ausência desse pronunciamento efetivo na sentença criminal, o julgado penal não poderia ter eficácia preclusiva no juízo cível, obstando o julgamento de mérito da controvérsia de direito privado. Essa falha legislativa, *data máxima venia*, deve corrigir-se de *lege ferenda*, com a revogação pelo legislador dos artigos seguintes: a) 935 do Código Civil, segunda parte (negativa da autoria e do fato); b) 63 a 68 do CPP e 584, II do CPC, que se afiguram de ilegitimidade constitucional, por violarem as normas do artigo 5º, XXXIV (direito de petição), LIII (competência cível do juiz natural), LIV (o devido processo legal), XXXV (não exclusão da apreciação do Judiciário da lesão ou ameaça a direito) na medida em que esses dispositivos impedem a parte civil de exercer o seu direito de ação, com resposta jurisdicional de fundo, a respeito de seu pedido e violam ainda o princípio do livre convencimento do juiz cível (art. 131 do CPC).³⁶

³⁶ Abreu, Roberto. Ob. cit., p. 91-169.

6.3. Argumentos ponderáveis no plano axiológico da CRFB/88 em defesa dos interesses da vítima inocente. Enquanto não se procede a correção legislativa sugerida, no atual regime brasileiro existe possibilidade de solução justa e adequada à luz da interpretação civil-constitucional, se a alegação de eficácia preclusiva da coisa julgada criminal for utilizada como chicana processual, em caso de prévia sentença penal condenatória (art. 63 do CPP) ou para impedir a realização de Justiça, em grau elevado, mediante sentença absolutória por: a) negativa da autoria ou do fato, com prova cível suficiente em sentido contrário³⁷; ou b) excludente de antijuridicidade³⁸ (v.g., situação reconhecida como estado de necessidade na jurisdição criminal e inexigibilidade de outra conduta na jurisdição civil, pelo STJ³⁹), argumentos que podem ser afastados pelo julgador cível utilizando na hermenêutica a técnica da interpretação sistemática direcionada a detectar o verdadeiro conteúdo da norma jurídica, compatibilizando-a no plano axiológico da Carta Magna *ut* artigos 1º, III, 5º, *caput*, X e XXII da CRFB/88, que garan-

³⁷ Amorim, Carpena. **Responsabilidade Civil e o Júri**, p. 60-65: A sentença do Júri, como é da essência dos julgamentos do Tribunal popular, é imotivada... Se a eventual prevalência da decisão criminal sobre a jurisdição civil não se alicerça sobre os valores que disciplinam a coisa julgada material, mas sobre a coerência que deve existir nos pronunciamentos judiciais através dos seus diversos canais, não há nenhum obstáculo que se oponha à revisão da prova pelo Juiz do Cível, mesmo em se tratando de autoria do crime, porque, na sua fundamentação não há contradição alguma com a decisão imotivada do Tribunal popular. Santos, J. M. de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**, p. 298-301/303: O Supremo Tribunal Federal possui caso típico, em que havendo absolvição pelo júri, mas tendo existido a pronúncia (indícios veementes) se deferiu a indenização (com. ao art. 1.525, citando outros autores). Em se tratando de decisão proferida pelo júri, nenhuma influência sobre a ação cível pode ela exercer, mesmo que o réu tenha sido absolvido por ter ficado provada a não existência do fato ou que outrem foi o seu autor. Afinal, sobre o tema, conclui: Ora, na decisão do júri, quer a que não está fundamentada, ou que foi proferida sem ser de modo circunstanciado, quer a que foi dada em completo desacordo com a prova dos autos, em virtude de sua apregoada soberania, não deparamos os elementos característicos de uma sentença que possa exercer qualquer influência sobre a instância cível, por emanar de uma jurisdição toda especial, exercida fora das normas regulares de Direito. Nem seria lógico que a justiça ficasse à mercê desses atos de prepotência judiciária, contrários à lei.

³⁸ Dias, José de Aguiar. Ob. cit., p. 487-488: O art. 65 do Código Penal estabeleceu confusão, ao dizer que a sentença penal fundada em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito, faz coisa julgada no cível; em nota de rodapé (1.555), acrescenta: Raramente, a prescrição cível coincide com a criminal. É claro que, se ocorre a coincidência, a solução será idêntica. Idêntica, não única. A sentença criminal não tem efeito preclusivo, não basta ao julgamento cível. É preciso que a jurisdição cível aplique a prescrição cível.

³⁹ Superior Tribunal de Justiça. Min. Eduardo Ribeiro. REsp nº 27.806-9-RJ (92.0024871-3): Sentença criminal absolutória. Coisa julgada. Efeito preclusivo relativamente a pretensão indenizatória. A regra geral é a não vinculação de um juízo ao outro, tratando-se de absolvição na esfera criminal. As exceções são as previstas nos artigos 65 e 66 do Código de Processo Penal. A inexigibilidade de outra conduta, causa supralegal de exclusão da culpabilidade, não se inclui entre aquelas que, reconhecida no juízo criminal, imponha-se ao cível. Impossibilidade de aplicação analógica do disposto no artigo 65 do CPP.

tem a incolumidade patrimonial e extrapatrimonial (ou moral) da pessoa inocente, como direitos fundamentais.

Nesse diapasão, argumentos ponderáveis podem afastar o efeito preclusivo da coisa julgada criminal que obsta o julgamento de mérito da lide civil, impedindo que se perpetre flagrante injustiça à vítima ou seus dependentes, na medida em que *viola seu direito de ação garantido na Constituição*, com os fundamentos seguintes: a) o espírito das normas expressas nos artigos 63, 65 do CPP (*l'esprit de loi - ratio legis*) tem o sentido de facilitar o rápido acesso da vítima ou dependentes à reparação dos danos injustos; b) a sentença penal condenatória é apenas de natureza declaratória da obrigação de reparar os danos civis (art. 91, I C. Penal), conforme doutrina de Damásio de Jesus e Alfredo Buzaid⁴⁰ etc., e do julgado do TJ-SP- Ap. Cível no 84.403- Rel. Des. Ruy Camilo⁴¹; c) o juiz criminal não tem competência cível para decidir a lide civil (art. 5º, LIII da CRFB/88) e, efetivamente, sobre ela não se pronuncia; d) a parte civil não exerceu o direito de ação no processo penal (art. 5º, XXXIV, CRFB/88), podendo, em consequência, pleitear a reparação dos danos de natureza cível e com direito a uma decisão de mérito sobre seu pedido; e) as partes, as causas de pedir, ativa e passiva e os pedidos nas ações penal e civil não se identificam situação que não caracteriza a litispendência nem a coisa julgada criminal impeditiva do julgamento de mérito da conexa, mas, heterônoma ação de reparação civil; f) os limites subjetivos da coisa julgada criminal impedem o efeito preclusivo a quem não foi parte no processo penal (art. 472 do CPC - *res inter alios acta*);⁴² g) não existe contradição prática de

⁴⁰ Jesus, Damásio. Ob. cit., p. 596. Liebman, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, p. 68. Buzaid, Alfredo. *Do Concurso de Credores no Processo de Execução*, p. 311.

⁴¹ 15aCC do TJ-SP. Ap. Cível nº 84.403-São José do Rio Preto. Rel. Des. Ruy Camilo. Apelação julgada procedente, por unanimidade, em 23/4/1987. Não se cogita de cobrança de cheque e sim de ação de ressarcimento de danos, à vista de ato ilícito cometido pelo réu, fato pelo qual, aliás, foi condenado criminalmente por decisão com trânsito em julgado. A propósito do tema em debate, observa o ilustre magistrado carioca, Roberto Abreu, que a sentença penal condenatória é de natureza apenas declaratória, quanto à certeza de reparar o dano, por parte do autor da infração. Sendo declaratória, no nosso sistema jurídico processual, jamais poderia constituir-se em título executivo, que é peculiar às sentenças de natureza condenatória (**A Sentença Criminal e a Responsabilidade Civil**, p. 125). Por isso mesmo, não se podendo cogitar de cobrança executiva, optou o autor por ação onde formulou pretensão de caráter indenizatório, objetivando ressarcir-se dos danos que decorreram do ato ilícito penal cometido pelo apelante.

⁴² Divinópolis. Rel. Juiz Maurício Delgado. Em 31/8/1982 (JB 75, p. 157-164). Coisa Julgada. Limites Subjetivos. Sentença Criminal. Extensão no Juízo Cível. São os limites subjetivos e não os objetivos do julgado que impedem uma

julgados porque os juízos criminal e civil decidem controvérsias distintas, nos limites de cada competência, não havendo duplo pronunciamento sobre as mesmas lides; h) os pleitos de reparações dos danos materiais e morais (art. 5º, *caput*, X CRFB/88) não foram objeto do julgamento no processo penal, não se podendo extravasar o limite objetivo da coisa julgada criminal às questões de fato e de direito, que se destinam à preclusão processual (art. 469, I CPC) e não à formação da *res judicata*, não podendo, por isso, impedir o julgamento da lide civil pelo juiz competente.

6.4. Assim, nas hipóteses necessárias, o julgador cível na hermenêutica integrará a norma infraconstitucional com os valores máximos do plano axiológico da CRFB/88, na salvaguarda dos interesses jurídicos da vítima inocente convertendo o direito em JUSTIÇA. 📄

questão decidida no juízo criminal atingir o cível revestida com a autoridade de coisa julgada. Apesar de a legislação brasileira dar o caráter de título executivo à sentença penal, deve-se, no entanto, agir com muita cautela na extensão dos efeitos do julgado criminal ao cível, uma vez que tal sistema processual está em dissonância com o princípio dos limites subjetivos do julgado.

O Direito Penal do Século XXI

Álvaro Mayrink da Costa

Desembargador (aposentado) do TJ/RJ. Ex-Presidente do TRE/RJ. Presidente do Fórum Permanente de Execução Penal da EMERJ. Professor de Direito Penal e Criminologia da Pós-graduação da UGF e da EMERJ.

Vivemos atualmente uma dramatização da violência e da ameaça. Pergunto: **a)** o Direito Penal disponível e politicamente funcionalizado ainda pode conservar o lugar que deve ocupar dentro do sistema de controle social?; **b)** ou perder aos olhos da população sua força de convicção normativa e sua distância moral frente à violação do Direito?

A meu sentir, o Direito Penal não pode sobreviver como um instrumento estatal de solução de problemas pontuais no conflito global, pois a violência é um firme componente de nossa experiência cotidiana. O que se modifica são as formas e a densidade de atividade desviante. A violência está onipresente e, com a mídia, temos a possibilidade de percebê-la como não ocorria no século passado.

As Reformas ocorridas nesses últimos vinte anos, na maioria dos países mais avançados tecnológica e economicamente, são retrato das novas tendências *para a legislação das primeiras décadas do século XXI*. Para determinada corrente doutrinária esta adaptação dos conceitos básicos do Direito Penal às novas necessidades político-criminais seriam uma consequência inevitável de um planejamento *funcionalista* do Direito Penal, traduzindo-se em subsistema de imputação dentro de um conjunto do sistema social global a cujo equilíbrio deve contribuir, restabelecendo e robuste-

cendo, a *pena* para quem tenha violado a norma penal, isto é, a confiança dos demais cidadãos fiéis ao Direito. O principal representante desta tendência é Jakobs, numa linguagem hermética e de difícil compreensão.

Não podemos olvidar, nas duas últimas décadas do século passado, que a discussão se manteve dentro de parâmetros marcados por princípios constitucionais do Estado de Direito. Sem questionar os direitos humanos fundamentais reconhecidos nos planos internos e externos, a polêmica sobre a função correspondente à dogmática é traduzida na feliz expressão de Hassemer como "as novas tendências do moderno Direito Penal".

Ao vislumbrar o Direito Penal do século XXI temos que partir da conferência de Jakobs, realizada em Berlim, em outubro de 1999, com o título "Os caminhos da ciência do Direito Penal no futuro", quando em tom provocativo, chama a atenção para a necessidade de reconhecer e admitir que, nas atuais sociedades, exige-se um Direito Penal dirigido com uma única tarefa de restabelecer, através da sanção punitiva, a vigência da norma violada pelo delinqüente e a confiança dos cidadãos no Direito (*segurança normativa*). Inspirado em conceitos mais ou menos flexíveis ou funcionais, mas respeitosos com as garantias e limites do poder punitivo no Estado de Direito, defende a existência de um outro Direito Penal, "Direito Penal do inimigo", em que o Estado entende diante de determinados sujeitos, que de forma grave e reiterada se comportam contra as normas básicas que regem a sociedade, constituindo-se numa imediata e constante ameaça, razão pela qual, há que se reagir de forma mais contundente para restabelecer, não a segurança e a confiança normativa, mas sim "a segurança cognitiva".

No Direito Penal do inimigo, segundo Jakobs, o Estado tem a permissão de tentar eficazmente, atuar contra o "inimigo" e desta forma está autorizado a impor penas desproporcionadas e draconianas, a penalizar condutas, ainda que inócuas ou sem qualquer ameaça ou perigo relevante para um bem jurídico. Enfim, o que é mais grave, eliminar ou reduzir ao mínimo, certas garantias e direitos do acusado do Processo Penal.

A discussão toma maior relevância na primeira década do século XXI diante do atentado terrorista das Torres Gêmeas de New

York de 11.9.2001, do atentado de dezembro de 2003, em Báli, do de 11 de março de 2004 de Atocha, Madri, do de 1º de setembro de 2004 na Escola de Beslan na Rússia e de 7 de julho de 2005 no Metrô de Londres.

Com a edição do *Patriotic Act* aprovado pelo Congresso dos Estados Unidos poucos dias depois do atentado de 11 de setembro de 2001, recentemente prorrogado por tempo indeterminado, permitem-se a detenção, a violação da correspondência e outros atos de intimidade sem qualquer controle judicial, a existência de tribunais militares secretos e a suspensão de outros direitos fundamentais reconhecidos na Constituição Americana, em nome do combate ao terrorismo.

Aduza-se a situação dos presos afegãos na base militar americana de Guantánamo, sem qualquer respeito às regras mínimas da Convenção de Genebra para os presos de guerra. Acrescente-se ainda a legislação excepcional contra os meros suspeitos de vinculação a grupos terroristas ou propagadores de idéias islâmicas fundamentalistas.

Junto a estas leis de exceção, surgem muitas outras similares em outros países em matéria de terrorismo interno, criminalidade organizada, narcotráfico, tráfico de armas, corrupção etc., que demonstram a existência de um "Direito Penal do inimigo", que não é uma invenção de Jakobs, mas uma realidade evidente cada vez mais preocupante, que ameaça se estender durante algumas décadas do século XXI, como um furacão favorecido pelo medo, na feliz expressão de Francisco Munõz Conde, inclusive nos países mais respeitosos com o Estado de Direito.

O que se questiona não é a existência do "Direito Penal do inimigo", o que se questiona é a compatibilidade do sistema do Estado de Direito e o reconhecimento e o respeito aos direitos fundamentais.

Não cabe dúvida de que igual ao modelo de "tolerância zero", existe nesta primeira década, uma tendência de utilizar o Direito Penal de modo mais enérgico e contundente e, se necessário, violando os limites que se impõem a um Estado de Direito e às garantias fundamentais do cidadão. Fica a indagação: *até que ponto é le-*

gítimo o Direito Penal do inimigo não se ater aos princípios do Estado de Direito, permitindo a violação de preceitos constitucionais e às declarações e tratados internacionais a favor dos direitos humanos?

A construção de Jakobs sobre o "Direito Penal do inimigo" é uma construção valorativamente ambígua, tanto para o sistema democrático como para um igualitário. Pergunta-se: **a)** Como se define o inimigo? **b)** quem o define? **c)** Todos delinquentes são inimigos? Se a resposta é afirmativa, todo Direito Penal é um Direito Penal do inimigo.

Zaffaroni observa que a proposta de "tática de contenção", que Jakobs chamou de Direito Penal do inimigo ao tratamento diferenciado de alguns delinquentes, em especial, terroristas, mediante medidas excepcionais, como tática destinada a deter o avanço, traz a tendência de ameaça de invasão em todo o campo penal, que Silva Sanches denominou de "terceira velocidade", que importaria uma renovação de classificação tripartida napoleônica de infrações penais com diferentes penas, processos e jurisdições.

Para Jakobs, o Direito Penal deveria habilitar o poder punitivo de uma forma para os *cidadãos* e de outra, para os *inimigos*, reservando o caráter de *pessoas* para os primeiros e, para os segundos, de *não-pessoas*, confinando-os em um compartimento estanque do Direito Penal, de modo que os demais continuariam funcionando conforme os princípios do Direito Penal liberal. Zaffaroni diz que se trata de uma espécie de quarentena penal do inimigo.

O Direito Penal do século XX se teorizou, admitindo que alguns seres humanos são perigosos e que só por isso devem ser segregados ou eliminados.

Enfim, observamos no início deste século as transformações da teoria e dos fins da pena, propugnando-se pela diversificação dos aspectos preventivos de seus fins, evitando-se a nefasta pena privativa de liberdade, tanto quanto seja possível e compatível com as necessidades de prevenção geral. Significa dizer que se devem introduzir alternativas às penas de prisão e outras medidas sociais que favoreçam a inserção social ou que, pelo menos, não causem maiores obstáculos a sua concrectude, possibilitando a incorporação do "cidadão-inimigo" à macrossociedade.

Quanto à tese da existência do Direito Penal neste século, afirma-se que não será possível a sua supressão, pois a pena privativa de liberdade, embora instrumento inadequado de repressão continue necessária para conter os conflitos sociais intoleráveis. A sociedade do século XXI encontrará formas de organização que não requeiram mais a pena de prisão nem suas dramáticas conquistas sociais. A intensidade do controle social se incrementará e, com isso, limitar-se-ão os conflitos macrosociais.

Não se pode fazer retroagir a roda da história, como diz Roxin, não mais se admitindo um modelo de Estado totalitário, bem como não se conseguirá a supressão ou minimização da criminalidade mediante um controle completo.

No século XXI veremos um maior implemento das disposições penais. Dada à complexidade das sociedades pós-industriais e pós-modernas teremos um acelerado desenvolvimento de novas disposições jurídicas. As penas serão mais leves e, cada vez mais, presentes à necessidade de suprimir as penas privativas de liberdade.

Observaremos a contínua criminalização de condutas diante da complexidade tecnológica e econômica das sociedades modernas. O Direito Penal do futuro terá sanções no âmbito de sua aplicação, mas não similares às penas do Direito Penal tradicional, prescindindo o seu caráter mais aflitivo.

Ao reconhecer a dignidade da pessoa humana supõe-se evitar no campo do possível à imposição de pena e, para isso, é necessário que o Estado ofereça possibilidades mais amplas para que os injustos não sejam cometidos e, ao mesmo tempo, que as penas fiquem limitadas ao estritamente necessário. A *função da pena* predominará em *casos-limite*, sobre os *fins da pena* e, nestes casos só servirá como *princípio garantidor limitativo passivo*.

É um grave erro crer que o denominado discurso das garantias é um luxo ao qual se pode renunciar em tempos de crise, menos ainda considerar que se trata de uma tese conservadora.

Pelo contrário, devemos nos prevenir contra reformas promovidas por burocratas ou políticos de plantão, que se alimentam da emergência de turno apresentando-as, como pós-modernas.

Seria absurdo negar, neste momento, a existência, de um avanço autoritário mundial em matéria penal, que coloca em crise os

estados de Direito, mas não podemos cair em pessimismos, deixando-nos levar pelo espírito do tempo e aceitá-lo, pois isto, é permitir que o Direito Penal se deteriore, degradando-se pelo discurso legitimante e reduza seu conteúdo pensante.

A resistência político-penal à admissão ao conceito de inimigo no Estado de Direito é frontal, ainda que as limitações do poder jurídico não permitam eliminá-lo.

Não se propõe introduzir e ampliar o uso do conceito de inimigo no Direito Penal, senão admiti-lo em compartimento estanque, perfeitamente delimitado, para que não se estenda e contamine todo o Direito Penal.

Procura-se ainda, no arborescer do século XXI, não pensar num preço tão caro, tendo em conta que na prática, opera em uma medida mais extensa, o que importaria, em muitos casos, até uma redução em seu âmbito. O que se discute é a diminuição dos direitos dos cidadãos para individualizar o dos inimigos. Conclui Zaffaroni, que se legitimarmos essa lesão aos direitos de todos os cidadãos, se conceder ao poder a faculdade de estabelecer até que medida será necessário limitar os direitos, que está em suas próprias mãos, o Estado de Direito terá sido abolido.

Não se ignoram os efeitos negativos da pena, reconhecem-se como um mal que só pode ser imposto na medida em que se torna necessário para garantir a tutela de um bem maior.

Se a violência, risco e ameaça se converte em fenômenos centrais da percepção social, a idéia de prevenção perde seu endereço e se consolida como instrumento efetivo e altamente intervencionista da política frente à violência do delito.

A sociedade ameaçada se vê colocada contra a parede e na sua percepção não se pode dar ao luxo de um Direito Penal entendido como proteção da liberdade necessitando de uma "Carta Magna do Cidadão", como arsenal de luta e efetiva contra o delito e a repressão da violência. Assim, o desviante se converte tendencialmente no inimigo e o Direito Penal, no Direito Penal do inimigo.

A prevenção geral positiva não fundamenta o Direito Penal nem a pena isoladamente, mas de maneira limitada pelo princípio da culpabilidade e acompanhada da missão de proteção subsidiária dos bens jurídicos fundamentais.

A prevenção geral positiva limitadora tende a uma maior racionalidade diante das tradicionais funções da pena, a relativização do efeito intimidante e a evitação de irreais otimismo em relação ao efeito ressocializante da execução da pena. Representa um progresso em relação ao limite da atuação do Estado (proteção dos bens jurídicos e a limitação do princípio da culpabilidade). Não podemos esquecer a função preventiva especial positiva no momento da execução da pena.

A missão do Direito Penal que baliza a função da pena no Estado Democrático de Direito é a proteção subsidiária dos bens jurídicos fundamentais.

Diante do princípio do pluralismo político emerge o princípio de tolerância determinando que os indivíduos suportem as diferenças não lesivas, pautadas no princípio da intolerabilidade, no cotidiano da vida social, e que serve de suporte para os princípios da ofensividade e da lesividade.

O Direito Penal tolerante cria espaços livres de direito abrindo condutas toleradas na linha de Ferrajoli ao referir-se a maiores e menores vínculos garantistas estruturais quanto à quantidade e à qualidade das proibições e das penas estabelecidas, há dois extremos: o Direito Penal mínimo e o Direito Penal máximo.

O Direito Penal mínimo, "condicionado e limitado ao máximo corresponde não só ao grau máximo de tutela das liberdade dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza". Diz Ferrajoli que um Direito Penal é racional e concreto à medida que suas intervenções são previsíveis, isto é, motivadas por argumentos cognitivos. Já o Direito Penal máximo, incondicionado e ilimitado, se caracteriza por sua excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e penas, constituindo-se como um sistema de poder não controlável racionalmente pela ausência de parâmetros certos e racionais.

O Direito Penal é ferramenta própria de proteção de bens jurídicos relevantes e a aparição de novas realidades propiciam a existência de novos bens jurídico-penais, bem como a deterioração de realidades abundantes, tornando-se bens escassos.

Não podemos esquecer as realidades, como a proteção do meio ambiente, do consumidor, a evolução sociocultural, a prote-

ção ao patrimônio artístico (bens coletivos e interesses difusos), abrindo-se espaço para uma expansão do Direito Penal. Aduza-se o papel do crime organizado desde a violação da ordem econômica aos capitais procedentes do narcotráfico. Vivemos como "sociedade de risco" (*Risikogessellschaft*).

A institucionalização da segurança, bem analisada por Silva Sánchez, em A expansão do Direito Penal, mostra uma sociedade de enorme complexidade na qual a interação individual alcançou níveis desconhecidos como a configuração do risco de origem humana como fenômeno social estrutural.

O *progresso tecnológico* e a competitividade geram a necessidade de intervenção diante dos riscos do cidadão na biologia, na genética, na energia nuclear, na informática, nas comunicações, além do papel de consumidor, usuário e *beneficiário* de serviços públicos. Vemos o desenvolvimento das formas de criminalidade organizada transnacionais que configuram riscos de alta relevância para o Estado e os indivíduos.

Aduza-se o fenômeno da criminalidade de massa, diante da população de rua, com os bolsões de miséria e marginalidade a alimentar a onda dos tradicionais movimentos de lei e ordem.

Diante da revolta social e da intolerabilidade dos ataques aos bens jurídicos na atual conjuntura, agita-se, através da mídia, o tema do "Direito Penal do inimigo", a *terceira via* do Direito Penal, como ferramenta emergencial em situação dita de "guerrilha urbana", buscando através do quadro fático de casos *de excepcionalidade* do conflito urbano, permitir, através do retrocesso da roda da história, renascer restrições secularmente superadas aos princípios de legalidade e seus corolários, legitimando a intervenção estatal que fratura o modelo garantista. O tripé é "garantista", pois se situa na absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia no contexto emergencial.

A Expansão do Direito Penal deve ser observada no liminar do século XXI com grandes cautelas diante das sociedades de risco, pois as reações devem ser ajustadas ao estritamente necessário para fazer frente a fenômenos excepcionalmente graves, que possam justificar-se em termos de proporcionalidade e que não ofereçam perigo de contaminação do Direito Penal da 'normalidade'. Lamentavelmente, os Estados vêm de forma indiscriminada admitindo o

perenne emergencia, que tende a "crescer e estabilizar-se, no século XXI".

Não se pode imaginar como Direito Penal "eficiente" reduzir-se ao mínimo os pressupostos da punibilidade mediante a ampla utilização dos injustos de perigo abstrato, facilitar os pressupostos da imputação ou agravar os meios de coação.

Acrescenta-se a intenção, a curto prazo, de resolver o déficit com um arsenal de agravações (*more of the same*) num âmbito crescente de efeitos puramente simbólicos do Direito Penal, que servem para o crédito político de o legislador ter respondido com celeridade aos medos e às grandes perturbações sociais, atendendo os imediatos anseios midiáticos com os severos meios do Direito Penal.

Como conclusão, repelimos a existência de dois Direitos Penais, um tradicional, para os cidadãos, e outro excepcional, para as não-pessoas. Não podemos fazer reverter a roda da história buscando em seu museu ferramentas superadas. O século XXI se caracterizará pela diminuição da incidência da pena privativa de liberdade substituída por outras medidas penais, que fogem ao modelo tradicional, educadoras e menos aflitivas, respeitados os direitos e deveres das pessoas humanas. A construção de prisões cederá à construção de escolas, reservando-se aquelas tão-só aos completamente inadaptáveis com as regras de conveniência da macrossociedade. A criação de patronatos e da assistência efetiva aos egressos. A humanização das prisões e o respeito à pessoa humana do encarcerado e, com isso, a redução das rebeliões. O Estado conquistando o espaço público. As prisões modernas terão menor capacidade, menos guardas, maior disciplina, plena assistência ao encarcerado, diante do processo tecnológico do século XXI. 

A Nova Execução Civil: O que Falta Mudar*

José Augusto Garcia de Sousa

*Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro.
Mestre em Direito pela UERJ. Professor
Assistente de Direito Processual Civil da
UERJ.*

1. INTRODUÇÃO

Demorou mas chegou. Demorou para o programa reformador do processo civil brasileiro, iniciado efetivamente em 1994, alcançar as execuções relativas às obrigações de pagar. Mas finalmente tais execuções, na prática numerosíssimas, experimentaram o sopro da mudança, com a edição das Leis 11.232/05 e 11.382/06.¹ Já não era sem tempo.

De fato, seria muito difícil apontar outro território processual, entre nós, que apresentasse índices tão alarmantes de falta de efetividade. Palco de impressionantes "fracassos" e "amargas experiências", no dizer incisivo de Cândido Rangel Dinamarco,² a exe-

⁰O texto reproduz vários trechos da palestra dada pelo autor na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ em 09/02/07, por ocasião do Seminário "Execução de Título Extrajudicial - Lei 11.382, de 06.12.2006", coordenado pelo eminente magistrado Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes.

¹A Lei 11.232/05 estabeleceu a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogou dispositivos relativos à execução fundada em título judicial. Já a Lei 11.382/06 reformulou o Livro II do Código de Processo Civil, agora reservado às execuções fundadas em título extrajudicial, sem prejuízo da aplicação subsidiária ao cumprimento da sentença, "no que couber", das normas que regem o processo de execução de título extrajudicial (art. 475-R do CPC).

²Dinamarco, "Menor onerosidade possível e efetividade do processo executivo", *Nova Era do Processo Civil*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 295. Uma das "amargas experiências" referidas, de resto algo vivenciado cotidianamente pelos operadores jurídicos brasileiros, veio do exercício profissional de Dinamarco e merece reprodução, a título ilustrativo (mesma obra, p. 295-296): "Depois de um árduo processo de conhecimento, em que o devedor fora condenado a pagar vultosa quantia, deparou o credor com grande dificuldade para encontrar bens penhoráveis no patrimônio do devedor. Descobriu finalmente que este guardava boa soma em dólares americanos em um cofre-forte bancário. Pediu o arrombamento do cofre, a ser feito com todas as cautelas destinadas à idoneidade do ato,

cução forçada das obrigações de pagar transformou-se no grande "calcanhar de Aquiles"³ do processo civil brasileiro, nela predominando o sistemático favorecimento do devedor e a larga tolerância em relação a manobras protelatórias e desleais. Aliás, outros personagens da mitologia e da história poderiam ser invocados na descrição do descabro. Ter êxito em uma execução de pagar, aqui, tornou-se autêntico trabalho de Hércules, sendo corriqueira, para milhares e milhares de exeqüentes, a sina melancólica de uma vitória de Pirro. Ou melhor, Pirro talvez não seja adequado evocar. Afinal, a célebre vitória do Rei Pirro contra os romanos, apesar das baixas excessivas, não deixou de ser uma vitória, artigo raro no reino das nossas execuções...

Especialmente chocante era a falta de efetividade das execuções lastreadas em título judicial, um título "desmoralizado" no Brasil.⁴ Depois de uma longa caminhada pelas veredas da cognição (mais longa ainda se envolvesse a necessidade de liquidação da sentença), o titular de um direito já certificado era submetido a uma jornada processual ainda mais cruciante.⁵ Sobretudo os exeqüentes pobres não tinham fôlego para chegar ao fim dessa jornada, submetendo-se muitas vezes a acordos altamente desfavoráveis, verdadeiras extorsões. De nada valia, então, reformar e melhorar o procedimento cognitivo, porque tudo se perdia na hora da execução. Pode-se dizer até que uma certa esquizofrenia tomou conta do nosso processo civil: o lema da efetividade, ao mesmo tempo em que

responsabilizando-se pelas despesas do arrombamento. O juiz da causa, a quem certamente não importavam os resultados do seu exercício jurisdicional, despachou simplesmente: 'diga a parte contrária'. É fácil imaginar onde foram parar os dólares! E o credor, vencido por essa atitude burocrática do juiz, viu-se obrigado a renunciar a grande parte de seu crédito, aceitando um acordo pelo qual veio a receber somente quarenta por cento deste."

³ Expressão usada por Athos Gusmão Carneiro ("Nova execução. Aonde vamos? Vamos melhorar", *Revista de Processo*, n. 123, maio 2005, p. 116).

⁴ Petrônio Calmon, "Sentença e títulos executivos judiciais", in *A Nova Execução de Títulos Judiciais: comentários à Lei 11.232/05*, coordenadores Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 103.

⁵ Escreve a propósito, com bastante verve, Athos Gusmão Carneiro ("Do 'cumprimento da sentença', conforme a Lei n. 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo. Por que não?", in *A Nova Execução de Títulos Judiciais: comentários à Lei 11.232/05*, coordenadores Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 16): "[...] Os tempos correm, a apelação do réu é por fim rejeitada, recursos de natureza extraordinária são intentados e repelidos, e certo dia - mirabile dictu - o paciente autor recebe a grata notícia: a sentença a ele favorável havia transitado em julgado. Alvíssaras, pensou o demandante. Pensou mal. Para receber o 'bem da vida', cumpria fosse proposto um 'segundo processo' [...]."

influenciava bastante os eventos cognitivos, restava ignorado justamente no momento culminante do processo, a execução forçada.

No presente texto, pretendemos discutir em primeiro lugar, com a necessária concisão, as causas da falência das nossas execuções de pagar. Depois, apontaremos as alterações mais significativas trazidas pelas Leis 11.232/05 e 11.382/06. À vista daquelas causas e destas alterações, estaremos prontos para defender, na parte principal do trabalho, algumas aplicações da nova sistemática, aplicações que reputamos relevantes ao propósito de imprimir maior efetividade às execuções de pagar. Ou seja, tencionamos falar, de maneira obviamente não exaustiva, do passado, do presente e do futuro dessas execuções. Para o futuro, foco primordial das nossas reflexões, uma coisa é certa: ele só será mais luminoso se à reforma legislativa corresponder uma autêntica alteração de mentalidade daqueles que trabalham no sistema, postulando e decidindo.⁶

2. RADIOGRAFIA DE UMA FALÊNCIA

Por que chegamos, no campo das execuções de pagar, a uma situação absolutamente ruinosa? Várias e complexas são as causas. Não é uma autópsia fácil de realizar. Aqui, dadas as limitações naturais do artigo (e do autor), resta impossível aprofundar a discussão. De qualquer forma, algumas causas da "falência" podem ser sugeridas, arqueologia que se afigura útil para quem deseja evitar os mesmos erros.

De início, deve ser considerado que, em lugar algum, executar constitui tarefa tranqüila. "Falar é fácil, fazer é que são elas" consiste em dito popular apoiado no bom senso e com amplas aplicações. Tome-se, por exemplo, a teoria dos direitos fundamentais. Não por acaso, nunca foi simples a efetividade dos direitos prestacionais, tantas vezes sujeita à "reserva do possível". No plano das atividades

⁶ A respeito da necessidade de uma nova mentalidade - pautada no marco teórico-dogmático da moderna teoria dos direitos fundamentais - para o enfrentamento dos problemas da tutela executiva, confira-se Marcelo Lima Guerra, **Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, especialmente p. 80-81, valendo aduzir que essa obra primorosa de Lima Guerra ilumina várias passagens do nosso trabalho.

processuais não é diferente. Declarar um direito costuma ser bem menos problemático do que realizar coativamente esse direito. Não bastasse, entre a silogística declaração e a chã realização, a primeira sempre foi vista como atividade bem mais nobre do ponto de vista intelectual, o que aumentou ainda mais as resistências contra a atividade executória. Aqui e alhures, forjou-se mentalidade processual francamente simpática à cognição, em detrimento da função executiva. A função precípua da jurisdição seria exatamente a indicada pela sua literalidade etimológica: dizer o direito, não necessariamente efetivar esse mesmo direito. Eloqüentes, a respeito, são as palavras de Roger Perrot sobre essa mentalidade que durante muito tempo predominou - e até hoje subsiste - nos meios processuais: "O jurista, e o processualista em particular, pensou por longo tempo que sua tarefa se encerrasse com a prolação da sentença, considerada como a meta final de suas reflexões doutrinárias. Dito o direito, a execução efetiva da decisão judicial parecia-lhe coisa secundária, pertinente a outro mundo: o do *imperium*, estranho à ciência processual e confiado já não ao Judiciário, senão aos agentes da força pública. Tanto isso é verdade, aliás, que com grande freqüência o advogado, uma vez proferido o julgamento, fechava serenamente sua pasta, sem preocupar-se com o resto. Tal visão era duplamente nefasta: para o credor, como é óbvio, mas também para a credibilidade da Justiça em geral."⁷

Ou seja, causas "naturais" e fatores não privativos da realidade nacional contribuíram para o desmazelo da nossa execução. Sem embargo, maior parece ter sido a contribuição dos fatores nativos. A começar pelas deficiências do modelo de execução implantado pelo Código de Processo Civil de 1973, o "Código Buzaid".

Fiel a tradições romanistas, o Código de 1973 reservou um processo autônomo para a atividade executiva, mesmo quando o título consistisse em sentença. Para cada atividade tínhamos um processo distinto, eis o modelo do "Código Buzaid" na sua versão origi-

⁷ Perrot, "O processo civil francês na véspera do século XXI", tradução de José Carlos Barbosa Moreira, *Revista Forense*, n. 342, abr./jun. 1998, p. 167.

nal (hoje completamente reformulada). Era um modelo que tinha lá a sua lógica. Mas era uma lógica presa a aspectos conceituais, presa ao império da segurança, presa ainda ao "processo civil do réu", a quem eram dadas chances excessivas para defender-se - e brechas generosas para evadir-se das obrigações eventualmente impostas. Nem é preciso dizer que essa lógica, justificável sob o prisma dos conceitos e da segurança, mostrava-se nefasta diante de outros crivos. Especialmente sob a ótica do "consumidor" dos serviços judiciais, tão enaltecida por Mauro Cappelletti, tratava-se de uma estrutura incompreensível e artificial, que acabava se traduzindo em gravames desnecessários para o detentor de uma sentença favorável.⁸ Como bem ressaltado por Petrônio Calmon, crítico severo do fracionamento da pretensão e da jurisdição, "o autor da ação não se dirige à Justiça para buscar uma sentença, mas sim para que se lhe proporcione a satisfação de seu direito. A certificação é apenas uma exigência do método utilizado pela jurisdição (o processo), já que o juiz não pode proporcionar a satisfação de mera alegação. [...] O mais é pura ficção, criação da ciência processual, eis que toda pretensão é, pois, em realidade, uma pretensão de satisfação e não de sentença de mérito."⁹

Além da autonomia vista acima, outra característica negativa das nossas execuções de pagar era (e em parte continua sendo) a rígida sujeição ao modelo da sub-rogação "ao quadrado", ou modelo "pague sob pena de penhora".¹⁰ Sendo pouco estimulada a pe-

⁸ Exatas, a respeito, as palavras de Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini, "O contexto da reforma processual civil", in Renault e Bottini (coordenadores), **A Nova Execução dos Títulos Judiciais: comentários à Lei 11.232/05**, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 9: "A existência de dois processos distintos, um de conhecimento e um de execução, representava uma cisão de pouca praticidade, porque as partes litigantes eram as mesmas e a pretensão, ainda que tivesse natureza diversa, recaía sobre o mesmo objeto, salvo algumas exceções. E esta cisão apresentava problemas concretos, como a necessidade de citação do réu para a formação da relação processual de conhecimento e, após o término desta etapa, nova citação para o início do processo de execução. Ora, como a citação é pessoal, era imensa a dificuldade de localizar o devedor, especialmente para comunicá-lo do início da execução [...]."

⁹ Petrônio Calmon, "Sentença e títulos executivos judiciais", cit., p. 96, grifado no original.

¹⁰ As expressões são de Cassio Scarpinella Bueno, que assim as explica ("Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias", **Revista de Processo**, n. 113, jan./fev. 04, p. 35, grifado no original): "Substitui-se a vontade do devedor pelos atos executivos, que agem, exclusivamente, sobre seu patrimônio, e substitui-se seu patrimônio, assim apreendido ou destacado, pelo seu equivalente monetário." Esse modelo de dupla sub-rogação (ou dupla substituição) tem trazido, de acordo com Scarpinella Bueno (mesmo artigo e página), "graves problemas" para o cumprimento das sentenças condenatórias de pagar (dar) dinheiro, embora seja justificável cultural, histórica, social e tecnicamente.

nhora de dinheiro, e havendo grande "preconceito"¹¹ contra as medidas coercitivas - de modo especial quanto às execuções de pagar -, praticamente só era oferecida ao exequente a possibilidade de satisfação através da alienação do patrimônio do devedor, o que implicava um procedimento complexo e oneroso, que desaguava - geralmente muitos anos depois de iniciado - na fatídica hasta pública, sinônimo de fracasso e desperdício. A "sorte" é que dificilmente se chegava à hasta pública, já que as execuções rotineiramente estacionavam antes, por falta de bens penhoráveis... Eis aí, por sinal, outra marca do nosso sistema, sobretudo após o advento da Lei 8.009/90: a contemplação de inumeráveis casos de impenhorabilidade, bem acima do que seria razoável admitir. Em tempos pretéritos, a vontade humana era considerada intangível. Para a ordem processual brasileira, o patrimônio do devedor é que se mostrava quase intangível (o que não mudou muito).¹²

Dessa forma, tínhamos sistemática legal pesada, ultrapassada, que apresentava índices risíveis de êxito.

É claro que o quadro descrito não foi desenhado apenas por fatores legais. Os operadores do sistema também ajudaram bastante, naturalmente. Das partes e seus advogados partiram, vezes reiteradas, manobras protelatórias e pouco éticas. Já os juízes assumiram, amiúde, postura passiva, burocrática, desinteressada, impulsionando "sem qualquer apetite"¹³ a execução, como se esta fosse

¹¹ Diz a respeito Marcelo Lima Guerra, **Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil**, cit., p. 41-42, grifado no original: "Infelizmente, ainda se encontra bastante arraigada em segmento expressivo da doutrina, essa concepção que reflete um *imotivado juízo negativo de valor* em relação às medidas coercitivas, herança, ao que parece, de concepções vigentes no século XIX e em boa parte do século XX, na cultura jurídica européia, que exacerbavam o dogma da intangibilidade da vontade humana [...] Pelo que se disse, percebe-se que idéias como essas devem ser consideradas puro preconceito, uma vez que baseadas sobre uma premissa geral - a de que nas obrigações fungíveis a tutela executiva sempre será melhor prestada através das medidas sub-rogatórias - que simplesmente jamais foi, e nem poderia mesmo vir a ser, verdadeira."

¹² Carlos Callage, logo após a edição da Lei 8.009, vaticinava ironicamente ("Inconstitucionalidade da Lei nº 8.009 de 29 de março de 1990: impenhorabilidade de imóvel residencial", **Revista de Direito da Procuradoria-Geral**, Rio de Janeiro, n. 43, 1991, p. 48): "[...] A não ser que a medida do Governo Sarney signifique um último estágio na história das dívidas. No passado o devedor respondia com o próprio corpo. No presente responde com seu patrimônio e, neste futuro, não responde mais."

¹³ Leonardo Greco, **A crise do processo de execução, Estudos de Direito Processual**, Campo dos Goytacazes, Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 8. Em seu ensaio, Greco desafia inúmeros fatores que prejudicam a atividade jurisdicional no campo executivo. A título de exemplo, registre-se que o ilustre processualista critica vigorosamente a pouca atenção dada, na execução, ao princípio da oralidade e seus consectários (p. 20): "O processo de execução que passa de mão em mão burocratiza o juiz, descompromissando-o da busca perseverante dos resultados almejados e transformando-o em instrumento dócil da chicana e dos incidentes procrastinatórios."

assunto exclusivo das partes, dominado inteiramente pelo princípio da demanda.¹⁴ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, avançada em outras questões, fez pior: "sacralizou"¹⁵ o bem de família e deu peso extraordinário ao princípio da menor gravosidade da execução, desequilibrando o sistema.

Nesse ponto, deparamos novamente com a questão cultural, altamente relevante em qualquer matéria jurídica. Da cultura não é possível fugir, positivamente. E a cultura nacional tem ingredientes que não facilitam, muito pelo contrário, o bom desempenho das execuções. Tome-se a nossa índole bacharelesca. Executar é realizar na prática, trabalhar no concreto, colocar a mão na massa. Só que o país adora discursos, na mesma proporção em que despreza trabalhos manuais e técnicos, considerados inferiores. Como a execução pode dar certo? Não é de admirar a ênfase muito maior que sempre foi dada aqui à atividade cognitiva, sendo sintomático o sucesso, entre nós, da chamada "exceção de pré-executividade", que significa exatamente o avanço da cognição em pleno território executivo.¹⁶

Mais deletério ainda, para as execuções, é o acendrado individualismo do homem "cordial" brasileiro, incapaz de enxergar ordenações coletivas.¹⁷ Esse individualismo cria enormes resistências

¹⁴ Mais uma vez é útil ouvir Marcelo Lima Guerra, **Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil**, cit., p. 155, grifado no original: "[...] Aliás, cumpre observar, nessa ordem de idéias, que não se justifica a permanência de uma mentalidade, infelizmente muito comum entre os juízes brasileiros, que tolere uma atitude de total passividade e inércia do devedor, ao mesmo tempo em que exige do credor todas as diligências necessárias a preparar a expropriação forçada. Essa mentalidade se manifesta, por exemplo, na recusa do magistrado, bastante freqüente, em expedir ofícios a cartórios, órgãos públicos e qualquer outra instituição, no sentido de colher informações sobre a situação patrimonial do devedor, sob a alegativa de que *incumbe ao credor esse tipo de diligência*. Essa mesma mentalidade é a que aceitaria, sem maiores investigações, a nomeação à penhora de bem diverso que dinheiro, se o *credor* não localizar, em atividade verdadeiramente detetivesca, o respectivo numerário no patrimônio do devedor."

¹⁵ Jandyr Maya Faillace, "Da alteração do processo de execução: sobre o PL 4.497/2004", in Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini (coordenadores), **A Nova Execução dos Títulos Judiciais: comentários à Lei 11.232/05**, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 89. Faillace ilustra seu texto com exemplos da "sacralização" do bem de família, aduzindo que "no Tribunal Superior do Trabalho não há registro de anomalias jurisprudenciais semelhantes."

¹⁶ Sintomática, a propósito, era a redação do antigo art. 463 do CPC (alterado pela Lei 11.232/05), pela qual "Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional...", como se o zênite da atividade jurisdicional fosse a simples declaração de direitos, mesmo que desacompanhada de feitos práticos.

¹⁷ Quando falamos em homem "cordial" brasileiro, referimo-nos naturalmente à concepção de Sérgio Buarque de Holanda, lavrada em **Raízes do Brasil**, uma das obras fundamentais da nossa literatura no século passado. A cordialidade do brasileiro, na visão de Buarque de Holanda, representa não só emotividade, mas também características menos abonadoras, como a aversão a comandos pessoais e a dificuldade de compreender a distinção entre os domínios do privado e do público. De acordo com Buarque de Holanda (**Raízes do Brasil**, 26. ed., São Paulo, Companhia das Letras, 1995, p. 205, grifado no original), "essa cordialidade, estranha, por um lado, a todo formalismo e convencionalismo social,

à imposição de qualquer sanção, por mais necessária que seja. Faz parte do nosso código genético a leniência com o erro, ou melhor, a leniência em relação a quem erra. Especialmente individualista se mostra a cultura jurídica nacional, nela predominando um garantismo que por um lado é oportuno, dadas as nossas raízes autoritárias, mas por outro lado é amigo da impunidade e do clima de vale-tudo que desgraça este solo há séculos.¹⁸ *Fiat justitia* (individualmente), *pereat mundus* é o que sugerem muitas das doutrinas e jurisprudências mais incensadas entre nós. Veja-se o que ocorre sempre e ocorreu novamente nas últimas eleições (2006), apesar da vigilância da opinião pública: com o beneplácito do Tribunal Superior Eleitoral, notórios malfeitores, presumidamente inocentes - condição que decerto nunca perderão, mesmo porque até hoje o Supremo Tribunal Federal nunca condenou um parlamentar¹⁹ -, puderam assumir seus cargos eletivos, para mais um mandato de patifarias. Veja-se ainda o que está acontecendo na área criminal. Com uma defesa eficiente e ativa em todas as instâncias, autores de crimes gravíssimos, como homicídio e assalto aos cofres públicos, dificilmente vão para a cadeia ou cumprem penas proporcionais aos seus delitos, valendo-se de dádivas garantistas patrocinadas com entusiasmo pelo Supremo Tribunal Federal, para perplexidade da massa ignara do lado de fora. Ou seja, muitas vezes não conseguimos sancionar devidamente nem mesmo quem tira uma vida humana (quicá a vida de uma criança) e destrói uma família por motivos abjetos.²⁰ Se assim é, como esperar

não abrange, por outro, apenas e obrigatoriamente, sentimentos positivos e de *concordia*. A inimidade bem pode ser tão *cordial* como a amizade, nisto que uma e outra nascem do *coração*, procedem, assim, da esfera do íntimo, do familiar, do privado."

¹⁸ A propósito, escreve José Carlos Barbosa Moreira a respeito da radicalização do garantismo no campo probatório ("A Constituição e as provas ilícitamente obtidas", *Temas de Direito Processual: sexta série*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 123): "Temos, no particular, a penosa impressão de ver materializar-se aos nossos olhos autêntico fantasma retardatário de um tipo de individualismo exasperadamente anti-social, que supúnhamos exorcizado há muito tempo e em definitivo. Custa-nos crer que assombrações do gênero possam fazer boa companhia na marcha para a construção de uma sociedade mais civilizada."

¹⁹ A propósito: Alan Gripp e Carolina Brígido, STF jamais puniu um parlamentar: congestionamento de processos beneficiária investigados, que têm foro privilegiado, *O Globo*, 18/03/07, p. 3.

²⁰ Na semana em que concluímos este artigo, foram aprovados pelo Congresso Nacional alguns projetos endurecendo o sistema penal. Foi uma resposta ao bárbaro trucidamento do menino João Hélio no mês passado (fevereiro de 2007), na cidade do Rio de Janeiro. Para muitos, resultado do clima de "histeria" causado pela morte de João Hélio. Com a vênia de quem entende assim, pensamos diferente. No dia em que um crime como o que vitimou aquela

que ilícitos menos dramáticos, no plano cível, sejam tratados com um mínimo de rigor? Fazemos juras de amor eterno aos direitos fundamentais, mas só aos de primeira geração. Valores individuais tendem a sobrepujar bens coletivos. Explica-se perfeitamente, dessa forma, que o princípio da efetividade da execução, salutar do ponto de vista social e coletivo, leve goleadas tremendas do princípio da menor gravosidade da execução, este último um princípio francamente liberal e individualista.²¹

3. AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELAS LEIS 11.232/05 E 11.382/06

Portanto, inúmeras razões - universais ou domésticas, legais ou culturais - levaram-nos ao fundo do poço em matéria de execução das obrigações de pagar. A situação tornou-se insustentável. Ficou claro que os percalços da execução estavam prejudicando a própria economia do país, emperrando o seu crescimento. Também em favor de alterações profundas no campo da execução, veio a Emenda Constitucional 45/04 (a chamada "Reforma do Judiciário"),

criança não causar comoção, aí sim, estaremos irremediavelmente perdidos. E nem se trata de comoção bissexta, porque os crimes brutais têm ocorrido com alarmante frequência. Se queremos realmente valorizar a vida, como impõe a nossa Constituição, não podemos deixar que "matar alguém" (ou qualquer outra ação típica contra a vida) se torne um delito banal, sem uma resposta adequada do sistema. Sancionando mais adequadamente quem atenta contra a vida humana é obvio que não estaremos resolvendo o problema assaz complexo da criminalidade, mas ao menos estaremos mitigando o sentimento de impunidade que tomou conta da nossa sociedade, um sentimento amargo, doloroso e extremamente nefasto do ponto de vista coletivo.

²¹ No terreno da economia, confirmaram-se Armando Castelar Pinheiro e Fabio Giambiagi, **Rompendo o Marasmo: a retomada do desenvolvimento no Brasil**, Rio de Janeiro, Elsevier, 2006, p. 24-27, discorrendo sobre a "cultura do coitado" que prevalece no Brasil. No terreno específico das execuções judiciais, vários autores percebem a influência dos fatores culturais e ideológicos. Jandyry Maya Faillace é contundente a respeito (**Da alteração do processo de execução...**, cit., p. 91): "Existe na cultura pátria um acentuado viés pró-devedor. Uma cultura na qual se considera que nada há de errado ou, muito menos, imoral, em dever, ter como pagar, ainda que com sacrifício, mas não pagar. Esta cultura se observa em diversos níveis. [...] A isso se soma, lamentavelmente, um sistema judiciário fortemente contaminado pela mentalidade de que é algo mesquinho insistir até o fim na cobrança de dívida e de que o devedor deve ser tutelado de todas as formas. E se o devedor zomba da ordem judicial de pagar considera-se isto problema particular do credor, e não, como verdadeiramente é, questão que afeta a ordem social, a ordem econômica e põe em risco a credibilidade das instituições, em especial do Poder Judiciário." Também Luiz Rodrigues Wambier ("A crise da execução e alguns fatores que contribuem para a sua intensificação - propostas para minimizá-la", **Revista de Processo**, n. 109, jan./mar. 2003, p. 134) fala no "crescimento - entre nós, no Brasil - de postura ideológica que visivelmente privilegia o devedor" e acaba favorecendo o "calote". Por seu turno, Leonardo Greco ("A crise do processo de execução", cit., p. 8) destaca o advento de "um novo ambiente econômico e sociológico", no qual "o espírito empresarial e a sociedade de consumo estimulam o endividamento das pessoas e o inadimplemento das obrigações pelo devedor deixou de ser vexatório e reprovável, o que multiplica as ações de cobrança e execuções, através das quais o sujeito passivo ainda usufrui vantagens, às custas do credor".

encarecendo o acesso à justiça e assegurando a todos "a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII, da Constituição). Como resultado de todas essas pressões, editaram-se as Leis 11.232/05 e 11.382/06, reformulando por completo a execução das obrigações de dar dinheiro, tanto as oriundas de títulos judiciais quanto as derivadas de títulos extrajudiciais. É bem verdade que mudar a lei não basta, vez que fatores extralegais, como visto, conspiram intensamente contra a efetividade das execuções. Mas mudar a lei é também uma tentativa de influenciar a cultura, conscientizando os operadores do sistema sobre a necessidade de dar efetividade às execuções, em prol do acesso substancial à justiça.²²

Tantas foram as modificações empreendidas que seria inviável, aqui, descrevê-las de maneira exaustiva. Neste espaço, basta citar as alterações mais significativas. Pois bem, alteração marcante, representando autêntica mudança de paradigma, foi a eliminação quase total do processo autônomo de execução fundada em título judicial (remanescendo apenas em algumas poucas hipóteses), restando igualmente suprimidas as sentenças condenatórias "puras", aquelas que simplesmente propiciavam a deflagração de uma nova ação, em outro processo. No mesmo contexto, ditado pela Lei 11.232/05, foi suprimido o processo autônomo de liquidação de sentença. Nas palavras de Athos Gusmão Carneiro, abandonamos o sistema romano da *actio iudicati* - um sistema "formalista, demorado e sofisticado" - e retornamos em parte ao direito comum medieval, com a sua

²² Críticas sensatas têm sido ouvidas em relação à frequência excessiva das alterações da lei processual. Nesse sentido, advertem José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (**Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 10, grifado no original): "[...] E que não se veja na alteração ininterrupta dos textos da lei a *solução* para os problemas da justiça brasileira, até porque, verdadeiramente, não é a mera alteração legislativa que fará com que o sistema funcione mais adequadamente aos seus fins." Por seu turno, assinala Luciana Drimel Dias ("O ocaso das recentes reformas do CPC sob o enfoque da pós-modernidade e globalização", **Revista de Processo**, n. 121, mar. 05, p. 106, grifado no original): "[...] Entretanto, num mundo da *glocalização* [neologismo referente à coexistência de tendências globalizantes e localísticas] não podemos mais nos contentar com um projeto iluminista esperançosos em 'códigos salvadores' [...] Por mais sofisticadas que sejam as reformas legislativas não se pode esquecer que os fatores essenciais nos quais se apóia a administração da justiça são: homens (sociedade) e estruturas. A crise é fato (constante) daí porque novas perspectivas (sempre variáveis) são essenciais." Também nós entendemos que o processo reformador deve aquietar-se, pelo menos durante algum tempo. Sem embargo, em relação à execução, dado o caos que reinava, as reformas legislativas faziam-se realmente indeclináveis. Mas é claro que não bastam, e esse, exatamente, é o mote principal do presente trabalho.

expedita execução *per officium iudicis*.²³ Fechamos assim um ciclo virtuoso: primeiro veio a Lei 8.952/94, que abriu as portas para a expansão dos processos interditais, mas só no âmbito das obrigações de fazer e não fazer; depois tivemos a Lei 10.444/02, fulminando de vez as execuções autônomas de condenações relativas a obrigações de fazer e não fazer, bem como as condenações relativas a obrigações de entregar coisa; finalmente, a Lei 11.232/05 estendeu o mesmo tratamento para as obrigações de pagar resultantes de sentença.

Outras inovações, estas dizendo respeito não só aos títulos judiciais mas também às execuções estribadas em título extrajudicial, merecem destaque. O modelo da sub-rogação "ao quadrado" restou mantido, porém em termos menos rígidos. De fato, a reforma fomentou a penhora de dinheiro, a ser efetivada principalmente por meios eletrônicos (estimulados bastante, como não poderia ser diferente), autorizando-se de maneira expressa, e em termos bem favoráveis, a já conhecida penhora *on line*, cabendo ao executado o ônus da prova quanto à impenhorabilidade das quantias depositadas em conta corrente. Também foi autorizada expressamente a penhora de percentual do faturamento de empresa. E, não havendo a apreensão de numerário do devedor, a adjudicação foi eleita o mecanismo preferencial de expropriação dos bens do executado (na forma do art. 685-A e parágrafos do CPC, dispositivos criados pela Lei 11.382/06 que evidenciam a valorização desse meio expropriatório, inclusive se ampliando a respectiva legitimação), passando a hasta pública para o terceiro lugar na lista das preferências, atrás ainda da alienação particular. Tudo isso, insista-se, contribuiu para suavizar o modelo vigente, diminuindo os casos em que se faz necessário, para a satisfação do exequente, converter em pecúnia o patrimônio do executado.

Sem embargo, continua sendo inevitável muitas vezes a conversão de patrimônio em pecúnia. Algumas inovações vieram para tornar esse caminho menos tortuoso. Assim, afrouxaram-se alguns casos de impenhorabilidade, tornando-se penhoráveis, por exem-

²³ Gusmão Carneiro, "Do 'cumprimento da sentença', conforme a Lei n. 11/232/05...", cit., p. 15.

plo, bens móveis residenciais que sejam "de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida" (art. 649, II, do CPC, com redação da Lei 11.382/06).²⁴ Outrossim, foi aprimorada a sistemática da alienação dos bens do executado, estimulando-se a alienação por iniciativa particular e permitindo-se a substituição da hasta pública por alienação realizada através da rede mundial de computadores.

Dentro do mesmo espírito de melhorar o desempenho do sistema executivo, tratou-se de endurecer o regime processual relativo ao executado, diminuindo-se o espaço para fraudes e manobras procrastinatórias. Com efeito, perdeu o executado a faculdade de indicar os bens a ser penhorados; ao mesmo tempo, apertou-se o dever de lealdade e veracidade que lhe toca, podendo-se exigir dele, agora, informações precisas acerca do patrimônio penhorável;²⁵ além disso, retirou-se o efeito suspensivo automático das defesas do executado; e passaram a ser permitidas - boa medida para coibir a fraude - averbações em registros públicos, relativas aos bens sujeitos a penhora ou arresto, logo no início da execução, antes de qualquer ato construtivo.

Timidamente que seja, buscou a reforma, ainda, aumentar a taxa de cumprimento não resistido das obrigações exequêndas, através de medidas de estímulo ao pagamento e de desestímulo à inadimplência.²⁶ Entre as primeiras está a redução pela metade da

²⁴ A respeito, já defendia Luiz Rodrigues Wambier ("A crise da execução...", cit., p. 144-146, grifado no original), quanto aos limites da impenhorabilidade dos bens que guarnecem o imóvel de residência da família, a consideração da "*média nacional de conforto*", isto é, o padrão de vida médio da sociedade brasileira" - que poderia ser aferida objetivamente, de acordo com dados coletados pelo IBGE -, ficando fora do regime de impenhorabilidade os bens acima dessa média. Assim, teríamos uma execução equilibrada, permitindo a todos a manutenção de um "padrão médio de dignidade", sob pena de estar-se, mais uma vez, "*privilegiando os já privilegiados* e incentivando o 'calote'."

²⁵ A propósito desse endurecimento do dever de lealdade e veracidade, vale ouvir Cândido Rangel Dinamarco ("Menor onerosidade possível e efetividade do processo executivo", cit., p. 295), que, antes mesmo das alterações legislativas, reformulou a opinião que tinha a respeito: "vinha então postulando uma compreensão para com aquele que deixa de colaborar para a satisfação do direito do credor, na consideração de que toda resistência meramente passiva seria legítima porque ninguém poderia ser obrigado a atuar contra seus próprios interesses. Hoje [a primeira tiragem da obra é de 2003], impressionado com os fracassos da execução por quantia certa, já não tenho aquela preocupação, porque nenhum princípio é absoluto e não há por que dar tanto valor ao do contraditório, a dano da efetividade da tutela jurisdicional".

²⁶ No ordenamento processual brasileiro se vêem outras hipóteses interessantes de desestímulo à litigiosidade. Nesse sentido, o art. 1.102-C, § 1º, do CPC, prevendo a isenção de custas e honorários advocatícios quando o réu cumpre o mandado de pagamento na ação monitória, e o art. 61 da Lei 8.245/91, favorecendo o locatário que, em algumas hipóteses específicas de despejo, manifesta sua concordância com a desocupação do imóvel.

verba honorária e a possibilidade de parcelamento do débito.²⁷ E para desestimular a inadimplência temos a imposição de multa de dez por cento sobre o valor do débito.²⁸

Portanto, não chegou a haver uma revolução no campo da execução, mas progressos sensíveis ocorreram. E não tivesse a Lei 11.382/06 sido atingida por dois vetos bastante questionáveis, apostos pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o resultado teria sido ainda melhor.²⁹ Seja como for, mesmo não havendo revolução, mesmo tendo havido os vetos, evoluímos enfim no campo da execução das obrigações de pagar quantia. Uma evolução legislativa que reflete anseios irresistíveis e, além disso, passa a representar um dado hermenêutico de enorme relevância, no sentido da ampliação da efetividade da atividade executiva, ficando para trás o tempo da soberania do devedor.

4. DESDOBRAMENTOS NECESSÁRIOS DA NOVA SISTEMÁTICA

4.1 A importância da questão hermenêutica e o fortalecimento do princípio da efetividade da execução

Saliente-se a questão hermenêutica, mencionada no final do tópico anterior. A questão assume enorme importância no campo da execução. Mais do que em outros campos jurídicos? Talvez. Na execução, afinal, assiste-se a um duelo acirradíssimo entre dois princípios antagônicos, o da efetividade da execução e o da menor gravosidade para o executado - projeção daquela disputa maior, assídua em todos os trechos do direito processual, entre efetividade

²⁷ Destaque-se essa possibilidade de parcelamento do débito em até seis vezes, condicionada ao depósito inicial de 30% do valor em execução, conforme previsto no novo art. 745-A do CPC. Agora se tornou direito o que antes, sem base legal, era freqüentemente requerido pelos executados. Para Humberto Theodoro Júnior (*A Reforma da Execução do Título Extrajudicial*, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 217), a possibilidade não se aplica à execução por título judicial, já que "não teria sentido beneficiar o devedor condenado por sentença judicial com novo prazo de espera, quando já se valeu de todas as possibilidades de discussão, recursos e delongas do processo de conhecimento."

²⁸ Também serviu ao mesmo propósito a elevação dos juros legais promovida pelo Código Civil de 2002.

²⁹ Os vetos mencionados protegem devedores privilegiados dentro da população brasileira, impedindo a penhora de imóveis residenciais de valor superior a 1.000 (mil) salários mínimos (sendo que só reverteria para a execução o que superasse tal valor depois da transformação em pecúnia) e de rendimentos superiores a 20 (vinte) salários mínimos mensais (aqui só seria considerado penhorável até 40% do total recebido acima de 20 salários).

e segurança³⁰ -, envolvendo implicações sérias, até dramáticas: para o executado, a atividade executiva pode significar a perda compulsória de bens; para o exequente, a frustração definitiva - e inexplicável - de um direito já certificado. É um contexto processual de alta densidade axiológica (e alta temperatura também), no qual os princípios assumem papel decisivo, vendo-se amortecida freqüentemente a força da lei formal. Não admira, então, que as agruras vividas no plano da execução derivem apenas em parte, como foi visto, de fatores legais. Nesse plano, insista-se, a questão hermenêutica é fundamental.³¹

Se a questão hermenêutica revela-se tão importante assim, deve merecer máxima atenção. Dessa forma, tem grande apelo hermenêutico o efeito maior da nova sistemática, a saber, o fortalecimento do princípio da efetividade da execução, com o conseqüente enfraquecimento do princípio da menor gravosidade para o executado (explicitado no art. 620 do CPC). Já vimos, com efeito, que a execução mudou em virtude da generalizada reprovação ao sistema anterior, bastante simpático ao executado. Não se querendo tirar os valores subjacentes à reforma, a interpretação das normas relativas à nova execução deverá necessariamente exaltar o princípio da efetividade.

É claro que, antes mesmo das reformas, já seriam possíveis releituras ousadas da lei processual com base no princípio da efetividade da execução. Tais possibilidades foram exploradas avidamente, na doutrina brasileira, por Marcelo Lima Guerra, para quem o direito à tutela executiva constitui autêntico direito fundamental,

³⁰ Esse conflito entre efetividade e segurança foi magistralmente abordado por Francesco Carnelutti, há quase meio século (**Direito e Processo**, Napoli, Morano, 1958, p. 154): "*Lo slogan della giustizia rapida e sicura, che va per le bocche dei politici inesperti, contiene, purtroppo, una contraddizione in adiecto: se la giustizia è sicura non è rapida, se è rapida non è sicura.*"

³¹ Sobre a importância da hermenêutica no Direito atual, confira-se Lenio Luiz Streck, **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 866 (grifado no original): "À luz da Nova Crítica do Direito que aqui proponho, desaparecem os mitos da univocidade signíca, da interpretação unívoca, da vontade da lei, do espírito do legislador, da essência da norma, da clareza da lei, e tantos outros construídos e consolidados no interior do imaginário dos juristas. Interpretar é dar sentido. Interpretar é aplicar. *As tentativas de construção de linguagens rigorosas para o Direito fracassaram! De igual modo a metodologia jurídica não conseguiu construir um arcabouço 'técnico' apto a dar a 'certeza do sentido gramatical ou sistemático do texto', isto porque o método é o supremo momento da subjetividade. [...]*"

componente obrigatório que é do direito fundamental ao processo devido, dotado este de conteúdo vasto, revelador de várias exigências específicas.³² Assim, o direito à tutela executiva submete-se ao regime próprio dos direitos fundamentais, sendo munido de força positiva e aplicabilidade imediata. Mais ainda, a eficácia do direito fundamental à tutela executiva confere ao juiz "o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral de tutela executiva, *mesmo que não previstos em lei, e ainda que expressamente vedados em lei*, desde que observados os limites impostos por eventuais direitos fundamentais colidentes àquele relativo aos meios executivos."³³ Ou seja, mesmo diante de um quadro legal adverso, o hermenêuta atento aos valores constitucionais já conseguiria "subverter" a tradicional inépcia do sistema executivo brasileiro, dele extraíndo uma dose bem maior de efetividade.

Se antes das reformas já era assim, depois não há mais o que discutir. As reformas legais deixaram bastante explícito o intento de virar o jogo no campo da execução. Eloqüente a esse respeito é a norma do art. 655-A, § 2º, do CPC (dispositivo trazido pela Lei 11.382/06), referente à penhora *on line*: "Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do *caput* do art. 649 desta Lei, ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade." Como se sabe, a figura do ônus da prova muitas vezes não opera de forma neutra, correspondendo, em vez disso, a uma técnica, colimando a proteção de determinados valores. No sistema consumerista, por exemplo, inverte-se o ônus da prova para favorecer o consumidor. Aqui, igualmente, é bem reveladora da inspiração das reformas essa atribuição do ônus da prova ao executado (quanto à impenhorabilidade de quantias depo-

³² Diz Marcelo Lima Guerra, *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*, cit., p. 102, grifado no original: "No presente trabalho, o que se denomina *direito fundamental à tutela executiva* corresponde, precisamente, à peculiar manifestação do postulado da máxima coincidência possível no âmbito da tutela executiva. No que diz com a prestação de tutela executiva, a máxima coincidência traduz-se na exigência de que existam meios executivos capazes de proporcionar a satisfação integral de qualquer direito consagrado em título executivo. É a essa exigência, portanto, que se pretende 'individualizar', no âmbito daqueles valores constitucionais englobados no *due process*, denominando-a *direito fundamental à tutela executiva* e que consiste, repita-se, na exigência de um sistema completo de tutela executiva [...]"

³³ Marcelo Lima Guerra, *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*, cit., p. 104, grifado no original.

sitadas em conta corrente). Também sintomática se mostra a nova redação do art. 668 do CPC (com redação da Lei 11.382/06): "O executado pode, no prazo de 10 (dez) dias após intimado da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove cabalmente que a substituição não trará prejuízo algum ao exequente e será menos onerosa para ele devedor (art. 17, incisos IV e VI, e art. 620)." Aduza-se que, além dos encargos probatórios que acabaram de ser declinados, previstos expressamente na lei, outros podem ser atribuídos ao executado, no propósito de facilitar a efetividade da execução, na medida em que essa efetividade tornou-se o valor mais prestigiado do sistema.

Mais transcendente ainda foi a reforma constitucional, trazida pela Emenda 45/04, positivando o direito fundamental à "razoável duração do processo" e aos "meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII, da Constituição). É certo que também esse direito fundamental, posto que não explicitado, já se aninhava tranqüilamente no rol dos direitos fundamentais reconhecidos no ordenamento brasileiro, nele se identificando mais uma exigência inerente ao acesso substancial à justiça. De toda sorte, a explicitação constitucional de um direito significa indiscutível *plus* em termos de eficácia normativa, reforçando sua exigibilidade e ampliando sua força argumentativa. Ora, execução insatisfatória e lenta não combina, positivamente, com o direito à duração razoável do processo, agora explicitado na Constituição. A efetividade da execução é um efeito elementar desse direito constitucional, que, se não tiver aplicação na seara da execução, não frutificará em seara alguma.

Sem dúvida alguma, portanto, restou encarecido o princípio da efetividade da execução, a tradução normativa de valores enfim predominantes. Ao mesmo tempo, subtraiu-se oxigênio daquela mentalidade excessivamente simpática ao executado, a qual repercutiu bastante no plano hermenêutico, como não poderia deixar de ser. Cumpre observar que tanto protecionismo - e até mesmo uma certa glamourização da figura do devedor - alimentou-se muitas vezes de pias intenções. Como inumeráveis execuções concernem a créditos de grandes entidades financeiras

ras, repletos de encargos proibitivos, a falta de efetividade das execuções teria um reflexo social salutar, evitando a concretização de iniquidades. Em verdade, nunca se justificou tal pensamento, que tem várias falhas. Esquece-se primeiramente que também pessoas carentes executam - o que ocorre cada vez mais, em virtude da ampliação do acesso à justiça -, sendo justamente as que mais sofrem com os problemas das execuções. E mesmo que assim não fosse, a soma de dois erros não produz um acerto. Se o direito material tem problemas, as energias devem voltar-se para o aprimoramento do direito material, nunca para o desvirtuamento das funções do processo. Não parece, demais, que se possa construir um país melhor com base na inadimplência e no calote.³⁴

Vale a ressalva de que não se quer, em absoluto, combater a inclinação social do processo civil brasileiro, um viés que decorre diretamente da nossa Constituição social, representando objetivo fundamental da República Federativa do Brasil "construir uma sociedade livre, justa e solidária" (Constituição, art. 3º, I). E nem se quer negar a importância do princípio da menor gravosidade, de meritória tradição humanitária, hoje enriquecido pelo imperativo constitucional da dignidade humana e pela doutrina do mínimo exis-

³⁴ O pensamento que combatemos é defendido em texto de Amilton Bueno de Carvalho, "Lei nº 8.009/90 e o Direito Alternativo", **Direito Alternativo em Movimento** (coletânea de artigos do autor), 5. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, valendo assinalar que o texto foi publicado pela primeira vez em 1991. Pelo menos no tocante ao Judiciário Comum Civil preconiza Bueno de Carvalho o aumento cada vez maior da classe dos bens impenhoráveis, em prol sobretudo da classe média (p. 49-50): "Não há dúvida que a Lei 8.009 protege, via de regra, a classe média contra seus credores (normalmente empresários e banqueiros). É que o Judiciário Comum Civil não tem como litigantes os pobres (a não ser no direito de família); estes não logram obter crédito, eis excluídos do processo produtivo, e quando em débito os credores sequer tomam medidas judiciais, pois inócuas. [...] Mas se a classe média, na relação processual, é a parte frágil, aquela que busca o resgate do valor dignidade humana, se há de acudi-la, há que se comprometer com ela, mesmo porque nos dias atuais sofre crescente grau de proletarização e seus integrantes invadem inclusive o mercado da economia informal." Dentro dessa visão, o crédito é visto como algo um tanto pecaminoso, originado sempre de uma relação opressiva, sem benefício algum para o devedor (p. 52): "fique claro que restringir a dignidade do devedor é, por certo, aumentar os proveitos do credor. Os interesses estão em luta: diminuir de um é crescer ao outro. Queira-se ou não, seja consciente ou não, há em qualquer das hipóteses opção de classe. E a alternatividade tem a clara e definida escolha: sempre e sempre está ao lado do mais fraco." Desconhece-se se Bueno de Carvalho manteve a mesma posição em relação à Lei 8.009/90. De toda sorte, em trabalho posterior (apresentado originariamente em 1993) e encartado na mesma coletânea - "Atuação dos juízes alternativos gáuchos no processo de pós-transição democrática (ou Uma práxis em busca de uma teoria)" -, o autor cuida do amadurecimento do movimento do direito alternativo, superando (p. 79) "a visão até certo ponto infantil que se teve no início do movimento. Há, efetivamente, certa predisposição em favor do frágil, mas não de forma dogmatizada, eis, por óbvio, muitas vezes o aparente oprimido tem comportamento eticamente deplorável agredindo os princípios gerais do direito."

tencial.³⁵ O princípio da menor gravosidade pode mesmo, em determinadas situações, sobrepujar o princípio da efetividade, até porque existem vários "estilos" de execução, a merecer tratamentos diferenciados - por exemplo, a execução do grande banco em face de um pequeno devedor assalariado atrairá com muito mais facilidade o princípio da menor gravosidade do que uma execução entre partes equivalentes sob o prisma material.³⁶ Sem prejuízo das observações precedentes, o direito processual existe basicamente para realizar o direito material. Resta inevitável, portanto, a supremacia do princípio da efetividade da execução, que só excepcionalmente poderá ser desconsiderado. Na dúvida, deve ser adotada a solução mais favorável ao exequente.³⁷

Mas quais são, afinal de contas, as repercussões da supremacia do princípio da efetividade da execução? Listá-las de maneira exaustiva mostra-se obviamente impossível, porque elas são ilimitadas, desdobrando-se na pluralidade dos casos concretos. No entanto, algumas aplicações mais vistas podem ser mencionadas. É o que se verá abaixo.

4.2. O princípio da efetividade da execução e os meios executivos

³⁵ A respeito do tema, vale consultar Ricardo Lobo Torres, "O mínimo existencial e os direitos fundamentais", *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado*, Rio de Janeiro, n. 42, 1990, e Luiz Edson Fachin, *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, 2. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006, especialmente p. 140-154, 179-184 e 206-230. Confira-se também Teresa Negreiros, *Teoria do Contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002. Nessa obra, a autora desenvolve, no seio da dogmática contratual, o "paradigma da essencialidade", que terá grande importância hermenêutica, autorizando uma interpretação diferenciada para contratos atinentes a bens considerados essenciais à dignidade da pessoa humana.

³⁶ Sobre essa óbvia vocação do direito processual, fala bem o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial 159.930-SP, Rel. Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, julgamento por maioria em 06/03/03): "O credor hipotecário, embora não tenha ajuizado execução, pode manifestar a sua preferência nos autos de execução proposta por terceiro. Não é possível sobrepor uma preferência processual a uma preferência de direito material. O processo existe para que o direito material se concretize."

³⁷ A propósito da supremacia do princípio da efetividade, atente-se para a crítica de Cândido Rangel Dinamarco à posição jurisprudencial (bastante forte no Superior Tribunal de Justiça) hostil à penhora sobre o faturamento de empresas ("Menor onerosidade possível e efetividade do processo executivo", cit., p. 300, grifado no original): "Reputo exagerada essa posição, porque lança a proposta de privilegiar *sempre* o devedor, sem atenção aos direitos do credor. Amenizar, sim, privilegiar, não. Esse é o espírito do art. 620 do Código de Processo Civil. [...] Não havendo outro meio razoável e ameno para satisfazer o credor, que se penhore toda a empresa, ou seu estabelecimento mesmo, ou mesmo que se transfiram a terceiro (mediante o procedimento da expropriação, inerente à execução por quantia certa) as próprias atividades da empresa devedora. Tudo, menos deixar o credor insatisfeito."

Tome-se inicialmente a crucial questão dos meios executivos. A esse respeito, emitiu a reforma da lei processual mensagens relevantes. Em primeiro lugar, rebaixou-se sensivelmente a importância da hasta pública: de meio expropriatório preferencial passou ao terceiro lugar na lista de preferências, atrás da adjudicação e da alienação particular, podendo ser substituída, ainda, por alienação realizada pela rede mundial de computadores. Outrossim, surgiram medidas inéditas de estímulo ao cumprimento das obrigações exequendas (redução pela metade de verba honorária, possibilidade de parcelamento do débito) e desestímulo à inadimplência (imposição de multa de dez por cento sobre o valor do débito). Leitura conjunta das inovações mencionadas indica um norte bastante sensato: para a efetividade da execução, convém investir na "cooperação" do devedor, vez que não é bom negócio apostar nas vias subrogatórias tradicionais, manifestamente complexas, pesadas e caras. Novamente, aliás, deparamos com as deficiências flagrantes do modelo da sub-rogação "ao quadrado". Sempre que possível, dele se deve fugir.

Insista-se, pois, nessa tecla decisiva: nada melhor, para a execução das obrigações de dar dinheiro, do que evitar a execução forçada, no seu sentido sub-rogatório tradicional.³⁸ Antes que se faça necessário o recurso às vias sub-rogatórias, cumpre quebrar a resistência do devedor. Logicamente, sem poder estatal não existe execução digna deste nome. Entretanto, a experiência tem revelado, sobretudo nos países em que a máquina pública está longe de ser exemplar - certamente o nosso caso -, que é como potência que o

³⁸ O sentido tradicional é declinado por Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, v. II, 36. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 8, grifado no original: "Do ponto de vista estritamente técnico, entende-se por *execução forçada* a atuação da sanção por via dos *meios de sub-rogação*. [...] Quer isto dizer que sem agressão direta sobre o patrimônio do devedor, para satisfazer o direito do credor, não se pode falar tecnicamente em execução forçada." Na atualidade, é de se rejeitar tal pensamento, como informa Marcelo Lima Guerra, *Execução Indireta*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 32: "[...] No entanto, essa concepção, que restringe o conceito de execução forçada - e, conseqüentemente, a própria noção de tutela executiva - à satisfação do credor obtida através de medidas sub-rogatórias, revela-se totalmente inadequada a uma compreensão abrangente dessa modalidade de tutela jurisdicional, principalmente em ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, onde a lei, agora, em face de recente reforma processual, atribui ao órgão jurisdicional amplos poderes para impor medidas coercitivas no processo de execução."

poder estatal aparece em sua melhor forma.³⁹ No próprio plano do direito administrativo, incentivam-se cada vez mais atuações de alguma forma consensuais.⁴⁰ Mais amplamente, pode-se dizer que a época atual prefere a prevenção à repressão, e à força prefere o convencimento e o consenso. Reprimir e usar a força, conquanto inevitável em inúmeras situações, encerra custos bastante elevados. Grande exemplo disso é o procedimento sub-rogatório tradicional das execuções de pagar, fonte de exasperante morosidade.

À vista das premissas postas, como se deve expressar o princípio da efetividade no plano dos meios executivos? Não parece difícil concluir que o princípio da efetividade vem estimular a utilização intensa dos meios executivos coercitivos, que têm exatamente a função de "convencer" o devedor, favorecendo o cumprimento das obrigações. Inegavelmente, não pode haver projeção mais favorável para as execuções de pagar do que essa projeção de um alto índice de cumprimento das obrigações, sem a necessidade do uso de meios sub-rogatórios, tornados subsidiários em razão do poderio dos meios coercitivos adotados. Ocorre que, como já foi assinalado, no Direito brasileiro perdura grande resistência em relação ao emprego de meios coercitivos nas execuções de pagar. Nesse contexto, afigura-se dúbia a previsão de multa de dez por cento sobre o valor da condenação judicial, para a hipótese de não ser pago o débito em quinze dias (art. 475-J do CPC): por um lado, tem-se aí a introdução de um primeiro mecanismo coercitivo nas obrigações de pagar; por outro, porém, fica parecendo que o sistema comporta exclusivamente essa acanhada multa de dez por cento (que, prevalecendo o entendimento no sentido da não-incidência de honorários

³⁹ Comentando a parte processual do Código do Consumidor, Kazuo Watanabe (Ada Pellegrini Grinover e outros, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 6. ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1999, p. 707) fortalece a nossa argumentação, sustentando que "o acesso à justiça e os correspondentes instrumentos processuais deverão ser importantes mais pela sua potencialidade de uso, pela sua virtualidade, do que pela sua efetiva utilização."

⁴⁰ A esse respeito se manifesta Patrícia Baptista, *Transformações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 303-304: "A atividade administrativa consensual era desconhecida do direito administrativo clássico. A partir da década de 1970, no entanto, a Administração Pública deu-se conta da necessidade de negociar com os administrados e de buscar parcerias para a execução das tarefas públicas. A consensualidade se apresenta, assim, como um instrumento capaz de aumentar a eficiência, a transparência, a legitimação e a estabilidade da função administrativa."

advocáticos na fase de cumprimento de sentença, pouco sentido prático tem).

Com o reconhecimento de um patamar mais qualificado para o princípio da efetividade da execução, insta repensar a animosidade das execuções de pagar em relação aos meios coercitivos. Relembre-se, a propósito, a lição de Marcelo Lima Guerra: sendo o direito à tutela executiva um direito fundamental, protegido constitucionalmente, ficam autorizadas medidas executivas não previstas e até mesmo vedadas em lei. No tocante às multas coercitivas, não há qualquer vedação quanto ao seu uso em execuções de pagar. Pelo contrário, tais multas vêm-se estimuladas pelo art. 14, inciso V c/c parágrafo único, do CPC, que traz prescrições bastante abrangentes (incorporadas ao nosso estatuto processual pela Lei 10.358/01),⁴¹ valendo aduzir que no art. 656, § 1º, do CPC, referente à execução por quantia certa, a reforma inseriu expressa remissão ao art. 14, parágrafo único. Dessa forma, o uso de multas coercitivas no âmbito das execuções de pagar não parece sequer ousado. A tendência é muito clara no sentido de que tais multas sejam aceitas cada vez mais, mesmo nas execuções de pagar.

Vale a ressalva de que o tema dos meios executivos coercitivos é daqueles que atraem intensamente a sobrenorma da proporcionalidade. Por tal motivo, a multa cominatória deve ser reservada para os casos, por sinal corriqueiros, de resistência injustificável à execução, casos em que o executado tem possibilidade de pagar seu débito, só não o fazendo por motivos pouco valiosos do ponto de vista jurídico.⁴² Casos de "inadimplemento voluntário e inescusável" da obrigação, pegando de empréstimo a oportuna

⁴¹ Nesse sentido, pronuncia-se Cândido Rangel Dinamarco, "Menor onerosidade possível e efetividade do processo executivo", cit., p. 293: "Essas disposições [art. 14, inciso V e parágrafo único, do CPC] endereçam-se particularmente à execução específica, sem atenção especial à execução por quantia certa, mas a parte final do novo inc. V do art. 14 comporta interpretação razoabilíssima no sentido de uma abrangência total, valendo também para as obrigações pecuniárias. [...]"

⁴² Diz Luiz Guilherme Marinoni, "O custo e o tempo do processo civil brasileiro", *Revista Forense*, n. 375, set./out. 2004, p. 102: "[...] parece que a sentença que impõe o pagamento de soma em dinheiro ganharia em efetividade se fosse possível a ordem de pagamento sob pena de multa. Como é lógico, jamais seria admissível a ordem de pagamento sob pena de multa contra aquele que não dispõe de patrimônio. De modo que a ordem sob pena de multa somente poderia ser endereçada à parte que detém patrimônio, e portanto desobedece à sentença ainda que podendo cumpri-la."

letra do dispositivo constitucional que permite a prisão civil do devedor de alimentos (art. 5º, LXVII). Caracterizado o inadimplemento voluntário e inescusável de qualquer obrigação de pagar, nada parece impedir a imposição de multa cominatória. De fato, não valeria muito o princípio da efetividade da execução - e valeria menos ainda o direito à duração razoável do processo - se o juiz não pudesse em casos determinados, positivada a malícia do devedor, impor multa cominatória em relação às obrigações de pagar. Situação diversa é a do devedor carente, que realmente não tem condições de pagar o débito exequendo sem se privar do essencial à subsistência. Nesse último caso, a imposição de multa perde as bênçãos do princípio (ou regra) da proporcionalidade.⁴³

À vista do comportamento reprovável e emulativo do devedor, outras medidas coercitivas além da multa podem ser cogitadas, até mesmo medidas completamente atípicas, utilizando-se para tanto a norma aberta do art. 461, § 5º, do CPC, que consagra verdadeiro "poder geral de efetivação", aplicável às execuções de pagar, alguns chegando a sugerir a possibilidade de inclusão do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito (como é o caso do conhecidíssimo SPC).⁴⁴ Quando houver necessidade de vencer a

⁴³ Para Marcelo Lima Guerra, que há muito defende a possibilidade de aplicação de medidas coercitivas nas execuções por quantia certa, tais medidas "podem ser empregadas tanto como coadjuvante da expropriação forçada, quanto como alternativa a ela", sempre à luz das circunstâncias concretas do caso (**Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil**, cit., p. 153). Complementa Lima Guerra (mesma obra, p. 155, grifado no original): "[...] a exigibilidade da multa diária - como, de resto, é o caso em qualquer medida coercitiva - está subordinada à possibilidade material de o devedor cumprir os atos, cuja prática se busca compelir, precisamente, através da multa. Não parece, contudo, razoável que se atribua *ao credor*, exclusivamente, o ônus de demonstrar tal possibilidade, justificando-se que se atribua ao devedor o ônus de demonstrar a impossibilidade material em praticar os respectivos atos, a fim de afastar a incidência da multa." Teríamos aí, então, a atribuição de mais um encargo probatório para o executado, atribuição esta que, como já demonstramos em outro ponto do trabalho, afina-se perfeitamente com o princípio da efetividade da execução.

⁴⁴ A expressão "poder geral de efetivação" é usada por Fredie Didier Jr., "Esboço de uma teoria da execução civil", **Revista de Processo**, n. 118, nov./dez. 2004, p. 26. Um pouco à frente, no mesmo escrito, informa Didier Jr.: "No âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, consagrou-se prática de execução indireta para pagamento de quantia não-tipificada: a inscrição do devedor/executado nos cadastros de proteção ao crédito [...]." Marcelo Lima Guerra menciona a mesma possibilidade, aduzindo (**Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil**, cit., p. 157, grifado no original) "que o uso de medidas coercitivas inominadas, diversas da multa diária, pode ser de grande eficácia, também para contornar os problemas associados aos casos de *insolvência formal* do devedor, em desconhecimento com sinais de riqueza aparente. [...] Em tais casos, a cominação de medida coercitiva pode gerar o mesmo efeito 'mágico', de fazer surgir do 'nada' o dinheiro devido, que causa, em hipóteses semelhantes, na execução de prestação alimentícia, a ameaça de prisão do devedor." No mesmo sentido, a interessante monografia de final de curso de Paulo Henrique Camargo Trazzi, "O amplo uso de meios atípicos de coerção, inclusive a negatização do nome do devedor no SPC", Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 2007.

resistência de devedores manifestamente recalcitrantes, tal possibilidade não deve ser descartada. É claro que as medidas coercitivas mais duras só serão legítimas se vierem acompanhadas do procedimento devido, garantido o contraditório prévio. Aliás, embora o citado art. 461, § 5º, do CPC autorize o atuar de ofício do juiz, é conveniente que se evite ao máximo essa atuação, a ser guardada para casos excepcionais, em função da indisponibilidade dos interesses em jogo. Ou seja, à luz do princípio da efetividade da execução, não há óbice à determinação de medidas coercitivas duras nas execuções de pagar, contanto que sejam proporcionais e tenham sido autorizadas no bojo de um procedimento legítimo, ou melhor, legítimamente.

E quanto ao meio coercitivo mais drástico de todos, a privação de liberdade? Mesmo que não houvesse impedimento constitucional, a privação coercitiva de liberdade em execuções de pagar dificilmente passaria pelo teste da proporcionalidade. À evidência, prender alguém para obter o pagamento de uma dívida pecuniária não se afigura razoável. A não ser que... A não ser que se trate de dívida alimentar, envolvida com a subsistência do credor. Cuidando-se de dívida alimentar, a própria Constituição ressalva a possibilidade de prisão (art. 5º, LXVII), pela óbvia razão de que o direito à liberdade, embora valiosíssimo, não chega a ombrear-se ao direito à vida. Assim, o devedor de alimentos - obrigação de pagar -, não fica sujeito apenas a desconto de salários e penhora de bem de família, como autorizado de modo expresso pelos arts. 649, § 2º, do CPC e 3º, III, da Lei 8.009/90, respectivamente. Fica sujeito ainda à prisão coercitiva. E isso não só quando os alimentos derivarem do direito de família, mas também quando a gênese for a responsabilidade civil. Tal abrangência já é reconhecida em relação ao desconto de salários e à penhora de bem de família,⁴⁵ devendo doravante

⁴⁵ No caso dos descontos, confira-se o Recurso Especial 194.581-MG, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, julgamento unânime em 19/05/05: "Responsabilidade civil. Lesões corporais seguidas de morte. Indenização por ato ilícito. Danos morais. Cabimento. Pensão de natureza alimentar. Pagamento através de desconto em folha. Admissibilidade. Inteligência do art. 1.537, II, do antigo Código Civil." Já no que concerne à possibilidade de penhora de bem de família, confira-se o Recurso Especial 437.144-RS, Rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, julgamento unânime em 07/10/03: "O comando do art. 3º, III, da Lei n. 8.009/90, excepcionando a regra geral da impenhorabilidade do bem de família, também se aplica aos casos de pensão alimentícia decorrente de ato ilícito - acidente de trânsito em que veio a falecer o esposo da autora - e não apenas àquelas obrigações pautadas na solidariedade familiar, solução que [se] mostra mais consentânea com o sentido teleológico da norma, por não se poder admitir a proteção do imóvel do devedor quando, no pólo oposto, o interesse jurídico a ser tutelado for a própria vida da credora, em função da necessidade dos alimentos para a sua subsistência."

ser reconhecida também no tocante à prisão civil. Do ponto de vista axiológico, com efeito, não há por que privilegiar o credor de alimentos oriundos do direito de família. E nem a nossa Constituição o faz. O direito à vida embutido no crédito alimentar não distingue a origem dos alimentos. Seja qual for a origem, o direito à vida implicado no crédito alimentar deve prevalecer sobre o direito à liberdade, respeitadas as condições impostas constitucionalmente (inadimplemento voluntário e inescusável de dívida atual). Eis aí uma tese ainda minoritária, mas que, com o apoio hermenêutico do princípio da efetividade da execução, deve ganhar expressão e espaço.⁴⁶

Antes de passar adiante, assinale-se que efetividade gera efetividade. Quanto mais diversificado e eficiente for o arsenal executivo, menos compensadora será a resistência do devedor, e melhor funcionará o sistema. É essa corrente virtuosa que os meios executivos coercitivos podem ajudar a acender.

4.3 O princípio da efetividade da execução e as impenhorabilidades

Restou assentada acima uma repercussão muito importante da supremacia do princípio da efetividade da execução: o estímulo aos meios executivos coercitivos, evitando-se a utilização dos meios sub-rogatórios, amiúde problemática. Não se conseguindo, todavia, escapar da execução sub-rogatória, nem por isso deixará de ser sentida a influência do princípio da efetividade.

Sobretudo a penhora é um território fértil para a força normativa do princípio da efetividade da execução. Afinal, como já enfatizado, o sistema brasileiro mostra-se, em mais esse terreno, excessivamente favorável ao devedor, alargando demais as hipóteses de impenhorabilidade.⁴⁷ Temos aí um sinal claro da doença do nosso sistema executivo: a exceção não é a impenhorabilidade, mas sim

⁴⁶ A tese é brilhantemente defendida por Eduardo Talamini, "Prisão civil e penal e 'execução indireta' (a garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal)", *Revista de Processo*, n. 92, out./dez. 1998.

⁴⁷ Embora seja ponderosa a norma da menor onerosidade, "é preciso estar atento a não exagerar impenhorabilidades, de modo a não as converter em escudos capazes de privilegiar o mau pagador" (Cândido Rangel Dinamarco, "Menor onerosidade possível e efetividade do processo executivo", cit., p. 298). Por conta dos excessos nesse campo, surgiu a proposta da "média nacional de conforto", já mencionada antes, para regular adequadamente a aplicação concreta das impenhorabilidades (Luiz Rodrigues Wambier, "A crise da execução...", cit.). Além de Dinamarco e Wambier, vários outros autores ilustres já reclamaram de excessos no campo da impenhorabilidade.

a penhorabilidade! Confira-se a propósito, no excelente **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**, de Theotonio Negrão e José Roberto Ferreira Gouvêa, uma lista de bens considerados impenhoráveis pelos nossos tribunais. Figuram nessa lista: antena parabólica, aparelho de som, *freezer*, máquina de lavar louças, máquina de lavar roupas, microondas, secadora de roupas.⁴⁸ Ao ângulo subjetivo também houve significativos alargamentos. Para afirmar a impenhorabilidade do bem de família do solteiro, o Superior Tribunal de Justiça chegou a recorrer a um certo sentimentalismo: "não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão."⁴⁹ Pior de tudo, a aplicação das impenhorabilidades foi feita muitas vezes de maneira intransigente, criando situações de clamorosa injustiça. Ilustração campeã, nesse departamento, é dada pelos julgados do Superior Tribunal de Justiça no sentido da impossibilidade, por força da Lei 8.009/90, de o fiador executar bem residencial do locatário afiançado.⁵⁰ Ou seja, o fiador paga a dívida do locatário (pagamento que pode envolver a perda de bem residencial do fiador) mas não pode recuperar o que pagou, mesmo o locatário afiançado tendo patrimônio. Difícil, positivamente, imaginar situação mais afrontosa a uma noção elementar de justiça.

Além de criar um legião imensa de exequentes "sem-penhora" - contribuindo decisivamente para o fracasso da nossa execução expropriatória e sub-rogatória -, esse protecionismo ilimitado no campo da impenhorabilidade revelou, com eloquência, um traço marcante das execuções no Brasil: a quase "invisibilidade" do credor, tornado um figurante secundário da cena processual, titular de uma abstração igualmente despicienda: o crédito.⁵¹

⁴⁸ Theotonio Negrão e José Roberto Ferreira Gouvêa, **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**, 36. ed. (atualizada até 10/01/04), São Paulo, Saraiva, 2004, p. 1.245.

⁴⁹ EREsp 182.223-SP, Rel. para acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, julgamento por maioria em 06/02/02.

⁵⁰ Nesse sentido, Recurso Especial 255.663, Rel. Min. Edson Vidigal, Quinta Turma, julgamento unânime em 29/06/00 e Recurso Especial 263.114-SP, Rel. Min. Vicente Leal, Sexta Turma, julgamento unânime em 10/04/01.

⁵¹ Bem reveladora da pouca importância dada ao crédito e a seu titular é a ementa do Recurso Especial 162.205-SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgamento unânime em 06/06/00: "Impenhorabilidade. Lei 8.009/90. Não podem ser objeto da constrição judicial os móveis que guarnecem a casa destinada à moradia do casal ou

Felizmente, as reformas abrandaram esse protecionismo exagerado (progresso que poderia ser mais acentuado não fossem dois vetos apostos pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva em relação ao texto da Lei 11.382/06). Persistem, porém, hipóteses questionáveis de impenhorabilidade, as quais podem gerar, concretamente, graves injustiças. Saliente-se, a propósito, que as impenhorabilidades incidem mesmo na presença de ilícitos extracontratuais, por mais condenáveis que sejam e por mais graves que se revelem as suas conseqüências (regime só excepcionado, como já mencionamos, quando estão em jogo créditos alimentares). No entanto, graças à incidência do princípio da efetividade, também a área das impenhorabilidades pode experimentar releituras bastante proveitosas.

O princípio da efetividade da execução inspira-se em outros princípios e valores extremamente caros à nossa ordem constitucional, como o acesso à justiça - aí embutida a garantia da duração razoável do processo -, a moralidade, a vedação do enriquecimento sem causa. Demais, onde a execução não é efetiva, não se cumprem os escopos políticos da jurisdição: o Estado não afirma o seu poder-dever de pacificar os conflitos e acaba favorecendo reações sociais pouco desejáveis (descrença no sistema e/ou busca de justiça pelas próprias mãos). Não bastasse, a efetividade da execução remete a uma regra universal - e elementar - de direito e justiça: aqui ou na Lua, as obrigações existem para ser cumpridas. Só que as impenhorabilidades agridem todos esses valores alocados no princípio da efetividade da execução, repercutindo negativamente no campo econômico também, na medida em que desprestigiam o crédito.⁵² Tantas agressões podem ser toleradas? Sim, mas só se estiverem estritamente a serviço da dignidade do devedor, da proteção do

da entidade familiar. Excluem-se os veículos de transporte, as obras de arte e adornos suntuosos. Não há como ampliar essas exceções, com base em equivocado entendimento de que a impenhorabilidade só alcançaria o indispensável às necessidades básicas, ligadas à sobrevivência." Como se vê, prevalece a unilateralidade. Não se enxerga a mais remota preocupação com os interesses do credor, com a efetividade da execução e com a necessidade ética de respeitar e garantir o crédito.

⁵² Não é preciso ser *expert* em economia para perceber que dificuldades excessivas na recuperação dos créditos não solvidos tendem a encarecer a concessão dos créditos em geral, em detrimento do conjunto da população. Esse é um dos traços negativos da concepção individualista que preconiza a defesa intransigente do devedor.

seu mínimo existencial. Presente essa valia, admite-se a violação, ou melhor, o recuo, o afastamento temporário, dos relevantíssimos valores defendidos pelo princípio da efetividade da execução. O problema, reitere-se, é que certas hipóteses de impenhorabilidade tendem a desbordar da missão de proteger a dignidade e o mínimo existencial do devedor, tornando-se ilegítimas, inconstitucionais. Recorde-se a lista de bens considerados impenhoráveis pelos nossos tribunais e indague-se: será realmente que a posse de máquina de lavar louça é imprescindível a uma vida digna? Não se está banalizando e "consumerizando" em excesso a noção de dignidade? Por outro lado, será que o crédito vale tão pouco assim no Brasil? Um país que trata tão mal o crédito tem condições de progredir econômica e moralmente?

Qual é, então, o papel do princípio da efetividade no setor da penhora? Primeiro: assentar firmemente a noção de que as hipóteses de impenhorabilidade, na medida em que afetam valores os mais relevantes da nossa ordem jurídica (e de qualquer ordem jurídica), devem ser consideradas excepcionais e assim interpretadas, só se admitindo a impenhorabilidade quando realmente útil à proteção da dignidade e do mínimo existencial do devedor. Segundo: servir à "fiscalização" do caráter necessariamente excepcional das impenhorabilidades.

Como operaria a "fiscalização" mencionada? Através do princípio da efetividade da execução, solidamente arrimado em normas constitucionais, poderíamos chegar à inconstitucionalidade abstrata de algum inciso do art. 649 do CPC ou de algum dispositivo da Lei 8.009/90 (que continua de pé, sofrendo apenas derrogação)? Não chegamos a tanto. Declarar a inconstitucionalidade abstrata parece um passo ousado demais, e portanto inconveniente - se a jurisdição constitucional ousa demais, corre o risco de desvalorizar-se, tornar-se voluntarista. No entanto, entendemos possível, sim, reconhecer concretamente a existência de *incidências inconstitucionais* das regras de impenhorabilidade, possibilitando o afastamento dessas regras em casos determinados.⁵³ Tal afastamento concreto será es-

⁵³ Confirmam-se a propósito os comentários de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos ("O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro", in Luís Roberto Barroso, org., **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 375): "[...] Essa situação - aquela em que uma regra não é em si inconstitucional, mas em uma determinada

pecialmente lícito e desejável quando: a) a impenhorabilidade invocada pelo devedor não se revelar essencial à proteção da sua dignidade; b) o exequente mostrar-se hipossuficiente, sob o prisma substancial, em relação ao executado; c) houver algum tipo de má-lícia na conduta do executado. Dos requisitos listados acima, o primeiro sem dúvida é o mais relevante, mas os outros dois eventualmente poderão tornar-se decisivos, como no caso que passaremos a analisar.

Pois bem, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, algumas vezes aqui criticada, comparece com ótimo precedente acerca da possibilidade - e necessidade - de relativizações concretas das regras de impenhorabilidade. Trata-se do Recurso Especial 554.622-RS, Rel. o Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, julgamento unânime em 17/11/05. Na ementa do excelente acórdão, ficou asentado: "A impenhorabilidade resultante do art. 1º da Lei 8.009/90, de 1990, pode ser objeto de renúncia válida em situações excepcionais; prevalência do princípio da boa-fé objetiva." Em seu voto, declarou o Relator: "Tudo tem limites, todavia, e nenhum regramento genérico pode ser aplicado em concreto se contrariar o princípio da boa-fé objetiva [...]". Por seu turno, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, para ratificar as conclusões do Relator, explorou as peculiaridades do caso: "No caso, há uma inversão de bem de família, ou seja, o devedor tirou o bem de família do credor e, nessa medida, o bem de família que foi retirado por um ato que configurou uma enganação, um rompimento da boa-fé objetiva, não está alcançado por aquele precedente que, de forma geral, entendeu que, na verdade, não pode haver a renúncia do bem de família, mas isso, é claro, admitindo-se a hipótese da normalidade. Quando se enfrenta uma peculiaridade dessa natureza, que está configurada nos autos, ou seja, três famílias pobres e, portanto, sem cultura, sem saber específico, que habitam em uma mesma casa pequena e são procuradas por uma empresa de engenharia, que lhes oferece uma permuta de

incidência produz resultados inconstitucionais - começa a despertar interesse da doutrina. O fato de uma norma ser constitucional em tese não exclui a possibilidade de ser inconstitucional *in concreto*, à vista da situação submetida a exame. Portanto, uma das consequências legítimas da aplicação de um princípio constitucional poderá ser a não aplicação da regra que o contravenha."

bem, pega o terreno para construção e lhes oferece dois apartamentos nesse mesmo prédio, não vindo a cumprir a obrigação, e já tendo sido retirado o bem de família dessas pessoas, que hoje são as credoras, evidentemente não se pode aplicar a solução técnica em um caso no qual não havia tal peculiaridade." Por último votou o Ministro Humberto Gomes de Barros, que afirmou: "[...] houve uma fraude, e nós juízes existimos justamente para preservar a lei contra as fraudes."

Melhor caso não poderia haver para demonstrar o caráter não absoluto das impenhorabilidades, independentemente do que diga a lei. Note-se que não se tocou na questão da dignidade ou do mínimo existencial dos devedores, porque outros valores falaram mais alto, a saber, a hipossuficiência dos credores e principalmente a necessidade de fazer valer o princípio da boa-fé. Ou seja, a penhora que foi autorizada pode até ter afetado a dignidade dos devedores. Se fosse porém reconhecida a impenhorabilidade, lesão muito mais grave adviria, atingindo-se em cheio a dignidade dos credores, hipossuficientes e inocentes. Mais uma vez resta demonstrado que a tese do caráter absoluto da dignidade da pessoa humana é uma tese bem-intencionada mas ingênua, olvidando a realidade: muitas vezes a preservação da dignidade de um violenta intensamente a dignidade de outro, ou de muitos outros.⁵⁴

O precedente do Superior Tribunal de Justiça acima citado deixa patente a importância do trabalho hermenêutico na área das execuções de pagar. Daí o mérito da introdução de cláusula relativizadora no âmbito da impenhorabilidade dos móveis, pertencentes e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, permitindo-se a penhora dos bens que sejam "de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida" (art. 649, II, do CPC, com redação da Lei 11.382/06). Em vez de uma impenhorabilidade rígida, a própria lei oferece a possibilidade de modulação concreta da extensão da impenhorabilidade, viabilizada pela textura aberta da cláusula

⁵⁴ Ao mesmo tempo em que defende a ampliação da incidência da Lei 8.009/90 no âmbito do Judiciário Comum, Amilton Bueno de Carvalho, no texto já anteriormente citado - "Lei nº 8.009/90 e o Direito Alternativo" -, sustenta, p. 56, que "no Judiciário Trabalhista não se aplica, de regra, a Lei 8.009", apresentando-se situação em que "as 'dignidades' estão em conflito", a do devedor *versus* a do trabalhador, ficando o direito alternativo ao lado do último. Essa posição de Bueno de Carvalho reforça a necessidade de relativização dos comandos consagradores de impenhorabilidades.

relativizadora. Tratando-se de cláusula aberta, o juiz não fica nem um pouco engessado, podendo sopesar com maior liberdade os valores em jogo e considerar os quesitos da proporcionalidade. Sobre tudo, pode o juiz avaliar concretamente se a impenhorabilidade invocada pelo devedor não extrapola a sua legítima destinação. Nem é preciso dizer que esse esquema normativo potencializa a aplicação do princípio da efetividade da execução, ao mesmo tempo em que inibe a ocorrência de injustiças, notadamente naqueles casos em que as impenhorabilidades vêm socorrer um devedor malicioso e mais abastado do que o credor. Tudo isso sem prejuízo do que sustentamos no parágrafo anterior: mesmo à míngua de uma cláusula relativizadora expressa, como a inserta no art. 649, II, do CPC, o juiz está autorizado, pelo princípio da efetividade, a mitigar concretamente outras hipóteses de impenhorabilidade (aplicação que naturalmente exigirá dose maior de cautela, aí incluída a necessidade de fundamentação mais elaborada na decisão em favor da relativização).

Em suma, na seara da penhora, o princípio da efetividade da execução atua com grande desembaraço na hipótese do art. 649, II, do CPC, aproveitando a cláusula expressa de relativização existente. Nos outros casos de impenhorabilidade, mesmo sem o apoio de ressalva legal expressa, o princípio da efetividade pode interferir. Valendo-se da sua força constitucional, o princípio proporciona ao sistema uma *cláusula implícita de relativização*, sempre ao alcance do juiz.

4.4 O princípio da efetividade da execução e o princípio da boa-fé

Nas duas seções anteriores, especialmente na última, verificou-se que a solução das controvérsias na órbita da execução pode envolver aspectos ligados à boa-fé. De uma forma geral, o princípio da menor gravosidade da execução deve arrefecer quando o executado assume postura emulativa, ou seja, quando resiste à satisfação do crédito exequendo mesmo tendo recursos, querendo assim "cansar" o credor, até o levar à exaustão. Por identidade de razões, é o princípio da efetividade que deve recuar se a conduta maliciosa parte do exequente. Percebe-se claramente, portanto, que a questão ética não é irrelevante no plano da execução, muito pelo contrário.

Sensível à questão ética e atenta às regras de experiência - as quais demonstram que partem do pólo passivo os deslizes mais frequentes -, a reforma impôs deveres de lealdade e veracidade mais rigorosos ao executado. A título de ilustração, confira-se a nova redação do inciso IV do art. 600 do CPC: tornou-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que, "intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores."⁵⁵ Ou seja, estabeleceu-se para o executado um dever positivo de transparência. Ele fica obrigado a prestar informações precisas sobre o patrimônio penhorável, mesmo que tais informações venham a prejudicar - é o que normalmente ocorrerá - a sua estratégia defensiva. Restou prestigiado, dessa forma, o princípio da boa-fé, algo que pode ser considerado mais um efeito notável da reforma.

Em outras esferas, o princípio da boa-fé já vem há muito exercendo papel transcendente. Grande exemplo disso é o Código de Defesa do Consumidor, cuja sistemática ancora-se em boa parte no princípio da boa-fé objetiva. A própria Constituição brasileira impulsionou bastante o princípio da boa-fé, ao projetar um Estado profundamente ético e frisar a exigência de moralidade em várias ocasiões.⁵⁶ No terreno das execuções de pagar, contudo, o princípio tem

⁵⁵ Saliente-se que a redação do art. 600, IV, do CPC não mudou tanto assim. Antes da modificação, era considerado atentatório o ato do executado que "não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução." Com essa redação, no entanto, o dispositivo quase não era aplicado. Agora, o dispositivo ganhou redação mais incisiva. Além disso, a Lei 11.382/06 incorporou ao nosso estatuto processual outros comandos no mesmo sentido, quais sejam, o art. 652, § 3º - "O juiz poderá, de ofício ou a requerimento do exequente, determinar, a qualquer tempo, a intimação do executado para indicar bens passíveis de penhora" - e o art. 656, § 1º - "É dever do executado (art. 600), no prazo fixado pelo juiz, indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução, exibir a prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus, bem como abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora (art. 14, parágrafo único)." Com esse conjunto de inovações, espera-se que comece a haver, na prática, um rigor maior em relação à conduta processual do executado.

⁵⁶ Evidentemente, toda ordem jurídica tem compromisso com a moral. Todavia, no caso da Constituição brasileira, uma constituição altamente axiológica e substancialista, a aliança entre direito e moral mostra-se bastante forte. Sobre o tema disserta muito bem Diogo Figueiredo Moreira Neto ("A Defensoria Pública na construção do Estado de Justiça", *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, n. 7, 1995). Para ele (p. 19), não temos ainda um Estado de Justiça, "o advento da plenitude ética na política", mas a Constituição brasileira avançou bastante no caminho da submissão do poder à moralidade, cuidando ela não só da legalidade e da legitimidade mas também da licitude, presente esta "em nada menos que cinquenta e oito menções à moralidade no seu texto, sendo que dez dedicadas à moralidade na administração pública." Destaquem-se a respeito, para fins de ilustração, dois dispositivos constitucionais: o art. 5º, LXXIII (tornando causa específica de ação popular a lesão à moralidade administrativa) e o art. 37, *caput* (elevando a moralidade à condição de um dos princípios *magnum* da administração pública).

atuado com excessiva parcimônia. Não são comuns precedentes como o examinado há pouco, enaltecendo a boa-fé. Ao contrário, práticas bastante reprováveis têm sido toleradas e chanceladas pela jurisprudência. O abuso do direito de defesa, conquanto sancionado no plano da antecipação de tutela (art. 273, II, do CPC), vem repercutindo escassamente no círculo da execução forçada.

No excepcional artigo aqui citado inúmeras vezes, Cândido Rangel Dinamarco apresentou boa ilustração desse quadro de pouco apreço pelo princípio da boa-fé: "[...] O outro fato a que me refiro é um acórdão no qual um tribunal paulista afirmou ser legítima e não constituir litigância de má-fé a prática consistente em resistir indefinidamente à execução, inclusive mediante recursos protelatórios; sustentou o voto condutor desse acórdão que, ao devedor, é lícito ganhar tempo à espera de melhores oportunidades para pagar mais comodamente, ou para criar condições de obter um bom acordo... naturalmente, à custa do cansaço do credor e das suas angústias por receber ao menos parte do que lhe é devido."⁵⁷

Ilustrativas, outrossim, são algumas posições pretorianas. Tome-se mais uma vez a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, instância máxima das questões infraconstitucionais. Lá é possível ver, sem dúvida alguma, orientações sensíveis ao princípio da boa-fé.⁵⁸ Mas existem também, reconheça-se, linhas jurisprudenciais pouco simpáticas, ou no mínimo indiferentes ao princípio da boa-fé. Um primeiro exemplo está no enunciado 195 da súmula do Superior Tribunal de Justiça: "Em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores." De acordo com tal enunciado, motivos puramente processuais têm o condão de impedir sejam reprimidas fraudes perfeitamente identificadas.⁵⁹ Também mostra indiferença em relação ao princípio da boa-fé o entendimento de que "a indica-

⁵⁷ Cândido Rangel Dinamarco, "Menor onerosidade possível e efetividade do processo executivo", cit., p. 296.

⁵⁸ Confira-se por exemplo o Recurso Especial 170.140-SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgamento unânime em 07/04/99: "De acordo com a orientação jurisprudencial que se firmou na Quarta Turma, se o bem penhorado retorna ao patrimônio do devedor em virtude da procedência de ação pauliana, não tem aplicação a impenhorabilidade preconizada pela Lei n. 8.009/90, sob pena de prestigiar-se a má-fé do devedor."

⁵⁹ José Luiz Bayeux Filho sustenta brilhantemente a possibilidade de reconhecimento da fraude contra credores alegada pelo exequente em embargos de terceiro ("Fraude contra credores e fraude de execução", *Revista de Processo*, n. 61, jan./mar. 1991, p. 255/256, grifado no original): "Os entes processuais não têm uma existência física,

ção do bem de família à penhora não implica renúncia ao benefício garantido pela Lei nº 8.009/90", pois o benefício seria indisponível, coberto por normas de ordem pública, em favor não só do devedor mas também da sua família.⁶⁰ Há até motivos nobres a justificar esse entendimento, mas ele inegavelmente se presta a práticas protelatórias e pouco nobres, contra as quais o exequente praticamente não possui defesa, já que muitas vezes não terá como identificar no bem dado à penhora um bem de família, situação que pode depender de comprovação mais demorada.⁶¹

Agora, tudo pode, e deve, mudar de figura. As alterações legais havidas têm o efeito de fortalecer o princípio da boa-fé na seara da execução (o que aliás já deveria ter ocorrido há muito tempo, mesmo sem ação legislativa, até porque o velho art. 125, III, do CPC atribui ao juiz o dever de "prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça"). Além das alterações legais, a valorização da efetividade da execução tonifica ainda mais o princípio da boa-fé. A exigência de boa-fé, já o dissemos, é bilateral. Mas sem dúvida a aplicação do princípio contribui preponderantemente para o aumento da efetividade das execuções. Por isso, pode-se dizer que os princípios da efetividade e da boa-fé freqüentemente terão atuação conjunta, este auxiliando aquele. A malícia do devedor não pode ser estimulada ou premiada, devendo atrair, ao revés, enérgicas medidas sancionatórias, as quais direta ou indiretamente ajudam a efetividade da execução.

Enfim, a hora é de levar a sério o princípio da boa-fé também no campo das execuções de pagar, a bem da efetividade dessas execuções, em atenção ainda à força normativa da Constituição pátria.

que obrigue o intérprete a aceitar que uma sentença seja declarativa ou constitutiva, com a mesma rigidez que se aceita que uma vaca é uma vaca e não um cavalo. [...] Mais razoável nos parece interpretar-se essa situação jurídica à luz do princípio maior: *fraus omnia corrumpit*. Se *fraus* se comprovou, o ato está corrompido, e assim pode ser declarado. [...] E é em nome dessa *Raison Reasonable*, em nome da tão decantada *instrumentalidade do Direito Processual*, que advogamos a tese daqueles que admitem, em caráter excepcional, que, desde que *provada*, desde que *evidenciada*, nos embargos de terceiro, a ocorrência de fraude contra credores, esta deve ser pronunciada, rejeitados os embargos e mantida a penhora."

⁶⁰ Recurso Especial 511.023-PA, Rel. Min. Jorge Scartezini, Quarta Turma, julgamento unânime em 18/08/05.

⁶¹ Também dá margem a fraudes o entendimento de que "A circunstância de já ter sido beneficiado o devedor, com a exclusão da penhora sobre bem que acabou de ficar no patrimônio do ex-cônjuge, não lhe retira o direito de invocar a proteção legal quando um novo lar é constituído" (Recurso Especial 121.797-MG, Rel. p/ acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgamento por maioria em 14/12/00).

4.5 O princípio da efetividade da execução, o princípio da instrumentalidade e o setor procedimental

Por último, aborde-se o setor procedimental, que igualmente não pode escapar à influência do princípio da efetividade da execução. Para que tal influência se concretize, mais uma alteração de rota mostra-se crucial, qual seja, a valorização da instrumentalidade das formas no campo executivo. Eis aí mais uma das idiosincrasias das execuções de pagar: enquanto em outros recantos processuais a presença da instrumentalidade tem sido marcante, no sítio da execução ela comparece de forma discreta, o que representa mais uma causa de inefetividade.

Como se sabe, efetividade e instrumentalidade são figuras intimamente ligadas, aparecendo ambas como protagonistas das grandes conquistas metodológicas do direito processual nas últimas décadas. Todavia, a distinção entre os dois termos não costuma ser estampada com clareza. Essa questão terminológica tem alguma relevância, mas aqui não há espaço para aprofundá-la. Diga-se simplesmente que, a nosso juízo, a instrumentalidade - no sentido de flexibilidade de formas, fungibilidade de meios⁶² - representa o caminho, a trilha, enquanto a efetividade constitui o porto final da jornada, a destinação teleológica última.⁶³

⁶² Explorando magistralmente o princípio da fungibilidade, que a bem da instrumentalidade do processo não pode ficar restrito à seara recursal, confirmam-se os seguintes ensaios da Prof^a Teresa Arruda Alvim Wambier: "Fungibilidade de 'meios': uma outra dimensão do princípio da fungibilidade", in **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais**, coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001; "O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo", **Revista dos Tribunais**, n. 821, mar. 2004 (versão atualizada e ampliada do primeiro texto); e "O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade", **Revista de Processo**, n. 137, jul. 06. Nesse último texto, diz Teresa Wambier (p. 134-135): "O de que a doutrina ainda não se deu conta de forma satisfatória é que este princípio tem um espectro de incidência muito mais amplo. Esta afirmação é decorrência direta e inexorável da razão de ser deste princípio, tão afeiçoado à processualística contemporânea: não pode a parte ser prejudicada pela circunstância de doutrina e jurisprudência não terem chegado a um acordo quanto a qual seja o meio adequado para se atingir, no processo, determinado fim. [...] Não só na esfera dos recursos ocorrem situações como esta. Com efeito, às vezes a parte fica em dúvida até quanto ao tipo de ação deve manejar!..."

⁶³ Com o imprescindível amparo de Cândido Rangel Dinamarco (**A Instrumentalidade do Processo**, 12. ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 391, grifado no original), vale consignar que "A instrumentalidade do processo é vista pelo aspecto negativo e pelo positivo. O negativo corresponde à negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir [...]; o aspecto negativo da instrumentalidade do processo guarda, assim, alguma semelhança com a ideia da instrumentalidade das formas. O aspecto positivo é caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos (os escopos do sistema); infunde-se com a problemática da *efetividade do processo* e conduz à assertiva de que 'o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais'".

Desse modo, a valorização da instrumentalidade no campo executivo significa a escolha das formas e das técnicas mais afeiçõesadas ao propósito da efetividade da execução. A propósito, ensina José Carlos Barbosa Moreira, citação obrigatória quando se debate a questão da efetividade do processo,⁶⁴ que é falsa a idéia de uma oposição entre efetividade e boa técnica: "[...] quando porventura nos pareça que a solução técnica de um problema elimina ou reduz a efetividade do processo, desconfiemos, primeiramente, de nós mesmos. É bem possível que estejamos confundindo com os limites da técnica os da nossa própria capacidade de dominá-la e de explorá-la a fundo as virtualidades."⁶⁵ Ousamos apor um adendo ao ensinamento do grande mestre. Em regra não existirá, realmente, incompatibilidade entre técnica e efetividade. Casos há, no entanto, em que a técnica não se mostra unívoca, podendo levar tanto ao sul como ao norte. Nesses casos, um e outro viajantes, embora separados por milhares de quilômetros, podem dizer-se acompanhados pela técnica. Isso porque há técnicas e técnicas, umas levando ao Oiapoque, outras ao Chuí. Ou, se preferirem, existem diferentes leituras da técnica processual, conforme os fins a instrumentalizar. Em conseqüência, nem sempre uma solução considerada técnica será a mais indicada, vez que o só fato de ser abençoada pela técnica não garante a sua adequação teleológica. Continua importante verificar se a solução dada a um determinado problema está de acordo com o figurino técnico, mas isso não basta nos dias atuais; há de se ver também se a técnica adotada mostra-se compatível com as finalidades do sistema. Sem o referencial dos fins, a técnica não se sustenta, sendo uma noção insuficiente. A dogmática processual não ficou indiferente ao exuberante pluralismo dos dias contemporâneos. Os conceitos e a técnica continuam sendo elementos importantes no mundo do processo, mas cederam espaço, muito espa-

⁶⁴ Os cinco requisitos básicos para um processo merecer a qualificação de "efetivo", listados e desenvolvidos por Barbosa Moreira em texto clássico ("Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo", **Temas de Direito Processual: terceira série**, São Paulo, Saraiva, 1984), até hoje são vistos como índices obrigatórios em qualquer discussão sobre a questão da efetividade processual.

⁶⁵ Barbosa Moreira, "Efetividade do processo e técnica processual", **Temas de Direito Processual: sexta série**, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 28.

ço, para hermenêutica centrada nos valores e fins que se extraem do sistema.

Aplicando o que acabou de ser dito ao campo da execução, miremos novamente o modelo da pureza funcional, de que resultava a exigência de um processo autônomo para a atividade executiva. Era um modelo técnico e lógico? Certamente. Mas a técnica usada estava muito mais a serviço da segurança do que da efetividade. Quando chegou a estação da efetividade, o modelo tornou-se indesejável, em que pese a sua inspiração técnica. Considere-se outro exemplo, mais específico: a discussão acerca do termo inicial do prazo de quinze dias previsto no art. 475-J do CPC (prazo para pagar o valor da condenação estipulada na fase cognitiva, sob pena de multa de dez por cento). Para o prazo fluir, deve haver alguma intimação? Havendo intimação, a quem se destinará? À parte ou ao seu advogado? Doutrinadores ilustres defendem a necessidade de intimação pessoal da parte, já que o ato a ser praticado - o pagamento - é ato da parte, não do advogado.⁶⁶ Tal entendimento reverencia a técnica? Sem dúvida (basta ver o gabarito dos seus defensores). Do ponto de vista teleológico, no entanto, o entendimento deixa a desejar. Se pudesse prevalecer, frustraria uma das medidas mais elogiadas da reforma, o cancelamento do processo autônomo de execução por título judicial (ressalvadas algumas poucas exceções). Deveras, mesmo nominalmente existindo um processo só, a necessidade de intimação pessoal faria com que tivéssemos, em termos práticos, a mesma situação e o mesmo embaraço do tempo do processo autônomo de execução. Seria muito mais uma mudança de nomenclatura, entrando "intimação" no lugar de "citação", com ganho quase nulo em termos de celeridade.⁶⁷

⁶⁶ Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara, *A Nova Execução de Sentença*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 113-114; e também José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, "Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento de sentença, no caso do art. 475-J do CPC" (inserido pela Lei 11.232/05), *Revista de Processo*, n. 136, jun. 06.

⁶⁷ É claro que, prevalecendo o entendimento por nós considerado correto, é bem provável que venha a se multiplicar o número de renúncias por parte dos advogados dos executados, exatamente para forçar a intimação pessoal, o que será lamentável (e eventualmente caracterizará ato atentatório à dignidade da justiça). É o que teme também Carlos Alberto Carmona, "Novidades sobre a execução civil: observações sobre a Lei 11.232/2005", in *A Nova Execução dos Títulos Judiciais: comentários à Lei 11.232/05*, coord. Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 68.

Portanto, a instrumentalidade consiste em forte aliada da efetividade da execução, sendo o norte da efetividade que deve regular as técnicas e as formas do campo executivo. Aqui, reitera-se esperança já manifestada no tópico anterior, versando sobre o princípio da boa-fé: a esperança de que tendências muito fortes em outras terras do mundo jurídico empolguem também o país da execução.

Por último, aponha-se a ressalva, ditada pela prudência, de que a flexibilização das formas é salutar até um certo ponto, podendo deparar com barreiras insuperáveis, fixadas constitucionalmente. Flexibilizações radicais devem ser rejeitadas, na medida em que prejudicam um dos pilares maiores de qualquer sistema processual: a previsibilidade dos seus comandos. Sem previsibilidade, o devido processo legal fraqueja e se acentuam em demasia os poderes judiciais, ficando comprometida a legitimidade das medidas executivas. Em qualquer compartimento processual, o equilíbrio é de ouro. Assim, algumas medidas mais ousadas propostas neste trabalho em prol da efetividade da execução só podem materializar-se após o cumprimento inflexível das garantias ligadas ao devido processo legal.

5. PALAVRAS FINAIS

Esperamos ter demonstrado o óbvio: mudar a lei foi um passo importante que se deu, mas ainda insuficiente. Sob pena de feneçerem os ideais que presidiram as reformas, é preciso haver mudança correspondente na mentalidade dos que operam o sistema, abrandando-se o excessivo protecionismo em favor do executado. A partir dessa mudança de mentalidade, deverão prevalecer interpretações mais preocupadas com o aspecto da efetividade da execução, índice decisivo para se aferir a efetividade geral do processo civil brasileiro. De fato, sem uma execução efetiva não há o desejável "processo de resultados", tão encarecido na quadra atual do processualismo, mas sim um processo de grandes frustrações e de *maus* resultados. Assume especial relevância hermenêutica, então, o fortalecimento do princípio da efetividade, a incidir em todas as frestas do campo executivo, atraindo para a lida outros princípios de

grande envergadura, como os princípios da boa-fé e da instrumentalidade, de resto princípios bastante prestigiados fora da área executiva. Percebe-se aliás que nem estamos pedindo muito para a área específica das execuções: queremos apenas que ela seja "contaminada" pelos avanços e conquistas ocorridos em outros setores do Direito.

Com o pretendido fortalecimento do princípio da efetividade, é natural que reflua o princípio da menor gravosidade da execução para o executado. Ressalve-se, porém, que o princípio da menor gravosidade, embora menos valorizado, deve continuar ativo e alerta. À base desse princípio, afinal, encontram-se idéias humanistas e generosas que não podem ser abandonadas, ainda mais em um país como o nosso, repleto de miséria e desigualdade. A desmesurada proteção do devedor, no entanto, deve ser evitada. Ela deprecia o crédito, atinge valores fundamentais e desmoraliza o Estado-juiz, não dando conta a jurisdição dos escopos políticos com que está comprometida.

O que se deseja enfim é uma execução equilibrada, como preconizam enfaticamente vários dos autores aqui citados. Equilíbrio é a palavra de ordem. Para chegarmos a esse equilíbrio, no atual momento histórico, faz-se imperioso incrementar a efetividade da execução, restabelecendo-se a visibilidade jurídica e a dignidade processual da parte exeqüente.■

Da Aplicação do Artigo 285-A do CPC no Âmbito dos Juizados Especiais Cíveis

Rafael Estrela Nóbrega
Juiz de Direito do TJ/RJ

Recentemente foi editada a Lei nº 11.277, de 7 de fevereiro de 2006, responsável pelo acréscimo do artigo 285-A no Código de Processo Civil, cujo teor é o seguinte:

"Art. 285 - A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º. Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º. Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso."

(Publicada no DOU em 8 de fevereiro de 2006)

O objeto do presente estudo cinge-se à análise da aplicação do mencionado dispositivo aos processos de competência dos Juizados Especiais Cíveis.

Diante da novidade legislativa, sem preocupação em exaurir o tema, passo a tecer alguns comentários acerca do que parte da doutrina vem denominando de "julgamento liminar do mérito". (Humberto Theodoro Júnior, *in As Novas Reformas do Código de Processo Civil*, Editora Forense, 2007).

De fato, o legislador processual, preocupado com a efetividade da prestação jurisdicional e no intuito de conceder ao jurisdicionado uma tutela eficaz e célere, vem realizando diversas alterações no Código de Processo Civil.

Dentre elas, inseriu o artigo 285-A ao Estatuto Processual, permitindo ao juiz ao receber a petição inicial resolver o mérito da demanda, caso seu objeto seja exclusivamente de direito, bem como se naquele juízo o entendimento consagrado for desfavorável à tese apresentada pelo autor, com outras decisões nesse sentido.

Assim, para a correta aplicação do novel dispositivo é necessária a conjugação de três elementos: a) que a matéria discutida seja unicamente de direito; b) que naquele juízo já tenham sido proferidas outras decisões em casos idênticos; c) que o teor da decisão seja reproduzido na sentença a ser prolatada.

Na verdade, nada impede que o Juiz ao verificar a petição inicial conclua por extinguir o processo sem resolução do mérito, diante de uma das hipóteses constantes no artigo 267 do Código de Processo Civil. Isto porque, antes de se adentrar na análise da *res iudicium deducta*, deve-se aferir a existência dos pressupostos para a constituição do desenvolvimento válido e regular do processo e das condições ao legítimo exercício do direito de ação.

Após constatar a inexistência de causa que importe na extinção de plano do processo sem resolução do mérito, o Juiz, antes de proferir o despacho liminar positivo, deve verificar a presença dos elementos do artigo 285-A do Código de Processo Civil.

Em caso positivo, a próxima etapa é a prolação de sentença de mérito, aduzindo ser a matéria exclusivamente de direito com interpretação desfavorável ao réu em casos idênticos já reconhecidos naquele juízo, sem, é claro, deixar de reproduzir o teor da decisão já existente.

O parágrafo primeiro do artigo 285-A acrescenta nova hipótese de juízo de retratação. Antes, o juízo de retratação somente podia ocorrer quando o juiz recebia apelação interposta em face de sentença que indeferia a petição inicial, conforme artigo 296 do Código de Processo Civil. Agora, se o autor apelar da sentença de mérito proferida com base no artigo 285-A do CPC, o juiz pode rever sua decisão e determinar o prosseguimento da ação.

Note-se que após a interposição da apelação, em qualquer caso, será determinada a citação do réu, seja para responder à ação, seja para oferecer contra-razões ao recurso de apelação, conforme parágrafo segundo do artigo 285-A do CPC.

Sem dúvida, haverá críticas da doutrina com relação ao novel instituto, mas não se pode deixar de reconhecer sua importância para a celeridade do processo.

Agora, com a nova disciplina legal o jurisdicionado tem a seu favor o fator tempo. Se antes necessitava aguardar o andamento regular do processo com todas suas etapas até a decisão final de mérito, que já se podia antever o resultado, a inovação permite que o réu sequer seja citado para acompanhar a prolação da sentença, que lhe é favorável, minimizando, assim, custos financeiros com a contratação de advogado para sua defesa.

Numa análise mais aprofundada, pode-se concluir que o artigo 285-A do CPC é inconstitucional por flagrante violação do princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB/88), na medida em que o processo será encerrado com uma sentença de mérito sem a presença do réu.

Todavia, este não é o melhor entendimento. A uma, porque a resolução da matéria de mérito sem a presença do réu já era admitida em nosso direito, quando, por exemplo, o juiz reconhecia a decadência do direito do autor, conforme artigo 269, IV, do CPC, ou seja, hipótese em que não é necessária a citação do demandado. A duas, porque no processo civil vigora a regra de que não há nulidade sem prejuízo, de modo que se o ato atingiu seu objetivo, mesmo diante do sacrifício de algum direito do beneficiado, não há que se falar em nulidade processual.

Logo, se há demanda, é porque há resistência do réu à pretensão do autor, razão pela qual sua vontade processual será a improcedência do pedido, o que pode ocorrer sem a sua presença nos autos, ou seja, não se cogita de prejuízo a justificar a nulidade processual, nem, numa idéia mais avançada, de argüição de inconstitucionalidade do dispositivo.

Ademais, eventual interposição de recurso de apelação pelo autor acarretará, necessariamente, no ato citatório, seja para res-

ponder ao recurso, seja para contestar a ação, em caso de juízo de retratação positivo.

A seu turno, os Juizados Especiais Cíveis, instituídos pela Lei nº 9.099/95, já configuram uma realidade no sistema jurídico brasileiro e, sem dúvida, são os responsáveis pela absorção de inúmeras ações ajuizadas, principalmente em face das prestadoras de serviço público, justificando, assim, a necessidade de um rito célere e despreocupado com o excesso de formalismo processual.

Dentre os princípios consagrados na Lei nº 9.099/95 encontram-se os princípios da oralidade, da economia processual e da celeridade, previstos no artigo 2º da mencionada lei.

Significa dizer que o processo em trâmite no Juizado Especial deve conferir à parte o máximo de resultado possível mediante um pequeno esforço processual.

Veja-se, no entendimento abaixo transcrito da Turma do Conselho Recursal do Estado do Rio de Janeiro, cuja ementa é da lavra do Eminentíssimo Magistrado André Luiz Cidra, que o princípio da oralidade não pode ceder diante dos princípios da celeridade e da economia processual, pois o procedimento do Juizado deve observar necessariamente a designação de Audiência de Instrução e Julgamento.

EMENTA - Julgamento antecipado da lide. Supressão da audiência de instrução e julgamento. Nulidade relativa. Arguição do vício nas razões do recurso inominado. Procedimento especial adotado na Lei 9.099/95 que, pelas peculiares características, não admite a redução a um modelo comum. Princípio da oralidade que no microsistema dos Juizados Especiais emerge como dogma intransponível e não abre exceção para que o Juiz conheça diretamente a lide, prolatando a sentença sem a designação da AIJ. Formulação da regra jurídica concreta mediante o julgamento antecipado da lide que no ordenamento jurídico só pode ocorrer se houver autorização da lei, a fim de que sejam observados os princípios jurídico-constitucionais de garantia, notadamente o contraditório regular, ampla defesa e o devido processo legal. Inadmissibilidade de elastério em procedimento para limitar fases, verificando-

se através da interpretação sistemática que quando é possível a abreviação do procedimento o legislador aponta expressamente, ex vi dos arts. 278, § 2º e 330 do Código de Processo Civil. Exegese ampliativa que não é permitida no microsistema dos Juizados Especiais, em que há concentração dos atos processuais na AIJ, dispondo os arts. 27 e 28 da Lei 9.099/95 sobre a imprescindibilidade da realização da audiência de instrução e julgamento e audição das partes, não admitindo exceções, como ocorre com o CPC, merecendo destaque ainda que no processo de cognição não é sequer indicado o CPC como legislação supletiva. Invalidez dos atos que não atendem aos critérios previstos no art. 2º da Lei 9.099/95, não cabendo a preterição total do princípio da oralidade para alcançar alguma economia processual ou maior celeridade, já que o procedimento exige a conjugação dos critérios, sem a eliminação de qualquer deles. Inteligência do art. 13 do referido diploma legal. Indisponibilidade do rito especial da Lei 9.099/95. A legalidade da forma procedimental é obrigatória pelo substrato da lei regente e subordina a atividade judicial para a entrega da tutela jurisdicional. Reconhecimento da nulidade do processo, a fim de que seja designada audiência de instrução e julgamento. Provimento do recurso.
(Recurso Inominado nº 2005.700.015293-9)

No mesmo sentido, veja-se o julgamento do Recurso Inominado nº 2005.700.011849-0, cujo relator foi o Eminentíssimo Magistrado Cleber Ghelfenstein.

INSTITUIÇÃO RÉ QUE POR DETERMINAÇÃO DA RESOLUÇÃO DO BANCO CENTRAL REAJUSTOU E COBROU TARI-FAS BANCÁRIAS QUE NÃO ESTAVAM PREVISTAS NOS CON-TRATOS CELEBRADOS. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. DESCABIMENTO EM SEDE DE JUIZADOS ESPECIAIS. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 16 E 27 DA LEI Nº 9.099/95. PRO-CESSO QUE SE ANULA A FIM DE SER DESIGNADA DATA PARA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO, INSTRUÇÃO E JUL-

GAMENTO SEGUINDO O FEITO SEUS TRÂMITES REGULARES. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.
(Recurso Inominado nº 2005.700.011849-0)

Note-se, portanto, que em sede de Juizados Especiais a designação de Audiência de Instrução e Julgamento se faz obrigatória, em obediência ao princípio da oralidade, conforme reiteradas decisões a respeito.

Todavia, com venia aos entendimentos em contrário, entendo perfeitamente aplicável o disposto no artigo 285-A do CPC nos processos de competência dos Juizados Especiais, pois presentes os requisitos do mencionado dispositivo, devem-se prestigiar os princípios da celeridade e da economia processual em detrimento do princípio da oralidade.

De fato, sem a previsão desses princípios na Lei nº 9.099/95, os Juizados Especiais jamais atingiriam sua finalidade de distribuição rápida de justiça, mormente pelo fato da enorme demanda reprimida em razão de vivermos sob a égide de uma Constituição Cidadã.

Logo, o apego ao formalismo processual em processos de competência dos Juizados Especiais acabaria por torná-los verdadeiros arquivos de autos, pois não haveria a menor condição de realizar uma justiça célere sem os princípios consagrados no artigo 2º da Lei nº 9.099/95.

Diante desse contexto, não vislumbro impedimento na aplicação do art. 285-A no âmbito dos processos de competência dos Juizados Especiais Cíveis, até mesmo porque é pacífico o entendimento que permite a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

Não é crível que o juiz, diante de uma matéria exclusivamente de direito com diversos julgados em casos idênticos sem o acolhimento da pretensão autoral, determine a designação de audiência de conciliação com a conseqüente citação do réu para nela comparecer em obediência ao princípio da oralidade, ao invés de proferir de imediato sentença de mérito, rejeitando a pretensão autoral.

Na verdade, com essa conduta o juiz estará preenchendo des-

necessariamente sua pauta de audiências, bem como determinando a presença das partes ao ato, com despesas de deslocamento, sem prejuízo dos custos cartorários com a realização da audiência, para ao final julgar improcedente a pretensão do autor, resultado que já era de seu conhecimento.

Ao que parece, o princípio da oralidade não pode se sobrepor ao princípio da celeridade e ao princípio da economia processual, ainda mais em sede de Juizado Especial, sob pena de se configurar um verdadeiro retrocesso, ainda mais quando se está diante de diversas reformas processuais com o objetivo de reduzir o tempo de duração dos processos, com a efetiva entrega da prestação jurisdicional.

Assim, penso que o "julgamento liminar do mérito" nos processos de competência dos Juizados Especiais está em conformidade com os princípios da celeridade e da economia processual, que também encontram-se presentes no art. 2º da Lei nº 9.099/95. ☐

O Arquivamento Definitivo

Sergio Demoro Hamilton

*Procurador de Justiça (aposentado) do
Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*

1. Sabe-se que o despacho de arquivamento é, por sua própria natureza, provisório, podendo o procedimento respectivo ser reaberto a todo tempo, desde que, nos termos da Súmula 524 do STF, surjam novas provas. Entenda-se, desde logo, o que sejam "novas provas". Estas indicam alteração *substancial* dos fatos até então apurados, ensejando, destarte, a reabertura das investigações. Ela pode decorrer de requerimento da vítima ou de seus familiares (providência muito comum) ou mesmo de qualquer pessoa do povo, caso o crime seja de ação penal pública incondicionada (art. 27 do CPP). O desarquivamento ainda pode resultar de investigações efetuadas pela própria autoridade policial, tal como permitido pelo art. 18 do CPP. Nesse artigo está dito que ela, autoridade policial, após o arquivamento, não fica impedida de proceder a novas pesquisas, se de "outras provas" tiver notícia. Caso as pesquisas em questão resultem frutíferas, caberá à autoridade policial levar ao conhecimento do *Parquet* o que tenha apurado para que ele proceda como entender de direito.

2. Observe-se que a Súmula 524 do STF adota, com inteira propriedade, a palavra despacho, demonstrando, com tal redação, que a manifestação jurisdicional em exame não assume o caráter de decisão e, muito menos, de sentença. Isto retrata, com fidelidade, o caráter provisório que lhe é imanente. Ela opera, sempre, *rebus sic stantibus*.

3. Impõe-se, na oportunidade, fazer uma consideração de ordem técnica a respeito da expressão "novas provas" constante da Súmula 524 do STF. Prova, com rigor científico, é aquela produzida em juízo, revestida das garantias do contraditório e da ampla defesa e que integra o devido processo legal (art. 5º, LV, da CF). No particular, a prova oral, para que possa servir de esteio a uma sentença definitiva, haverá de submeter-se ao crivo daquelas exigências do Texto Magno. É certo que se poderá argumentar no sentido de que, ao lado da prova oral (testemunhal, palavra do ofendido etc.) outras existem, ditas irrepetíveis. É o caso típico da prova pericial, que, em regra, é produzida na fase pré-processual (art. 6º, VII, do CPP), uma vez que, em incontáveis infrações penais em que ela se faz presente, os vestígios tendem a desaparecer com o tempo. Daí a urgência com que a prova técnica deva ser realizada. No entanto, mesmo em tal circunstância, a perícia pode vir a ser questionada em juízo, através do chamado contraditório diferido. Além do mais, dependendo do caso concreto, nada impede que a autoridade judicial venha a ordenar a realização de novo exame (art. 181, parágrafo único, do CPP). Suponha-se, como exemplo, que determinado documento submetido a exame caligráfico na fase do inquérito policial (art. 174 do CPP) venha a ser contestado em juízo, sob a alegação de que o resultado da perícia grafotécnica não retrata a verdade; ora, ele, documento, está nos autos, nada impedindo, assim, seja novamente periciado, por outros peritos, caso o juiz julgue conveniente ou mesmo necessário que novo exame se realize. No momento oportuno, por ocasião da sentença, caberá então ao magistrado valorar a prova em questão como entender de direito (art. 157 do CPP), acolhendo ou rejeitando uma das perícias ou aceitando, em parte, uma delas ou, até mesmo, desprezando ambos os laudos.

Portanto, entenda-se bem, a palavra "prova", quando apresentada na fase de inquérito policial ou em qualquer outra peça de informação idônea, é aqui usada para fins exclusivamente didáticos, não assumindo um caráter estritamente técnico, pois a "prova" apresentada na fase que antecede a ação penal encontra-se direcionada, basicamente, para o Ministério Público ou, quando for o caso, para o querelante. Daí a afirmação de certa parte da doutrina no sentido

de que faltaria justa causa para a ação penal, caso ela não figurasse como lastro para a denúncia, como suporte fático para a acusação. No meu entendimento, faltaria ao autor, em tal emergência, interesse de agir para o processo penal, acarretando a carência de ação.

Diga-se o mesmo, no caso de ação privada (art. 19 do CPP), bem como na hipótese, bastante rara, de queixa subsidiária (art. 29 do CPP).

Em outras palavras, o suporte fático é indispensável para o ajuizamento da ação penal uma vez que a denúncia ou a queixa não são peças de ficção. Ambas repousam em algum dado concreto, sob pena de traduzirem uma acusação temerária, que pode, inclusive, acarretar conseqüências de ordem penal para o tráfego que se arvore em formulá-la.

Tudo isso resulta bem claro da leitura da própria lei processual penal (arts. 12, 27, 28, 39, § 5º, e 46, § 1º, do CPP e 77, § 1º, da Lei 9.099/95).

4. Em que casos, então, caberia o arquivamento?

A lei não cogitou de indicar as hipóteses possíveis de arquivamento, partindo do fato, quero crer, de que, uma vez adotado o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública (art. 24 do CPP), não haveria porque enunciá-los, tendo em conta que não seria comum a sua incidência. Isto resulta bem claro da leitura do art. 43 do CPP, que se ocupa dos casos de rejeição da inicial de acusação por falta de uma das condições para o exercício regular do direito de ação. Dessa maneira, somente à falta de uma das condições da ação, segundo o nosso Código, é que a denúncia ou a queixa poderá ser rejeitada. Como teremos a oportunidade de apreciar, o referido art. 43 não esgota todos os casos de rejeição da inicial acusatória, embora mantido em sua integralidade o princípio da legalidade, como será analisado (art. 24 do CPP).

É certo que boa parte da doutrina¹ sustenta que o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública restou mitigado com o ad-

¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**, p. 122, 6ª edição, 2004, São Paulo: Ed. Saraiva.

vento da Lei 9.099 de 26.9.1995, que conferiu regulamentação ao mandamento constitucional do art. 98, I, da Lei Maior, ao permitir a transação nas infrações penais de menor potencial ofensivo.

Volta-se, pois, à indagação: em que casos, no sistema do Código, seria possível o arquivamento?

- a) quando o fato, a toda evidência, não constituir infração penal;
- b) quando a punibilidade estiver extinta;
- c) quando faltar condição exigida em lei para o exercício da ação penal;
- d) quando inexisterem indícios de autoria;
- e) quando faltar, no inquérito policial ou na peça de informação, suporte fático mínimo indispensável para uma imputação.

Assinale-se que, no regime da Lei 9.099/95, da mesma forma, será possível o arquivamento do termo circunstanciado e o art. 76 daquele diploma legal a ele faz referência de forma expressa, como, aliás, não poderia deixar de ocorrer, pois, também lá, poderia apresentar-se uma das situações processuais acima referidas, embora a hipótese, dada a natureza das infrações penais de que se ocupa aquela lei, seja remota. É certo que, em alguns casos, o procedimento será remetido para o Juízo comum (arts. 66, parágrafo único, e 77, § 2º, da Lei 9.099/95), salvo quando surgir evidente que nada resultará para a apuração do fato, desde que constatada a inutilidade da realização de qualquer outra diligência.

5. Colocada a temática nestes termos (4, *supra*), vejamos em que casos o arquivamento poderá assumir caráter definitivo, despindo-se de seu caráter provisório.

Começamos, por exclusão, pela análise das situações processuais em que ele reveste natureza provisória. Comumente o arquivamento tem merecido exame dessa forma, como é natural.

A primeira hipótese em que o arquivamento apresenta natureza provisória é aquela em que o Ministério Público vê-se à frente da falta de condição exigida em lei para o exercício da ação penal. Vislumbre-se, por exemplo, o caso de um crime de ação penal pública condicionado à representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo (arts. 24 do CPP e 100, § 1º, do CP).

Suponha-se, não importa a razão, que o inquérito policial tenha sido instaurado com violação ao art. 5º, § 4º, do CPP. Chegado a juízo e não tendo o ofendido ofertado representação, só caberá ao *Parquet* requerer o arquivamento por falta daquela condição de procedibilidade. Torna-se claro que, uma vez satisfeita a condição, o inquérito policial será desarquivado (art. 43, parágrafo único, do CPP), legitimando a atuação do Ministério Público que poderá oferecer denúncia (desde que presentes, evidentemente, as demais exigências para o exercício da ação penal) ou mesmo requerer o arquivamento do inquérito policial por razões outras que não importem no reconhecimento da falta de condição de procedibilidade, uma vez que o Ministério Público não se encontra vinculado, de qualquer maneira, aos termos da representação.

É preciso, no entanto, que a representação, no caso versado, seja ofertada dentro do prazo decadencial (arts. 38 do CPP e 103 do CP). Acrescente-se, ainda, que a representação, embora regulada minuciosamente no art. 39 do CPP, não é uma peça formal, bastando que, de forma inequívoca, fique demonstrada a vontade do ofendido no sentido de ver processado o autor do fato criminoso. Ela nada mais é que uma autorização dada pelo particular para que o Ministério Público possa exercer a ação penal (art. 129, I, da CF). Dessa maneira, no paradigma trazido à colação, bastaria qualquer manifestação idônea do ofendido, para que o *Parquet* pudesse atuar. Caso a representação venha a ser ofertada a destempo, caberá ao Ministério Público requerer a extinção da punibilidade pela ocorrência da decadência (art. 107, IV, segunda figura, do CP c/c o art. 38 do CPP). Se o juiz vier a acolher a fala do *Parquet*, declarará a extinção da punibilidade do fato e, em razão de tal decisão, o inquérito policial estará arquivado. Esta última hipótese de arquivamento, no entanto, revela certa peculiaridade que será objeto de análise no momento oportuno, pois, uma vez preclusa a decisão, o arquivamento se tornará definitivo (13, *infra*).

Portanto, neste primeiro enfoque do arquivamento, a providência será sempre provisória, pois, uma vez satisfeita a condição estabelecida pela lei para que a ação penal possa ser exercitada, o Ministério Público estará habilitado a ajuizar a demanda. E tanto isto

é verdade, que a lei processual penal, em seu art. 43, parágrafo único, deixa patente que a rejeição da denúncia em tal situação não obstará o exercício da ação penal, desde que satisfeita a condição. O aludido dispositivo (art. 43), convém repetir, enumera as causas que motivam a rejeição da inicial da acusação (4, *supra*).

No caso ora em exame, tem pleno sentido a seguinte pergunta: cabe recurso contra o despacho de arquivamento? A jurisprudência, com inteiro acerto, tem entendido ser irrecorrível a "decisão" que o determina. Podem ser anotados alguns julgados nesse sentido: STJ, Rec MS 5840, *in* DJU de 4.8.97, p. 34888, RT 422/316 e 760/654 entre outros².

6. Outra modalidade de arquivamento provisório encontra lastro no fato da inexistência de indícios de autoria. Em nosso processo inexistente ação penal contra pessoa incerta. Pode ocorrer que os autos não apresentem dados qualificativos completos a respeito do autor da infração penal. Tal circunstância não impede o exercício da ação penal desde que inexistam dúvidas quanto à sua identidade física. É por tal razão que o Código, no art. 41, ao ocupar-se dos requisitos que a petição inicial deve conter, exige a qualificação do acusado ou os "esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo". Portanto, ainda que incompleta a qualificação, desde que se possa individualizar o denunciado, estabelecendo sua identidade física, não se poderá falar em falta de indícios da autoria. É muito comum a adoção da chamada qualificação indireta, que se faz para suprir a ausência de qualificação direta, quando o indiciado encontra-se foragido. Ela é feita através de um levantamento levado a efeito pela autoridade policial, mediante investigação, e que, muitas vezes, supre, por completo, a qualificação direta.

² Referência jurisprudencial colhida do **Código de Processo Penal Anotado**, JESUS, Damásio E. de, p. 455, Editora Saraiva, 22ª edição, 2005, São Paulo. Naquele excelente repositório, o verbete usa o vocábulo "decisão", quando, no meu entendimento, caso estivesse em jogo uma decisão haveria recurso contra a mesma. Na hipótese, não há que se falar em recurso, pois a manifestação jurisdicional de arquivamento fundada na falta de condição exigida em lei para o exercício da ação penal consubstancia-se num mero despacho e os despachos, como sabido, não comportam recurso, salvo quando importarem inversão da ordem legal do processo. Nessa ocorrência, não de todo rara, haverá a possibilidade da parte prejudicada interpor Reclamação, que, ainda, terá cabimento nos casos de erro de ofício, abuso de poder ou omissão dos juízes (art. 219 e segs. do CODERJ). Daí, as "aspas" colocadas na palavra "decisão".

A autoria, como sabemos, toca de perto com a *legitimatio ad causam* passiva; daí sua relevância para a formação da relação processual válida.

Portanto, meros defeitos na qualificação do indiciado, desde que certa a sua identidade física, não justificam o arquivamento. Por tal motivo o art. 259 do CPP permite, a qualquer tempo, no curso do processo e, até mesmo, na fase de execução, a retificação, por termo nos autos, dos dados qualificativos do imputado.

É chegado o momento de estabelecer limites no que respeita à qualificação do indiciado. A simples referência a "fulano de tal, negro, alto e magro" para indicar o autor do fato criminoso não serve para individualizar qualquer pessoa. Caso tal se dê, caberá ao Ministério Público requerer o arquivamento do inquérito policial em razão da falta de indícios da autoria. Veja-se, a propósito, decisão emanada da 3ª Câmara Criminal do TJSP, no recurso criminal n. 53.051, que considerou ser sobremodo inseguro e "até muito temerária", denúncia contendo apenas aqueles dados ("preto, alto e magro")³, rejeitando-a.

O arquivamento, quando ocorre a falta de indícios da autoria, dar-se-á por despacho do juiz atendendo a requerimento do Ministério Público. Em ocorrendo a hipótese, o despacho em questão é irrecurável, somente tornando-se possível o desarquivamento se obediente aos termos da Súmula 524 do STF. Surgindo novas "provas" da autoria, até então ignorada, dá-se a reabertura da investigação (veja-se, a propósito, o item 3, *supra*).

Duas palavras, ainda, a respeito do que se deva entender por qualificação. Qualificação é o conjunto de qualidades que ornamentam uma pessoa, compreendendo o nome (aqui indicados o prenome e o apelido de família), a alcunha ou vulgo e, eventualmente, o pseudônimo, o estado civil, a data de nascimento, a naturalidade, a nacionalidade, a filiação, a atividade que exerce, o nº do registro civil e o do CPF e os endereços (residencial e de trabalho). Observe-se que, raramente, se encontrará uma qualificação direta revestida

³ MIRANDA, Darcy Arruda, in *Repertório de Jurisprudência do Código de Processo Penal*, v. IX, p. 143, Editora Revista do Tribunais Ltda., São Paulo, 1963.

de tantos dados informativos. Nem por isso, desde que não haja dúvida sobre a identificação do indiciado, se poderá falar em falta de indícios de autoria. É de se ter em conta que as omissões acidentais, relativas à qualificação (ou quaisquer outras), constantes da denúncia poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final (art. 569 do CPP). E o art. 259 do CPP, voltado de forma específica para a qualificação, apresenta-se, ainda, mais completo ao permitir a retificação daqueles dados até mesmo na fase de execução.

Acrescente-se, ainda, a importância de tais informações para o fim de elaboração da estatística criminal, que terá por base o boletim individual que é parte integrante dos processos (art. 809 do CPP).

7. Outra circunstância que enseja o arquivamento provisório reside na falta de suporte fático mínimo para que a acusação possa ser apresentada.

A denúncia, como já posto em relevo ao início do presente estudo, não consiste em uma peça de ficção, ela haverá de encontrar esteio em fatos idôneos para que possa ser ofertada. É certo que as informações poderão ser complementadas em juízo, qual se colhe do art. 10, § 2º, do CPP. Porém, a peça de informação ou o inquérito policial deverá conter, desde logo, um mínimo de indicações de maneira a permitir que a denúncia possa ser oferecida. Em caso contrário, só restará ao Ministério Público promover a devolução dos autos do inquérito policial para a complementação das diligências (art. 10, § 3º, do CPP) ou requisitar a instauração do inquérito policial (art. 5º, II, do CPP) para melhor apurar os fatos chegados ao seu conhecimento por qualquer via merecedora de crédito (arts. 27 e 39, § 5º, do CPP).

Como já ficou dito, a necessidade de suporte fático para que a denúncia possa ser apresentada resulta bem nítida da leitura dos arts. 12, 27, 28, 39, § 5º, e 46, § 1º, todos, do CPP.

Desde que o *Parquet* não disponha de indicações mínimas para ajuizar a ação penal, só lhe restará requerer o arquivamento do inquérito policial ou da peça de informação. Entenda-se bem: para acusar o Ministério Público não necessita de um suporte fático completo e exaustivo mas apenas de um mínimo de "provas". A instru-

ção criminal probatória produzida em juízo dará ensejo a que se complemente eventual insuficiência de dados, podendo propiciar até mesmo que a denúncia venha a ser aditada.

Deverá o juiz, diante do requerimento de arquivamento do *Parquet*, fundado na falta de indicações mínimas para o oferecimento da denúncia, determinar, mediante despacho, o arquivamento do procedimento respectivo, desde que, evidentemente, venha a acolhê-lo.

Torna-se claro que, no caso, o arquivamento será provisório, podendo o inquérito policial ou a peça de informação, a todo o tempo, ser desarquivado desde que a hipótese venha a subsumir-se nos termos exigidos pela Súmula 524 do STF.

Averbe-se ainda que, em tal situação processual, o autor do fato encontra-se perfeitamente indicado. No entanto, as informações constantes dos autos não permitem que a denúncia seja oferecida. Trata-se, como de observação tranqüila, de formulação distinta daquela tratada no item 6, supra, em que se viu abordada a falta de indícios da autoria.

Aqui, faltaria interesse de agir para o Ministério Público⁴.

8. Chega-se, agora, à razão de ser do presente estudo, que mereceu o título provocativo de "O arquivamento definitivo". É que, como de elementar sabença, a provisoriedade é típica do arquivamento. Por tal razão é que a Súmula 524 do STF adota a seguinte redação: "Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem *novas provas*" (destaques meus).

O despacho, por natureza, traz em si uma carga decisória mínima e, por isso mesmo, em regra, é irrecorrível. Dessa maneira, quando o juiz designa dia e hora para a realização de uma audiência, quando determina a notificação de uma testemunha para ser inquirida, quando, praticando ato de impulso processual, ordena que as partes falem em diligências ou em alegações finais e assim por diante, está o magistrado prolatando despachos. São, todos eles,

⁴ Para um exame mais detalhado a respeito do interesse de agir no processo penal, o eventual leitor encontrará algumas observações em meu artigo "Breves anotações sobre o interesse de agir no processo penal", na Revista *Lições de Direito*, v. 2, p. 213 e seguintes, publicação da UniverCidade Editora - Rio de Janeiro, 2005.

manifestações jurisdicionais tomadas *rebus sic stantibus*, sujeitas a revogação desde que situações processuais novas aconselhem sua modificação. Todos aqueles despachos caracterizam atos ordinatórios do procedimento, indispensáveis para o seu regular desenvolvimento.

No caso de arquivamento é o que, em regra, ocorre como tivemos a oportunidade de apreciar até aqui (5 a 7, supra).

No momento, cabe-nos examinar situação processual diversa. Trata-se do arquivamento ocorrido quando o fato apurado, a toda evidência, não constitua infração penal. Em ocorrendo tal emergência, o juiz pratica ato decisório, atendendo sempre a requerimento do Ministério Público. Não se trata de mero despacho do magistrado envolvendo uma questão de fato ("prova"), fato que hoje é desconhecido nos autos e que poderá, no futuro, ser descoberto, dando margem ao oferecimento de denúncia ou, pelo menos, à reabertura das investigações. Trata-se, agora, quando do reconhecimento da atipicidade do fato, ao revés, de matéria de direito não resolvida através de mero despacho, mas, sim, por meio de uma decisão. E por tratar-se de decisão, a matéria nela ventilada desafia o recurso de apelação residual contemplado no art. 593, II, do CPP.

Cabe, desde já, questionar: quem poderá apelar em tal situação?

O Ministério Público, sabe-se, por haver requerido o arquivamento, não terá *interesse* na reforma ou na modificação da decisão (art. 577, parágrafo único, do CPP).

O indiciado, muito menos, por faltar-lhe *sucumbência*.

Penso que a decisão de arquivamento, *in casu*, poderá ser enfrentada pelo ofendido ou, à sua falta, por seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. Não haverá, *em regra*, é bom que se assinale, qualquer interesse material de ressarcimento do dano pois, segundo dispõe o art. 67, I, do CPP, a decisão de arquivamento não impede a propositura da ação civil. Porém, esta regra está voltada para a figura do indiciado.

Com efeito, o fato pode ser atípico mas exigir reparação civil. Aliás, veda-se a ação civil somente quando, em sentença absolutória houver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato (arts. 66 e 386, I, do CPP) ou, ainda, nas situações processuais contempladas nos arts. 65 e 386, V, do

CPP. Nestas últimas hipóteses, com reservas, isto é, não de forma absoluta.

Porém, subsiste também para o ofendido (ou de quem lhe fizer as vezes) o interesse moral de ver processado o autor do fato. Não só o dano moral advindo do fato, mas também eventual dano material, como se verá abaixo (12, *infra*), pois, como posto em relevo, o reconhecimento no sentido de que o fato não constituiu infração penal não afasta o ressarcimento eventual do dano causado pelo indiciado beneficiado pelo arquivamento.

Ocorrendo ser o ofendido incapaz incumbe ao seu representante legal interpor o recurso respectivo.

No caso vertente, não há falar em irrecurribilidade do despacho de arquivamento, tal como apontado linhas acima (5 a 7, *supra*), uma vez que as conseqüências da *decisão* são bem diversas daquelas outras já examinadas (5 a 7, *supra*). Aqui, encontra-se em jogo uma decisão com força de definitiva, trancando, de uma vez por todas, a ação penal; nos demais casos estudados (5 a 7, *supra*), um mero despacho que traz em si mesmo o caráter de provisoriedade, podendo, a todo o tempo, enquanto não extinta a punibilidade do fato, o feito criminal ser reaberto, desde que presentes os requisitos a que se refere a Súmula 524 do STF.

Quando o arquivamento é ditado pela ausência de tipicidade penal do fato sob apuração, a decisão judicial - porque tem força de definitiva - reveste-se de eficácia preclusiva e obstativa de ulterior instauração da persecução criminal. Em ocorrendo tal conjuntura, não há, pois, como cogitar-se de aplicação da Súmula 524 do STF nem tampouco da providência contemplada no art. 18 do CPP, uma vez que a decisão judicial fundou-se na inocorrência de infração penal.

A Suprema Corte, quando do julgamento do HC 80.560/GO, relator o Ministro Sepúlveda Pertence, já teve a oportunidade de manifestar-se no sentido de que "A afirmação corrente de que o arquivamento do inquérito ou de diferentes peças informativas do delito não faz coisa julgada há de ser sempre recebida ***cum grano salis***, para evitar generalizações indevidas".

Do mesmo sentir, o julgado do Pretório Excelso por ocasião da apreciação do HC 66.625, no qual, com igual entendimento, resul-

tou assinalado que o arquivamento fundado na atipicidade do fato, impede a instauração da ação penal. Na mesma linha de pensamento, consultem-se os acórdãos constantes das RTJ 127/193 e RT 670/357.

Registre-se, em acréscimo, passagem do voto condutor do Ministro Octávio Gallotti, por ocasião do julgamento do HC 66.625, quando, examinando caso concreto, pôs em relevo que, na espécie dos autos, não se punha em dúvida a prova do fato mas sim o seu relevo penal. Tal fundamento não é passageiro, porém essencial e permanente⁵.

A hipótese assemelha-se à rejeição da denúncia com fulcro no art. 43, I, do CPP, no qual, igualmente, não se permite que a instância venha a ser renovada.

Há, porém, uma diferença. É que para a rejeição da denúncia, *in casu*, a lei previu recurso específico (art. 581, I, do CPP) para enfrentamento do *decisum*.

Recentemente, o Supremo, por ocasião do julgamento do *Habeas* 84.156-MT, relator o Sr. Ministro Celso de Mello, voltou a manifestar o mesmo entendimento, ou seja, a impossibilidade da reabertura da investigação policial no caso de arquivamento fundado na ausência de tipicidade penal, invocando, por sinal, abalizado magistério doutrinário⁶.

9. Não me foi dado observar em qualquer pronunciamento da Corte Suprema a possibilidade da interposição de recurso contra a decisão de arquivamento fundada na atipicidade do fato, muito embora, por seus efeitos, a decisão em questão tornasse impeditiva a reabertura do feito.

No entanto, parece-me que o ofendido (8, *supra*) deva ser intimado para que, caso deseje, mediante apelo, venha a evitar a eficácia preclusiva do *decisum*, valendo-se, para tanto, do recurso de apelação residual contemplado no art. 593, II, do CPP (12, *infra*).

⁵ Todos os julgados transcritos no item 08 foram extraídos do *Habeas Corpus* nº 84.156-MT, relator o Sr. Ministro Celso de Mello, em acórdão publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência* de nº 193, p. 648 e seguintes.

⁶ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Inquérito Policial: Novas Tendências*, p. 25/27 e 33/34, itens ns. 7 e 10, IASP/CEJUP, 1986.

10. Outro aspecto relevante que o tema envolve reside na circunstância de que o Ministério Público só deverá requerer o arquivamento com base na atipicidade do fato quando *evidentemente* ele não constitua uma infração penal. É que, nesta fase, vige o princípio do *in dubio pro societate*, não cabendo ao *Parquet* "anistiar" o indiciado, desde que existam, pelo menos, elementos de informação, por mínimos que sejam, que justifiquem a propositura da ação penal. Nesse sentido, é bom ter em conta, mais que nunca, a necessidade da observância do art. 24 do CPP, que consagra o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Ali está dito, de forma bem nítida, que a ação penal pública *será* promovida por denúncia do Ministério Público. Não cabe ao *Parquet* requerer o arquivamento por razões de política criminal ou de conveniência. Observe-se, ainda, que, nos casos em que o requerimento de arquivamento encontrar fundamento na atipicidade penal do fato, justifica-se especial cuidado na manifestação ministerial tendo em conta o caráter definitivo que o arquivamento, acaso deferido, trará para o futuro da apuração do evento, não se lhe aplicando o verbete contido na Súmula 524 do STF.

Dessa maneira, o arquivamento só poderá ser postulado naquela circunstância quando, de maneira indiscutível, o fato não constitua infração penal. Tal regramento deflui claramente da leitura conjunta dos arts. 24 c/c 43, I, do CPP.

11. Uma perplexidade: cabe arquivamento definitivo do inquérito policial com base em causa excludente da antijuridicidade?

Encontrando-se, *sem sombra de dúvida*, evidenciada a falta de ilicitude da conduta, penso ser possível o arquivamento do inquérito policial ou da peça de informação, tendo em conta os dizeres do art. 23 do CP. É que, em tal hipótese, "não há crime" a ser punido⁷.

Fato que não constitui crime é simplesmente fato atípico e, em decorrência disto, se ofertada a denúncia, haveria impossibilidade jurídica do pedido. Ocorreria carência de ação por parte do Estado, por falta de uma condição para o regular exercício da ação penal.

⁷ A jurisprudência aponta a hipótese, cuidando de legítima defesa, em decisão emanada do TACrimSP, RT 413/300, *apud op. cit. in nº 2*, dessas notas, p. 38.

Seria puro exercício de tautologia estar, aqui, a repetir que, *in casu*, torna-se exigível que a causa excludente da antijuridicidade resulte demonstrada de forma inequívoca, impondo o arquivamento. É que, nesta fase, vige o princípio do *in dubio pro republica*, razão pela qual se imporá a apresentação da acusação, caso haja um mínimo de "prova" (*rectius*, elementos de informação) aconselhando a propositura da ação penal. O juiz, este sim, ao sentenciar, deve optar pela aplicação do *in dubio pro reo*, absolvendo o acusado caso inexista prova suficiente para a condenação. Note-se que, em tal emergência, a lei não afirma a ocorrência de falta de prova; esta pode ocorrer mas não se apresentar como *suficiente* para embasar uma condenação (art. 386, VI, do CPP).

Aliás, o próprio Ministério Público, no decorrer do processo, uma vez concluída a instrução criminal, deverá requerer a absolvição do réu (art. 385 do CPP), caso entenda não demonstrada a acusação. Nesta fase, mesmo para o *Parquet*, a dúvida resolve-se sempre em favor do acusado.

Além de tudo o que foi exposto, como poderia o Ministério Público, na *causa petendi* que consolida a imputação, descrever o "fato criminoso com todas as suas circunstâncias" (art. 41 do CPP), caso o inquérito policial (ou qualquer outra peça de informação idônea) não lhe fornecesse elementos para a acusação?

12. Acrescente-se que nos acórdãos citados, todos emanados do Pretório Maior, consagrando o arquivamento definitivo por ausência de tipicidade penal, não tive a oportunidade de constatar qualquer referência à possibilidade da interposição de recurso (9, *supra*), quer pelo ofendido, quer por uma das pessoas que eventualmente possa ter interesse em recorrer da decisão (art. 577, parágrafo único, do CPP). Repito, porém, que, em razão da eficácia preclusiva da decisão judicial que determina o arquivamento em virtude de atipicidade penal, torna-se indispensável que a manifestação do juiz possa encontrar enfrentamento através do apelo residual, por tratar-se de decisão (não de mero despacho) com força de definitiva (art. 593, II, do CPP).

É que, no caso, não há falar em aplicação da Súmula 524 do STF, pois, repita-se até a náusea, não se encontra em discussão matéria de fato, mas, ao contrário, questão de direito que encerra, de-

finitivamente, a investigação penal. É assim que deve funcionar o Estado democrático de direito. Ou não é?

Quando o juiz rejeita a denúncia por entender que o fato narrado não constitui infração penal (art. 43, I, do CPP), tal decisão pode ser desafiada pelo *Parquet* através de recurso no sentido estrito cogitado no art. 581, I, do CPP.

É bom que se entenda que o "fato narrado" (art. 43, I, do CPP) tem que encontrar lastro em elementos de informação mais ou menos precisos, pois a denúncia, como tantas vezes registrado no decorrer desse estudo, não é obra de criação do Ministério Público; ela repousa em dados concretos. Sem estes, faltaria interesse de agir para a imputação.

Por que razão, então, o ofendido ficaria tolhido de recorrer, tendo em conta que a decisão judicial, no caso vertente, torna obstativa a ulterior instauração da *persecutio criminis*?

Observe-se que o ofendido pode, em tese, dependendo do caso concreto, vir a ser processado por violação aos arts. 339 e 340 do CP. Portanto, seu interesse em recorrer não é puramente moral (o que, por si só, justificaria o apelo), nem a questão que estamos versando reveste, apenas, interesse acadêmico, caso, por ocasião do arquivamento, houvesse remessa de peças ao *Parquet* (art. 40 do CPP) para que se instaurasse procedimento criminal contra a vítima pela prática daqueles crimes, com eventuais reflexos civis (ressarcimento do dano) que, daí, poderiam advir.

Mas o tema é inçado de dificuldades. Explico-me: caso o recurso venha a ser provido pelo Tribunal, como será possível conciliar o julgado com o sistema acusatório consagrado na Constituição Federal (art. 129, I, da CF)? Com efeito, ao dar provimento ao recurso de apelação interposto pelo ofendido, o Tribunal não estaria violando o princípio do *ne procedat iudex ex officio*, uma vez que o Ministério Público, na origem, requereu o arquivamento, que veio a merecer deferimento pelo juiz do primeiro grau de jurisdição?

Penso que, ao prover o apelo, o Tribunal deverá simplesmente remeter os autos ao Procurador-Geral para o fim de que a Chefia do *Parquet* dê a última palavra, no sentido de propor ou não a ação penal. Dessa forma não restaria violado o sistema acusatório e, do mesmo passo, o ofendido não ficaria ao desamparo.

Tourinho⁸ narra hipótese assemelhada, em seu clássico **Processo Penal**, em que a posição acima defendida viu-se acolhida pela Corte Suprema. O caso pode ser assim resumido: o Promotor requereu o arquivamento de um inquérito e o Juiz acolheu o pronunciamento do Ministério Público. Como o caso versava a respeito de crime contra a saúde pública, o juiz recorreu *ex officio* (art. 7º da Lei 1.521/51). O Tribunal, então, deu provimento ao recurso e determinou fosse oferecida denúncia. O Promotor ofereceu-a. Em grau de recurso, o réu veio a ser condenado. O Supremo, apreciando *Habeas* impetrado, anulou o processo, sustentando, com inteiro acerto, que a iniciativa da ação penal cabia, com exclusividade, ao Ministério Público, não podendo o Tribunal obrigá-lo a oferecê-la.

Daí que, ao meu pensar, no caso de arquivamento definitivo, em havendo apelação, só resta ao Tribunal, caso entenda incabível a decisão, remeter os autos ao Procurador-Geral para que este dê a última palavra a respeito do ajuizamento ou não da ação penal. Dessa maneira, seria possível conciliar a providência recursal com o sistema acusatório, tão bem delineado na Carta Magna.

Entendo, ainda, que, em se tratando de arquivamento fundado na atipicidade do fato, o ofendido ou seu representante legal deverá ser intimado para que, caso deseje, venha a interpor apelo (art. 798, § 5º, "a", do CPP). Se a vítima houver falecido ou quando for declarada ausente por decisão judicial, tal direito ao recurso (que nada mais é que uma ação) poderá ser exercido por seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. Estes, porém, não precisarão ser intimados, até porque não seria possível identificá-los (e, muitas vezes, nem mesmo saber se existem). Nada impede, no entanto, que uma destas pessoas, tomando ciência da decisão, venha a recorrer, enquanto a punibilidade do fato não estiver extinta (art. 798, § 5º, "c", do CPP).

13. Fizemos referência (12, *supra*) ao fato de que não constatamos nas decisões do Pretório Excelso, vendo como definitivo o arquivamento

⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Processo Penal**, v. 1, p. 416, São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

mento quando fundado na atipicidade penal, alusão à possibilidade da interposição de recurso voluntário pela parte interessada contra a decisão que assim disponha. Até registramos que, por tratar-se de *decisão* e não de simples despacho, torna-se necessário que ela possa ser desafiada por recurso, vislumbrando a apelação cogitada no art. 593, II, do CPP (apelo residual) como o recurso cabível para o caso, por tratar-se de decisão com força de definitiva proferida por juiz singular, que não comporta recurso em sentido estrito. É a única maneira de evitar a ocorrência da coisa julgada material, a impedir o reexame da matéria.

Porém, há uma outra hipótese a exigir recurso, uma vez que a *decisão* de arquivamento não versa a respeito de matéria de fato, impedindo, destarte, a aplicação da Súmula 524 do STF ou mesmo aquela providência mencionada no art. 18 do CPP. Refiro-me à decisão que julga extinta a punibilidade do fato por uma das causas enumeradas no art. 107 do CP. Sabe-se que a enumeração em tela não é taxativa, podendo existir casos outros previstos de forma expressa na lei penal material (Código Penal) ou, eventualmente, em leis extravagantes⁹. Aqui, no entanto, a lei processual previu recurso específico para enfrentar o *decisum*, estando ele indicado no art. 581, VIII, do CPP, recurso este que subirá nos próprios autos (art. 583, II, do CPP), comportando, inclusive, juízo de retratação (art. 589 do CPP). Em tal circunstância o próprio *ius puniendi* desaparece. É certo que, na hipótese, não há falar em extinção do crime, pois este, como fato naturalístico, existiu não podendo desaparecer através de um passe de mágica. A necessidade e a utilidade da punição é que perdem sentido¹⁰. Aliás, se, naquela circunstância, denúncia fosse oferecida ela deveria merecer rejeição (art. 43, II, do CPP).

⁹ Sobre o *thema*, podem ser consultados, entre outros HUNGRIA, Nelson (*apud* GARCIA, Basileu, *Instituições*, t. 2, p. 654), o próprio GARCIA, Basileu, na obra citada, p. 655, MARQUES, José Frederico (*Curso*, v.3, p. 401) *apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa (*in*, *Processo Penal*, v. 1, p. 541/542, 25ª edição, 2003, São Paulo).

¹⁰ Nem sempre, no ocidente católico, a própria morte do réu extinguiu a punibilidade. O "Santo Ofício da Inquisição" previa o anátema à memória do morto, declarando ser ele herege, a merecer por isso, as punições previstas. Conseqüência dessa condenação eram a exumação e a cremação do cadáver ou o traslado do corpo para fora de cemitério consagrado. Em casos de confisco dos bens do morto, ele poderia ser feito até 40 anos depois do óbito. Os herdeiros, mesmo se fossem católicos, seriam despojados dos bens do herege em proveito do fisco eclesiástico ou civil. Os filhos dos hereges seriam declarados infames e inaptos para o exercício de qualquer cargo público. O "processo" contra um morto - que, por definição, não podia ser citado - seria instaurado desde que se tratasse de um

14. Mas não é somente pelo fato de que a decisão, como tal, dá margem a recurso, o que não ocorreria caso estivesse em jogo um mero despacho.

Agora, por força do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, publicado no Diário Oficial da União, de 9 de novembro de 1992, foi promulgada, entre nós, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. O Governo brasileiro, ao depositar a Carta de Adesão a esse ato internacional, fez com que ele fique incorporado à nossa legislação. Dessa forma, por força do art. 8º, 2, "h", o direito ao duplo grau de jurisdição fica assegurado como garantia judicial, não se concebendo, destarte, que uma decisão com força de definitiva reste sem submeter-se à reapreciação por juiz (no caso, Tribunal) mais graduado. Assinale-se, por oportuno, que o ofendido, eventualmente, pode transmudar-se em acusado (12, *supra*), justificando-se, destarte, seu interesse em apelar da decisão.

15. Pode-se alinhar, à guisa de conclusão, que a regra geral em matéria de arquivamento de inquérito policial (ou de qualquer peça de informação) é a provisoriedade da medida, uma vez que, enquanto não extinta a punibilidade do fato, nos termos do verbete da Súmula 524 do STF, o feito poderá ser reaberto desde que fato novo venha a ensejar a providência. Entende-se por fato novo aquele que importe na alteração *substancial* do que, antes, fora apurado. Aliás, nos termos do art. 18 do CPP, a própria autoridade policial, mesmo depois de arquivado o inquérito policial, pode, caso tenha notícia de outras "provas" proceder a novas pesquisas, que poderão redundar no desarquivamento. A lei usou a expressão "outras provas" no sentido comum da palavra "prova", uma vez que na fase pré-processual há mera colheita de informações.

Em duas situações, no entanto, o arquivamento torna-se definitivo. Tal se dá quando ele teve como arrimo a atipicidade do fato

delito de lesa-majestade divina. Para um completo exame do assunto, consulte-se o "Directorium Inquisitorium" (*Manual dos Inquisidores*, p. 198, escrito por EYMERICH, Nicolau em 1376, revisto e ampliado por LA PEÑA, Francisco, em 1578, ambos inquisidores, integrantes da Ordem dos Pregadores, Editora Universidade de Brasília, 1993).

ou quando a providência reconheceu a extinção da punibilidade do fato. Aqui, não há falar na aplicação da Súmula 524 do STF.

Outra particularidade nestas últimas situações processuais (reconhecimento da atipicidade do fato ou decretação da extinção da punibilidade) é que a manifestação jurisdicional não se traduz num mero despacho do juiz acolhendo a promoção do Ministério Público. Em ocorrendo uma daquelas modalidades de arquivamento, o juiz prola uma decisão que desafia recurso da parte que tiver interesse moral e, eventualmente, interesse material, em ver instaurada a ação penal.

Se provida a apelação, para que fique resguardado o sistema acusatório, o Tribunal deverá remeter os autos ao Procurador-Geral para que ele determine ou não o ajuizamento da ação penal.

Entendo, ainda, que, nos dois casos, o magistrado que atuou no primeiro grau de jurisdição ficaria impedido de exercer a jurisdição na ação penal que, eventualmente, viesse a ser instaurada em razão do desarquivamento ou do provimento do recurso interposto pelo Ministério Público (art. 581, I, do CPP), nos termos do art. 252, III, do CPP, observando-se, em relação ao órgão de atuação do *Parquet*, no que couber, o mandamento legal contido no art. 258 do CPP.☐

Desclassificação de todas as Propostas na Licitação

Interpretação do Artigo 48, § 3º, da Lei Federal nº 8.666/93

Flávio de Araújo Willeman

*Procurador do Estado do Rio de Janeiro.
Professor da EMER e dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Candido Mendes, da FGV e da UFF.*

I - INTRODUÇÃO

Após a superação do método paternalista¹ de administração pública e, de alguma forma, do avanço do método burocrático² de administrar para a atuação gerencial do Estado brasileiro, dúvidas não restam de que mudou o paradigma da gestão da coisa pública.

Com a vigência da Constituição Federal de 1988 prima-se pela

¹ Segundo Cláudio Eduardo Regis de Oliveira, "A administração burocrática apresenta-se como evidente progresso diante da administração patrimonialista, característica do feudalismo e dos regimes absolutistas e despóticos, marcada pelo poder ilimitado do soberano e pela confusão entre a sua propriedade particular e o patrimônio do Estado (*res publica*). (...). Outra característica da forma administrativa patrimonialista, predominante no período feudal, era a chamada dominação estamental, a apropriação dos cargos administrativos por determinadas camadas sociais. Os servidores viviam na mais completa dependência do senhor, que os convocava e dispensava sem qualquer critério preestabelecido, em tempos de paz ou de guerra." *In: Administração Gerencial & a Reforma Administrativa no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 54-55.

² Sobre o método burocrático de administração, mencionem-se novamente as palavras de Cláudio Eduardo Regis de Oliveira: "(...). Em oposição (à administração paternalista), a administração burocrática demonstra ser muito mais avançada, ao possibilitar um exercício impessoal, programado e continuado do poder, com uma competência delimitada pela lei, onde os deveres e os serviços são determinados em virtude de uma distribuição de funções, com prévia atribuição de poderes necessários ao seu exercício e fixação estrita dos meios coativos necessários à obediência." *In: Administração Gerencial & A Reforma Administrativa no Brasil*. Ob. Cit., p. 53-55.

administração pública consensual, de resultados, por colaboração de parceiros privados, sem, contudo, desrespeitarem-se os princípios jurídicos expressos e reconhecidos pela Carta Magna e pelas leis infraconstitucionais. Reinterpreta-se, sobretudo, o vetusto *princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular* à luz dos direitos fundamentais³, máxime em prol da noção de atendimento da dignidade humana. Marçal Justen Filho chega a afirmar que a personificação do direito administrativo propicia reconhecer que a administração pública não é um valor em si mesmo, mas uma atividade que deve se guiar pela democracia e pelo respeito aos direitos fundamentais, de modo a atender, sobretudo, os interesses de minorias⁴.

Com efeito, a mudança de paradigma do direito administrativo e, assim, da administração pública, se reflete, por certo, nos contratos administrativos, sobretudo naqueles típicos, em que tradicionalmente se confere à administração pública contratante algumas prerrogativas não extensíveis aos contratados.

Para melhor aclarar este novo modo de interpretar os contratos administrativos, não se pode olvidar o conhecimento convencional, adiante-se, hoje em franca fase de reformulação, no sentido de que as diferenças do contrato administrativo típico para os demais contratos postos à disposição do Estado e da sociedade civil residem nos seguintes fatores: **a)** no respeito aos princípios da legalidade, eficiência, impessoalidade, economicidade, isonomia e competitividade; **b)** a submissão de um regime jurídico primordialmente de direito público, e **c)** na conferência à Administração Pública de cláusulas de privilégio⁵ (ou exorbitantes) que, dentro da relação jurídico-contratual, a colocam em posição de superioridade jurídica frente ao contratado.

Na linha da tese da revisão dos paradigmas do direito admi-

³ Mencione-se, a respeito, o valioso trabalho de Gustavo Binenbojm: "Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade. Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo." *In. Direito Administrativo - Série Direito em Foco*. Coord. Valter Shuenquener de Araújo. Niterói: Impetus, 2005, p. 79-114

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 46.

⁵ As cláusulas de privilégio estão inseridas no artigo 58 da Lei Federal nº 8.666/93.

nistrativo, conforme acima se mencionou, Diogo de Figueiredo Moreira Neto propõe uma nova interpretação das cláusulas de privilégio conferidas à Administração Pública em contratos administrativos típicos, de modo a reinterpretá-las à luz dos novos parâmetros da contratação pública, quais sejam: *"a preeminência dos direitos fundamentais; a exigência de legitimidade; a necessidade de assegurar a competitividade; a indispensabilidade de criar e aperfeiçoar as tecnologias; a importância da publicidade e da visibilidade da atuação pública; a obrigatoriedade da motivação e a inafastabilidade de controles multimodais, cada vez mais especializados"* ⁶.

Pois bem. Diante desses novos influxos da doutrina para reinterpretar algumas formas de atuação da administração pública, não se pode deixar de lado a necessidade de inserir neste contexto, em alguns casos específicos do tema da contratação pública, uma maior efetividade do *princípio do aproveitamento dos atos processuais que compõem o procedimento licitatório - prévio à contratação -*, de modo a se perquirir, conseqüentemente, maior efetividade aos princípios da eficiência e economicidade que, em última análise, informarão o atendimento ou não do interesse público.

Dentro desta perspectiva é que se propõe enfrentar a discussão quanto à interpretação e aplicação do artigo 48, § 3º, da Lei Federal nº 8.666/93.

II - O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 48, § 3º, DA LEI FEDERAL Nº. 8.666/93

A Constituição Federal de 1988, no artigo 37, inciso XXI, determina que, ressalvados os casos previstos na legislação, as contratações de obras, serviços, compras e alienações por parte da Administração Pública devem ser precedidas de procedimento licitatório, em que se assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, de modo a permitir a seleção da proposta mais vanta-

⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "O Futuro das Cláusulas Exorbitantes nos Contratos Administrativos". *In Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro - V. XVII - Parcerias Público-Privadas*. Coord. Flávio Amaral Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 03-21, p.13. Anote-se também o trabalho do Desembargador Jessé Torres Pereira Junior, cujo título é: "Notas Acerca das Repercussões do Novo Código Civil sobre os Contratos Administrativos". *In. Direito Administrativo - Série Direito em Foco*. Coord. Valter Shuenquener de Araújo. Niterói: Ímpetus, 2005, p. 115-136.

josa para contratar com o Poder Público, de acordo com o critério de julgamento estabelecido na lei e adotado pelo edital que, geralmente, leva em consideração o menor preço, a melhor técnica, ou a conjugação do menor preço com a melhor técnica, ou ainda, em caso de licitação para alienação de coisas ou para concessão de direito real de uso, do melhor lance ou oferta⁷.

A Lei Geral de Licitações - Lei Federal nº. 8.666/93 - traça as regras básicas do procedimento licitatório, estabelecendo alguns princípios jurídicos que o norteiam (art. 3º), dentre os quais se destacam a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a igualdade, a publicidade, a probidade administrativa, a vinculação ao instrumento convocatório, o julgamento objetivo das propostas, *admitindo a aplicação de outros que lhe são correlatos*⁸, fato que, por certo, não exclui a incidência dos *princípios do aproveitamento*, sempre que possível, dos atos válidos que compõem o procedimento licitatório, da *economicidade, eficiência e da razoabilidade*.

O Estatuto acima mencionado cuida, como não poderia deixar de ser, da apresentação das propostas, da habilitação jurídica, técnica e financeira dos licitantes e, também, dos critérios e métodos de julgamentos das propostas, tudo com o fim, repita-se, de selecionar, à luz dos princípios jurídicos antes enunciados, a proposta mais vantajosa para contratar com o Poder Público.

A Lei Federal nº. 8.666/93 previu, no artigo 48, incisos I e II e no § 3º, hipóteses de desclassificação parcial e total das propostas apresentadas pelos licitantes, estabelecendo a imediata consequência que pode ser adotada pelo administrador público. Confira-se a redação do dispositivo legal citado:

"Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido

⁷ Confira-se, a propósito, o artigo 45, § 1º, inciso IV, da Lei Federal nº. 8.666/93.

⁸ Para uma análise pormenorizada dos princípios explícitos e reconhecidos inerentes ao procedimento licitatório, recomenda-se a leitura da obra de Marcos Juruena Villela Souto, *in Direito Administrativo Contratual. Licitações e Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 5-20.

ou com preços manifestamente inexeqüíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.” (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

(...)

“§ 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.” (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)”. Grifamos.

Observe-se, assim, que o Estatuto das Licitações e Contratos elencou taxativamente as hipóteses em que as propostas dos licitantes poderão ser desclassificadas.

Em sendo parcial a desclassificação, o certame continua com os licitantes habilitados e classificados. Se todos os licitantes forem desclassificados, aplica-se a regra enunciada pelo § 3º, do artigo 48 da Lei Federal nº 8.666/93, que vem gerando fecundas discussões em sede doutrinária e jurisprudencial.

Em primeiro lugar, deve-se dizer que o § 3º do artigo 48, acima transcrito, encerra à Administração Pública uma faculdade e não um dever. Isto é, ao administrador público caberá, à luz de critérios de conveniência e oportunidade, decidir, fundamentadamente, se, diante da desclassificação de todas as propostas, realizará outro certame ou se, ao contrário, buscará escoimar os vícios das propostas apresentadas, aproveitando-se, assim, o procedimento já em curso.

Por outro lado, torna-se importante observar, desde logo, que o artigo 48, § 3º, da Lei Geral de Licitações, enuncia um importante objetivo a ser tutelado pela Administração Pública: garantir a celeridade e a economia dos atos que compõem um procedimento

licitatório. Estes os nortes que devem guiar a correta interpretação do dispositivo legal mencionado.

Porém, antes de se discutir a interpretação do § 3º do artigo 48 da Lei de Licitações, necessário saber se este dispositivo está ou não de acordo com a Constituição da República de 1988.

Parte da doutrina tem sustentado ser inconstitucional o § 3º do artigo 48 da Lei Federal nº 8.666/93, trazido ao ordenamento jurídico pela Lei Federal nº 9.648/98, sob o argumento de que vulnera os *princípios da competitividade, moralidade e isonomia*. Argumenta-se que, diante da desclassificação de todos os licitantes, a única solução possível ao administrador público seria a renovação do procedimento licitatório, repensando-se, inclusive, os termos do instrumento convocatório. Neste sentido, manifesta-se Marçal Justen Filho:

"A regra infringe princípios constitucionais e não pode ser considerada válida. Uma vez verificada a existência de defeitos na documentação ou na proposta de todos os licitantes, a única solução cabível seria renovar o procedimento licitatório. Em princípio, a Administração deverá renovar a licitação, reavaliando inclusive os termos do instrumento convocatório (que, por excessivas sumariedade ou complexidade, pode ter sido fator relevante para a desclassificação). Ou seja, o dispositivo transforma os anteriores licitantes em titulares de faculdade incompatível com regras e princípios constitucionais. (...). (...)

*Se todas as propostas foram desclassificadas, não há fundamento jurídico para restringir a apresentação de novas propostas apenas aos anteriores participantes. Essa restrição é indevida e ofende os princípios da isonomia, da moralidade e da competitividade. Impede indevida e injustificadamente a participação de interessados no procedimento licitatório."*⁹

⁹ JUSTEN FILHO. Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 435-436. Digno salientar que o Autor citado, na mesma obra, na página 436, enfrenta a interpretação do dispositivo comentado, caso o mesmo seja admitido como constitucional. Voltar-se-á às suas conclusões mais adiante.

Com a *venia* devida, não há que se falar em inconstitucionalidade do artigo 48, § 3º da Lei Federal nº 8.666/93. Não há ofensa aos *princípios da moralidade, impessoalidade e isonomia*. Explica-se a razão deste posicionamento.

Conforme já mencionado, o procedimento licitatório destina-se à escolha da proposta mais vantajosa para contratar com a Administração Pública e deve respeitar o princípio da isonomia entre os competidores, bem como a paridade de regras, necessária à garantia da intangibilidade do princípio da competitividade.

Contudo, os princípios acima mencionados não podem ser interpretados de modo a inviabilizar ou a trazer formalismos exagerados ao procedimento licitatório, circunstância que acabaria por malferir a Constituição Federal, mormente o desiderato inserto no artigo 37, inciso XXI e, sobretudo, os *princípios da economicidade, razoabilidade e eficiência*. Formalismo é a exacerbação da formalidade e não deve mais ser admitido no novo perfil de atuação da Administração Pública que, conforme já se anunciou, busca a substituição do modelo burocrático (de forte controle interno) pelo modelo gerencial ou consensual de administração pública, onde se privilegia o resultado. O formalismo, em última análise, pode inquinare o ato ou o procedimento de ilegalidade, em razão do desvio de finalidade e por violação à regra de razoabilidade.¹⁰

Com efeito, desde que os vícios existentes em todas as propostas desclassificadas sejam *razoavelmente* sanáveis e que tenha havido ampla publicidade do certame (*nos termos da modalidade de licitação escolhida*), não há que se falar em violação dos *princípios da competitividade e isonomia*, uma vez que todos aqueles que de-

¹⁰ Sobre a idéia de "formalismo moderado", sobretudo em procedimentos concorrenciais, mencione-se a doutrina de Mônica Martins Toscano Simões: "É de se registrar ser preferencial a expressão *formalismo moderado a informalismo*, pois esta poderia levar à absurda idéia de que não há qualquer exigência formal a ser observada no bojo do processo administrativo. O certo é que tais exigências devem ser atenuadas, mas não a ponto de pôr em risco a segurança processual.

(...)

Contudo, é de se alertar que a aplicação do *formalismo moderado* nos processos concorrenciais só é permitido com relação a formalidades não essenciais - isto é, aquelas que não comprometem sua finalidade; é óbvio que a atenuação das formalidades não pode ser invocada para afastar nulidades. *A razoabilidade deve guiar a Administração na aplicação do princípio do formalismo moderado em processos concorrenciais*". (In O Processo Administrativo e a Invalidade de Atos Viciados. Coleção Temas de Direito Administrativo nº 10. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 100/101. Grifamos.

sejavam contratar com a Administração Pública se habilitaram no procedimento e todos aqueles que foram desclassificados terão, segundo o artigo 48, § 3º da Lei de Licitações, a possibilidade de escoimar de suas propostas os vícios que as maculam.

Importante notar que o § 3º do artigo 48 da Lei de Licitações respeita o *princípio da isonomia*, na medida em que não impõe discriminação prévia ou posterior a possíveis licitantes e àqueles que se aventuraram a participar do certame e, por consequência, não discrimina qualquer proposta desclassificada, na medida em que faculta a *todos os participantes* a possibilidade de afastar os vícios detectados em suas propostas.

O dispositivo contido no artigo 48, § 3º da Lei Federal nº 8.666/93 não é, assim, inconstitucional e, ao contrário, atende ao *princípio constitucional da razoabilidade*¹¹, diante da dicção do artigo 37, inciso XXI, da CRFB/88; atende, também, aos *princípios da realidade, economicidade e do aproveitamento* dos atos válidos que compõem um procedimento administrativo¹².

Conforme já se adiantou, o artigo 48, § 3º da Lei Federal nº 8.666/93 prestigia e impõe efetividade aos *princípios da economicidade, do formalismo moderado e eficiência*, que apregoam, na medida do possível, a desburocratização da atividade administrativa com medidas que, sem afetar o *princípio da estrita legali-*

¹¹ Comentando a incidência do princípio da razoabilidade nos processos Administrativos, importante se mostra a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho, *verbis*: "Aqui se tem em mira exigir que as ações administrativas guardem compatibilidade entre os fundamentos e o objetivo do ato, ou seja, sejam dotados de congruência entre o motivo e o objeto, na feliz referência de MARCELO CAETANO. O objetivo do princípio da razoabilidade é a relação triangular que se institui entre motivo, meio e fim e serve para verificar a coerência das condutas estatais. Não se trata de mero juízo de valor pessoal - este, irrelevante para a Administração. Cuida-se, isto sim, de concreta observação sobre os elementos básicos da conduta administrativa, ou seja, de constatar se a conduta é compatível com o fim legal (adequação); se é necessária, inexistindo outro meio menos gravoso para alcançar o fim (exigibilidade); e se as vantagens perseguidas superam as desvantagens (proporcionalidade em sentido estrito). Aplicado ao processo administrativo, o princípio implica a idéia de que os atos que o compõem devem refletir os elementos da adequação, necessidade e proporcionalidade, todos integrantes do sentido de razoabilidade." In "Processo Administrativo". In: **Direito Administrativo - Série Direito em Foco**. Coord. Valter Shuenquener de Araújo. Niterói: Impetus, 2005, p. 139-168, p. 158-159.

¹² Apesar de não se estar a falar de nulidade, aplicar-se-iam, ao procedimento licitatório, com as devidas ressalvas e proporções, as regras insertas nos artigos 244 e 250 do CPC, de aproveitamento de atos válidos dentro do processo (ou do procedimento), com fundamento no artigo 54 da Lei Federal nº 8.666/93 e, especificamente no Estado do Rio de Janeiro, no artigo 368 da Constituição Estadual de 1989 (Art. 368 - *Na aplicação, integração e interpretação das leis, decretos e outros atos normativos estaduais, ressalvada a existência de norma estadual específica, observar-se-ão os princípios vigentes quanto às da Constituição e das leis federais*), recentemente declarado constitucional pelo STF, quando do julgamento da ADI 246.

dade, logre obter resultados positivos, legítimos e válidos ao menor custo possível, atendo-se, assim, ao interesse público aferido no caso concreto. Mencionem-se, neste sentido, as lições de Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, *verbis*:

"A Emenda Constitucional 19, de 4.6.1998, conhecida como 'Emenda da Reforma Administrativa', trouxe profundas modificações na Administração Pública brasileira. O propósito fundamental dessa reforma era a substituição do antigo modelo burocrático, caracterizada pelo controle rigoroso dos procedimentos, pelo novo modelo gerencial, no qual são abrandados os controles de procedimentos e incrementados os controles de resultados. Essa linha de pensamento - esse novo valor afirmado pela Constituição - não pode ser ignorada pelo intérprete e aplicador da lei.

(...)

Isso significa que é preciso superar concepções puramente burocráticas ou meramente formalistas, dando-se maior ênfase ao exame da legitimidade, da economicidade e da razoabilidade, em benefício da eficiência. Não basta ao administrador demonstrar que agiu bem, em estrita conformidade com a lei; sem se divorciar da legalidade (que não se confunde com a estrita legalidade); cabe a ele evidenciar que caminhou no sentido da obtenção dos melhores resultados".¹³

Grifamos.

Por certo, caberá ao administrador público, motivadamente, verificar se o interesse público estará melhor atendido renovando-se o procedimento licitatório, ou simplesmente determinando a todos os licitantes desclassificados que excluam de suas propostas os vícios sanáveis que elas apresentam, desde que não relacionados ao preço final, e, assim, valendo-se da regra do aproveitamento dos atos válidos já praticados no processo licitatório, determinar que se prossiga no certame.

¹³ FERRAZ, Sérgio. DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 77-78.

Assentada a constitucionalidade do artigo 48, § 3º da Lei Geral de Licitações, passa-se a examinar o seu conteúdo e alcance.

Da redação do artigo 48, § 3º da Lei Federal nº 8.666/93 *pode-se chegar a duas hipóteses* em que se permite à Comissão de Licitação desclassificar todas as propostas habilitadas e determinar, no prazo peremptório de 08 (oito) dias¹⁴, a sanatória dos vícios que as maculam. *A primeira delas*, contida no inciso I do artigo 48, diz respeito a meros erros formais quando as propostas não atendam a exigências contidas no edital de convocação. *A segunda*, diz respeito a problemas com os preços ou valores contidos nas propostas.

Note-se, então, que o artigo 48, incisos I e II da Lei Federal nº 8.666/93, encerra duas situações diferentes que, por certo, reclamam soluções diferentes quando de sua interpretação e aplicação da regra prevista no seu § 3º.

No caso do inciso II do artigo 48 da Lei de Licitações - *que revela problemas com os preços ofertados* -, a interpretação do § 3º, do artigo 48, da Lei Federal nº 8.666/93, com o devido respeito aos que pensam de forma contrária, por certo, reclamará a realização de outro certame licitatório ou, à discricionariedade da Administração Pública, *a apresentação de novos envelopes de preços, contendo novos valores*.

A segunda opção apresentada no parágrafo anterior não será observada, necessariamente, no caso de as desclassificações das propostas ocorrerem ao fundamento do inciso I do artigo 48; isto é, quando as propostas desclassificadas estiverem eivadas de meros erros materiais (de forma) ou não atenderem a exigências contidas no edital de convocação.

¹⁴ A expressão é de Jessé Torres Pereira Júnior, que conclui ser peremptório o prazo de 08 (oito) dias, previsto no artigo 48, da Lei Geral de Licitações, *verbis*: "Indaga-se se o prazo é peremptório (insubstituível por outro, menor ou maior) ou dilatatório (reduzível ou ampliável, ao critério da Comissão ou a requerimento de licitante). Os prazos assinalados na Lei nº 8.666/93 inserem-se no contexto de normas cogentes, vale dizer, inafastáveis pela vontade dos interessados, porque destinadas a proteger o interesse público. Como normas de ordem pública, hão de ser obedecidas estritamente. No caso em tela, o prazo é de oito dias úteis; quisesse a lei deixar ao nuto administrativo a fixação de outro, teria dito que seria de até oito dias (como no art. 53, § 3º); assim não o fez, estabelecendo-o em oito dias úteis exatos." *In Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 502. Registre-se, apenas, que entendemos que antes da abertura do prazo peremptório de 08 (oito) dias para que os licitantes escoimem de suas propostas os vícios que a maculam, deve a Comissão de Licitação abrir o prazo de cinco dias para apresentação pelos licitantes de eventual recurso contra a decisão de inabilitação ou desclassificação de todas as propostas.

Afirma-se isto porque no caso do inciso I do artigo 48 da Lei de Licitações, a interpretação do seu § 3º conduz a resultado diverso da emprestada ao inciso II, uma vez que deverão ser "escoimados" das propostas apresentadas pelos licitantes *somente os erros materiais que as viciam*, sem que, em regra, nova proposta de preço seja apresentada, sob pena de se converter o procedimento em verdadeiro leilão, o que não se pode permitir. Neste sentido, ao que parece, apresenta-se o entendimento de Marçal Justen Filho, *verbis*:

"Se for admitida a constitucionalidade do art. 48, § 3º, não será permissível à Administração utilizar essa faculdade para desnaturar a licitação. Imaginando ser possível obter propostas mais satisfatórias, a Administração poderia ser tentada a promover arbitrariamente a desclassificação de todas as propostas. Forçaria os licitantes a rebaixar as exigências através da apresentação de novas propostas. A opção do art. 48, 3º, transformaria a licitação numa espécie de leilão. Os licitantes, tomando conhecimento das propostas existentes, elevariam as vantagens ofertadas à Administração. Ora, o leilão não foi admitido para hipótese em que a Administração bem entender."¹⁵ Grifamos.

Por igual, mostra-se a doutrina de Carlos Ari Sundfeld:

"No sistema lgal brasileiro vigora, salvo duas exceções expressas, a regra da imutabilidade das propostas financeiras no

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 436. No mesmo sentido, isto é, não admitindo a livre alteração de proposta viciada em processo licitatório, mostra a doutrina de Fábio Barbalho Leite: "Por estas linhas, chega-se à seguinte constatação: a contemporização do formalismo licitatório (leia-se: vinculação ao instrumento convocatório) não pode importar em livre alteração de conteúdo da proposta viciada, 'entendendo-se conteúdo como a caracterização do objeto ofertado e do significado econômico dessa proposta'. Tal livre alteração, como visto, implicaria ou na intromissão da Comissão de Julgamento da Licitação na intimidade da proposta comercial (aquele núcleo da proposta depende de decisão do proponente) ou no ensejo ao proponente de reformular sua proposta comercial quando descerradas as demais. Uma ou outra hipótese desdenharia princípios da licitação como isonomia, vinculação ao instrumento editalício, seriedade e certeza da proposta e moralidade administrativa. De permeio, estar-se-ia inclusive incorrendo em conduta qualificável como 'ato de improbidade administrativa'". In "A Mitigação do Formalismo no Julgamento da Habilitação e das Propostas em Licitações". **Revista de Direito Administrativo - RDA** nº 236: 175-204, abril/junho 2004, editora Renovar, p. 197.

curso do procedimento licitatório. A época adequada para a elaboração da oferta é a que vai do chamamento ao certame (...) até a data da chamada abertura, quando se dá a inscrição do licitante com a entrega da proposta. Ultrapassado esse momento, ela não pode mais ser alterada. (...) O antigo art. 48, Parágrafo único da Lei n. 8.666/93, tornou-se § 3º do mesmo artigo com o advento da Lei n. 9.648/98. (...). Nesse caso, entretanto, é importante que o ente licitante identifique - restringindo o escopo da escoima - os aspectos que necessitam de retificação ou supressão na proposta, impedindo assim a apresentação de verdadeiras novas propostas, caso o aspecto de retificação não tenha repercussão quanto ao conteúdo econômico da proposta original". ¹⁶

Assim, caso os vícios das propostas desclassificadas não digam respeito ao preço propriamente dito, ao valor nelas contido, ou a exigências formais que, de alguma forma, influenciam no preço, mas, tão-somente, a vícios materiais que digam respeito ao edital de convocação, deverão os licitantes apenas "escoimar" os defeitos dela constantes, no prazo de oito dias, **sem, contudo, apresentar nova proposta de preço.**

A razão para adoção do posicionamento supra pode ser extraída da própria redação do § 3º do artigo 48 da Lei de Licitações, que, repita-se, não teve a intenção de estabelecer leilão entre os licitantes que, já conhecedores das propostas de preços uns dos outros, apresentariam novas propostas, com valores mais baixos. Poder-se-ia argumentar que, neste caso, a Administração Pública seria beneficiada. Contudo, este não é e não foi o objetivo do legislador quando da inserção do § 3º no artigo 48 da Lei de Licitações, uma vez que se pretendeu, isto sim, garantir a celeridade, eficiência e economicidade do procedimento licitatório, dentro de uma lógica de moralidade e boa-fé¹⁷, que não pode estar desvirtuada da intenção inicial dos licitantes,

¹⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. "O Formalismo no Procedimento Licitatório". In *Revista da Procuradoria Geral da República*. São Paulo: RT, nº 5, p. 11/12). Grifamos.

¹⁷ A respeito da aplicação do princípio da moralidade, sob a vertente da boa-fé, nos processos administrativos, trazem-se à colação as palavras de Egon Bockmann Moreira: *Na relação de administração o princípio da boa-fé*

quando da apresentação de suas propostas de preços, mormente para atender a interesses secundários da Administração Pública.

Confira-se, no sentido do que aqui se sustenta, o entendimento de Sidney Bittencourt:

"Verificada a existência de falhas em todas as propostas, tem-se a desclassificação de todas as propostas dos licitantes, com a conseqüente extinção do procedimento licitatório. Objetivando a chamada 'economia processual', é facultado à Administração, avaliando as conseqüências de instauração de novo processo, fixar o prazo de oito dias úteis para que os licitantes apresentem novas propostas 'escoimadas' das causas que ocasionaram a desclassificação.

Nesse ponto aflora nova situação que tem causado embarços às comissões de licitação: a permissão que a lei oferece contempla a possibilidade de alteração de outro aspecto da proposta que não seja aquele causador do defeito? É inconteste que não. A norma apenas assegura aos licitantes escoimar, isto é, 'livrar de defeitos' as propostas. Somente lhes é permitido afastar das propostas a causa de sua desclassificação, nada além disso."¹⁸ Grifamos.

consubstancia dever de comportamento leal e honesto. Não basta mero cumprimento impensado e automático da letra da lei. Muito menos seria possível a burla à moralidade, através de interpretação legal de má índole.

(...)

A boa-fé impõe a supressão de surpresas, ardis ou armadilhas. Ao contrário, a conduta administrativa deve guiar-se pela estabilidade, transparência e previsibilidade. Não se permite qualquer possibilidade de engodo - seja direto e gratuito; seja indireto, visando à satisfação de interesse secundário da Administração. Nem tampouco poderá ser prestigiada juridicamente a conduta processual de má-fé dos particulares. Ambas as partes (ou interessados) no processo devem orientar seu comportamento, endo e extraprocessual, em atenção à boa-fé. Caso comprove a má-fé, o ato (ou o pedido) será nulo, por violação à moralidade administrativa." (In Processo Administrativo - Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 107/108.

¹⁸ BITTENCOURT, Sidney. In *Licitação Passo a Passo*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Temais & Idéias Editora, 2002, p. 163/164. Ao que parece, em sentido contrário, apresenta-se a doutrina de Jessé Torres Pereira Júnior, apesar de, na premissa maior, estar de acordo com a distinção entre vícios que afetam ou não o preço da proposta. Confira-se: "A nova proposta dos desclassificados limitar-se-á a alterar os itens motivadores da desclassificação, permanecendo válidos todos os demais da proposta anterior? Questão intrincada. Nas edições anteriores, registrei o entendimento de que as novas propostas somente poderiam emendar o vício gerador da desclassificação. Mas se este vício for o preço (excessivo ou inexequível) ou, não o sendo, afetá-lo reflexamente? Parece-me, agora, que qualquer que seja o vício emendável, dever-se-ia admitir que os licitantes reapresentassem propostas reformuladas inclusive quanto ao preço. Seria o único meio de conciliar-se o princípio da competitividade com o do sigilo das propostas". In *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 502.

No mesmo sentido, ao que parece, se posiciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

"Há que se observar que o art. 48, § 3º, deve ser interpretado em seus estritos limites: ele não permite a substituição integral de uma proposta por outra; ele apenas permite que o vício que levou à inaceitabilidade seja corrigido naquele ponto específico. A mesma exigência se faz independentemente de ser um só o proponente ou serem vários. De outra forma, estariam sendo burlados os prejuízos da licitação."¹⁹(sic).

Por fim, cumpre dizer que, apesar de a matéria aqui tratada ser extremamente controvertida, há decisão judicial no sentido do que se defende neste trabalho, isto é, concluindo pela possibilidade de apresentação de nova proposta de preços somente no caso de o vício estar a ele direta ou indiretamente ligado. Ao contrário, se a Comissão de Licitação estiver diante de meros erros materiais nas propostas desclassificadas, deve-se permitir aos licitantes tão-somente a possibilidade de escoimá-los, sem, contudo, a faculdade de apresentação de novos preços. Confira-se, assim, a decisão proferida pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

"ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. - À vista do art. 48, da Lei nº 8.666/93, com a redação da Lei nº 8.883/94 e a remuneração da Lei nº 9.648/98, sendo desclassificadas todas as propostas, a Administração pode autorizar a apresentação de outras escoimadas dos vícios determinantes da desclassificação, quais sejam o descumprimento das exigências do ato convocatório da licitação ou a pretensão de preços excessivos ou manifestamente inexequíveis, mas isso não significa, em absoluto, faculdade de apresentação de proposta inteiramente nova, que vá além da correção dos aludidos defeitos.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *In* Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 232.

- *Inexistindo pedido no sentido de ser realizado novo certame, o ato sentencial revela-se "extra petita."* Grifamos. (TRF da 4ª REGIÃO. AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 76794. Processo: 199970000305854/PR. Órgão Julgador: QUARTA TURMA. Rel. JUIZ VALDEMAR CAPELETTI. Data da decisão: 07/03/2002. Pub. DJU DATA:27/03/2002, p. 261).²⁰

Por fim, cabe argumentar que a faculdade encerrada à Comissão de Licitação pelo artigo 48, § 3º da Lei Federal nº 8.666/93 é plenamente compatível à modalidade licitatória do pregão, por aplicação subsidiária, nos termos permitidos pelo artigo 9º, da Lei Federal nº 10.520/02. Cabe ao Pregoeiro, porém, analisar a fase em que o procedimento do pregão se encontra para, então, à luz da noção de

²⁰ Mencione-se, em sentido contrário, o entendimento firmado pelo Egrégio TRF da 1ª Região: "ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. FORMULAÇÃO DE NOVAS PROPOSTAS APÓS DESCLASSIFICAÇÃO GERAL DE TODOS CONCORRENTES. ART. 48 § 3º DA LEI 8.666/93. PARÂMETROS QUE NÃO SE RESTRINGEM À CAUSA ENSEJADORA DA DESCLASSIFICAÇÃO INICIAL PELO PODER PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DE OUTROS ITENS QUE OS LICITANTES ENTENDEREM PERTINENTES. SELEÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA À ADMINISTRAÇÃO. FINALIDADE PRECÍPUA DA ADMINISTRAÇÃO. CAPUT DO ART. 3º DA LEI 8.666/93. FORMULAÇÃO DE CONSULTAS PERANTE A COMISSÃO DE LICITAÇÃO A FIM DE ESCLARECER DÚVIDAS. NÃO DIVULGAÇÃO DA RESPOSTA AO QUESTIONAMENTO FORMULADO POR UMA DAS LICITANTES. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. DIREITO DE PETIÇÃO INERENTE A TODOS OS CONCORRENTES. FACULDADE NÃO EXERCIDA PELA PARTE.

1. As modificações promovidas na formulação de novas propostas pelos licitantes em virtude do prazo de 8 (oito dias) conferido pela Administração Pública, com fundamento no § 3º do artigo 48 da Lei 8.666/93, ante a inabilitação de todas as propostas inicialmente apresentadas, poderão abranger não somente as causas ensejadoras da desclassificação, mas também outros itens que os licitantes entenderem pertinentes, ainda que influam decisivamente na estipulação do preço final ofertado.

2. Tal entendimento coaduna-se com a finalidade precípua da licitação, que é a seleção da proposta mais vantajosa à Administração, com observância do princípio da isonomia, conforme dispõe o caput do artigo 3º da Lei 8.666/93.

3. A constatação nos autos de que a impetrante/agravada promoveu modificações em sua nova proposta, alterando preços relativos às despesas administrativas/operacionais e lucro, e não somente quanto ao descumprimento das normas trabalhistas relativas ao adicional noturno, causa da inabilitação da primeira proposta pela Comissão de Licitação, conduz à conclusão de que a empresa tinha conhecimento da possibilidade de efetuar alterações em outros itens da proposta financeira.

4. A formulação de consultas perante a Comissão de Licitação com vistas ao esclarecimento de dúvidas é prática rotineira em procedimentos licitatórios, não importando violação ao princípio da publicidade a ausência de divulgação da resposta apresentada pela Administração em virtude de questionamento suscitado por apenas um dos licitantes.

5. Se a impetrante/agravada preferiu não fazer uso do direito de petição inerente a todos os licitantes é porque não teve dúvidas quanto aos parâmetros para elaboração da nova proposta, tanto que afastou não somente a causa que acarretou a desclassificação da primeira proposta, mas também promoveu modificações em outros itens que entendeu necessários, a fim de sagrar-se vencedora no certame, o que, ao final, inocorreu.

6. Agravo de instrumento da União Federal provido."

(AG 2004.01.00.025352-1/DF; QUINTA TURMA. Rel. Desembargadora Federal SELENE MARIA DE ALMEIDA. Julg. 05/11/2004. Pub. 25/11/2004 DJ p.47). Esclarece-se ao leitor que a pesquisa de jurisprudência do Poder Judiciário, modestamente realizada para a feitura deste ensaio, encontrou, especificamente sobre o tema, apenas as duas decisões aqui reproduzidas.

razoabilidade, facultar a todos os licitantes a possibilidade de escoimar vícios sanáveis das propostas comerciais, desde que não desnature a proposta original.

III - CONCLUSÕES

Como conclusões das idéias defendidas neste trabalho, pode-se dizer que o artigo 48, § 3º da Lei Federal nº 8.666/93 não padece de qualquer inconstitucionalidade, eis que não viola os princípios da *moralidade administrativa, da isonomia e da competitividade*. Ao contrário, além de respeitar e dar efetividade aos *princípios antes mencionados, atende, também, aos princípios da razoabilidade, do formalismo moderado, economicidade, eficiência e do aproveitamento dos atos válidos que compõem o procedimento licitatório*.

A aplicação do § 3º do artigo 48 da Lei de Licitações é facultativa ao administrador público, que deverá decidir, diante do caso concreto, de forma motivada, ponderando os critérios de conveniência e oportunidade.

Em havendo desclassificação de todas as propostas, podem ser diversas as conseqüências para os licitantes, caso o fundamento do ato administrativo esteja contido no inciso I ou no inciso II do artigo 48 da Lei Geral de Licitações. Estando o ato de desclassificação fundamentado no inciso I (*quando as propostas estiverem eivadas de meros erros materiais*), e os erros não afetarem os preços ofertados pelos licitantes, não será permitida a alteração dos preços antes oferecidos. Todavia, nos casos dos incisos I e II, poderão os licitantes apresentar novas propostas de preços, contendo novos valores, se os vícios apresentados os afetarem direta ou indiretamente.

Reitera-se que as soluções acima encontradas se amoldam aos *princípios da isonomia, da celeridade, da razoabilidade, da economicidade e do aproveitamento dos atos procedimentais lícitos*, desde que interpretados sem formalismos exacerbados que, em última análise, acabam por desvirtuar a idéia de obediência ao procedimento formal.

Para que se tenha uma administração Pública voltada para a eficiência é necessário, na medida do possível e desde que não afete a legalidade, dar efetividade à idéia de desburocratização. ▣

Estudo Comparativo da Revisão Contratual por Excessiva Onerosidade nos Direitos Brasileiro, Português e Italiano

Fabiana Barletta

Professora da EMERJ e da Universidade Federal de Viçosa - MG. Mestre em Direito Civil pela UERJ. Doutoranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RJ.

1. INTRODUÇÃO

A discussão a respeito da revisão contratual por excessiva onerosidade apresenta-se relativamente nova nos sistemas jurídicos que serão analisados, especialmente no Brasil.

A revisão contratual pode-se dar por dois motivos: quando prestações excessivamente onerosas são levadas ao contrato, para um dos contraentes, no momento de sua formação, ou quando fatores supervenientes à contratação tornam prestações, anteriormente ajustadas, excessivamente onerosas para uma das partes. Em ambos os casos, a revisão do negócio visa a instaurar o equilíbrio contratual.

A revisão contratual por excessiva onerosidade no momento da contratação está contida nos ordenamentos contratuais contemporâneos, mas possui origem romana e remete seus estudiosos ao império de Justiniano, onde fora tratada de forma bem mais simples do que é em vários sistemas atuais.

Já a revisão contratual por excessiva onerosidade superveniente à contratação é formulação mais complexa e, em vários aspectos, consta positivada em codificações atuais de maneira revisitada, pois, em seu nascedouro, apresentava-se diferentemente. Sua origem remonta à Idade Média, quando surgiu, pela formulação de Andrea Alciato, com a denominação de cláusula *rebus sic stantibus*, que pode ser traduzida como *estando assim as coisas*.¹

Posteriormente, a doutrina moderna chamou a cláusula de Teoria da Imprevisão, e desenvolveu várias digressões da teoria da modificação contratual baseada na imprevisibilidade dos acontecimentos supervenientes que geravam excessiva onerosidade para um dos contraentes.²

No mundo jurídico contemporâneo, já há previsão legal da revisão contratual por excessiva onerosidade posterior à contratação, independente da imprevisibilidade do fato desencadeador da referida onerosidade.

Entre as legislações, objeto do estudo comparativo, estão o Código Civil Brasileiro de 2002, doravante (CCb/2002), o Código Civil Português de 1966, doravante (CCp/1966), o Código Civil Italiano de 1942, doravante (CCi/1942), e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor Brasileiro de 1990, doravante (CDCb/1990).

Adverte-se, de início, que não se pretende esgotar todas as manifestações de revisão contratual por excessiva onerosidade, especialmente em Portugal e Itália. Este trabalho visa a contribuir com a comparação da temática abordada nos Códigos Civis do Brasil, de Portugal e da Itália e na lei brasileira que cuida das relações de consumo.

O CDCb/1990 merece uma contextualização pormenorizada. Trata-se de legislação, como o seu próprio nome indica, proteci-

¹ OSTI, Giuseppe. *Clausola rebus sic stantibus*. In: *Novissimo Digesto Italiano*. V. 3. Torino: UTET, 1968, p. 355.

² Formulação pioneira nesse sentido foi desenvolvida por WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle pandette*. Tradução italiana de FADDA, Carlo e BENZA, Paolo Emilio. V. 1. Torino: UTET, 1930, 332-3, a que se denominou: Teoria da Pressuposição. A última teoria que tomou por base a Teoria da Imprevisão foi desenvolvida por LARENZ, Karl. "Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos". Tradução espanhola de: RODRIGUES, Carlos Fernandes. Madrid: *Revista de Derecho Privado*, s. d.(19__) e se chamou: Teoria da Quebra da Base Objetiva do Negócio Jurídico.

onista de uma parte contratual que se afigura apenas nas relações de consumo e cuja vulnerabilidade é reconhecida no mercado, como preconiza o art. 4º, I, da referida lei brasileira. A Constituição da República Federativa do Brasil, doravante (CRb/1988), previu, no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a elaboração de um código de defesa do consumidor. Mais: a CRb/1988 tratou a defesa do consumidor como direito fundamental previsto no art. 5º, XXXII, nos seguintes termos: "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor." Além disso, a defesa do consumidor é princípio da atividade econômica, na forma do art. 170 da CRb/1988: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...) V - defesa do consumidor."

Observe-se que a Constituição da República Portuguesa de 1976, doravante (CRp/1976), também cuida do direito dos consumidores no seu art. 60º:

" 1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.

2. A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou dolosa.

3. As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa de seus associados ou de interesses coletivos e difusos."

No Brasil, em favor do consumidor - parte vulnerável da relação ajustada com o fornecedor - qualquer tipo de onerosidade poderá ser afastada na forma do art. 6º, V, que, concomitantemente, cuida da modificação contratual em caso de lesão e da revisão contratual por excessiva onerosidade posterior à contratação.

Para alargar o objeto da comparação, mas não pretendendo exauri-la, optou-se por incluir a legislação consumerista brasileira nesta análise. No CDCb/1990, os dispositivos que tratam da revisão

contratual por excessiva onerosidade constam positivados de modo a proteger o consumidor e não o fornecedor. Mas, ao se comparar o CDCb/1990 com o CCp/1966, observam-se várias aproximações.

O CCp/1966 atribui direitos semelhantes aos dispostos no CDCb/1990, em favor do consumidor, aos contraentes que não são, em princípio, vulneráveis, mas que foram acometidos por usura ou modificação anormal. Desse modo, o CCp/1966 prestigia a revisão e a conservação do contrato, além da manutenção do equilíbrio contratual para ambas as partes.

Pelo exposto, haverá comparação do Direito brasileiro, no revisionismo contratual nas relações de consumo com a estrutura do CCp/1966. Frise-se, ainda, que o CDCb/1990 trata da revisão contratual por excessiva onerosidade em moldes muito distintos das atuais codificações brasileira e italiana.

Aliás, a revisão contratual positivada pelo CCb/2002 é categoria nova em face do CCb/1916, que vigorou até o final de 2002 e não fez referência a ela.³

Observa-se, preliminarmente, que o CCb/2002 apresenta aspectos semelhantes aos prescritos no CCI/1942, ao dispor sobre revisionismo contratual. Por esta razão, delimitou-se também a análise da comparação desses modelos normativos brasileiro e italiano.

Ademais, a revisão contratual por onerosidade excessiva, no Brasil, será trabalhada de acordo com a metodologia civil-constitucional. Cuida-se, pois, de interpretar o direito civil à luz do manto axiológico da CRb/1988⁴ e de aceitar o desafio extraído das palavras do constitucionalista português Jorge Miranda:

"Rigorosamente, tanto pode haver comparação no tempo como no espaço. Só que, como se vai ver, é a comparação de instituições atuais em dois ou mais países, seja micro, seja

³ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. "O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro". In: *Revista AJURIS*, v. 14, nº 40, julho/1987, p. 136.

⁴ Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, professores titulares de Direito Civil da UERJ, e Luís Edson Fachin, professor titular de Direito Civil da UFPR, são os precursores do movimento de interpretação do Direito Civil à luz da Constituição no Brasil.

*macrocomparação, a que oferece maior interesse é a que revela a atitude própria do comparatista."*⁵

Nesse intento, afirma-se que tutelar a dignidade da pessoa humana, princípio máximo de índole fundamental, contido no art. 1º, III, da CRb/1988, consiste em dar a mais ampla extensão ao seu conteúdo normativo. Significa, portanto, que proteger a pessoa humana é tarefa que o Direito faz não só em face do Estado, mas também no âmbito das relações contratuais privadas, notadamente naquelas em que há desequilíbrio prestacional e necessidade de revisão do conteúdo pactuado.

A revisão contratual em casos de onerosidade excessiva para um contraente tem o condão de dar efetividade ao princípio da dignidade humana nas relações privadas de cunho negocial, bem como aos objetivos previstos no art. 3º da CRb/1988: construir uma sociedade livre, porque não opressora dos vulneráveis, justa e solidária, comprometida em erradicar a pobreza, a marginalização, em reduzir as desigualdades sociais, promovendo o bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito ou forma de discriminação. E à livre iniciativa cabe exercitar-se de maneira a atingir valores sociais, na forma do disposto no art. 1º, IV, da CRb/1988,⁶ o que implica ajustes num contrato excessivamente oneroso para uma das partes.

A interpretação infraconstitucional, conforme os princípios da Constituição, que devem balizar as relações privadas, pode ser feita não só no direito brasileiro, mas também no português e no italiano, visto que suas constituições guardam semelhanças explícitas, no que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana a incidir sobre todo o ordenamento, principalmente porque, também em Portugal, a dignidade da pessoa é, como no Brasil, princípio fundamental da República. Nesse sentido, o

⁵ MIRANDA, Jorge. "Sobre o direito constitucional comparado". In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*, nº 9, s.d.(Grifou-se)

⁶ Essa interpretação dos princípios e objetivos constitucionais fundamentais também é feita por TEPEDINO, Gustavo, ao cuidar do princípio da boa-fé objetiva contratual. "Crise das fontes normativas e a técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002". In: *A parte geral do novo código civil - estudos na perspectiva civil-constitucional*, p. XXXI e XXXII. Coordenador: TEPEDINO, Gustavo. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

art. 1º da (CRp/1976), diz que Portugal é República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana. Para fixar bem o quadro de aproximação entre a formulação brasileira e a portuguesa, enfatiza-se que este artigo diz, adiante, que Portugal é República empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.⁷

Logo, o mesmo raciocínio que implica preferir a revisão do contrato, a fim de poupar uma parte de sacrifícios que colocariam em xeque sua dignidade nas relações obrigacionais, pela incidência direta dos princípios constitucionais da dignidade humana, da justiça e da solidariedade social, é cabível em Portugal.⁸

O princípio da dignidade também está contido na Constituição da República Italiana de 1947, doravante (CRi/1947).

Como no Brasil e em Portugal, a dignidade dos cidadãos está entre os princípios fundamentais da República italiana. Mas o texto constitucional italiano fala numa dignidade social paritária entre todos os cidadãos. Portanto, a Itália não utiliza os mesmos termos usados por Brasil e Portugal, que se referem à dignidade da pessoa humana.⁹ Malgrado a diferença no vernáculo, parece que o princípio de igual dignidade social pode atingir, na interpretação, os mesmos efeitos do princípio da dignidade humana, pois o art. 3º da CRi/1947 acrescenta, ao referir-se a tal dignidade: "Todos os cidadãos possuem a *mesma dignidade social* e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, de raça, de língua, de religião e opiniões políticas, de condições pessoais e sociais". E mais: "É dever da República remover os obstáculos de ordem econômica e social que, limitando de fato a liberdade e a igualdade

⁷ Cf. TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. "A constituição brasileira de 1988: subsídio para os comparatistas". In: Separata da *Revista de Informação Legislativa*, nº 109, janeiro/março, 1991. A autora demonstra campos de influência do Direito Constitucional Português no Direito Constitucional Brasileiro, especialmente na CRb/1988, notadamente no seu processo de elaboração, no ordenamento da matéria, nos princípios fundamentais, nos direitos e garantias fundamentais e na sua aplicabilidade imediata, na ordem econômica e social, entre outros pontos de semelhança analisados minuciosamente, p. 88-94, *passim*.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 65, atesta que outras constituições da União Européia, além da Constituição de Portugal, consagram expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana. O autor faz referência às Constituições da Alemanha, Espanha, Grécia e Irlanda.

⁹ *Idem*, p. 66.

dos cidadãos, impedem o *pleno desenvolvimento da pessoa humana* e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país.¹⁰

No entanto, o CCI/1942, com seus matizes fascistas, não possui a mesma preocupação com a tutela da dignidade dos cidadãos conferida pela CRI/1947.¹¹ Seu interesse é "potencializar o Estado, aumentar a produtividade, fazendo do produtivismo a característica precípua do ordenamento."¹² Nesse contexto, a tarefa do intérprete é reler o CCI/1942 à luz dos preceitos ideológicos e normativos da CRI/1947. Dessa forma, a ótica produtivista do CCI/1942 encontra limites no princípio da mesma dignidade social de todas as pessoas¹³ e, talvez, possa se pensar vivamente em revisão contratual, hipótese não descartada pelo CCI/1942, mas explorada em pequena medida.

O fato é que a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais constitucionais nas relações privadas já é majoritária, por exemplo, em Portugal, tanto na opção do legislador constituinte¹⁴ e dos doutrinadores, quanto na jurisprudência da Corte Constitucional.¹⁵ Por isso também, parece oportuno comparar não só as legislações infraconstitucionais civis do Brasil, de Portugal e da Itália, mas também tais relações à luz dos princípios fundamentais das constituições brasileira, portuguesa e italiana.

As três cartas constitucionais elegem a dignidade humana (CRb/1988 e CRp/1976) ou a mesma dignidade social (CRI/1947) como princípio fundamental de seu ordenamento jurídico. Assim, torna-se possível fazer uma ponte que leva os direitos fundamentais constitucionais, especialmente o princípio da dignidade humana ou social, às relações privadas de cunho contratual que se apresentam

¹⁰ Traduziu-se o texto, originalmente, em língua italiana e sem grifos.

¹¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil - introdução ao direito civil-constitucional*. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 5.

¹² *Idem*, p. 4.

¹³ *Idem*, *op. loc. cit.*

¹⁴ Cf. art. 18, 1., da CRp/1976: 'Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.'

¹⁵ A afirmação é de SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 245-248, *passim*.

excessivamente onerosas para uma das partes, dando ensejo, pois, à sua revisão.

No presente trabalho, porém, a análise civil-constitucional será feita no que concerne à legislação brasileira, mas serão passados em revista os enunciados normativos que cuidam da revisão contratual nos códigos civis de Portugal e da Itália, bem como os efeitos que se extraem deles. Pelas conclusões observadas conclama-se que, não só, mas principalmente na Itália, seja feita uma releitura dos artigos de seu Código Civil conforme a Constituição.

Para finalizar, cumpre esclarecer que foram eleitas, como variáveis deste estudo, os seguintes tópicos: categorias jurídicas associadas à previsão normativa da revisão contratual por excessiva onerosidade, forma de disciplina das categorias jurídicas associadas à previsão normativa da revisão contratual por excessiva onerosidade, e efeitos acarretados pelas distintas categorias. Esse último item contém subtópicos que investigam o grau de subjetivismo ou de voluntarismo das categorias apontadas e o nível da conservação do contrato nelas.

2. CATEGORIAS JURÍDICAS ASSOCIADAS À PREVISÃO NORMATIVA DA REVISÃO CONTRATUAL POR EXCESSIVA ONEROSIDADE

Apesar de, em cada ordenamento jurídico, as categorias jurídicas associadas à previsão normativa da revisão contratual por excessiva onerosidade receberem denominações diferentes, consegue-se entrever, na essência, aproximações entre elas.

A revisão contratual poderá ocorrer: a) se a excessiva onerosidade se deu no momento da formação do contrato; b) se a excessiva onerosidade se deu no momento da execução do contrato, e se as circunstâncias que a ocasionaram eram imprevisíveis; c) se a excessiva onerosidade se deu no momento da execução do contrato, independente da imprevisibilidade das circunstâncias que a ocasionaram.

O CCb/2002 e o CCI/1942 prevêm as hipóteses *a* e *b*. O CDCb/1990 e o CCp/1966 prevêm as hipóteses *a* e *c*.

3. FORMA DE DISCIPLINA DAS CATEGORIAS JURÍDICAS ASSOCIADAS À PREVISÃO NORMATIVA DA REVISÃO CONTRATUAL POR EXCESSIVA ONEROSIDADE

i. Solução apontada pelos ordenamentos analisados para o caso de excessiva onerosidade no momento da contratação

Para o CCb/ 2002, se o advento da prestação manifestamente desproporcional ocorre na formação do contrato, ele poderá ser modificado com base na lesão contratual, conforme disposto no § 2º do seu art. 157.

Para o CDCb/1990, na forma disposta pelo art. 6º, V, o contrato será modificado por lesão contratual se cláusulas contratuais estabelecerem prestações desproporcionais.

Assim também, de acordo com o art. 283º do CCp/1966, se benefícios excessivos ou injustificados nascem no momento da formação do contrato, ele poderá ser alterado com base na modificação de negócios usurários.

Já o CCI/ 1942, em seu art. 1.448, reconhece a lesão e diz que seu efeito é a rescisão contratual pedida pela parte onerada, mas possibilita a modificação do contrato, na hipótese do art. 1.450, a pedido da parte que não sofre a excessiva onerosidade.

ii. Solução apontada pelos ordenamentos analisados para o caso de excessiva onerosidade posterior à contratação com base na Teoria da Imprevisão

Para o CCb/2002, se a onerosidade excessiva ocorre na execução do contrato, por motivos supervenientes à contratação, o contrato poderá ser revisado ou resolvido com base na Teoria da Imprevisão disciplinada pelos arts. 317 e 478. O contrato ainda poderá ser modificado conforme disposição do art. 479, por oferecimento da parte que não sofre onerosidade excessiva.

O CCI/1942, em seu art. 1.467, 3º parágrafo, cogita, no momento da execução do contrato, da modificação equitativa das suas condições. Há referência à Teoria da Imprevisão.¹⁶

¹⁶ Seja consentido remeter a BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 194.

Em nenhum momento, o CDCb/1990 e o CCp/1966 cogitam da imprevisibilidade como requisito necessário à revisão contratual ocasionada por excessiva onerosidade posterior à contratação.

iii. Solução apontada pelos ordenamentos analisados para o caso de excessiva onerosidade posterior à contratação sem base na Teoria da Imprevisão

Para o CDCb/1990, na forma disposta pelo art. 6º, V, o contrato será revisado pela excessiva onerosidade superveniente à contratação, dispensando o requisito da imprevisibilidade dos fatos que ocasionaram a onerosidade excessiva.¹⁷

De acordo com o CCp/1966, se a alteração anormal de circunstâncias ocorre no momento da execução do contrato, por motivos supervenientes à contratação, o contrato poderá ser modificado pela alteração anormal de circunstâncias, sem se cogitar da sua imprevisibilidade, de acordo com o art. 437º do referido código.¹⁸

4. EFEITOS ACARRETADOS PELAS DISTINTAS CATEGORIAS

i. Excessiva onerosidade na formação do contrato

Ao tratar de onerosidade na formação do contrato, o art. 157 do CCb/2002 dispõe:

"Ocorre lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito"

¹⁷ Idem. *Op. cit.*, p. 195-200.

¹⁸ Ibidem. *Op. cit.*, p. 195.

Diante do exposto, averigua-se como efeito que só haverá modificação contratual na hipótese do § 2º, ou seja, se for oferecido suplemento pela parte favorecida, ou se ela concordar com a redução do proveito. Caso contrário, o efeito ao qual o art. 157 alude para o caso de lesão contratual é a anulação do negócio.¹⁹

Mas o art. 6º, V, do CDCb/1990, dispõe que é direito básico do consumidor a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, cujo efeito é a revisão contratual em favor do consumidor se o contrato contiver prestações desproporcionais em seu desfavor.

O CCp/1966, em seu art. 282º, dispõe sobre negócios usurários nos seguintes termos:

"É anulável, por usura, o negócio jurídico, quando alguém, explorando a situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de caráter de outrem, obtiver deste, para si ou para terceiro, a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados."

E o seu subsequente, o art. 283º, dispõe sobre a modificação dos negócios usurários:

"1. Em lugar da anulação, o lesado pode requerer a modificação do negócio segundo juízos de equidade.

2. Requerida a anulação, a parte contrária tem a faculdade de opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do negócio nos termos do número anterior."

Extrai-se, pois, dos dispositivos legais do CCp/1966, o seguinte efeito: possibilidade de modificação contratual tanto pelo pedido da parte lesada quanto da que lesionou, na forma do art. 283º, e possibilidade de pedir a nulidade do contrato pela parte que sofre a alteração anormal, na forma do art. 282º.

O CCI/1942 prevê a lesão e, num primeiro momento, o efeito

¹⁹ Ibidem. *Op. cit.*, p. 56.

que ela produz é a rescisão contratual, nos termos do seu art. 1.448, 1ª parte:

*"Se houver desproporção entre a prestação de uma parte e a da outra, e tenha a desproporção por causa o estado de necessidade de uma parte da qual a outra se aproveitou para tirar vantagem, poderá a parte prejudicada pedir a rescisão do contrato..."*²⁰

Mas o art. 1.450 do CCI/1942 adverte:

*"A parte contra a qual é pedida a rescisão pode evitá-la oferecendo uma modificação do contrato suficiente para pô-lo de acordo com a equidade."*²¹

O efeito obtido nesse caso, como na hipótese do art. 157, § 2º do CCB/2002, em que a parte que não onerada impede a nulidade do negócio, é a possibilidade do afastamento da rescisão contratual por parte do contraente que não sofre a excessiva onerosidade. Para tanto, esse contraente deve oferecer modificação do contrato suficiente para pô-lo de acordo com a equidade.

ii. Excessiva onerosidade superveniente à formação do contrato baseada na Teoria da Imprevisão

O art. 317 do CCB/2002 dispõe:

"Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação."

Como efeito, nota-se que poderá haver revisão contratual, desde que provada a imprevisibilidade da desproporção entre as prestações, a pedido da parte que sofre essa desproporção manifesta.

Já o art. 478 do CCB/2002 dispõe:

²⁰ Traduziu-se o texto, originalmente, em língua italiana.

²¹ Traduziu-se o texto, originalmente, em língua italiana.

"Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação."

Complementando o art. 478, art. 479 dispõe:

"A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato."

O efeito do art. 478 é dar ao excessivamente onerado o direito de decidir pelo pedido da resolução do contrato ao invés da revisão, prevista no art. 317. E o efeito do art. 479 é permitir que, mesmo em casos de pedido de resolução contratual pelo contraente excessivamente onerado, o outro tente evitá-la, propondo modificar eqüitativamente as condições contratuais.

No art. 1.467 do CCI/1942, que cuida de contratos com prestações recíprocas, a excessiva onerosidade é tratada, quando posterior à contratação, da seguinte maneira:

"Nos contratos de execução continuada ou periódica, ou então de execução diferida, se a prestação de uma das partes torna-se excessivamente onerosa pela ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá a parte que deve tais prestações pedir a resolução do contrato com os efeitos estabelecidos no art. 1.458.

A resolução não pode ser pedida se a onerosidade superveniente entra no risco normal do contrato.

A parte contra a qual é pedida a resolução pode evitá-la oferecendo para modificar eqüitativamente as condições do contrato."²²

²² Traduziu-se o texto, originalmente, em língua italiana.

Como efeito, observa-se que, para o CCI/1942, a parte onerada excessivamente pode pleitear a resolução contratual, e somente a parte que não sofre a excessiva onerosidade tem o poder de se oferecer para modificar o contrato. Seja consentido frisar que, apesar de o CCB/2002 apresentar, em seus arts. 478 e 479, previsão semelhante ao enunciado normativo do art. 1.467 do CCI/1942, os efeitos acarretados pelos arts. 478 e 479 do CCB/2002 são muito diversos dos efeitos atingidos pelo art. 1.467. O que se observa é que, no caso brasileiro, o onerado por prestação que se tornou desproporcional na execução do contrato pode pedir sua revisão, com base no art. 317 do CCB/2002. Todavia, ao excessivamente onerado por circunstâncias supervenientes à contratação também é conferida a opção de requerer judicialmente a resolução do contrato, na forma do art. 478. No entanto, até esse requerimento judicial pode ser obstado pela parte que não sofre a excessiva onerosidade se, na forma do art. 479, ela se oferece para modificar equitativamente as condições do contrato.

iii. Excessiva onerosidade superveniente à formação do contrato que não se baseia na Teoria da Imprevisão

O CDCb/1990, em seu art. 6º, V, dispõe que é direito do consumidor a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou a sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.²³

O efeito desse dispositivo é dar ao consumidor o direito de requerer o revisionismo contratual se fatos supervenientes tornarem a prestação contratada, ao longo da execução negocial, excessivamente onerosa.

Em outras palavras, dispõe o art. 437º do CCp/1966:

"1. Se as circunstâncias em que as partes fundarem a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.

2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedi-

²³ Seja consentido remeter a BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *Op. cit.*, p. 195.

do, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior."

Como efeito, observa-se o direito da parte lesionada à resolução ou à modificação do contrato. Há previsão legal no sentido de permitir à parte não lesionada acatar o pedido de modificação contratual ou até sugeri-la, opondo-se ao pedido de resolução pelo excessivamente onerado, e se sujeitando à modificação do contrato segundo juízos eqüitativos.

4.1 - O grau de subjetivismo ou de voluntarismo das categorias analisadas²⁴

i. Excessiva onerosidade na formação do contrato

Relata-se que a lesão é um instituto jurídico que remonta ao Direito Romano:²⁵ "na fase imperial do *ius romanum* é que se aponta o monumento fundamental do instituto da lesão."²⁶

Relaciona-se o surgimento da lesão com dois fragmentos do Código do Imperador Justiniano, que faziam menção a duas Constituições, de Diocleciano e Maximiliano,²⁷ prendendo-se, especificamente, a um texto que, ao responder consulta realizada por alguém chamado Lupos, criava o que hoje se chama de lesão objetiva.²⁸

O critério para se verificar a ocorrência da *laesio enormis* no Direito Romano, no período Justineaneu, era objetivo:²⁹ se a venda fosse efetuada por *quantum* menor que a metade do valor do bem, estaria configurada a lesão, que daria ao lesado o direito de rescindir

²⁴ Entende-se que subjetivismo e voluntarismo devem ser analisados concomitantemente pelo fato de ambos possuírem estreita ligação com a força que se dá, ao estado psíquico-volitivo da vítima da excessiva onerosidade, para permitirem ou não a intervenção judicial no conteúdo do contrato a fim de rescindi-lo, resolvê-lo ou revisá-lo.

²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 1-35, *passim*.

²⁶ *Idem*. *Op. cit.*, p. 10.

²⁷ MIRABELLI, Giuseppe. *Op. loc. cit.*

²⁸ Tradução de PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*, p. 13. Segundo Caio Mário, esta é a tradução mais literal da referência contida na Lei Segunda, do Título XLIV, do Livro IV do Código de Justiniano. 'Se tu ou teu pai houver vendido por preço menor uma coisa de maior preço, é eqüitativo que, restituindo tu o preço aos compradores, recebas o fundo vendido intercedendo a autoridade do juiz, ou, se o comprador o preferir, recebas o que falta para o justo preço. Menor porém presume-se ser o preço, se nem a metade do verdadeiro preço foi paga.'

²⁹ *Idem*, p. 34, *verbis*: 'Foi conceituada a lesão como um vício de apuração objetiva do próprio contrato...'

o contrato, obtendo de volta a coisa, ou de receber o seu valor restante.³⁰

Contemporaneamente, o CCB/2002 trata da lesão de maneira subjetiva, pois ela só ocorre e produz seus efeitos, na forma do art. 157, se dois elementos subjetivos - a premente necessidade ou a inexperiência do lesado - forem constatados.

De maneira oposta e mais próxima das raízes romanas da lesão, o CDCb/1990 cuida dela de maneira objetiva. Assim, o art 6º, V, do CDCb/1990 prevê a modificação contratual em favor do consumidor por onerosidade presente na formação do contrato se as cláusulas contratuais estabelecerem prestações desproporcionais. Não há um elemento subjetivo na hipótese analisada. Basta comprovar a desproporcionalidade entre as prestações negociais e a lesão estará presente para que o consumidor possa, por meio dela, modificar o contrato.³¹

O CCp/1966 contém positivada a usura subjetiva, porque, para configurá-la, recorre a elementos subjetivos como situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de caráter por parte daquele que sofre a excessiva onerosidade no momento da formação do contrato, conforme dispõe o art. 282º. Algum desses elementos de natureza subjetiva tem que ser comprovado para que exista a usura e seus efeitos.

O CCI/1942 chama de lesão a desproporção entre uma prestação e outra, na formação do contrato. Apesar de seu efeito primeiro ser a rescisão contratual - já que a lesão só pode ser afastada pela modificação contratual a pedido da parte que não sofre a excessiva onerosidade - para alcançá-lo, o lesado deverá provar seu estado de necessidade, bem como o aproveitamento do seu estado de necessidade pelo outro contraente para auferir vantagem, na forma do art. 1.448. Portanto, o que se tem é a previsão subjetiva da lesão.

Verifica-se que tanto o CCB/2002 quanto o CCp/1966 e o CCI/1942 necessitam de elementos subjetivos para configurar excessiva onerosidade na formação do contrato. Para configurar a lesão, na forma do CDCb/1990, basta a comprovação de um elemento objetivo: a excessiva onerosidade na formação do contrato.

³⁰ Ibidem, p. 35, *verbis*: 'O que se observa com a *laesio enormis* do Direito Romano é isto: foi criada como um vício objetivo do próprio contrato, e como tal aplicada.'

³¹ Seja consentido remeter à BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *Op. cit.*, p. 206.

O CDCb/1990 possui uma regulamentação cujo objetivo precípua é defender o consumidor. Trata-se de lei protecionista da parte mais fraca nas relações contratuais travadas com o fornecedor. Para que o consumidor supere sua vulnerabilidade na relação de consumo, o CDCb/1990 intervém para tentar instituir igualdade material numa relação de mercado em que a desigualdade entre ambas as partes é evidente. Já que, no âmbito econômico e social, o consumidor apresenta-se mais frágil do que o fornecedor, que exerce a iniciativa privada segundo as leis do mercado, a CRb/1988 elevou a defesa do consumidor à categoria de princípio fundamental da República, com o objetivo de lhe oferecer situação jurídica privilegiada, por meio do implemento da igualdade material nas relações consumeristas. Nesse sentido, a interpretação do CDCb/1990 à luz da CRb/1988 ocorre sem maiores discussões; afinal, o legislador constituinte previu a criação de um código para o consumidor e deu a ele a titularidade de um direito subjetivo de índole fundamental. Observa-se que, na maioria das vezes, os princípios e as regras do CDCb/1990 encontram abrigo nos dispositivos da CRb/1988; afinal, ela foi a responsável pela criação dele, que se inspira nos valores dela.

ii. Excessiva onerosidade superveniente à formação do contrato baseada na Teoria da Imprevisão

A previsibilidade ou não de um acontecimento posterior à contratação, que vá desequilibrar o sinalagma contratual, também relaciona-se com o valor atribuído à vontade manifestada pelo contraente, ou seja, com o grau de voluntarismo, pelo qual o ordenamento jurídico opta em casos de desequilíbrio contratual.

Se o ordenamento apega-se mais ao princípio da autonomia da vontade, a previsibilidade do acontecimento ulterior à contratação, que gerou desequilíbrio contratual, será requisito essencial para os efeitos de resolução ou revisão.³²

³² Faz-se relevante pontuar que a cláusula *rebus sic stantibus*, que na modernidade recebeu a denominação genérica de Teoria da Imprevisão, apesar de suas vertentes voluntaristas, foi o meio de afastar, justamente, o excesso do voluntarismo contido no brocardo romano *pacta sunt servanda*. Os juristas pioneiros em se preocupar com o efeito devastador de uma vontade declarada que não pudesse se sustentar por circunstâncias posteriores à contratação, em contratos duradouros, entendiam que: os pactos devem ser respeitados, estando assim as coisas. Isto é o mesmo que dizer que *pacta sunt servanda* desde que *rebus sic stantibus*.

Por outro lado, quanto menos o ordenamento se apega à imprevisibilidade de um acontecimento pós-contratação, que cause desproporção entre as prestações antes ajustadas - para possibilitar sua resolução ou revisão - mais significa que deu proeminência ao princípio do equilíbrio contratual.

No CCb/2002, o art. 317 possibilita a correção de um desequilíbrio contratual judicialmente, se sobrevier desproporção manifesta por motivos imprevisíveis. Isto significa que se dá à vontade declarada contratualmente grande valor. Nesse caso, o revisionismo contratual ocorrerá porque, ao emitir sua vontade, o contratante prejudicado pela onerosidade superveniente à formação do contrato não previa este acontecimento, e só por isso contratou.

Da mesma forma, o art. 478 do CCb/2002 não prescinde de acontecimentos imprevisíveis e extraordinários para o requerimento da resolução do contrato. Isto significa que, mais que imprevisíveis, os acontecimentos desencadeadores da onerosidade superveniente à formação do contrato devem estar fora da órbita do ordinário. Desse modo, como a vontade manifestada contratualmente não podia prever o imprevisível, quiçá o extraordinário, há razão para o contrato ser resolvido. Todavia, se a outra parte oferecer-se para modificar equitativamente as condições do pacto na forma do art. 479³³, ele poderá ser alterado.

Trabalhando com as mesmas vicissitudes do art. 478 do CCb/2002 - acontecimentos imprevisíveis e extraordinários - o CCI/1942 possibilita a revisão contratual se a parte que não sofre a onerosidade superveniente se oferecer para modificar equitativamente as condições do contrato, na forma do art. 1.467.

Nota-se que, nas codificações brasileira e italiana, o princípio da autonomia da vontade manifestada contratualmente, e, conseqüentemente, o voluntarismo, estão fortemente arraigados à sua teoria contratual, visto que somente a imprevisibilidade pode gerar a

³³ Idem, p. 204.

resolução do contrato. Além disso, em ambas as codificações, há dispositivo que dá à parte que não sofre a excessiva onerosidade o direito de se oferecer para modificar equitativamente as condições do contrato, promovendo sua revisão.

Não obstante, no CCb/2002 esse último ponto merece análise minuciosa. Se os arts. 478 e 479 dispõem que, em princípio, o que se pode pleitear, quando em estado de excessiva onerosidade, é a resolução do contrato, dependendo do alvedrio do contraente não-onerado em excesso propor a modificação contratual, o art. 317 dá à parte prejudicada a possibilidade de pedir, diretamente ao juiz, a revisão contratual. Num primeiro momento, pode parecer que há uma antinomia entre o enunciado normativo do art. 317 e os dos arts. 478 e 479 do CCb/2002. Mas, por meio da metodologia civil-constitucional, essa aparente antinomia se desfaz. Numa leitura do CCb/2002, à luz dos princípios da CRb/1988, o contraente excessivamente onerado só vai usar da hipótese do art. 478 quando preferir a resolução do contrato à sua revisão, já que, se preferi-la, possui a via do art. 317. E o art. 479 deve ser utilizado apenas pela parte que não sofre a excessiva onerosidade se, não satisfeita com o pedido de resolução, tomar a dianteira a fim de modificar equitativamente as condições do contrato, conservando-o.

Como a CRb/1988 elegeu a proteção da dignidade da pessoa humana em seu art. 1º, III, a busca da solidariedade social, na forma do art. 3º, I, além da igualdade em sentido substantivo, a despeito das desigualdades sociais de fato, na forma do mesmo art. 3º, III e IV, como princípios fundamentais da CRb/1988, o artigo que deve guiar, prioritariamente, a interpretação da revisão contratual de pactos de natureza civil não abarcados pelo CDCb/1990 é o art. 317 do CCb/2002.

O princípio da dignidade da pessoa humana é compatível com a busca do equilíbrio contratual pela parte que sofre a excessiva onerosidade, numa atitude ativa e não passiva, de esperar do contraente que não sofre a excessiva onerosidade o oferecimento da possibilidade de revisão, na forma do disposto no art. 479 do CCb/2002. Ademais, os princípios da igualdade substancial e da solidariedade social possibilitam que a vítima do desequilíbrio contratual os conclame em seu próprio benefício, a fim de destituí-la de uma situação jurídica de

desigualdade, por meio da solidariedade da outra parte no âmbito contratual.

De todo modo, infere-se que, pelo fato de o art. 317 do CCb/2002 e de o art. 1.467 do Cci/1942 basearem-se na Teoria da Imprevisão para possibilitar a revisão contratual, o pêndulo que tem de um lado o princípio da autonomia da vontade e, em nível constitucional, o princípio da liberdade e, de outro, o princípio do equilíbrio contratual, em nível constitucional, representado pelo princípio da solidariedade social, pesa mais para o lado da liberdade contratual. A busca do equilíbrio contratual não é totalmente afastada, pois a alteração de um contrato pela ocorrência de fato ulterior à contratação, que, sendo imprevisível, o torna por demais oneroso, é, de certa maneira, manifestação do princípio da solidariedade na órbita contratual. O que ocorre no CCb/2002 e no Cci/1942 é que os princípios do equilíbrio contratual e da autonomia da vontade convivem, mas ao segundo atribui-se proeminência.

Assim, quanto maior se mostra a liberdade atribuída aos contraentes, mais responsabilidade há de cumprir o contrato tal como pactuado. Isso reforça o princípio da força obrigatória do contrato e de sua intangibilidade, que decorre do princípio da autonomia da vontade privada. A regra é que *pacta sunt servanda* desde que *rebus sic stantibus*. Em outras palavras: a regra é que os pactos serão imutáveis e farão lei entre as partes estando as coisas da mesma maneira. Somente um acontecimento imprevisível, que muda o estado das coisas, dá ensejo à possibilidade de revisão contratual.

iii. Excessiva onerosidade superveniente à formação do contrato que não se baseia na Teoria da Imprevisão

O CDCb/1990 trata da revisão por onerosidade superveniente à formação do contrato de modo absolutamente objetivo em seu art. 6º, V. O voluntarismo e o princípio da autonomia da vontade cedem lugar ao princípio do equilíbrio contratual.

Portanto, de nada importa a previsibilidade ou não do acontecimento pós-contratual, nem mesmo outras circunstâncias que poderiam ser pontuadas em caso de intervenção ulterior no conteúdo de um contrato válido. É motivo bastante para a revisão contratual a ocorrência de fatos supervenientes que tornem prestações pactua-

das excessivamente onerosas. Nesse caso, o pêndulo entre a segurança jurídica da *pacta sunt servanda* e o equilíbrio contratual recai mais em favor desse último. Desse modo, torna-se mais fácil perseguir não só o direito à igualdade substancial, prevista pelo art. 3º, III e IV da CRb/1988, que objetiva erradicar a pobreza, a marginalização, as discriminações, bem como reduzir as desigualdades sociais e regionais, mas também o direito à justiça e à solidariedade social previstas no inciso I do mesmo artigo. O princípio da obrigatoriedade do contrato subsiste, porém. Mas subsiste mitigado pelo princípio do equilíbrio contratual.

O CCp/1966, como o CDCb/1990, descarta a imprevisibilidade como requisito para a resolução do contrato ou a sua modificação segundo juízos de equidade, se as circunstâncias que fizeram as partes fundarem a decisão de contratar tiverem sofrido alteração anormal. Dessa maneira, a formulação portuguesa aproxima-se, em larga medida, do princípio do equilíbrio contratual, e se afasta, até certo ponto, do princípio da autonomia da vontade declarada no contrato.³⁴

Rechaçar a imprevisibilidade do acontecimento ulterior que gera excessiva onerosidade ou alteração anormal no contrato para possibilitar sua revisão é condizente com o princípio da justiça contratual. Impõe-se, portanto, cooperação entre os contraentes para se atingir o adimplemento obrigacional pela conservação do contrato modificado que cumpre sua finalidade e não frustra as expectativas objetivas de ambas as partes.

Contudo, o CCp/1966 não se afasta totalmente do voluntarismo. Do conteúdo de seu art. 437º, extrai-se ainda a exigência de que as obrigações assumidas pela parte que sofre com a alteração anormal afetem gravemente princípios da boa-fé e não estejam cobertas pelos riscos próprios do contrato.

A referência à boa-fé, como regra de conduta, não se afasta do equilíbrio contratual. Pelo contrário: a boa-fé objetiva - regra de con-

³⁴ V., por ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, que a doutrina portuguesa manifesta-se nesse sentido. Cf. p. 518, *verbis*: 'Também no campo das instituições privadas numerosas cláusulas de salvaguarda que se vão acumulando representam afinal uma limitação da soberania da autonomia da vontade, assente na crítica do conteúdo.'

duta - e o equilíbrio contratual se complementam, pois, de boa-fé objetiva, não se pode aceitar que uma parte seja muitíssimo onerada para preservar o contrato não modificado. A boa-fé funciona também como cânone interpretativo para a modificação do contrato segundo juízos de equidade, que se apresentam como condição para a manutenção do equilíbrio contratual.³⁵

Todavia, o fato de o art. 437º esclarecer que a exigência de que as obrigações assumidas pela parte que sofre com a alteração anormal não devam estar cobertas pelos riscos próprios do contrato possui viés voluntarista, pois obriga o contraente a prever riscos inerentes àquele contrato. Ora, de todo modo, qualquer contrato encontra-se sujeito a riscos pelo passar do tempo e pela modificação das circunstâncias existentes no momento de sua formação. Para que a formulação portuguesa fosse despida de todo voluntarismo, ela não deveria fazer menção aos tais riscos próprios do contrato, que devem ser previstos pelos contraentes de obrigações que se executam por meio de prestações a longo prazo.

4.2. O nível da conservação do contrato nas categorias traçadas³⁶

i. Excessiva onerosidade na formação do contrato

Sabe-se que vários podem ser os efeitos da excessiva onerosidade nas relações contratuais. No momento da formação do pacto, a excessiva onerosidade da prestação para um contraente pode levar à invalidade do ajuste, declarado nulo. No CCb/2002, a lesão é tratada como defeito do negócio, que pode gerar sua anulabilidade, na forma do art. 171. A anulação não conserva o contrato, pelo contrário. Portanto, a lesão tem, não só, mas também, o condão de impedir a validade do contrato e, como consequência, sua produção de efeitos.³⁷

³⁵ Seja consentido remeter a BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *Op. cit.*, p. 206.

³⁶ Compreende-se que a conservação do contrato pode ser pensada de duas maneiras, razão pela qual cumpre definir qual delas foi escolhida. Pode-se entender que um contrato duradouro é conservado se não há nenhuma alteração em seu conteúdo, ou seja, nas prestações assumidas pelos contraentes. Por outro lado, a conservação pode dizer respeito à manutenção do vínculo negocial não obstante haver mudança no conteúdo do contrato, portanto, nas prestações dos contraentes.

Adotou-se a segunda concepção de conservação.

³⁷Ibidem, p. 134.

Por outro lado, um contrato lesivo também pode ser modificado e conservado. O § 2º do art. 157 do CCb/2002 dispõe que não se decretará a anulação do negócio se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito. Assim, percebe-se que, na hipótese de lesão, há alguma tendência a conservar o contrato. Atente, contudo, para a seguinte observação: buscar a conservação do contrato fica apenas a cargo da parte que não sofre a onerosidade excessiva.

O CDCb/1990 também fulmina de nulidade a lesão que recai sobre o consumidor, de acordo com seu art. 51:

"São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou com a equidade."

Malgrado, o § 2º do mesmo dispositivo diz que "a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo para qualquer das partes", ou seja, só se a preservação do contrato gerar ônus excessivo para qualquer uma das partes é que ele não será conservado. A regra é fazer com que a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalide o contrato por meio dos esforços de integração. Ademais, o art. 6º, V, do CDCb/1990 dispõe que é direito básico do consumidor a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais.

Observa-se que o CDCb/1990, na hipótese de lesão, possui forte tendência à conservação do contrato.

O CCp/1966, em seus arts. 282º e 283º, dá à parte que sofre com benefícios excessivos ou injustificados em favor da outra o direito de pedir a anulação ou a modificação do negócio usurário. E à parte que se beneficiara de maneira excessiva ou injustificada também é concedido o direito opor-se ao pedido de anulação, declarando aceitar a modificação do negócio segundo juízos de equidade.

Nota-se, pelo exposto, que o CCp/1966, na hipótese de lesão, possui forte tendência à conservação do contrato.

De modo semelhante ao CCb/2002 posiciona-se o CCI/1942, e, nesse último, a lesão contratual é prevista no capítulo que cuida da rescisão do contrato. De início, o art. 1.448 dispõe que, uma vez provada, a lesão dará ensejo à rescisão. No entanto, o art. 1.450, subsequente, assevera que a parte contra a qual é pedida a rescisão pode evitá-la, oferecendo uma modificação do contrato suficiente para pô-lo de acordo com a equidade.

Assim, como no caso do CCb/2002, percebe-se que, para o CCI/1942, na hipótese de lesão, há, em certa medida, tendência a conservar o contrato. A observação que se faz é a mesma a respeito da lesão no CCb/2002: o direito de buscar a modificação do contrato e, conseqüentemente, sua conservação, fica apenas a cargo da parte que não sofre a desproporção das prestações contra si.

ii. Excessiva onerosidade superveniente à formação do contrato baseada na Teoria da Imprevisão

Os efeitos do desequilíbrio contratual que ocorrem em contratos de longa duração, por circunstâncias supervenientes ao ajuste, dependem do que dispõem os ordenamentos jurídicos a que pertencem. Tais ordens jurídicas podem ignorar este tipo de desequilíbrio contratual, ou podem dar-lhe efeitos diversos como, por exemplo, a resolução ou a revisão do ajuste.

No CCb/2002, a onerosidade superveniente à formação do contrato baseada na Teoria da Imprevisão está contida nos arts. 317 e 478.

Para conservar o contrato, por meio da correção judicial de desproporção manifesta entre o valor das prestações, prevista pelo art. 317 do CCb/2002, o contraente que sofre a onerosidade superveniente à formação do contrato pode pedi-la. Para conseguí-la, terá que provar a imprevisibilidade do fato posterior ao contrato que o onerou em demasia. O CCb/2002 adota abertamente a teoria da imprevisão, em contratos, *a priori*, considerados paritários, em que não haja um vulnerável, e as partes tenham, supostamente, igual poder de barganha.

Numa leitura do CCb/2002 à luz da CRb/1988, e diante do disposto em seu art. 317, observa-se um posicionamento parcialmente favorável à conservação do contrato. O óbice inarredável, ao qual o excessivamente onerado terá de se submeter, consiste na prova da imprevisibilidade dos motivos que fizeram sobrevir desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução.

Permite-se também, ao contraente excessivamente onerado, após provar a imprevisibilidade da prestação excessivamente onerosa, sua extraordinariedade e a extrema vantagem para a outra parte, pedir a resolução do contrato na forma do art. 478 do CCb/2002. Ainda assim, a resolução poderá ser evitada se a parte que não sofre a excessiva onerosidade se oferecer para modificar eqüitativamente as condições do contrato na forma do art. 479. Compreende-se, pelo exposto, que os arts. 317 e 479 do CCb/2002 contribuem, em certa medida, para que haja conservação contratual em caso de excessiva onerosidade superveniente à contratação, desde que os enunciados normativos dos arts. 317, 478 e 479 do CCb/2002 sejam interpretados de maneira teleológica e sistemática, a fim de conservar o vínculo negocial.

Essa interpretação coaduna-se com a interpretação dos arts. 317 e 479 do CCb/2002 conforme a CR/1988 que, ao se referir ao princípio da solidariedade em seu art. 3º, I, impõe solidariedade também nas relações contratuais, o que, por sua vez, implica esforços de ambas as partes visando à revisão e ao adimplemento contratual. Observe-se que, quando se impõe mais ônus ao contraente que queira resolver o contrato na forma do art. 478, tais como a prova da extrema vantagem para a outra parte, de acontecimentos que, mais do que imprevisíveis, sejam também extraordinários, privilegia-se seu pedido de revisão contratual na forma do art. 317, que não carrega esses ônus da hipótese do pedido de resolução. Sublinhe-se, portanto, que no CCb/2002, em alguma medida, há tendência à conservação do contrato.

Já o CCI/1948 exige, em seu art. 1.467, para a resolução do contrato - única alternativa dada ao contratante excessivamente onerado - que se prove, além da imprevisibilidade do fato

superveniente, o fato de sê-lo também extraordinário. Além disso, prescreve que a resolução do contrato não pode ser pedida se a onerosidade superveniente entra no risco normal do contrato.

Portanto, apenas à parte que não sofre a excessiva onerosidade é dado o direito de evitar a resolução, oferecendo-se para modificar equitativamente as condições do contrato, conservando-o.

Nota-se que o CCI/1942 possui formulação de baixa proteção à conservação do contrato.

iii. Excessiva onerosidade superveniente à formação do contrato que não se baseia na Teoria da Imprevisão

O CDCb/1990 dispõe, em seu art. 6º, V, que é direito básico do consumidor a revisão das cláusulas contratuais em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. Nota-se, pois, que o CDCb/1990 posiciona-se muito favorável à conservação do contrato em favor do consumidor, haja vista conceder-lhe, sem rodeios ou outras exigências, a revisão de seu contrato excessivamente onerado posteriormente à sua formação.

Embora o CCp/1966, em seu art. 437º, só permita revisão por onerosidade superveniente à formação do contrato se as obrigações assumidas pela parte prejudicada não estiverem cobertas pelos riscos do próprio contrato, observa-se, nesse dispositivo, forte tendência à conservação contratual. Isso pode ser averiguado pelo fato de tanto a parte que sofre a excessiva onerosidade quanto a parte que não sofre por ela poderem pedir a modificação do contrato, segundo juízos de equidade.

PRINCIPAIS CONCLUSÕES

Tendo em vista as variáveis observadas, e de acordo com as inferências apresentadas, conclui-se, principalmente, que:

1º. Tanto a CRb/1988 quanto a CRp/1976 e a CRi/1947 tratam dos direitos humanos de forma prioritária. Atribuem ao princípio da dignidade da pessoa humana, ou da igual dignidade social dos cidadãos, a condição de princípios fundamentais de seu ordenamento (Cf. art. 1º, III da CRb/1988 c/ art. 1º da CRp/1976 e c/ art. 3º da CRi/1947). A CRb/1988 e a CRp/1976 elegem como princípios fundamentais da

República uma sociedade livre, justa e solidária, instituindo, pois, ao lado do princípio da liberdade, o princípio da solidariedade social, presente também na CRi/1947 (Cf. art. 3º, I, da CRb/1988 c/ art. 1º da CRp/1976 e c/ art. 2º da CRi/1947). Ademais, a CRb/1988, a CRp/1976 e a CRi/1947 consideram o princípio da igualdade substancial direito fundamental (Cf. art. 3º, III, IV da CRb/1988 c/ art. 13º da CRp/1976 e c/ art. 3º da CRi/1947).

Com esse manancial axiológico de índole constitucional, o ordenamento infraconstitucional, submetido hierarquicamente a ele, deve refletir os princípios e opções da Constituição. Nesse sentido, em Brasil, Portugal e Itália é possível - e necessário - reler os enunciados normativos civis à luz da Constituição, de modo que seus princípios fundamentais se apliquem de maneira direta e imediata às relações entre privados.

2º. O CDCb/1990 e o CCp/1966 prevêm a possibilidade de o excessivamente onerado no momento da contratação requerer judicialmente a revisão do contrato. Em ambos, a parte que sofre a excessiva onerosidade no momento da contratação tem o poder de pedir a revisão do contrato. (Cf. art. 6º, V, do CDCb/1990 c/ art. 283º do CCp/1966).

3º. O CCb/2002, em seu art. 317, prevê a possibilidade de o excessivamente onerado por desproporção manifesta entre o valor da prestação devida inicialmente e o do momento da execução requerer judicialmente a revisão do contrato. O CDCb/1990 prevê a mesma requisição em favor do consumidor. O CCp/1966 prevê o direito à requisição judicial da modificação contratual em favor daqueles cuja decisão de contratar tiver sofrido uma alteração anormal em virtude de novas circunstâncias. Ademais, o CCp/1966 confere à parte que não sofre a alteração anormal o direito de opor-se ao pedido de resolução, declarando aceitar a modificação do contrato segundo juízos de equidade (Cf. art. 317 do CCb/2002 c/ art. 6º, V, do CDCb/1990 e art. 437º CCp/1966).

4º. O CCb/2002 e o CCI/1942 justificam, timidamente, a revisão contratual por fatores excessivamente onerosos que surgem posteriormente à contratação, tomando por base a Teoria da Imprevisão (Cf. arts. 317 e 478 do CCb/2002 c/ art. 1.467 do CCI/1942).

5º. O CDCb/1990 e o CCp/1966 elegem o requisito objetivo da

excessiva onerosidade ou da alteração anormal no conteúdo do contrato para revisá-lo, sem qualquer referência à Teoria da Imprevisão (Cf. art 6º, V, do CDCb/1990 c/ art. 437º do CCp/1966).

6º. Tanto o CCb/2002 quanto o CCp/1966 e o CCI/1942 tratam da teoria da revisão contratual por onerosidade excessiva na formação do contrato de maneira subjetiva. Apenas o CDCb/1990 trata da lesão contratual de maneira objetiva, que se aproxima da sua formulação romana extraída da codificação de Justiniano (Cf. art. 157 do CCb/2002, art. 282º do CCp/1966 e art. 1.448 do CCI/1942 c/ art. 6º, V, do CDCb/1990 e c/ notas de rodapé nº 28, 29 e 30).

7º. O CCb/2002 e o CCI/1942 possuem forte voluntarismo em suas formulações sobre a onerosidade superveniente à formação do contrato. Em ambos, o contrato só poderá ser resolvido ou revisado se o acontecimento ulterior à formação da vontade contratual for provadamente imprevisível. Isto significa que só se a vontade manifestada não puder prever a excessiva onerosidade posterior, o contrato estará sujeito à resolução ou à revisão. Em nível constitucional, num juízo de ponderação, sobreleva-se o princípio da liberdade e declinam os princípios da igualdade substantiva e da solidariedade social (Cf. arts. 317, 478 e 479 do CCb/2002 c/ art. 1.467 do CCI/1942).

O CDCb/1990 e o CCp/1966 não dão tanta atenção à vontade declarada, mas sim aos efeitos que a onerosidade superveniente à formação do contrato causa em prejuízo do equilíbrio contratual. Portanto, suas formulações possuem cunho afastado do voluntarismo e aproximado do equilíbrio contratual. Este efeito se evidencia pelo fato de as duas legislações não fazerem menção à previsibilidade ou imprevisibilidade do fato posterior à formação do contrato que o tornou muito oneroso ou anormal. Basta haver o desequilíbrio contratual para que haja também a possibilidade do revisionismo contratual. Nesse caso, o princípio constitucional da liberdade, balanceado com os também constitucionais princípios da igualdade substantiva e da solidariedade social, possui peso menor. Assim, sobressaem a igualdade substantiva e a solidariedade social aplicadas ao contrato excessivamente oneroso, a fim de modificá-lo equitativamente (Cf. art 6º, V, do CDC com art. 437º do CCp/1966).

8º. Em todas as legislações comparadas há referência à conservação do contrato em hipóteses de: i- excessiva onerosidade pre-

sente na formação do contrato; ii- excessiva onerosidade superveniente à formação do contrato baseada na Teoria da Imprevisão; e iii- excessiva onerosidade superveniente à formação do contrato que não se baseia na Teoria da Imprevisão.

Contudo, o CCb/2002 e o CCI/1948, na hipótese de excessiva onerosidade presente na formação do contrato, possuem, em restrita medida, tendência à sua conservação, haja vista que o direito de buscar a modificação do contrato e, conseqüentemente, sua manutenção, fica apenas a cargo da parte que não sofre a desproporção das prestações contra si (Cf. art. 157, § 2º, do CCb/2002 c/ art. 1.450 do CCI/1942).

Por outro lado, na mesma hipótese de onerosidade na formação do contrato, o CDCb/1990 possui forte tendência à conservação do contrato em benefício do consumidor na forma de seu art. 6º, V, combinado com art. 51, § 2º. O CCp/1966 possui também tendência ao conservadorismo em benefício de quaisquer das partes, nos termos do seu art. 283º.

Na hipótese de o excessivamente onerado supervenientemente à formação do contrato requerer sua revisão baseada na Teoria da Imprevisão, prevista no CCb/2002, há, no art. 317, alguma tendência à conservação do contrato. Já o art. 478 prevê a hipótese de o excessivamente onerado requerer resolução contratual condicionada à imprevisibilidade e à extraordinariedade da desproporção prestacional, aliadas à extrema vantagem auferida pelo outro contraente. Mas, na hipótese do art. 479 do CCb/2002, a parte que não sofre a excessiva onerosidade também pode requerer a modificação do contrato independente de a parte que pleiteou a resolução ter provado a imprevisibilidade e a extraordinariedade do acontecimento ulterior, bem como a extrema vantagem para a outra parte.

Há no CCb/2002, em medida contida, porém não tão restrita como a apresentada pelo art. 1.467 do CCI/1942, tendência à conservação do contrato no caso de alteração das circunstâncias após a formação do ajuste.

De todo modo, a tendência à conservação do contrato parece baixa no CCb/2002, se seus enunciados normativos são comparados aos arts. 437º do CCp/1966 e 6º, V, do CDCb/1990.

Na solução adotada pelo CCI/1942, em seu art. 1.467, somente à parte que não sofre a excessiva onerosidade é concedido requerer a modificação do contrato. A tendência à conservação do contrato parece muito baixa no CCI/1942, mesmo se comparado ao CCb/2002. Se comparado ao CCp/1966 e ao CDCb/1990, o CCI/1942 possui, em medida restritíssima, tendência à conservação do contrato.

No caso de excessiva onerosidade superveniente à formação do contrato que não se baseia na Teoria da Imprevisão, o grau de apologia à conservação do contrato é altíssimo no CDCb/1990, que o faz em defesa do consumidor. No CCp/1966, nos moldes do art. 437º, ambos os contraentes - o que sofre e o que não sofre a excessiva onerosidade - podem requerer a modificação do contrato segundo juízos de equidade. Há forte incentivo legal à conservação do contrato.☐

Constitucionalismo no Brasil 1822-1929

Antonio Sebastião de Lima

Juiz de Direito (aposentado) do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Ciências Jurídicas.

Professor de Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional

I. INTRODUÇÃO

1. Ação constituinte

Sentir, querer, pensar e agir é próprio do ser humano. *Fazer* (criar, modificar, extinguir) é modalidade de ação para a qual basta aptidão física e mental. Certos objetivos, entretanto, exigem *poder*, aptidão do sujeito para, em sintonia com a moral e o direito, submeter vontade alheia à própria. A solidariedade permite ao grupo humano realizar objetivos comuns. A busca do justo, do bom, do belo e do útil pode gerar confrontos entre os membros do grupo, exigindo mecanismos de composição. Ao mesmo tempo, em abstrato, essa busca aponta para o bem comum. Há uma percepção, difusa no meio social, da necessidade de ordem e da importância da obediência, para que todos possam desenvolver suas potencialidades e ter uma existência relativamente segura e feliz.

A ação humana é teleológica. Criar ou elaborar implica um modo de *fazer* segundo uma *finalidade*. A organização da sociedade resulta dessa ação constituinte espontânea, ou refletida, onde interfere o *poder* (difuso, personalizado ou institucionalizado). Dos nexos entre elementos estruturais (geográfico, demográfico, teleológico, cratológico) surge um tipo de sociedade que os gregos denominavam *polis* e os romanos, *civitas*, em que o comando e a obediência estão distribuídos segundo os costumes, crenças, tradições e leis escritas. Essa constituição política brota da necessidade

de regras éticas e jurídicas à convivência pacífica e à defesa contra fatores dissolventes. Ao conjunto de leis, costumes, crenças e tradições que regulava a vida em sociedade, os antigos denominavam *Constituição*. A organização política mantinha-se pela inércia, ou seja, pela conformidade de governantes e governados com o *status quo*. Às vezes, surgiam legisladores que outorgavam leis fundamentais, modificando os costumes, a exemplo de Minos, em Creta (1320 a.C.), Licurgo, em Esparta (898 a.C.), Filolau, em Tebas (890 a.C.), Sólon, em Atenas (593 a.C.).

2. Individualismo

A consciência da individualidade não se manifestou amplamente no mundo até o advento do cristianismo. A pressão social fazia do ser humano um elemento do ente coletivo, mergulhado na objetiva consciência comunitária, como acontecia na tribo e continuou a acontecer na cidade e no império. Os povos orientais mantinham, tradicionalmente, o sentimento de união íntima a um todo cósmico, fenômeno cultural que explica a duradoura vigência de regimes autocráticos e o reverencial respeito à autoridade. Nos povos ocidentais operou-se mudança em direção ao individualismo. Apesar da sua origem oriental, a doutrina cristã vingou no solo ocidental. Essa doutrina valoriza o ser humano como individualidade anímica; não o trata como simples partícula de um organismo cósmico; acentua a dignidade da pessoa humana; prega a igualdade entre os seres humanos sob a paternidade divina, afinando-se com a idéia de um modo de vida democrático. Todavia, no plano histórico, a igreja cristã adotou, em sua organização clerical, o modelo imperial romano e conviveu com o regime autocrático durante toda a Idade Média. A igreja foi organizada hierarquicamente tendo na base os crentes, no meio a casta sacerdotal e na cúpula a autoridade soberana e infalível do Papa. Contrariando a separação entre o poder secular e o poder espiritual preconizada por Jesus (*a César o que é de César, a Deus o que é de Deus*) o clero estendeu o seu poder sobre reis e imperadores, interferindo nos negócios de Estado. Ao glorificar a pobreza, a igreja católica colocou trava à prosperidade dos negócios privados.

A *revolução comercial* iniciada no século XV (1401/1500) e que incluiu as grandes navegações de portugueses e espanhóis em

busca de novas rotas para o comércio, representa a chegada do capitalismo, cujos lineamentos (lucro, grandes empresas, economia de mercado, trocas monetárias, trabalho assalariado) desenhavam-se desde o século XII, com a paulatina desintegração do feudalismo. A separação entre ética e economia ocorreu no plano dos fatos, antes de ganhar fundamento teórico. A reação mais vigorosa aos freios postos pela Igreja à conduta dos crentes, em geral, e à atividade dos comerciantes e banqueiros, em particular, aconteceu no século XVI (1501/1600) com a *revolução protestante* iniciada por Lutero, monge agostiniano que, na Alemanha, rebelou-se contra os desvios e abusos clericais (venda de indulgências, jejuns, peregrinações), contra os sacramentos (com exceção do batismo e da comunhão) e contra a intermediação de padres e santos. Lutero denunciou a inaptidão dos rituais e milagres da igreja para salvar pecadores. O movimento alcançou a Suíça, onde se fortalecia o nacionalismo contra o Santo Império Romano. Havia centros comerciais florescentes (Zürich, Basileia, Berna e Genebra) que ansiavam por libertação. Ulrich Zwinglio seguiu o exemplo de Lutero, liderou a revolução religiosa e converteu ao protestantismo quase todo o povo suíço. Ao chegar à Suíça, oriundo da França, João Calvino encontra o terreno aplainado por Zwinglio, fixa domicílio em Genebra, conquista o governo da cidade e impõe a sua teologia inspirada em Lutero, porém, mais radical e próxima do judaísmo. Diferentemente de Lutero, Calvino dá primazia à lei, rejeita ritual e decoração no templo e qualquer prática da igreja católica, determina observação rigorosa do sábado e estabelece exageradas proibições.

O individualismo aprofundou-se, amparado na teologia calvinista, que incluía a doutrina da predestinação, segundo a qual, independentemente dos méritos, há pessoas e nações eleitas de Deus, enquanto outras estão destinadas à danação. Assim, o calvinismo justifica: (i) as desigualdades sociais e econômicas entre os homens e entre os povos; (ii) a superioridade de alguns e a inferioridade de outros. Aos eleitos de Deus, o poder na Terra e um lugar no Céu; aos condenados, a servidão na Terra e um lugar no Inferno. Os eleitos não deviam se mesclar com os condenados (pobres, negros, índios, mestiços). Essa postura discriminatória era incompatível com a fraternidade universal. O crente foi liberado para ampla atividade

econômica. A riqueza pessoal era bênção divina. A cobrança de juros e os lucros no comércio foram considerados moralmente lícitos. O calvinismo mostrou-se mais judeu (Antigo Testamento) do que cristão (Novo Testamento). Na Inglaterra, Henrique VIII, apaixonado por sua camareira e pretendendo desposá-la, solicitou, ao Papa, anulação do seu casamento com Catarina. Indignado com as manobras papistas para evitar a anulação, o soberano inglês aproveita-se do movimento protestante e funda a igreja anglicana, livra-se da subordinação ao Papa e apropria-se do patrimônio da igreja católica existente na Inglaterra.

3. Constitucionalismo

A partir da revolução comercial e da revolução protestante, o individualismo torna-se possessivo, germe subjetivo do capitalismo selvagem. A alta burguesia protestante, nova e poderosa classe social européia, rebela-se contra a soberania dos imperadores e a supremacia do Papa. Hasteia a bandeira da liberdade de religião, de ação e de pensamento. Em oposição ao universalismo da igreja e do império essa burguesia defende o nacionalismo, a existência autônoma do grupo nacional e o direito de cada nação se constituir em Estado. A pretendida autonomia incluía a uniformização das leis, das práticas administrativas, da moeda, dos pesos e medidas e a concentração do poder político na pessoa do rei (supremacia em relação aos senhores feudais, independência em relação ao Papa, organização de exército permanente, produção do direito, centralização da justiça e da tributação). O descontentamento dos camponeses com as autoridades eclesiásticas e seculares, bem como, a rivalidade entre a monarquia e a igreja, facilitaram o caminho para a burguesia européia concretizar aspirações de domínio econômico e político e de preeminência social. O movimento alastrou-se e culminou, no século XVIII (1701/1800) com as revoluções políticas na Europa e na América paralelas à revolução industrial que ocorria na Inglaterra.

Distinguindo Poder Constituinte, pertencente à nação, e Poder Constituído, exercido pelos governantes dentro da legalidade posta pelo povo, os revolucionários implantaram uma ordem democrática

fundada na tríade liberdade, igualdade e fraternidade. Promulgaram, em França, a declaração dos direitos do homem e do cidadão como limite ao exercício do poder político (1789). Veio, a seguir, a primeira Constituição francesa (1791), a exemplo do que ocorrera na América (1787). O movimento revolucionário francês repercutiu no mundo todo, ao contrário do movimento americano que se limitou às colônias inglesas na América do Norte, fechadas em si mesmas, mercê das suas crenças religiosas e do defensivo isolamento em relação à metrópole e ao continente europeu (*a América para os americanos; a Europa para os europeus*). Interesses de banqueiros estadunidenses credores da França e da Inglaterra levaram os EUA a participar da primeira guerra mundial (1917). Isto proporcionou enorme desenvolvimento econômico à nação americana. Antes do ataque japonês à base americana de Pearl Harbor (1941), as relações dos EUA com países da Europa eram predominantemente comerciais. Terminada a segunda guerra mundial (1945), os EUA saíram definitivamente do isolamento político e adotaram postura intervencionista e imperialista.

A declaração de direitos da revolução francesa refere-se ao *homem*, como espécie natural e ao *cidadão*, como pessoa vinculada a um Estado. Essa declaração revestiu caráter universal e se revelou uma das maiores conquistas do mundo civilizado. Os Estados europeus surfaram na onda nacionalista e adotaram Constituições escritas (salvo a Inglaterra). O mesmo ocorreu nos demais continentes. As colônias da América Latina, à medida que obtinham independência da Espanha e de Portugal, no século XIX (1801/1900), elaboravam as suas próprias Constituições. O reino brasileiro seguiu o modelo europeu (unitário e monárquico) sob o nome de *Império do Brasil* e a tutela discreta da Inglaterra. Os lusos aqui domiciliados dominavam a vida social, política e econômica, o que gerou graves conflitos internos.

II. AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

1. Império

A rainha Maria, o príncipe D. João, familiares, cortesãos, burocratas, serviçais e forças armadas trasladaram-se para a América Portuguesa, no início do século XIX, a fim de escapar da investida de Napoleão no continente europeu. O príncipe regente (a rainha foi

considerada incapaz de reinar, por debilidade mental) abre os portos brasileiros ao comércio internacional, acenando com o abandono do mercantilismo (1808). Cresceram as importações e as exportações. Houve notável progresso na colônia, enquanto a metrópole experimentava estagnação, além da incômoda presença dos franceses. D. João declarou guerra à França e invadiu a Guiana Francesa com apoio da Inglaterra que, em troca, recebeu algumas vantagens, tais como, renovação dos direitos sobre a Ilha da Madeira, porto em Santa Catarina, esquadra de guerra no litoral brasileiro, juízes por ela nomeados para aplicar a jurisprudência inglesa nos julgamentos de súditos ingleses residentes no Brasil, abolição gradual da escravatura, reexportação de gêneros tropicais, tarifas alfandegárias preferenciais.

O príncipe regente expede carta régia (1815) elevando o *status* do Brasil, de colônia para reino, embora unido aos reinos de Portugal e Algarves. Certamente, o príncipe lusitano sentia-se infeliz e humilhado governando de uma colônia. Rei reina em reino. Com a morte da rainha (1816), o príncipe herdeiro, agora, com o título de D. João VI, assume a coroa real, mas, permanece no Brasil, mesmo cessada a ameaça napoleônica. Houve razões estratégicas, além do fator psicológico, para a expedição da carta régia que elevou o Brasil a reino. Os defensores do absolutismo monárquico reagem ao movimento constitucionalista liberal na Europa e temiam seus efeitos na América. No Congresso de Viena (1814/1815) o representante do monarca francês sugeriu a elevação do *status* do Brasil, argumentando que isto contentaria os súditos brasileiros e, ao mesmo tempo, desestimularia a expansão do liberalismo. A esperteza durou pouco. A *revolução liberal* deflagra-se na cidade do Porto, expande-se e toma conta de Portugal (1820). Os revolucionários organizam uma junta governativa que convoca as Cortes gerais constituintes. Biparte-se o exercício do Poder (Cortes + Rei). Os deputados brasileiros, eleitos pelas províncias às Cortes reunidas em Lisboa, foram hostilizados pelos deputados portugueses, por discordarem das propostas prejudiciais ao Brasil, fato mencionado por D. Pedro, na fala do trono (1823).

A Constituição do Reino Unido veio à luz nos moldes propostos pelos portugueses (1822). Com a vitória dos liberais lusitanos e o

retorno da sede da monarquia a Portugal, as Cortes sentiram-se fortalecidas e tomaram várias medidas constrangedoras, inclusive, enviando tropas para substituir as que se encontravam no reino brasileiro e que se mostravam, em parte, leais ao príncipe D. Pedro. A intenção era a de recolonizar o Brasil. O príncipe resistiu às ordens emanadas das Cortes e rompeu o vínculo do reino brasileiro com os reinos de Portugal e Algarves (1822). Havia aristocratas, governadores e tropas leais a Portugal, o que ensejou combates de Norte a Sul do Brasil. As forças nacionais, organizadas por José Bonifácio e integradas, inclusive, por combatentes estrangeiros contratados, conseguiram derrotar as tropas lusas. Apadrinhados pela Inglaterra, os governos do Brasil e de Portugal celebraram tratado de paz e amizade (agosto/1825), em que o governo português (do pai, D. João VI) reconhecia a independência do Brasil, e o governo brasileiro (do filho, D. Pedro I) se comprometia a pagar 2 milhões de libras esterlinas a Portugal, a título de indenização, quantia correspondente à dívida de Portugal com a Inglaterra e que saíria dos cofres brasileiros diretamente para os cofres britânicos.

A assembléia constituinte convocada por D. Pedro (junho/1822), reuniu-se em maio de 1823. Os anseios republicanos ali manifestados, algumas vezes, de modo grosseiro e ofensivo, levaram-na à dissolução por decreto do príncipe, cioso do trono, do poder moderador e da liberdade dentro da ordem (12.11.1823). Tropas cercaram o prédio para proteger deputados monarquistas das agressões de pessoas que, arregimentadas pelos deputados republicanos, lotavam a galeria e o recinto do plenário, segundo narrou D. Pedro, na fala do trono. Nessa mensagem, o imperador lembra a anterior, lida ao ser instalada a assembléia constituinte, quando advertira os deputados de que a Constituição brasileira teria de ser digna dele. O Conselho, por ele nomeado, elaborou a primeira Constituição brasileira (1824). Assim, o primeiro Chefe de Estado do Brasil foi um príncipe português, que outorgou uma Carta Imperial aos brasileiros, reinou por breve tempo, abdicou do trono em favor do filho (1831), voltou a Portugal, derrotou o rei D. Miguel, seu irmão, outorgou uma Carta Imperial aos lusitanos, colocou a filha no trono e morreu em paz (1834).

A primeira lei magna brasileira resultou do exercício autocrático do poder constituinte pelo príncipe. Daí ser mais apropriado tratá-

la como *Carta Imperial* por seu parentesco com as cartas régias expedidas pelos monarcas. Reserva-se o termo *Constituição* para o documento gerado no exercício democrático do poder constituinte. O modelo era o da monarquia constitucional européia. Havia uma flexível separação entre 4 Poderes: legislativo, executivo, moderador e judicial. O Poder Legislativo era exercido pelos representantes do povo, escolhidos pelos eleitores de província que, por sua vez, eram escolhidos pelos eleitores de paróquia. O sistema era bicameral (Câmara dos Deputados + Câmara dos Senadores). A cidadania ativa cabia exclusivamente aos homens maiores de 25 anos, salvo se fossem casados ou oficiais militares com mais de 21 anos de idade, bacharéis formados ou clérigos de ordens sacras. Estavam excluídos do direito de votar nas assembléias paroquiais: (i) os filhos que estivessem na companhia dos pais (salvo se prestassem serviços em ofícios públicos); (ii) os criados de servir e os criados da casa imperial que não portassem galão branco; (iii) os administradores das fazendas rurais e de fábricas; (iv) os religiosos (e quaisquer pessoas) que vivessem em comunidade claustral; (v) os que não tivessem renda líquida anual de cem mil réis por bens de raiz, indústria, comércio ou emprego. Para ser eleitor de província o cidadão devia ter uma renda líquida anual de duzentos mil réis. Para ser eleito deputado, a renda anual do candidato devia ser de quatrocentos mil réis. Os libertos e criminosos não podiam ser eleitores. Eram inelegíveis os estrangeiros naturalizados e os que não professassem a religião do Estado. Em virtude dessas restrições, o corpo eleitoral era pequeno e manipulável. A massa popular estava alijada do processo eleitoral.

O Poder Executivo (exercido através do ministério) e o Poder Moderador (pessoal e privativo) tinham, como titular, o Imperador. A função executiva consistia em abrir e encerrar as sessões anuais da Assembléia Geral Ordinária; expedir atos normativos necessários à execução das leis; prover o necessário à segurança interna e externa do Estado; declarar a guerra e fazer a paz; dirigir as negociações políticas com as nações estrangeiras e celebrar tratados de aliança; nomear magistrados, bispos, embaixadores e comandantes das forças armadas; prover benefícios eclesiásticos e empregos públicos;

conceder cartas de naturalização, títulos, honras, ordens militares e distinções; outorgar beneplácito aos decretos dos concílios, letras apostólicas e quaisquer outras normas eclesiásticas que não contrariassem a Carta Imperial. A função moderadora consistia em nomear senadores e ministros, convocar reunião extraordinária da Assembléia Geral (Câmara + Senado), prorrogar ou adiar as reuniões ordinárias, sancionar os projetos de lei, dissolver a Câmara dos Deputados, aprovar e suspender as resoluções dos conselhos (assembléias) provinciais, suspender os magistrados, perdoar e moderar penas impostas aos réus, conceder anistia. O Imperador exerceu plenamente o Poder Moderador, reinou, governou e administrou.

O Poder Judicial gozava de uma independência relativa. Nenhuma autoridade poderia avocar as causas pendentes ou sustá-las, nem rever os processos findos. Vedava-se foro privilegiado e comissões especiais nas causas cíveis e criminais, à exceção das causas que por sua natureza pertencessem a juízos particulares. Previa-se a elaboração dos códigos civil e criminal. Os juízes eram vitalícios, porém, removíveis ou suspensos quando o Imperador, após ouvir o magistrado e o Conselho de Estado, provesse a queixa que lhe fosse apresentada. Os juízes respondiam por abuso de poder e prevaricação. Na hipótese de suborno, peita, peculato e concussão, qualquer do povo poderia promover ação popular contra o juiz infrator.

Os direitos fundamentais da pessoa humana eram articulados no texto, segundo o modelo liberal europeu do século XIX. A Carta garantia aos brasileiros a inviolabilidade dos direitos civis e políticos fundados na liberdade, segurança individual e propriedade. Esses direitos não podiam ser suspensos, salvo por ato do Poder Legislativo, nos casos de rebelião ou invasão de inimigos. Se a Assembléia não estivesse reunida, o Imperador podia tomar essa providência, como medida provisória e indispensável, revogando-a tão logo cessada a necessidade urgente que a motivou. Ninguém seria perseguido por causa de religião, desde que respeitasse a do Estado e não ofendesse a moral pública. Eram amplas as liberdades de pensamento e locomoção. O direito de propriedade era pleno, porém, se o bem público assim o exigisse, o governo poderia usar a propriedade privada mediante prévia indenização. Os inventores tinham a proprie-

dade das suas descobertas ou produções, com privilégio exclusivo temporário ou indenização pela perda que sofressem em virtude da vulgarização. A casa e as cartas eram invioláveis. Todo cidadão podia apresentar, por escrito, aos poderes públicos, reclamação, queixa ou petição e expor qualquer infração à Carta. O princípio da legalidade orientava a declaração de direitos na sua formulação clássica: ninguém estava obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. Nenhuma lei seria estabelecida sem utilidade pública e a sua disposição não teria efeito retroativo. Somente nos limites da lei alguém poderia ser privado da sua liberdade. Ninguém seria sentenciado senão pela autoridade competente e em virtude de lei anterior. A lei era igual para todos, na proteção e no castigo. Todo cidadão podia ser admitido aos cargos públicos de acordo com os seus talentos e virtudes; somente seriam admitidos privilégios essenciais ligados aos cargos por utilidade pública. Os empregados públicos respondiam pelos abusos e omissões praticados no exercício das suas funções. Foram abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e vedadas penas cruéis. Nenhuma pena passaria da pessoa do delinqüente. As cadeias seriam seguras, limpas, bem arejadas e haveria casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza dos seus crimes.

A Carta Imperial organizava um Estado católico e considerava constitucional, apenas, o que dizia respeito aos limites e atribuições dos poderes políticos e aos direitos individuais. A reforma dessa matéria exigia um procedimento legislativo especial. As demais matérias podiam ser modificadas mediante o procedimento legislativo comum. Em matéria econômica e social, a Carta limitava-se a: (i) abolir as corporações de ofício; (ii) autorizar todo gênero de trabalho, de cultura, indústria e comércio, desde que não fosse prejudicial aos costumes, à segurança e à saúde dos cidadãos; (iii) garantir os socorros públicos, a instrução primária gratuita, colégios e universidades para o ensino das ciências, belas letras e artes. A Constituição francesa de 1793 foi precursora. A sua declaração de direitos incluía assistência pública aos necessitados para assegurar-lhes ocupação ou meios de subsistência e considerava a instrução pública dever da Sociedade. Esse diploma francês tornou-se estéril

ante o exercício ditatorial dos plenos poderes da Comissão de Salvação Pública.

A economia do Brasil repousava sobre o latifúndio (fazendas e engenhos) e o trabalho servil (escravos e agregados). Exportava-se café, açúcar, algodão fumo, cacau, erva-mate, couro. Importavam-se máquinas, equipamentos, ferramentas e bens de consumo em geral. A lavoura cafeeira predominou a partir de 1840. Nessa época, tem início o processo de colonização interna, com a vinda de imigrantes europeus por iniciativa dos fazendeiros ou do governo. No primeiro caso, o regime era o de servidão por dívida decorrente das despesas de viagem financiada pelo fazendeiro e das compras de mantimentos e utensílios no armazém do fazendeiro. O governo brasileiro incentivava a imigração, distribuía terras e dava ajuda financeira durante um ano aos imigrantes. Algumas famílias de imigrantes tiveram sucesso; outras se agregaram a fazendas ou se mudaram para centros urbanos. Cerca de 3.000 famílias estadunidenses, de pele alva, imigraram do Sul dos EUA, após a guerra da secessão (1865). A colônia americana de São Paulo teve sucesso (hoje, cidade de Americana); a da Amazônia, fracassou (vencidos pelas dificuldades na floresta, os gringos, na pobreza, assumiram postura cabocla). Paulatinamente, a mão-de-obra escrava foi substituída pela assalariada até a abolição da escravatura, quando o negro deixa de ser *coisa* e adquire o *status* de *pessoa* (1888). Sujeito de direitos, mas, pobre e analfabeto, o negro, livre, só conseguiu cidadania ativa após aprender a ler e escrever e esperar pelo voto universal. A sua ascensão social (até os dias atuais, inclusive) foi difícil, lenta e sofrida, em virtude da situação de extrema inferioridade da qual partiu, do preconceito, da preferência pelo imigrante europeu e do caráter aristocrático da sociedade brasileira. Na zona urbana, o comércio estava nas mãos de portugueses, ingleses e franceses. A indústria fabril (tecidos, chapéus, cerveja, sabão) desenvolve-se a partir de 1850, época em que são fundados bancos e companhias (seguros, navegação, estradas de ferro, mineração, transportes urbanos, gás).

Em Pernambuco, a deposição, pelo governo central, da junta governativa eleita pelo povo, causou forte reação liberal (1822). Com

a outorga da Carta Imperial, a oposição republicana inflamou-se. O caldo entornou quando o governador escolhido pelo povo (Paes de Andrade) foi substituído por outro (Pais Barreto). Os pernambucanos recusaram o indicado, mantiveram o eleito, romperam com o poder central e proclamaram a Confederação do Equador, à qual aderiram as províncias do Maranhão, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Alagoas e Bahia. Os líderes confederados convocaram assembléia constituinte para organizar um Estado nos moldes dos EUA. Divergências internas enfraqueceram o movimento liberal republicano, que não resistiu às investidas, por terra e mar, das forças imperiais (1824). No Sul, a Província Cisplatina pretendia desligar-se do Brasil e integrar-se às Províncias Unidas do Rio da Prata (atual Argentina). Os platinos, apoiados pela população local, invadiram a província e provocaram guerra contra o Brasil (1825). Com a intermediação da Inglaterra, as partes beligerantes celebraram tratado de paz (1828), ocasião em que foi reconhecida a independência da Cisplatina. Nascia a República Oriental do Uruguai.

No período da regência, que se seguiu à abdicação de D. Pedro I (1831/1840), houve alguns levantes populares ao Norte, como a *cabanagem*, no Grão-Pará, a *balaiada*, no Maranhão e a *sabinada* na Bahia. Os dois primeiros foram motivados pelas agruras daquela gente trabalhadora e pobre (sertanejos, ribeirinhos, mulatos, negros libertos), cujo pleito era por melhores condições de vida. Guiavam-se pela emoção e intuição, sem um planejamento estratégico. Ao assumirem o governo da Província do Grão-Pará, por exemplo, os cabanos não sabiam, exatamente, o que fazer. A *sabinada*, nome derivado do seu líder, o médico Francisco Sabino Álvares da Rocha Vieira, era uma revolta de pessoas da classe média, que obteve a adesão de parte das forças do governo imperial, libertou Bento Gonçalves da prisão, em Salvador, expulsou o presidente (governador) da província e proclamou a República da Bahia. Em Pernambuco, os súditos brasileiros, marginalizados da atividade econômica, revoltaram-se contra os lusos (comerciantes e senhores de engenho). O movimento começou na capital e adentrou a província, apoiado pelos liberais radicais (1844/1850). Com essa *revolta praieira*, cujo apelido derivava do nome da rua onde era rodado o jornal dos libe-

rais (Rua da Praia), os pernambucanos esperavam participar da atividade comercial, obter garantia de trabalho e de outros direitos, inclusive, o de voto livre e universal. No Sul, revoltaram-se os proprietários rurais, descontentes com a centralização política. Agregados e escravos largavam o trabalho na estância e pegavam em armas para defender as idéias e os interesses do patrão. A luta ficou conhecida como *Guerra dos Farrapos*. Os revoltosos proclamaram a República Rio-Grandense. O movimento farroupilha estendeu-se a Santa Catarina, onde foi proclamada a República Juliana. As forças da regência restabeleceram a soberania imperial. Houve outras operações militares no período de 1851 a 1872, contra governos hostis e agressivos: (i) no Uruguai, contra os governos de Oribe e Aguirre; (ii) na Argentina, para depor o ditador Rosas; (iii) no Paraguai, para derrubar o governo Solano Lopez.

2. República

A deposição de D. Pedro II resultou de um golpe desfechado contra a monarquia por um grupo de militares. O povo, em geral, não entendeu o que se passava. Política era negócio da elite, dos grupos rivais que disputavam o governo, liberais de um lado, conservadores de outro, todos ricos ou bem amparados no erário. A nação entristeceu-se com o exílio do Imperador. As idéias republicanas vinham de longe, motivaram a dissolução da primeira assembleia constituinte e geraram conflitos internos até desaguarem no golpe militar revolucionário (1889). Essas idéias espelhavam um sentimento continental: a vocação da Europa para a monarquia e a vocação da América para a república. Com a independência, as colônias inglesas e espanholas no continente americano se tornaram repúblicas. O movimento republicano intensificou-se, no Brasil, em decorrência dos efeitos sociais e econômicos da abolição da escravatura. A América Portuguesa formara uma sociedade escravocrata, do século XVI ao século XIX. Os fazendeiros, inconformados com a perda da mão-de-obra escrava, colocaram-se contra a monarquia. Os destinos do Brasil continuavam nas alvas mãos de um patriciado que mantinha a feição aristocrática da sociedade brasileira. A exploração da borracha, na Amazônia, aumentou a riqueza da aristo-

cracia rural, trouxe melhorias e luxos urbanos, empregos a nordestinos e nortistas. Ao Sul, os cafeicultores progressistas reivindicavam maior autonomia às províncias e a descentralização do poder político, visando a pronta e eficiente solução dos seus problemas. Pleiteavam incentivo à imigração, financiamento de ferrovias e crédito à produção. A economia continuava essencialmente agrária e exportadora. O surto industrial, a expansão das ferrovias e dos estabelecimentos de crédito, o desenvolvimento do comércio e dos serviços urbanos, geraram uma classe média urbana que, pouco a pouco, foi se fortalecendo, com maior participação na vida política e se integrando à corrente republicana.

Essa corrente ganhou um forte elo ao ser apoiada pela igreja católica, desde que o governo imperial se recusou a acatar bula do Papa que proibia vínculo de católicos com maçons (1864). Em virtude dessa proibição, os maçons foram expulsos das irmandades religiosas (1873). O governo imperial processou os bispos que ordenaram a expulsão, todos condenados à prisão com trabalhos forçados, porém, acabaram anistiados. A separação entre o Estado e a Igreja fazia parte do programa republicano. Após a guerra com o Paraguai, o Exército Brasileiro se fortaleceu e não mais se conformava com o pouco apreço que lhe devotavam as instituições políticas. Os oficiais e alunos da Escola Militar aderiram ao positivismo de Augusto Comte, o que lhes ensejou autoridade intelectual e um rumo político e ideológico seguro. Os militares estavam contrariados com algumas decisões do governo imperial, inclusive, concernentes à captura de escravos, e se achavam no direito de participar do governo de modo mais efetivo. O militarismo integrou, desde o nascedouro, a vida republicana. O Exército recrutou pessoal em todas as camadas sociais, equipou-se materialmente, elaborou doutrina militar e criou mentalidade própria das forças armadas, o que lhe ensejou papel institucional relevante.

O ato formal da instauração da república foi o decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889. Comissão nomeada pelo Governo Provisório elaborou projeto de Constituição, submeteu-o à apreciação de Rui Barbosa e do Congresso Constituinte que, sob o influxo liberal europeu e estadunidense, promulgou-o como a nova *Constituição*

dos Estados Unidos do Brasil (1891). Foi adotado o modelo laico, republicano, federativo e democrático. As províncias foram convertidas em Estados, unidos por um vínculo perpétuo e indissolúvel, apesar de, em política, nada ser perpétuo ou indissolúvel. Tal como no mundo da natureza, há mutações no mundo da cultura, segundo as vicissitudes históricas (lá, mudanças mais lentas, ante o predomínio da repetição dos fenômenos; cá, mais rápidas, ante o predomínio da sucessão dos fatos). A realeza, defensora *perpétua* do Brasil, teve o seu ocaso em 1889. A federação *dissolveu-se* duas vezes (1930 e 1964) e foi duas vezes reconstruída (1946 e 1988). O município neutro criado no Império foi convertido em Distrito Federal e capital da República. Reservou-se uma área de 14.400 km² no planalto central, para nela se estabelecer a futura capital do Brasil. Criou-se o mecanismo da intervenção federal nos Estados para repelir invasão estrangeira (ou de um Estado em outro), assegurar a integridade nacional, o respeito aos princípios constitucionais, o livre exercício de qualquer dos poderes públicos estaduais, a execução das leis e sentenças federais, reorganizar as finanças estaduais e pôr termo à guerra civil. A competência tributária foi distribuída entre a União e os Estados. Foram estabelecidos limites ao poder de tributar. O legislador constituinte: (i) arrolou as atribuições federais, ficando as residuais aos Estados; (ii) aboliu privilégios de nascimento e foros de nobreza; (iii) extinguiu as ordens honoríficas com todas as suas prerrogativas e regalias, os títulos nobiliárquicos e de Conselho; (iv) tornou obrigatório o serviço militar e vedou guerra de conquista; (v) instituiu tribunal para liquidar as contas e verificar a sua legalidade antes de serem prestadas ao Congresso Nacional; (vi) permitiu emendas à Constituição e desprezou a distinção imperial entre matéria constitucional e matéria ordinária. Excetuadas as cláusulas pétreas, qualquer dispositivo podia ser modificado, substituído ou suprimido mediante procedimento legislativo especial.

O exercício do poder político coube a 3 órgãos da soberania nacional, independentes e harmônicos entre si: legislativo, executivo e judiciário. O Poder Moderador, concentrado em um só órgão, soçobrou junto com a monarquia. A função moderadora, sob o novo regime, descentralizou-se na forma de controle recíproco entre os

Poderes Constituídos (freios e contrapesos). O sistema de governo era representativo e presidencialista. O Poder Legislativo era bicameral e a legislatura, de 3 anos. A representação da minoria estava assegurada. Os parlamentares, quando no exercício do mandato, eram invioláveis por seus votos, opiniões e palavras; não podiam ser presos ou processados criminalmente sem prévia licença da casa legislativa a que estivessem vinculados. O Senado era presidido pelo Vice-Presidente da República, porém, se funcionasse como tribunal de justiça, para julgar o Presidente da República, seria presidido pelo presidente do Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, se houvesse condenação, a pena aplicada limitava-se à perda do cargo e à incapacidade para exercer outro. O voto era direto e reservado aos cidadãos maiores de 21 anos, desde que alistados. Os mendigos, analfabetos, soldados e religiosos ficaram excluídos do processo eleitoral. A cidadania podia ser suspensa por incapacidade física ou moral e por condenação criminal. O brasileiro perdia a cidadania por naturalização em país estrangeiro e por aceitação de emprego ou pensão de governo estrangeiro sem licença do Executivo.

O Presidente da República, eleito pelo sufrágio direto para um mandato de 4 anos, acumulava as chefias de Estado e de Governo. A reeleição era proibida. O presidente estava sujeito a processo perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e perante o Senado, nos crimes de responsabilidade. Competia-lhe promulgar e publicar as leis, nomear ou demitir livremente os ministros de Estado, prover os cargos civis e militares federais, nomear os membros do Supremo Tribunal, os magistrados federais, ministros e demais membros do corpo diplomático e consular, exercer o comando supremo das forças de terra e mar, administrar o Exército e a Marinha. As forças armadas, fundadas na hierarquia e na disciplina, foram erigidas em instituições nacionais permanentes, destinadas à defesa da pátria, da Constituição e da lei. Os oficiais do Exército e da Marinha só perderiam as patentes por condenação em mais de dois anos de prisão. Os militares teriam foro especial nos delitos militares. Ao presidente cabia declarar a guerra, fazer a paz e decretar o estado de sítio. Era do seu dever relatar a situação do país ao Congresso Nacional e convocá-lo em caráter extraordinário, man-

ter relações com os Estados estrangeiros e negociações internacionais, celebrar convenções e tratados, entre outras atribuições governamentais e administrativas. O primeiro mandato presidencial coube aos marechais Deodoro e Floriano (1891/1894). Seguiram-se: Prudente de Moraes (1895/1898), Campos Sales (1899/1902), Rodrigues Alves (1903/1906), Afonso Pena/Nilo Peçanha (1907/1910), Hermes da Fonseca (1911/1914), Wenceslau Brás (1915/1918), Epitácio Pessoa (1919/1922), Artur Bernardes (1923/1926) e Washington Luís (1927/1930).

O legislador constituinte deu garantias de vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos aos magistrados e proibiu foro privilegiado, salvo para as causas que por sua natureza fossem da competência de juízos especiais. Nenhum recurso judicial era permitido contra a intervenção federal nos Estados, contra a declaração do estado de sítio ou contra a verificação dos poderes, reconhecimento, posse, legitimidade e perda de mandato dos membros do Legislativo e do Executivo. Esta última vedação ensejou abusos e fraudes eleitorais que desembocaram na revolução getulista (1930). Aos tribunais era defeso conhecer dos atos do Legislativo ou do Executivo praticados na vigência do estado de sítio. Havia o judiciário federal e os judiciários estaduais, cada qual respeitando a competência do outro, corolário da forma federativa de Estado.

Aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país era assegurada a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade. Além dos direitos explícitos, o legislador constituinte admitiu outros implícitos que derivassem da forma de governo e dos princípios adotados. As garantias ficavam suspensas durante o estado de sítio. Ninguém estava obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. Todos eram iguais perante a lei. Nenhum imposto de qualquer natureza seria cobrado senão em virtude de lei que o autorizasse. Todos eram livres para se associar ou se reunir sem armas, entrar ou sair do país, manifestar o pensamento, exercer qualquer ofício ou profissão. A qualquer pessoa era concedido o direito de representar aos poderes públicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade dos culpados. Todos podiam exercer livre e publicamente a

sua religião, sem forma exterior de templo para quem não fosse católico. Por motivo de crença ou de função religiosa nenhum brasileiro podia ser privado dos seus direitos civis e políticos, nem se eximir do cumprimento de qualquer dever cívico. Nenhum culto, ou igreja gozaria de subvenção oficial nem teria relações de dependência ou aliança com o governo da União ou dos Estados. O ensino era laico nos estabelecimentos públicos. A casa e a correspondência eram invioláveis. Os cargos públicos eram acessíveis a todos. A matéria econômica e social, regulada na legislação imperial, foi recepcionada nas disposições gerais. O direito de propriedade foi mantido em sua plenitude, ressalvada a desapropriação por necessidade ou utilidade pública. A propriedade das marcas de fábrica foi assegurada. Os inventos industriais pertenciam aos seus autores, com garantia de privilégio temporário. Aos autores de obras literárias e artísticas era garantido o direito exclusivo de reproduzi-las pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico.

À exceção do flagrante delito, a prisão não se executaria antes da pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Sem culpa formada, ninguém podia permanecer na prisão, nem a ela ser levado, ou nela detido, se prestasse fiança idônea nos casos admitidos em lei. Ninguém seria sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada. Aos acusados era assegurada ampla defesa. Nenhuma pena passaria da pessoa do sentenciado. Foram abolidas as penas de galés, banimento judicial e morte, ressalvada a legislação militar em tempo de guerra. Foram mantidos o júri e o *habeas corpus* (que servia à defesa de direitos tanto na esfera criminal como na cível).

A República enfrentou dificuldades econômicas e políticas. O excesso na emissão da moeda e a especulação desenfreada, em detrimento da aplicação do capital no setor produtivo, causaram inflação, aumento do custo de vida, falências e endividamento externo. O presidente Deodoro da Fonseca, ao ver as suas propostas derrotadas no Legislativo, perdeu a paciência, dissolveu o Congresso e prendeu parlamentares da oposição. Diante da reação popular (trabalhadores da Central do Brasil, especialmente), o presidente renun-

ciou ao mandato (novembro/1891). Floriano Peixoto, que fora eleito Vice-Presidente, assumiu a presidência e nela permaneceu até fim do quadriênio constitucional. Floriano obteve apoio popular ao impedir o desembarque de tropas estrangeiras no Brasil e quando rompeu relações diplomáticas com Portugal (que concedera asilo aos revoltosos da Armada). No Rio Grande do Sul eclodiu a *revolução federalista* e no Rio de Janeiro, a *revolta da Armada*, ambas pacificadas após longo período de lutas (1891/1895). O Estado do Paraná entrou em conflito com o Estado de Santa Catarina por causa de vasta área de terras limítrofes, ricas em madeira e erva-mate, que recebeu o nome de *Contestado*, palco de um movimento místico liderado pelo monge José Maria, composto de posseiros e ferroviários desempregados. Essa comunidade de gente simples, pobre e crédula, pleiteava a posse da terra e aguardava a *monarquia*, novo reino de origem celestial. O esperado exército celeste de São Sebastião não apareceu e aquela numerosa população foi dizimada pelas forças federais, para gáudio dos latifundiários (1912/1916). As chamadas *vilas santas*, onde viviam cerca de 50.000 campônios, foram atacadas por terra e ar. Nesse episódio, a aviação foi utilizada, pela primeira vez, no Brasil, para fins bélicos. No Nordeste, lideradas pelo beato Antonio Conselheiro, milhares de pessoas simples, pobres e crédulas, formavam uma comunidade de inspiração místico-religiosa que pretendia autonomia por discordar dos tributos municipais e dos rumos laicos da República. O governo federal, após 4 expedições bem armadas, exterminou os habitantes de Belo Monte (sítio de Canudos - 1896/1897). O *cangaço*, movimento social de longa duração, originado nas desavenças entre famílias e nos pleitos de justiça e vingança, mescla de justiceiros e bandidos acoitados por fazendeiros, acabou reprimido pelas forças federais (1896/1938). O movimento popular de Juazeiro, liderado pelo Padre Cícero, de inspiração religiosa aliada a objetivos políticos locais, foi pacificado mediante intervenção do governo federal (1911/1930). No plano externo, o Brasil participou da fase final da primeira guerra mundial (1917/1918). Os vínculos comerciais com a Inglaterra e França, inimigos da aliança alemã, austríaca, húngara, búlgara e turca, e o fato de os submarinos alemães afundarem navios brasileiros próxi-

mos ao litoral francês, levaram o Brasil a entrar na guerra com médicos, oficiais do Exército e uma divisão naval para auxiliar o patrulhamento no Mediterrâneo. Essa guerra abriu o mercado europeu para produtos brasileiros e reduziu a importação brasileira de produtos da Europa.

III. CONCLUSÃO

Todo *ser* está provido de matéria e forma. O *ser cultural*, típico da ação humana, vem acrescido de finalidade. Como seres culturais, a Sociedade e o Estado estão providos de matéria (pessoas e bens), forma (estrutura normativa) e finalidade (objetivo comum). A Sociedade resulta da natural e duradoura convivência de pessoas no tempo e no espaço, orientadas a um fim comum, cujas relações e bens disciplinam-se mediante usos, costumes e leis escritas. O Código Civil foi considerado a constituição jurídica da sociedade civilizada. O Estado compõe-se de território (elemento geográfico), povo (elemento demográfico) e governo (elemento institucional), cujos nexos são formados de regras consuetudinárias e escritas (elemento formal), tendo por fim a realização do bem comum (elemento teleológico), dispondo, para tanto, da força legítima (elemento cratológico). Da conexão desses elementos estruturais resulta a constituição do Estado, no sentido ontológico. Após o movimento constitucionalista europeu e o americano no século XVIII, ao conceito ontológico, retromencionado, foi agregado o conceito nomológico: *documento escrito, racional, sistemático, elaborado e promulgado pelo sujeito do poder constituinte, contendo as regras de organização do Estado e a declaração dos direitos fundamentais dos indivíduos*.

Passou-se do costume e das leis esparsas às regras fundamentais concentradas em um documento escrito, para maior segurança dos governados. Embora possam existir vários exemplares, a Constituição escrita é um documento único, firmado e promulgado pelo sujeito do poder constituinte. As leis esparsas, como a de sucessão no trono, de imprensa e outras, que se dizem integrar a Constituição, só estarão nesse nível se os seus princípios não estiverem enunciados no texto fundamental. Caso contrário, serão leis infraconstitucionais

tanto quanto as leis ordinárias, no Estado em que vigorar a supremacia da Constituição. Os Estados desprovidos de Constituição escrita sustentam-se na constituição ontológica, cujo exemplo mais citado é o da Inglaterra. Onde os Poderes não estiverem separados e os direitos individuais garantidos, não há Constituição, segundo o padrão do liberalismo político. Trata-se de postulado ideológico. Onde houver Estado haverá, no mínimo, constituição ontológica, que é o seu modo de ser e de existir no mundo.

A Constituição escrita, geralmente rígida, nem sempre é observada com fidelidade no plano operacional. O comportamento dos governados e/ou dos governantes pode se distanciar das normas escritas, a ponto de exigir um novo documento. No Estado Democrático de Direito, as normas constitucionais orientam e condicionam a atividade política, social e econômica. Daí a disputa, entre os grupos mais influentes e poderosos, para assumir e exercer o Poder Constituinte. No Brasil, a massa popular, algumas vezes, aparvalhada ou manipulada, segue a reboque; em tempo de paz, é força de trabalho; em tempo de guerra, força combatente. O progresso na indústria, no comércio, nos serviços, nas artes, nas ciências, nas técnicas, ocorreu na Europa e na América, tanto nas monarquias como nas repúblicas. No século XX (1901/2000) os legisladores constituintes passaram a incluir, no ordenamento constitucional, matéria econômica e social. O México foi pioneiro (1917). O documento escrito tornou-se Constituição do Estado e da Sociedade. 📄

Contratos Formais e Não Formais

Abordagem Segundo o Princípio da Boa-Fé Objetiva

Viviane Perez

Mestre em Direito Civil pela UERJ. Advogada.

I - INTRODUÇÃO

O presente estudo cuidará da classificação dos contratos em formais e não formais, procurando analisá-la, especialmente em seus efeitos, à luz do princípio da boa-fé objetiva. O objetivo é investigar se a qualificação formal dos contratos se justifica sob uma ótica civil-constitucional e, em caso afirmativo, se sua subsistência deve ser ponderada com o princípio da boa-fé objetiva. Antes, porém, é necessário compreender o que são contratos formais e/ou solenes, e quais efeitos a doutrina classicamente confere a tal qualificação.

II - O CONCEITO DE CONTRATOS FORMAIS E SOLENES NA DOUTRINA

A doutrina, especialmente a nacional, não costuma dedicar muita atenção à qualificação dos contratos em formais e solenes, limitando-se, na maioria das vezes, a enunciar a classificação pela exigência legal da forma, sem aprofundar os conceitos. Nada obstante, é possível encontrar alguma discussão doutrinária em torno da existência ou não de distinção entre contratos formais e contratos solenes.

A maioria da doutrina emprega as expressões como sinônimas, e identifica os contratos formais ou solenes como aqueles para

os quais a lei exige forma específica, em oposição aos contratos consensuais (ou não-formais), cuja forma de manifestação da vontade é livre¹. Assim, para Caio Mário da Silva Pereira chama-se "*contrato solene aquele para cuja formação não basta o acordo das partes. Exige-se a observância de certas formalidades, em razão das quais o contrato se diz, também, formal*"². Também Washington de Barros Monteiro define os contratos formais como "*aqueles em que a forma não é livre, dependendo de forma especial; são os contratos solenes*"³. Maria Helena Diniz, igualmente, afirma que "*contratos solenes ou formais consistem naqueles para os quais a lei prescreve, para sua celebração, forma especial*"⁴.

Nada obstante, existem autores que enxergam alguma diferença entre os contratos formais e os solenes. José Abreu Filho, por exemplo, entende que só seriam solenes os negócios formais que "*não prescindem da intervenção de autoridade*"⁵, como aqueles para os quais a lei exige a escritura pública. A solenidade, segundo o autor, residiria exatamente na cerimônia de celebração, que goza de rito próprio.

Em outra linha, Silvio de Salvo Venosa entende serem solenes os contratos para os quais a lei exige determinada forma em caráter constitutivo, e não meramente probatório (hipótese em que o contrato seria apenas *formal*)⁶. Confira-se:

*"Desse modo, serão formais os contratos cuja validade depender da observância de uma forma preestabelecida pela lei. Aqui se faz uma distinção de importância, qual seja, os contratos cuja forma é exigida pela lei **ad probationem** e aque-*

¹Nesse sentido, Arnaldo Wald, *Direito das obrigações (teoria geral das obrigações e contratos civis e comerciais)*, 2001, p. 223; César Fiuza, *Direito civil - curso completo*, 2000, p. 252; e Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, v. 3, 2002, p. 36.

²Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. III, 2004, p. 62 - grifo no original.

³Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, 2ª parte, 1998, p. 30.

⁴Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, 3ª v., 1999, p. 83.

⁵José de Abreu Filho, *O negócio jurídico e sua teoria geral*, 1997, p. 98.

⁶Orlando Gomes, embora empregue as expressões formal e solene como sinônimas, entende que existe "contrato solene somente quando a forma é da substância. Se exigida apenas para prova - *ad probationem tantum* -, o contrato se forma, embora sua existência como negócio produtivo de efeito não possa ser judicialmente comprovada, salvo confissão". (*Contratos*, 2000, p. 77).

*les cuja formalidade tem um caráter constitutivo ou solene. Assim, nos contratos que são, além de formais, solenes, se não obedecidas as formalidades, o negócio carece de efeito, (...)."*⁷

No mesmo sentido, embora sem menção expressa aos contratos formais, parece se inclinar Roberto de Ruggiero, para quem os contratos solenes "**são aqueles nos quais se requer ou a escritura privada ou o ato público não somente para fins de prova (*ad probationem*), mas como condição necessária para a sua validade, para sua própria existência (*ad substantiam*)**"⁸.

Neste ponto, cumpre fazer uma observação. A doutrina homogeneamente, ainda que não para fins de estabelecer uma distinção entre contratos formais e contratos solenes, costuma registrar diferenças entre forma exigida com caráter *ad substantiam* e forma *ad probationem*. A forma *ad substantiam* encerraria conceito de direito material, sendo exigida como um dos requisitos para a validade do negócio jurídico⁹ (sobre os efeitos do desrespeito à forma prescrita em lei se discorrerá de modo apropriado no tópico seguinte). Já a forma *ad probationem* teria uma conotação processual, sendo exigida como técnica probatória apenas¹⁰.

Essa distinção é criticada por Inocêncio Galvão Telles, sempre que a exigência de determinada forma seja estabelecida por lei. O raciocínio do autor, embora construído à luz do direito português, parece válido, ao menos em parte, também em face da nossa legislação. É que, seja quando a lei exige a forma para efeitos meramente probatórios (v., por exemplo, art. 227 do NCC¹¹), seja quando a exige como substância do ato, sua prova só se admite através da forma especialmente imposta (art. 212, NCC¹²). Ora, se é assim, a

⁷ Sílvio de Salvo Venosa, *Teoria geral dos contratos*, 1992, p. 51 - grifo no original.

⁸ Roberto de Ruggiero, *Instituições de direito civil*, v. III, 1999, p. 317 - grifo no original.

⁹ José de Abreu Filho, *O negócio jurídico e sua teoria geral*, 1997, p. 99.

¹⁰ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. III, 2004, p. 63.

¹¹ NCC, art. 227: "Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados."

¹² NCC, art. 212: "Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: (...)."

distinção, na prática, perde um pouco de sua finalidade, como esclarece o autor¹³:

"Em face deste preceito, sempre que a lei exija a respeito de certo acto jurídico um documento, quer o declare necessário para a sua existência quer para a sua prova, - só através desse documento poderá o acto provar-se. Isto já constitui um sintoma muito forte de que a distinção (hoje pelo menos) é aparente. Na verdade, se a lei prescrevesse o documento para fins de prova e nada mais, não estando em causa a validade do contrato, - o lógico seria que pudesse fazer-se essa prova ou pelo documento ou por outros meios com igual ou superior força probatória, como a confissão judicial, que constitui prova plena contra o confitente (...)." ¹⁴

Feita a digressão, cumpre mencionar ainda um último sentido que o termo "solenidade" recebe nas lições de Pontes de Miranda¹⁵. Ao referir o artigo 145, IV do Código Civil de 1916 (cujo conteúdo se encontra hoje inserido no inciso V do art. 166 do Novo Código Civil¹⁶), o autor afirma estarem incluídas na expressão as solenidades formais, assim consideradas em face do conceito de *solennitas* (de *solere*, usar, ser conforme o uso). Assim, Pontes de Miranda exemplifica como solenidade, dentre outras, a tradição nos contratos reais, e a existência do elemento "duas coisas" nos contratos de troca, sob pena de serem desfigurados para compra e venda (aqui o conceito um pouco que se confunde com o de *causa*, na concepção que lhe confere a doutrina italiana).

Ainda neste tópico, é importante lembrar que a exigência de determinada forma para a conclusão de um negócio jurídico pode

¹³ Com essa colocação parece concordar, embora sem maiores digressões, Marco Aurélio Bezerra de Mello, *Novo Código Civil anotado*, 2004, p. 15/16: "Quando a lei não exige forma, mas as partes dela se utilizam, diz-se que a forma serve apenas como meio de prova, como sucede com o contrato de locação, que é informal, mas normalmente é reduzido a escrito para uma maior segurança jurídica ao pacto."

¹⁴ Inocêncio Galvão Telles, *Manual dos contratos em geral*, 1965, p. 134/135 - grifo no original.

¹⁵ Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, tomo IV, 2000, p. 241.

¹⁶ NCC, art. 166: "É nulo o negócio jurídico quando: (...) V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;"

partir também de uma convenção anterior das próprias partes nele envolvidas. Nesse caso, parte da doutrina ressalva que o contrato não se converte, como tipo, em formal ou solene¹⁷. Seja como for, a inobservância da forma convencional igualmente importa, segundo o entendimento majoritário (animado também pela disposição do art. 109 do NCC¹⁸), na invalidade do contrato¹⁹.

Visto o conceito de contratos formais e de contratos solenes, cumpre declinar os efeitos que a doutrina confere a tal qualificação, efeitos esses que dizem respeito basicamente à preterição da forma prescrita em lei. A isso se dedicará o tópico seguinte.

III - EFEITOS DA QUALIFICAÇÃO DOS CONTRATOS COMO FORMAIS E/OU SOLENES

A doutrina, de maneira geral, costuma ser taxativa em afirmar serem nulos os contratos que não respeitem a forma estabelecida em lei²⁰. E isso à vista do que dispõe o artigo 166, IV, do Novo Código Civil:

"Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

(...)

IV - não revestir a forma prescrita em lei;"

Nada obstante, existem autores, como Darcy Bessone, que consideram que a preterição da forma é causa de inexistência do negócio jurídico, porque impede que o mesmo se aperfeiçoe; isso

¹⁷ Nesse sentido, v. Orlando Gomes, *Contratos*, 2000, p. 77: "Nada obsta que um contrato se torne formal pela vontade das partes. Evidentemente, não se converterá, como tipo, em contrato solene, mas se subordinará às regras que o regulam."; e Sílvio de Salvo Venosa, *Teoria geral dos contratos*, 1992, p. 51: "As partes podem, por sua vontade, determinar que um contrato seja formal. Não se converterá em contrato solene, mas a inobservância da forma invalidará o contrato, já que se leva em conta a autonomia da vontade dos contratantes."

Em sentido contrário, Sílvio Rodrigues, *Direito civil*, v. 3, 2002, p. 36: "Os contratos não solenes podem ser promovidos a solenes, por vontade das partes, quando estipulem que eles não valerão sem o instrumento público."; e Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. III, 2004, p. 62: "A forma pública pode ser convencional, quando os próprios interessados a elegem, e, neste caso, o contrato, que não seria em princípio, formal, passa a sê-lo".

¹⁸ NCC, art. 109: "No negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato."

¹⁹ Assim entendem Orlando Gomes, *Contratos*, 2000, p. 77: "A inobservância da solenidade convencional determina, também, nesse caso, a invalidade do contrato."; Sílvio de Salvo Venosa, *Teoria geral dos contratos*, 1992, p. 51 (trecho transcrito na nota anterior); e Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, tomo IV, 2000, p. 226 e ss.

²⁰ V. Marco Aurélio Bezerra de Mello, *Novo Código Civil anotado*, 2004, p. 16.

porque a forma se apresenta *"como uma condição para a formação do contrato, vale dizer, como um elemento constitutivo"*²¹.

Já Pontes de Miranda considera que a forma legalmente estabelecida pode ser, dependendo da situação, pressuposto de existência, validade ou eficácia do ato jurídico; para ele a *"forma pode ser elemento necessário ao suporte fático para que entre no mundo jurídico, ou para que o ato jurídico valha, ou para que o ato jurídico tenha certo efeito, ou certos efeitos"*²². Para melhor compreensão, o autor traz exemplos: a doação verbal de bem imóvel seria inexistente; a doação verbal de bem móvel, sem que lhe siga a tradição, seria nula; o contrato de compra e venda de imóvel por instrumento particular não tem o efeito de transferir a propriedade, mas pode encerrar eficácia obrigacional. Nada obstante, no tomo IV de seu **Tratado de Direito Privado**, contraditoriamente com o que se ensinou no tomo anterior, Ponte de Miranda afirma: *"superamos, de muitos séculos, a era da forma pressuposto de existência: tudo se passa no plano da validade"*²³.

Sílvio de Salvo Venosa também traz ponderações acerca dos efeitos da qualificação. Como se disse, o autor entende haver diferença entre contratos formais e solenes, sendo que somente quanto a estes últimos a forma seria exigida em caráter constitutivo. Afirma, ainda, completando seu raciocínio, que os contratos formais seriam aqueles que exigiriam forma escrita, enquanto os solenes demandariam escritura pública. Estabelecida a distinção, Venosa confere conseqüências jurídicas distintas aos conceitos:

*"No contrato solene a ausência de forma o torna nulo. Nem sempre ocorrerá a nulidade, e a relação jurídica gerará efeitos entre as partes, quando se trata de preterição de formalidade, em contrato não solene."*²⁴

Seja como for, a pena de nulidade por inobservância de forma

²¹ Darcy Bessone, *Do contrato - teoria geral*, 1997, p. 80.

²² Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, tomo III, 2001, p. 390 - grifo no original.

²³ Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, tomo IV, 2000, p. 225.

²⁴ Sílvio de Salvo Venosa, *Teoria geral dos contratos*, 1992, p. 51.

é tomada pela doutrina clássica em termos rigorosos. Ilustrativas do que se afirma são as passagens de Pontes de Miranda sobre o tema, que não admite qualquer ponderação acerca da exigência de forma legal ou do efeito de nulidade que se faz recair sobre a ausência de observância da mesma. Confira-se:

*"Para o intérprete da **lex lata**, o legislador, ao fazer a regra jurídica sobre forma especial, pesou as conveniências e os inconvenientes. Não há de o intérprete - inclusive o juiz - nem pode ele repesá-los."*²⁵

*"Pretendeu Hans Wüstendörfer (**Die deutsch Rechtsprechung am Wendepunkt**, *Archiv für die civilistische Praxis*, 110, 327 s.), depois de referir ao método de se procurar qual o fim da exigência de forma, para se saber qual o verdadeiro conteúdo da regra jurídica que adota, cogentemente, forma especial para determinada espécie de atos jurídicos (...), que se dispensa a sanção de nulidade quando o fim social do negócio jurídico se alcança de outra maneira. Ora, tal critério é absurdo: poria a perder a regra jurídica sobre forma especial."*²⁶

*"Ninguém pode opor ignorância a respeito de regras jurídicas sobre forma; nem ofende aos princípios de boa-fé e de ética, que regem o cumprimento do negócio jurídico, alegar-se nulidade por defeito de forma."*²⁷

Em tendência relativamente mais progressista, Arnoldo Wald entende que o *"contrato solene, quando realizado sem a forma estabelecida por lei, poderá valer com outra finalidade, mas não atenderá à sua função precípua"*²⁸. Ou seja, o autor admite que mesmo preterida a forma legalmente prevista, o pacto pode gerar efeitos que, não necessariamente se restringirão a perdas e danos. Exemplificando sua afirmação, Arnoldo Wald refere a hipótese de

²⁵ Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, tomo IV, 2000, p. 225 - grifo no original.

²⁶ Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, tomo IV, 2000, p. 230/231.

²⁷ Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, tomo IV, 2000, p. 231.

²⁸ Arnoldo Wald, *Direito das obrigações (teoria geral das obrigações e contratos civis e comerciais)*, 2001, p. 224.

venda de imóvel por instrumento particular, que não constituiria título hábil para a transferência da propriedade, mas que poderia ensejar ação judicial a fim de que se obtenha sentença passível de registro.

É, todavia, na doutrina estrangeira que se encontram maiores questionamentos acerca do rigor da pena de nulidade por defeito de forma. Pietro Perlingieri²⁹ critica, com propriedade, a adoção da pena de nulidade desvinculada de uma análise dos interesses violados, defendendo que as conseqüências devem ser graduadas em razão destes. Ou seja, é preciso examinar a função da norma que prescreve a forma, os interesses que esta pretende assegurar, para concluir se sua exigência se justifica em razão da proteção que busca conferir a uma ou a ambas as partes. Em síntese, afirma o autor:

*"Para interpretar o pacto sobre a forma ou a norma sobre a forma é necessário individualizar a história e a função. A forma é inseparável do conteúdo e o próprio negócio não pode ser relegável ao plano da estrutura, da fattispecie e de seus requisitos mecanicamente descritos, mas deve ser considerado como ordenamento do caso concreto, um valor a ser integrado e a ser coadunado com o sistema do ordenamento, como uma parte do todo, em estrita indissolubilidade lógica e histórica."*³⁰

Esse, de fato, parece ser o melhor caminho a trilhar. A análise da exigência da forma e de sua preterição não deve encerrar um processo meramente mecânico, dissociado dos interesses e direitos em jogo, e incólume a qualquer espécie de ponderação. Antes, é preciso examinar a teleologia subjacente à exigência de forma especial, para depois examinar se sempre se justificará a sanção de nulidade como decorrência de sua inobservância pelas partes contratantes. Passemos, então, à análise dos fundamentos da exigência de forma especial.

²⁹ Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1999, itens 180 a 183, p. 289 a 298.

³⁰ Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1999, itens 180 a 183, p. 297 - grifo no original.

IV - FUNDAMENTOS DA EXIGÊNCIA DE FORMA ESPECIAL

A exigência de forma especial para determinados negócios jurídicos é ainda herança da tradição romana. O formalismo romano era marcado de simbolismo, traduzido especialmente em palavras e gestos (só tardiamente aparecem os escritos), observando-se rigorosamente um rito. Como afirma Inocêncio Galvão Telles *"na concepção pagã esta observância concitava o favor da divindade, atraía as forças ocultas que davam aos efeitos jurídicos um vigor, uma obrigatoriedade maior"*³¹.

Mais do isso, as formas eram específicas ou típicas, correspondendo a cada espécie de ato jurídico uma forma determinada. Quatro eram as modalidades contratuais: *re*, *litteris*, *verbis*, e *consensu* - sendo a última a que mais tarde apareceu, limitada a quatro tipos de contrato, quais sejam: venda, locação, mandato e sociedade³². O formalismo era rígido, mesmo porque somente os contratos formalmente concluídos eram dotados de ação, sendo apenas excepcionalmente desprezado nas relações mercantis, que reclamavam maior flexibilização.

Na Idade Média, o formalismo começa a ser mitigado pela própria prática dos escribas, que a pedido dos interessados consignavam que todos os rituais haviam sido cumpridos, mesmo quando isso não correspondia à realidade, implicando na abolição indireta das formalidades. Ao lado disto, como informa Caio Mário da Silva Pereira, *"a imiscuição das práticas religiosas introduziu o costume de fazer o juramento acompanhar as convenções, como técnica de atribuir-lhes força. Abalou-se, portanto, o prestígio dos rituais do Direito Romano, desde que se acreditou no poder de uma declaração de vontade, enunciada sob a invocação da divindade"*³³. Os canonistas privilegiavam o valor da palavra, o consentimento, aos rituais romanos, sendo a quebra do compromisso contratual equiparada à mentira, tida por sua vez como pecado.

Essas correntes de pensamento influenciaram a adoção do *prin-*

³¹ Inocêncio Galvão Telles, *Manual dos contratos em geral*, 1965, p. 119. Sobre a simbologia e rigorismo do direito romano também se pronuncia Roberto de Ruggiero, *Instituições de direito civil*, v. III, 1999, p. 316/317.

³² Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. III, 1997, p. 7.

³³ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. III, 1997, p. 8 - grifo no original.

cípio consensualista, que predominou nos séculos XIX e XX, segundo o qual o "*contrato nasce do consenso puro dos interessados, uma vez que só a vontade é a entidade geradora*"³⁴. Apenas excepcionalmente se exigia a forma, ou a tradição, usualmente como decorrência de costume histórico³⁵.

Posteriormente, assistiu-se ao retorno progressivo de certas formalidades, animado especialmente pela necessidade de se imprimir maior segurança³⁶ a determinadas relações contratuais³⁷. O formalismo moderno, todavia, diverge do simbolismo romano, encerrando apenas a exigência de documento escrito, particular ou público. A idéia de segurança decorrente da forma parte de dois aspectos. O primeiro deles refere-se à facilitação da prova, que também restaria mais precisa quanto ao conteúdo da vontade declarada. O segundo, mais subjetivo, funda-se na idéia de que a exigência de forma especial passaria a demandar maior tempo para a elaboração do ajuste contratual, implicando, por isso, em uma maior reflexão das partes sobre o mesmo. Confirmam-se, sobre o tema, as lições de Inocêncio Galvão Telles e Pontes de Miranda, respectivamente:

*"A incorporação da declaração de vontade num documento tem grandes vantagens. Facilita a prova: a declaração ganha estabilidade, perdendo o carácter fugaz e passageiro das declarações verbais (**verba volant, scripta manent**), e ao mesmo tempo adquire precisão e clareza, e nitidamente se diferencia das simples negociações preliminares. Além disso, a necessidade de redigir o documento ou de ir ao notário, dá*

³⁴ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. III, 1997, p. 9.

³⁵ Em nosso ordenamento a liberdade de formas ainda é a regra, como se extrai do art. 107 do NCC: "A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir".

³⁶ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. III, 1997, p. 9: "Mais modernamente, contudo, sentiu o direito a imperiosa necessidade de ordenar certas regras de segurança, no propósito de garantir as partes contratantes, contra as facilidades que a aplicação demasiado ampla do princípio do consensualismo vinha difundindo. E engendrou então certas exigências materiais, que podem ser subordinadas ao tema do *formalismo*, as quais abalam a generalização exagerada do consensualismo".

³⁷ Sílvio de Salvo Venosa, *Teoria geral dos contratos*, 1992, p. 52: "O formalismo renasce hoje em muitos negócios jurídicos para conceder maior segurança às partes".

*tempo para reflexão maior, obriga a ponderar mais os prós e os contras do acto que se pensa celebrar. A demora e o gasto de dinheiro são o preço que se paga por estas vantagens."*³⁸

*"A origem disso prende-se à história mesma da psique humana: o contato com o alter, a discussão, a reflexão (que é a discussão que se interiorizou) e a decisão. Naturalmente, concorre a forma especial para uma maior atenção, amadurecimento, esclarecimento e precisão do que se manifesta ou comunica. (...) Além desses préstimos da forma especial, tem ela o de servir à prova."*³⁹

Pois bem. Pode-se concluir que o fundamento da adoção de determinada forma especial residiria na necessidade de conferir mais segurança a determinados atos e contratos jurídicos que, por sua relevância, demandariam maior reflexão das partes para sua celebração e certeza mais precisa sobre o conteúdo declarado da vontade. Mas quais são os atos e negócios jurídicos que exigem forma especial? Como regra, todos os que envolvam imóveis com valor superior a trinta salários-mínimos (art. 108 do NCC), a doação (art. 541 do NCC) o mandato (arts. 653 a 655 do NCC), a constituição de renda (art. 808 do NCC), a fiança (art. 819 do NCC), os direitos reais de garantia (art. 1.424 do NCC), o casamento (art. 1.533 e ss. do NCC), o reconhecimento de filhos (art. 1.609 do NCC), o testamento (arts. 1.864, 1.868, e 1.878 do NCC), os títulos de crédito em geral.

Como se percebe, os atos, e alguns negócios jurídicos, acima listados, dizem respeito essencialmente a relações familiares, nas quais está também em jogo, inobstante a implicação patrimonial que possam encerrar, o desenvolvimento pessoal do indivíduo, e cuja relevância, dentro da perspectiva de tutela da pessoa humana, por certo justifica a adoção de regras de forma especial a serem necessariamente observadas. Já os demais negócios jurídicos referidos cuidam unicamente de relações patrimoniais e, quanto a estes, é que se coloca a questão do respeito à forma: deverá sempre se impor

³⁸ Inocêncio Galvão Telles, *Manual dos contratos em geral*, 1965, p. 120 - grifo no original.

³⁹ Pontes de Miranda, Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, tomo IV, 2000, p. 224 - grifo no original.

rigor no respeito à sua exigência, sob pena de nulidade? Ou não seria tal exigência, de forma uma reminiscência histórica do regime anterior, de cunho essencialmente patrimonial? Pode tal exigência ser ponderada com os princípios contratuais modernos, como o princípio da boa-fé?

V - O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E SUA INFLUÊNCIA SOBRE OS CONTRATOS FORMAIS

A boa-fé objetiva, como se sabe, é princípio que deve pautar todas as relações contratuais, e encontra-se hoje positivado como cláusula geral no artigo 422 do Novo Código Civil:

"Art 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

Nada obstante sua recente positivação, a boa-fé objetiva já era aplicada, por influência do direito germânico que o previa no artigo 242 do BGB⁴⁰, como princípio implícito ao sistema⁴¹, tendo recebido especial fôlego com a edição do Código de Defesa do Consumidor que a ela fez referência expressa em diversos dispositivos⁴².

⁴⁰ BGB, § 242: "O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico." (tradução livre)

⁴¹ Com efeito, Teresa Negreiros, **Fundamento para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**, 2002, p. 252, ensina que o princípio da boa-fé objetiva tem status constitucional, derivando do princípio da dignidade da pessoa humana: "A fundamentação constitucional da boa-fé objetiva centra-se na idéia da dignidade da pessoa humana como princípio reorientador das relações patrimoniais. Nossa hipótese é a de que o quadro principiológico previsto constitucionalmente inverte, na medida em que elege a pessoa humana como ápice valorativo do sistema jurídico, a relação de subordinação entre o **direito** à autonomia privada e o **dever** de solidariedade contratual, passando o contrato a expressar uma ordem de cooperação em que os deveres se sobrepõem aos direitos; a pessoa **solidária** ao indivíduo **solitário**". (negrito no original).

⁴² CDC, art. 4º: "A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (Art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;"

CDC, art. 51: São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;"

Mas o que significa boa-fé objetiva? Em primeiro lugar, deve-se esclarecer que a boa-fé objetiva não se confunde com a boa-fé subjetiva, que encerra, como ensina Bruno Lewicki, um "*estado psicológico contraposto à má-fé, em que há ausência de má-fé*"⁴³. Essa vertente subjetiva, relacionada ao *animus* do agente, sempre esteve presente nas codificações, seja para definir a figura do "terceiro de boa-fé", seja para possibilitar a aquisição de propriedade por via da usucapião em prazo reduzido.

A concepção subjetiva da boa-fé estava intimamente ligada ao individualismo característico do Século XIX, que reconhecia a todas as pessoas uma igualdade absoluta e formal, e, por isso mesmo, uma ampla liberdade de contratar. Com a relativização do individualismo puro - e a conseqüente constatação de que os indivíduos que compareciam a determinada negociação não eram, por vezes, dotados das mesmas aptidões técnicas ou capacidade financeira -, desenvolvem-se princípios de interpretação contratual que objetivam resguardar, na medida do possível, a igualdade efetiva, e não mais apenas formal, entre as partes, e pautar a lealdade de sua conduta. É nesse contexto que se desenvolve a boa-fé objetiva que, longe de ser mera crença, encerra dever de conduta, estando ligada à relação contratual em todos os seus aspectos.

Com efeito, a doutrina tem observado uma tríplice função à boa-fé objetiva, que (i) encerraria uma guia para a interpretação dos contratos; (ii) restringiria o exercício abusivo de direitos contratuais e (iii) criaria deveres conexos ou acessórios à prestação principal, como os deveres de informação e lealdade⁴⁴.

Em sua primeira função, a boa-fé exsurge como critério hermenêutico, para determinar que a interpretação deverá privilegiar o real sentido da obrigação, sem, obviamente, prejudicar qualquer uma das partes⁴⁵. Ou seja, funciona como "*método*

⁴³ Bruno Lewicki, *Panorama da boa-fé objetiva, in Problemas de direito civil constitucional*, coord. Gustavo Tepedino, 2000, p. 55.

⁴⁴ V. Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, "Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil", *Revista da EMERJ* nº 23, 2003, p. 144 e ss; e Judith Martins Costa, *A boa-fé no direito privado*, 1999, p. 427 e ss.

⁴⁵ Cabe aqui um comentário. Ao se afirmar que o contrato não deve prejudicar uma das partes, não se pretende impedir a aferição de lucro pela outra parte, e sim evitar a existência uma desproporção entre as prestações. Da mesma forma, não prejudicar uma das partes não significa garantir a ela todas as vantagens, pois nesse caso a extensão de vantagem não pactuada representará um prejuízo à outra parte, o que também atenta contra o princípio da boa-fé.

hermenêutico-integrativo, para interpretação da declaração de vontade, sempre com vistas a ajustar a relação jurídica à função econômico-social determinável no caso concreto" ⁴⁶. Proíbe-se, assim, como ensinam Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, *"a interpretação que dê a uma disposição contratual um sentido malicioso ou de qualquer forma dirigido a iludir ou prejudicar uma das partes, em benefício da outra"* ⁴⁷.

A segunda função reconhecida ao princípio da boa-fé encerra faceta restritiva, servindo de limite ao exercício da liberdade contratual. Nesse sentido, pune-se o exercício abusivo do direito, ao passo que se busca resguardar as legítimas expectativas geradas em cada uma das partes⁴⁸. Sobre o tema, escrevem Teresa Negreiros e Heloisa Carpena Vieira de Melo, respectivamente:

"Estes novos parâmetros, que no caso específico da boa-fé sinalizam para o dever de cooperação entre as partes vinculadas por uma relação obrigacional, para o dever, enfim, de consideração pelos interesses alheios à luz do escopo econômico-social da relação em questão, poderiam ser resumidos através do imperativo ético da solidariedade contratual."

"Analisando o fenômeno através de uma perspectiva positiva, o intervencionismo procura, na verdade, garantir o poder das partes regularem suas relações, preservando a principal função do contrato, qual seja, servir de instrumento de segurança das expectativas." ⁵⁰

⁴⁶ Cibele Pinheiro Marçal Cruz e Tucci, "Teoria geral da boa-fé objetiva", *Revista do Advogado* nº 68, 2002, p. 101.

⁴⁷ Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, "Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil", *Revista da EMERJ* nº 23, 2003, p. 144/145.

⁴⁸ Nesse sentido, v. Marcelo Menaged, "A aplicação da boa-fé objetiva nos contratos", *Revista da EMERJ* nº 22, 2003, p. 245: "Nesse sentido, se manifesta a boa-fé objetiva durante todo o curso do contrato, gerando deveres anteriores até mesmo ao seu início, tais como as expectativas que derivam naturalmente da possibilidade de sua realização, e se estende para após a conclusão, para fazer com que possa gerar tudo o que dele se pode esperar razoavelmente."

⁴⁹ Teresa Negreiros, *Fundamento para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, 2002, p. 261.

⁵⁰ Heloísa Carpena Vieira de Mello, "A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual", in *Problemas de direito civil constitucional*, coord. Gustavo Tepedino, 2000, p. 313.

Examinando tal função do princípio da boa-fé objetiva, Eduardo de Oliveira Gouvêa⁵¹ identifica quatro modalidades principais que pode assumir o abuso de direito nas relações contratuais, quais sejam: (i) *venire contra factum proprium*, (ii) *supressio*, (iii) *surrectio*, e (iv) *tu quoque*.

Com a primeira modalidade, *venire contra factum proprium*, busca-se identificar e proteger a parte contra atuações incoerentes da parte contrária. Ou seja, não é lícito a uma das partes criar expectativas, em razão de conduta seguramente indicativa de determinado comportamento, e praticar ato contrário ao previsto, em prejuízo da outra parte. Exige-se, assim, que as partes atuem com coerência, respeitando a palavra dada⁵².

Pela segunda modalidade, *supressio*, o direito não exercido durante um determinado lapso temporal não mais poderá sê-lo, por contrariar a boa-fé. A *supressio* encerra justamente o antônimo da *surrectio*, terceira modalidade, que consiste no nascimento de um direito contratual como consequência da prática continuada de certos atos. Por fim, segundo o *tu quoque*, quarta modalidade, aquele que descumpriu norma contratual ou legal, atingindo com isso determinada posição jurídica, não pode exigir do outro o cumprimento do preceito que ele próprio já descumpriu.

Por último, em sua terceira função, a boa-fé objetiva gera uma série de "deveres acessórios" à relação principal, que, nada obstante não estejam previstos no contrato, se fazem obrigatórios. Sobre tais deveres, assim se pronuncia Eduardo de Oliveira Gouvêa⁵³:

"São deveres que excedem o dever de prestação. Assim são os de esclarecimento, (informações sobre o uso do bem alie-

⁵¹ Eduardo de Oliveira Gouvêa, "Boa-fé objetiva e responsabilidade civil contratual - principais inovações", *Revista Forense* nº 369, p. 85 e ss.

⁵² Régis Fichtner Pereira, *A responsabilidade civil pré-contratual*, 2001, p. 84: "Se uma das partes agiu de determinada forma durante qualquer das fases do contrato, não é admissível que em momento posterior aja em total contradição com a sua própria conduta anterior. Sob o aspecto negativo, trata-se de proibir atitudes contraditórias da parte integrante de determinada relação jurídica. Sob o aspecto positivo, trata-se da exigência de atuação com coerência, uma vertente do imperativo de observar a palavra dada, contida na cláusula geral da boa-fé."

⁵³ Na doutrina estrangeira, v. Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Da boa-fé no direito civil*, 1997, p. 605 e ss.

*nado, capacitações e limites), de proteção (evitar situação de perigo), de conservação (coisa recebida para experiência), de lealdade (não exigir o cumprimento de contrato com insuportável perda de equivalência entre as prestações), de cooperação (prática dos atos necessários à realização dos fins plenos visados pela outra parte), dentre outros."*⁵⁴

A existência desses "deveres acessórios", como os deveres de informação e lealdade, liga-se, igualmente, à questão das expectativas, e visa a garantir que elas não sejam criadas quando não possam ser cumpridas⁵⁵.

Pois bem. Que efeito teria, então, a aplicação do princípio da boa-fé sobre as regras que impõem a observância de forma especial? Seria ele apto, observadas as circunstâncias fáticas do contrato, a afastar a pena de nulidade que incide sobre a preterição da forma legalmente prevista? Na doutrina, Pontes de Miranda é um dos únicos autores a cogitar da boa-fé quando trata das regras de forma, mas para afastar sua incidência com rigor:

*"As regras jurídicas sobre forma não podem ser ignoradas; quem as ignora, não se escusa pela ignorância, de modo que não se lhe há de admitir a boa-fé, nem o que invoca a nulidade do ato jurídico, em que figure, age contra a boa-fé nos negócios; nem há qualquer dever moral, menos ainda dever sem obrigação, em que se cumpra o ato jurídico com vício de forma."*⁵⁶

⁵⁴ Eduardo de Oliveira Gouvêa, "Boa-fé objetiva e responsabilidade civil contratual - principais inovações", *Revista Forense* nº 369, p. 84.

⁵⁵ Interessante aplicação do princípio da boa-fé pelos tribunais superiores é noticiada por Edilson Pereira Nobre Júnior, "O princípio da boa-fé e o novo código civil", *Revista Forense* nº 367, p. 79: "Sem embargo da pequena experiência na aplicação do princípio, o STJ, nos autos do REsp nº 264.562/SE, fornece-nos um bom exemplo. Confirmando julgado do Tribunal de Justiça do Sergipe, entendeu que, havendo as partes firmado contrato de seguro-saúde, cujo formulário de adesão é encimado pela expressão 'Plano de Assistência Médico Hospitalar (Cobertura Total)', não poderia ser tolerada, em cláusula contratual redigida com caracteres de pouca visibilidade, a estipulação de exceções, pena de afronta à boa-fé que, atuando na exegese do negócio jurídico, não permite que as aludidas expressões sejam compreendidas fora do seu significado comum, o qual servira de base para a aceitação dos aderentes".

⁵⁶ Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, tomo III, 2001, p. 391.

A realidade, todavia, não sustenta um rigorismo exacerbado acerca das normas que estabelecem a exigência de forma especial. Em qualquer sociedade, dependendo do nível sócio cultural das partes envolvidas em determinado negócio, o desconhecimento da exigência de forma especial pode ser mais do que escusável. E não só isso, a adoção da pena de nulidade sem maiores ponderações pode acabar por consagrar o aproveitamento da hipossuficiência da parte contratual mais fraca e frustrar legítimas expectativas que tenham decorrido da celebração do negócio jurídico.

De fato, a mitigação das regras de forma em face do princípio da boa-fé já vem sendo promovida pelos tribunais⁵⁷. Confira-se:

"Não subsiste a constrição judicial imposta sobre imóvel que pertencia à executada, mas que foi vendido anteriormente à constituição do débito e propositura da execução, ainda que inexistente a formalidade do registro, se há comprovação da operação de compra e venda, através de contrato particular. Aquisição sucessiva de boa-fé." (TJRS, AC 70000796987, Rel. Des. Fabianne Breton Baisch, j. 18.12.2001)

"Em razão da presumida boa-fé dos adquirentes, é admissível, quando preterida alguma formalidade no registro imobiliário, a adoção provisória da providência que se convencionou chamar de 'bloqueio administrativo', criação pretoriana tendente a amenizar os drásticos efeitos do cancelamento, inspirada no poder geral de cautela do juiz." (STJ, ROMS 15.315/SP, Rel. Min. Castro Filho, DJ 29.03.2004)

"Há de se prestigiar o terceiro possuidor e adquirente de boa-fé quando a penhora recair sobre imóvel objeto de execução não mais pertencente ao devedor, uma vez que houve a transferência, embora sem o rigor formal exigido." (STJ, REsp 173.417/MG, Rel. Min. José Delgado, DJ 26.10.98)

"A realidade das relações de comércio dos tempos atuais repudia os formalismos injustificáveis, instalando-se na boa-fé a

⁵⁷ No mesmo sentido, TJRS, AC 597264860, Rel. Des. Fabianne Breton Baisch, j. 16.05.2001; TJRS, AC 70002244879, Rel. Des. Roque Joaquim Volkweiss, j. 07.11.2001; STJ, REsp 230.257/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 13.03.2000.

'consagração do dever moral de não enganar a outrem'." (STJ, REsp 123.278, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 04.05.1998)

Com efeito, não parece condizente com a releitura constitucional do direito civil⁵⁸ a imposição da nulidade aos contratos que deixem de observar a forma prescrita em lei sem maiores ponderações sobre os interesses em jogo. Diante de interesses meramente patrimoniais, a regra do art. 166, IV do NCC deve ser ponderada com o princípio da boa-fé contratual à luz do caso concreto. Ou seja, dependendo do caso sob análise, poder-se-á identificar uma violação ao princípio da boa-fé por quebra das legítimas expectativas das partes contratantes (quando ambas desconheciam a existência de regra especial sobre forma), ou mesmo por abuso de direito na modalidade *tu quoque* (quando uma das partes conhece a regra de forma e conscientemente a viola com o objetivo de aproveitar-se da ignorância da parte alheia).

Note-se que não se pretende, aqui, defender que a classificação dos contratos em formais e/ou solenes seja inútil sob uma ótica civil-constitucional. A exigência de forma especial, como se viu, justifica-se em razão da finalidade de proteção de uma ou ambas as partes no negócio, particularmente quando os interesses envolvidos sejam não-patrimoniais⁵⁹. O que se defende, em conclusão, é que quando a forma especial seja exigida em face de interesses meramente patrimoniais, como os relativos a negociações imobiliárias, a sanção de nulidade por sua preterição deva ser ponderada, em face do caso concreto, com o princípio da boa-fé objetiva, para melhor salvaguarda dos interesses envolvidos. ☐

⁵⁸ Gustavo Tepedino, "Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil", in *Temas de Direito Civil*, 1999, p. 1/22.

⁵⁹ Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1999, itens 180 a 183, p. 293.

Responsabilidade por Obrigações e Dívidas da Sociedade Empresária na Recuperação Extrajudicial, na Recuperação Judicial e na Falência

Jorge Lobo

Procurador, Advogado e Professor da EMERJ.

I - DIREITO DA ECONOMIA

1. O Direito Comercial, codificado, no começo do século XIX sob a inspiração das idéias de Grocio, Locke, Rousseau e outros e do Direito Natural racionalista, que fez do homem titular de direitos pessoais, intangíveis e inalienáveis, primava pelo caráter eminentemente liberal e individualista, alicerçado nos princípios da liberdade (de contratar) e da igualdade (ainda que meramente formal), era considerado um direito especial em relação ao Direito Civil, parte, portanto, do Direito Privado, embora com metodologia e técnica próprias, oriundas da *aequitas mercatoria*¹.

2. Na Europa, a partir do término da 1ª Guerra Mundial, nos EUA, com o *crash* da Bolsa de Nova York, e, no Brasil, sob o comando do

¹ A *aequitas mercatoria* era um processo rápido, simples e econômico, consoante as regras da verdade sabida e da boa-fé, presidido por juízes experientes em negócios.

1º Governo Militar, contudo, o Direito Comercial experimentou uma revolucionária transformação, eis que o Estado passou a intervir no funcionamento do mercado, quer como agente da atividade econômica, quer como órgão regulador.

3. A propósito do assunto, Orlando Gomes, ao discorrer sobre "aspectos do dirigismo econômico" e das "mudanças na estrutura política, na constituição econômica e na experiência jurídica", ensina, com maestria: "na área econômica, a mudança capital deu-se pela substituição da economia liberal pela economia dirigida. Implicou essa mudança a limitação do conteúdo do princípio básico da constituição econômica: a liberdade de iniciativa. A modificação verificou-se em dois sentidos: (1º) a atividade econômica dos particulares passou a ser limitada, fiscalizada e controlada pelo Estado (intervencionismo estatal); (2º) as pessoas de direito público entregaram-se ao exercício de atividades econômicas e o Estado se tornou empresário"².

4. Por isso, pode-se dividir o Direito Comercial em três ciclos ou fases, o da pré-codificação, o da codificação e o da pós-codificação, havendo imperado, nos dois primeiros, com ou sem "lei escrita", o princípio da livre iniciativa e, no terceiro, o princípio do dirigismo econômico, daí falar-se, cada vez mais, em *publicização do Direito Comercial*³, que eu prefiro denominar de *transformação do Direito Comercial em Direito da Economia*⁴.

5. A "Recuperação Judicial da Empresa" é um instituto do Direito da Economia⁵, que se pauta pela *idéia de eficácia técnica* e não pela *idéia de justiça*, o que salta aos olhos quando se examina o tema

² Orlando Gomes e Antunes Varela. **Direito Econômico**, São Paulo: Ed. Saraiva, 1977, p. 54.

³ Bruno Nubens Barbosa Miragem. "Do Direito Comercial ao Direito Empresarial - Formação histórica e tendências do direito brasileiro". **Revista de Direito Privado**, nº 17, Ano 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 2004, p. 75.

⁴ Sobre as diferentes teorias quanto ao Direito Econômico e seus defensores, leia-se Modesto Carvalhosa, **Direito Econômico**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

⁵ Conforme sustentei no artigo "Recuperação judicial da empresa" in **Recuperação de empresas - Uma múltipla visão da nova lei**. Coordenado por Fátima Bayma de Oliveira. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

"responsabilidade por obrigações e dívidas da sociedade empresária na recuperação extrajudicial, na recuperação judicial e na falência", eis que o Estado, no exercício pleno de seu poder de dispor e regular a atividade econômica do particular, em especial das sociedades empresárias em estado de crise, lança mão de *normas de política legislativa* que visam atender precipuamente aos interesses sociais, ainda que, por vezes, em detrimento de direitos individuais, inalienáveis e intangíveis.

II - DISTINÇÃO ENTRE SOCIEDADE E EMPRESA NA DOCTRINA E NA LRF

A - Na doutrina

6. Em alentado e excelente estudo⁶, Jean Paillusseau, no capítulo dedicado "às dificuldades da percepção da empresa"⁷, após exclamar: "nada é mais desconcertante do que falar da empresa"⁸, afirma que a noção de "empresa está obscurecida e deformada por análises filosóficas, visões ideológicas e discussões políticas"⁹ e, creio poder acrescentar com segurança, por dúvidas e controvérsias quanto à sua *natureza jurídica*.

7. A propósito desse intrincado e polêmico tema, a doutrina, pátria e alienígena, divide-se, fundamentalmente, em três correntes¹⁰: a subjetivista ou personalista, a objetivista ou materialista e a unitária¹¹.

⁶ "Qu'est-ce que l'entreprise?", in *L'entreprise: nouveaux apports*, Ed. Economica, 1987, p. 11 a 87.

⁷ Ob. cit., p. 11.

⁸ Loc. cit.

⁹ Idem, p. 12.

¹⁰ Sobre o assunto, meu estudo "A Empresa: novo instituto jurídico", in *Revista da EMERJ*, nº 17, p. 94-110; na França, Claude Champaud, "Prospective de l'entreprise", in *Connaissance politique, L'entreprise*, Dalloz, fev. 1983, p. 8 e segs.; na Itália, Ravà, "Il sistema del diritto civile di fronte all'azienda", *Riv. Dir. Com.*, 1970, I, p. 1 e segs., e nos *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, Nápoles, 1972, v. IV, p. 81.

¹¹ Há, ainda, os que pensam que a empresa não é nem sujeito, nem objeto de direito, mas um simples fato. Eis a lição de Barbero: "Pode parecer curioso que o Código fale de empresa, mas, não a defina, e, ao invés, defina o 'empresário'. Isso, entretanto, é significativo: não é uma extravagância, mas, um produto espontâneo da natureza das coisas. (...) A empresa 'não existe', mas, 'se exerce', não é 'um ser' nem sujeito, nem objeto, mas, 'um fato'; que é, o que existe, são 'o empresário', como sujeito, e o 'estabelecimento' como objeto. O exercício que o 'empresário' faz do estabelecimento constitui exatamente a 'empresa'" (*apud* Waldirio Bulgarelli. *A teoria jurídica da empresa*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p. 143).

8. Para os subjetivistas, a empresa é sujeito de direito, decorrência natural e necessária de sua personificação, titular de direitos, interesses e obrigações próprios, distintos e autônomos dos de seus sócios.

9. Para os objetivistas, a empresa é objeto de direito, pois ela consiste apenas na afetação de certos bens e direitos, de propriedade de uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas, a determinada atividade organizada dos fatores de produção, não existindo nem ativa, nem passivamente, não respondendo nem por obrigações, nem dívidas, por carecer de personalidade jurídica.

10. A propósito, na monografia "Cessão da Empresa"¹², Jean Paillusseau, Jean-Jacques Caussein, Henry Lazarski e Philippe Peymaure doutrinam: "A empresa não tem personalidade moral, ela não é uma pessoa jurídica. A própria noção de empresa não é uma noção jurídica. A empresa pertence ao domínio das realidades econômicas e sociais. A simples observação da empresas demonstra que a empresa é: 1. uma atividade econômica; 2. um conjunto de meios afetados à atividade; 3. uma organização; 4. uma comunidade humana organizada; 5. um centro de decisão e de poder; 6. um 'acionariado'; 7. um centro de interesses; 8. um objeto de organização jurídica"¹³.

11. Para os unitaristas, há equiparação entre sociedade e empresa¹⁴.

B - Na Lei nº 11.101, de 2005

12. Entre as inúmeras inovações da LRF, destaca-se a nítida distinção entre sociedade e empresa, pois, para a LRF:

¹² *Cession d'entreprise*. Paris: Dalloz, 1999, 4e ed.

¹³ "L'entreprise n'a pas la personnalité morale, elle n'est donc pas une personne juridique. La notion même d'entreprise n'est pas une notion juridique. L'entreprise appartient au domaine des réalités économiques et sociales (...)

"La simple observation des entreprises montre que l'entreprise est: 1. - Une activité économique; 2. - Un ensemble de moyens affectés à l'activité; 3. - Une organisation; 4. - Une communauté humaine organisée; 5. - Un centre de décisions et de pouvoir; 6. - Un 'actionariat'; 7. - Un centre d'intérêts; 8. - Un objet d'organisation juridique" (ob. cit., p. 1-2).

¹⁴ Como, por exemplo, sustenta Philippe de la Chapelle, *L'évaluation des entreprises* (Paris: Economica, 2004, 2e éd., p. 14). Para o ínclito Waldrírio Bulgarelli, "o novo Código Civil (...) suprimiu o dualismo comerciante-empresário, distinguindo unicamente entre os sujeitos de Direito aqueles que são empresários daqueles que não são" (ob. cit., p. 84).

- (a) a sociedade é ser; a empresa, atividade produtiva economicamente organizada;
- (b) a sociedade é sujeito de direito; a empresa, objeto de direito;
- (c) a sociedade é ficção jurídica; a empresa, realidade social;
- (d) a sociedade é forma¹⁵; a empresa, conteúdo;
- (e) a sociedade é instituto jurídico; a empresa, fenômeno econômico;
- (f) a sociedade alicerça-se na teoria do contrato plurilateral; a empresa, na teoria da organização¹⁶;
- (g) a sociedade é a personificação da empresa; a empresa, a concretude da sociedade.

13. A distinção entre sociedade e empresa começa no artigo 47, o primeiro do Capítulo III da LRF, ao ficar patente que o *objeto* da ação de recuperação judicial é "viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor", *rectius*, da sociedade¹⁷; a *finalidade imediata*, "permitir a manutenção da fonte produtiva", *rectius*, da empresa, e a *finalidade mediata*, promover a "preservação da empresa e sua função social".

14. E prossegue no art. 50, quando ora usa a palavra sociedade, expressa ou implicitamente, conforme se verifica dos incisos II, que regula a "cisão, incorporação e fusão da *sociedade*"; III, que cuida da "alteração do *controle societário*", e VI, que prevê "aumento do *capital social*"; ora o vocábulo empresa, consoante o inciso XIII, que versa sobre o "usufruto da empresa", para completar-se no Capítulo V, que disciplina a falência do devedor, em especial na Seção XI, arts. 140 e 141, que contêm a palavra *empresa* três vezes, e, ainda, nos arts. 142, § 1º, e 145, § 2º.

¹⁵ Para Mossa, "a sociedade não é senão uma organização formal da empresa" (*Società per azioni*, Pádua, 1957, p. 68 e segs., *apud* Fabio Konder Comparato, *Aspectos Jurídicos da Macroempresa*, Revista dos Tribunais, 1970, p. 57).

¹⁶ Confira-se na excelente monografia de Bulgarelli, *A Teoria Jurídica da Empresa* cit., p. 123 e segs.

¹⁷ Conforme se verifica do art. 1º da LRF, a palavra devedor engloba a expressão "sociedade empresária" e o vocábulo "empresário".

III - EMPRESA, ESTABELECIMENTO, FILIAL E UNIDADE PRODUTIVA

A - Na Lei nº 11.101, de 2005

15. A LRF, em quatro artigos, calcada no perfil patrimonial da empresa, trata de estabelecimento (art. 50, VII, e art. 140, I e III), filial (art. 60, *caput*, art. 140, II, e 141) e unidade produtiva (art. 60, *caput*, e art. 140, II).

16. Da leitura desses artigos e incisos, constata-se que, para a LRF, a empresa pode ser:

- (a) um todo único (art. 50, XIII, e 141, *caput*);
- (b) formada por um ou mais estabelecimentos (art. 140, I);
- (c) constituída por uma ou mais filiais (art. 60, *caput*, 140, II, e 141, *caput*) e
- (d) composta por uma ou mais unidades produtivas (art. 60, *caput*, e 140, II).

17. Verifica-se, ademais, que a LRF permite:

- (a) o usufruto e a alienação da empresa como um todo único (arts. 50, XIII, e 141, *caput*);
- (b) a alienação da empresa com a venda de seus estabelecimentos em bloco (art. 140, I);
- (c) a alienação da empresa com a venda isoladamente de suas filiais ou unidades produtivas (art. 140, II) e
- (d) a alienação de filiais ou de unidades produtivas isoladas (art. 60, *caput*), segundo as normas do art. 142, desde que previsto o "trespasse de estabelecimento" (arts. 50, VII, c/c. art. 60, *caput*) no plano de recuperação, aprovado pela assembléia geral de credores e homologado pelo juízo.

B - No Código Civil e na Doutrina

(a) Conceito de empresa

18. A empresa, ensinou Asquini, ao profligar o conceito jurídico unitário de Vivante, é um fenômeno poliédrico com quatro perfis: o subjetivo (a empresa como propulsora da atividade econômica, isto é, a

empresa como empresário); o funcional (a empresa como organização produtiva); o patrimonial (a empresa com seu próprio patrimônio, composto por um ou mais estabelecimentos) e o corporativo (a empresa como a união entre o empresário, titular da empresa, e seus colaboradores)¹⁸.

(b) Conceito de estabelecimento

19. Como já acentuei, "o art. 60, *caput*, da LRF, sob a denominação 'alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor', trata, em verdade, do decantado 'trespasse de estabelecimento empresarial'¹⁹, cabendo destacar que a LRF peca, às vezes, por desprezar vocábulos e expressões consagradas²⁰, como ocorre, *in casu*, ao empregar a palavra 'filiais' e a expressão 'unidades produtivas isoladas' ao invés do clássico 'estabelecimento', hoje, inclusive, objeto de minuciosa disciplina no Código Civil, arts. 1.142 e segs."

20. *Ex vi* do art. 1.142, do Código Civil, estabelecimento é "*todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária*", vale dizer, é uma "*universitas* ou, mais precisamente, uma *universitas facti*, portanto um 'conjunto de objetos de direito'²¹, composto de coisas corpóreas (bens imóveis, móveis e semoventes) e incorpóreas (nome empresarial, insígnias, marcas, patentes de invenção, *know how*, aviamento, etc.)", ou, como elucidada Oscar Barreto Filho, ao discriminar "os elementos imateriais' do estabelecimento: (...): 1º, os sinais distintivos: o nome comercial objetivo; o título e a insígnia do estabelecimento; as marcas de indústria, de comércio e de serviço; a expressão ou sinal de propaganda; 2º, as recompensas industriais; 3º, os privilégios industriais: as patentes de invenção; os modelos e desenhos industriais;

¹⁸ Desenvolvi o tema no meu livro *Sociedade Limitada*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, 1ª ed., v. I, p. 20 a 30.

¹⁹ Meus comentários ao art. 60, da LRF, na obra coordenada por Paulo F. C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão, *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 160-163

²⁰ Por exemplo, entre outros, no art. 47, ao substituir "estado de crise econômico-financeira", de uso corrente no país e no exterior, por "situação de crise econômico-financeira".

²¹ Oscar Barreto Filho, *Teoria do Estabelecimento Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1988, 2a ed., p. 45, nº 31.

4º, as obras literárias, artísticas ou científicas; 5º, o ponto ou local de negócio; 6º, os serviços do pessoal; 7º, a clientela ou freguesia", lecionando, ainda, que "essa enumeração não é limitativa, pois inclui apenas os institutos mais característicos, que são regulados de modo especial pela lei comercial, e se encontram presentes com maior frequência no estabelecimento; não foram arroladas, por exemplo, as concessões de serviços públicos, as autorizações administrativas, etc., que também representam valores econômicos"²², que mantêm, entre si, uma "relação funcional de complementaridade ou interdependência"²³.

(c) Conceito de filial e unidade produtiva

21. O Código Civil, no Livro II da Parte Especial, que tem como epígrafe "Do direito da Empresa", não faz nenhuma referência a "unidade produtiva", mas apenas a "filial", "agência" e "sucursal" (arts. 969 e 1.152, § 2º), espécies do gênero "estabelecimento", disciplinado, exaustivamente, repito, nos arts. 1.142 a 1.149, razão pela qual o conceito jurídico de estabelecimento do art. 1.142 do Código Civil, com os supedâneos ministrados pela doutrina, deve ser utilizado para definir "filial" e "unidade produtiva", e o sentido e alcance das normas da LRF que delas se ocupam.

IV - RESPONSABILIDADE POR OBRIGAÇÕES E DÍVIDAS DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA

A - Na recuperação extrajudicial

22. A alienação de empresa, de estabelecimento, de filial e de unidade produtiva, seja a venda conjunta ou separada, sujeita o adquirente às normas do Código Civil (art. 1146), da CLT (arts. 10 e 448) e do CTN (art. 133).

B - Na Recuperação Judicial

(a) Alienação de empresa

23. A LRF não trata da alienação extrajudicial ou judicial da empresa no processo de recuperação judicial, devendo, em conseqüên-

²² Ob. cit., p. 158, nº 120

²³ Idem, p. 100, nº 75

cia, aplicar-se a ambas as hipóteses, quando se tratar de obrigações e dívidas em geral, o regime instituído pelo Código Civil no art. 1.146²⁴; quando versar sobre dívidas trabalhistas, os arts. 10 e 448, da CLT, e sobre dívidas fiscais, o art. 133, do CTN.

(b) Alienação de estabelecimento, filial e unidade produtiva

(i) Alienação extrajudicial

24. Durante o processo de recuperação judicial, antes ou após a aprovação do plano de reestruturação, o devedor pode alienar, *extrajudicialmente*, estabelecimento(s), filial(ais) e unidade(s) produtiva(s), devendo, para tanto, na forma do art. 56, da LRF, pedir autorização ao juízo.

25. Efetivada a alienação extrajudicial, *ex vi* do art. 1146, do Código Civil:

(a) o adquirente responde por todas as obrigações e dívidas, de toda e qualquer natureza e espécie, vencidas e vincendas, contabilizadas nos livros da matriz ou nos livros do estabelecimento, da filial e da unidade produtiva, quando descentralizados os lançamentos contábeis;

(b) o alienante responde solidariamente com o adquirente, pelo prazo de um ano: quanto aos créditos vencidos, da publicação do contrato de venda na imprensa oficial (arts. 1146 c/c. 1144²⁵, do CC); quanto aos créditos vincendos, da data do vencimento;

(c) o empregado, esteja ou não contabilizado o seu crédito, pode ajuizar reclamação trabalhista contra o alienante, o adquirente ou ambos²⁶;

²⁴ Sobre o tema, discorrerei, minuciosamente, no item 25 infra.

²⁵ "Art. 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial".

²⁶ Arts. 10 e 448, da CLT: "Art. 10 - Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados."

"Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados".

(d) o adquirente de estabelecimento, filial e unidade produtiva, que continuar a exploração de atividade, sob a mesma firma social ou denominação ou em nome individual, responde integralmente pelas dívidas fiscais do alienante até a data da venda se esta cessar a exploração da atividade e subsidiariamente com o alienante se este prosseguir na exploração de atividade ou iniciativa, dentro de seis meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ramo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão (art. 133, do CTN).

(ii) *Alienação judicial*

26. A partir da dicotomia entre sociedade - *uma realidade jurídica* - e empresa - *uma realidade econômica e social* - e do perfil patrimonial preconizada na definição de Asquini e com a finalidade de preservar a empresa ou uma ou mais de suas partes integrantes, por ela denominadas *estabelecimento, filial e unidade produtiva*, a LRF institui *privilégios* para beneficiar o adquirente através de *normas excepcionais*, que não admitem, por conseguinte, *interpretação analógica* ou *extensiva*, como veremos a seguir.

27. A alienação ou trespasse judicial de estabelecimento, de filial e de unidade produtiva, se realizado durante o processo de recuperação em fiel observância à norma excepcional do art. 60, da LRF, e das regras cogentes do art. 142, da LRF, livra o adquirente de ônus, gravames, obrigações e dívidas, vencidas e vincendas, contabilizadas nos livros da matriz ou de estabelecimento, de filial e de unidade produtiva, inclusive as de natureza tributária e trabalhista.

28. Anote-se, por oportuno, que, em virtude de os créditos tributários não estarem sujeitos à ação de recuperação judicial e, portanto, não sofrerem os efeitos da sentença homologatória do plano de recuperação (art. 59, *caput*, da LRF), fez-se mister deixar patente, no parágrafo único, do art. 60, da LRF, e repeti-lo na LC 118/05, que alterou o art. 133, do CTN, que o adquirente de estabelecimento empresarial não responde pelas obrigações tributárias do devedor, não tendo havido necessidade de mencionar-se as de natureza tra-

balhista eis que os empregados e ex-empregados são sujeitos passivos da ação de recuperação judicial da sociedade empresária.

29. Por conseguinte, verificando-se: (1º.) tratar-se de alienação de estabelecimento, filial ou unidade produtiva; (2º.) estar a alienação prevista no plano de recuperação; (3º.) ter sido o plano aprovado pela assembléia geral de credores e homologado pelo juízo, e (4º.) haver sido observado o princípio da legalidade formal, ínsito no art. 142, da LRF, o adquirente não responde por ônus, gravames, obrigações e dívidas, vencidas e vincendas, do vendedor.

30. Todavia, se qualquer desses requisitos não houver sido preenchido, como, por exemplo, se a alienação não tiver sido de estabelecimento, mas da empresa, de seu *core business*, ou se a aprovação do plano de recuperação contiver vícios formais e/ou materiais, ou se houver sido preterida qualquer das formalidades essenciais do art. 142, em especial as prescritas no § 1º, do art. 142, da LRF, há sucessão universal, e deve aplicar-se, quando se tratar de obrigações e dívidas em geral, o regime instituído pelo art. 1146, do Código Civil; quando versar sobre obrigações tributárias, o art. 133, do Código Tributário Nacional, e sobre obrigações trabalhistas, os arts. 10 e 448, da Consolidação das Leis do Trabalho.

31. A razão, frise-se, é simples e decorre de consagrado cânone de hermenêutica jurídica: as disposições excepcionais, que criam privilégio - como o do parágrafo único, do art. 60, da LRF -, interpretam-se restritivamente desde os romanos, que ensinaram há milênios: - "*exceptiones sunt strictissimae interpretationis*" ("interpretam-se as exceções estritissimamente").

32. Ressalte-se, ademais, que, caso o objeto da alienação judicial esteja gravado com ônus reais, o devedor será obrigado a substituir a garantia, com a concordância do credor (art. 50, § 1º, da LRF), a fim de que o arrematante, pago o preço, o receba livre e desembaraçado.

33. Observe-se, outrossim, por derradeiro, que só *não* haverá sucessão tributária se o devedor houver cumprido à risca o que dispõe o art. 57, da LRF²⁷, pois o art. 60, parágrafo único, da LRF, pressupõe que o devedor não tenha dívida tributária, prova que deve produzir com a juntada de certidões negativas, nos termos dos arts. 151, 205 e 206, do CTN.

C - Na Falência

34. Ao disciplinar a realização do ativo da sociedade empresária falida, a LRF, com a finalidade de garantir a unidade da empresa e evitar a perda de valor, prevê duas modalidades de alienação:

(a) *"a alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco"* (art. 140, I), e

(b) *"a alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente"* (art. 140, II).

35. *Ex vi* do art. 141, II, da LRF, a alienação de empresa como um todo único (art. 141, *caput*); a alienação de empresa formada por um ou mais estabelecimentos (art. 140, I) e a alienação de empresa constituída por uma ou mais filiais ou unidades produtivas (art. 140, II), sejam as alienações realizadas em conjunto ou separadamente (art. 140, I e II, *c/c*, 141, *caput*), livra o adquirente de qualquer ônus ou gravame e de qualquer obrigação e dívida da sociedade falida, "inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidente de trabalho"²⁸, salvo se "o arrematante for sócio da sociedade falida, ou sociedade controlada pelo falido; parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consangüíneo ou afim, do falido ou de sócio da sociedade falida; ou identificado como agente do falido com o objetivo de fraudar a su-

²⁷ "Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembléia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional".

²⁸ Atente-se para o disposto no § 2º, do art. 141, da LRF, *verbis*: "Empregados do devedor contratados pelo arrematante serão admitidos mediante novos contratos de trabalho e o arrematante não responde por obrigações decorrentes do contrato anterior". Por conseguinte, o adquirente, mesmo contratando empregados da sociedade falida, não responde por obrigações e dívidas decorrentes do contrato de trabalho anterior.

cessão" (art. 141, § 1º), ficando os credores sub-rogados no produto da realização do ativo (art. 141, I), de acordo com a ordem de preferência do art. 83, da LRF.

V - RESUMO

36. Em resumo, conclui-se que:

(1º) O adquirente não é responsável pelas obrigações e dívidas da sociedade quando houver alienação judicial de empresa, estabelecimento, filial ou unidade produtiva:

- (a) na recuperação judicial, se a alienação estiver prevista no plano de recuperação (art. 60, parágrafo único da LRF), e*
- (b) na falência (art. 141, II da LRF);*

(2º) O adquirente é responsável pelas obrigações e dívidas da sociedade quando houver alienação de empresa, estabelecimento, filial ou unidade produtiva (arts. 1.146 do CC, 10 e 448 da CLT e 133 do CTN):

- (a) na recuperação extrajudicial;*
- (b) na recuperação judicial, quando a venda for extrajudicial, ou, se judicial, não tiver sido prevista no plano de recuperação ou não observar os arts. 60 e 142 da LRF, e*
- (c) na falência, nas hipóteses do art. 141, § 1º, da LRF.☐*

Lesão Contratual: Uma Breve Abordagem

Paulo Roberto Sampaio Jangutta
*Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro e
Mestre em Direito pela Universidade Gama
Filho.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste em abordagem acerca do instituto da lesão contratual, avaliada em um primeiro momento sob o enfoque histórico-evolutivo, para, logo após, ser retratada nos dias atuais, quando a função econômica do contrato fez com que este instrumento se difundisse por todas as nações do mundo e se transformasse na mola mestra da evolução das sociedades; dando azo, entretanto, a que algumas avenças contratuais se tornassem desequilibradas e ensejassem a lesão contratual.

Não se concebe mais que um contrato seja injusto para uma das partes que a ele se vinculam. Toda e qualquer sociedade democrática, sobretudo aquelas em que se adota como filosofia política o liberalismo econômico ou o socialismo, repugna o lucro fácil e a injustiça. O contrato, como instrumento de vinculação entre as pessoas, deve ser estipulado num ambiente de equilíbrio, para que não venha a se constituir em castigo para um dos contratantes.

Cada vez mais a autonomia da vontade de contratar é abrandada por razões de justiça. O contrato não pode se tornar fonte de dominação do homem por seu semelhante. Razões de ordem moral, econômica e social indicam o limite da vinculação.

Quando o negócio jurídico nasce desproporcional, injusto ou desequilibrado, ele pode vir a ser invalidado por motivo de lesão contratual.

Assim, o milenário¹ instituto da lesão tende, à medida em que os povos evoluem em cultura e espírito, a receber cada vez mais credibilidade da doutrina civilista, de modo que sua aplicação torne a relação contratual mais justa e equânime.

Na mesma linha evolucionária e fruto do sinal dos tempos, veio a lume em nossa sociedade o Código de Defesa do Consumidor, texto de lei tendente a apaziguar as diferenças e desequilíbrios existentes nas relações contratuais privadas de natureza consumerista.

DA ABORDAGEM HISTÓRICA

A teoria da lesão contratual foi estudada de forma bastante abrangente por Caio Mário². O autor faz um apanhado histórico, noticiando que o instituto remonta ao direito romano, de cuja fonte partiu basicamente seu estudo. Segundo o notável civilista, sobre o brocardo latino *neminem laedere* é que se construíram as bases da teoria da lesão contratual. A partir daí, evoluíram os negócios jurídicos até se alcançar o instituto da *restitutio in integrum*, consistente na reposição das partes ao *status quo ante*, quando houvesse mudança no estado de direito que fosse contrário à regra da equidade. A *restitutio in integrum* possuía quatro requisitos fundamentais: que o ato fosse suscetível de ser atacado; a existência da efetiva lesão; que a causa fosse justa; e a inexistência de outro meio eficaz para reparação ou prevenção do mal. Além disso, para se obter a restituição integral era necessário o fundamento em causa de menoridade, violência, dolo, fraude, erro, e a *capitis deminutio do devedor*. Note-se, nesse ponto, a similitude existente entre o instituto romano da *restitutio in integrum* e a contemporânea "lesão contratual". Ambos atacam o ato com base na equidade, já que necessariamente uma das partes sofre a *capitis deminutio*.

O instituto da lesão emana de dois fragmentos do Código Justiniano, que teriam sido editados no terceiro século da era cristã. Naquela época, a sociedade romana encontrava-se dividida em três

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 213.

² Ob. Cit

classes: a dos abastados (*potentes* ou *potentiores*); a dos miseráveis (*infini* ou *humiliores*); e a media (*mediocres*). Os *potentiores*, que eram socialmente prestigiados, dominavam os *infini*, comprando a propriedade destes por preço vil. Dessa forma, em princípio, nada poderia ser feito pelos *infini*, se valessem tão-somente os princípios clássicos do direito civil consagrados à época. Por causa de distorções sociais como essas é que a constituição romana de 285 dC, fortalecida pela de 294 dC, teria consagrado a rescisão do contrato por lesão, também chamada à época de *laesio enormis*, que, uma vez constatada, ensejava duas alternativas para o lesado: o desfazimento do negócio ou o abatimento do preço³. Se a opção fosse de desfazimento do negócio, menciona o pandectista Van Wetter⁴, à luz do Digesto - Liv. XXII, Tít. I, Lei 34-, o vendedor deveria restituir o preço recebido acrescido de juros que seriam computados do dia do recebimento. Já para Maynz, também citado por Caio Mário⁵, o comprador ainda teria o direito de ser indenizado pelas benfeitorias úteis e necessárias.

Havia divergência em torno da aplicação da rescisão. Para alguns pandectistas (Maynz), só se aplicava à compra e venda; para outros (Arndts), poderia ser invocada a questão em qualquer contrato sinalagmático⁶. Era, como atualmente também é, consensual a não aplicação em contratos aleatórios. Afastava-se do âmbito da rescisão lesionária as vendas graciosas, quando o alienante conhecia o valor do objeto e, não obstante, dele dispunha a preço vil, sem se mover pela necessidade, mas animado pela intenção de beneficiar o adquirente.

Na idade média, foi reduzida a hipótese de incidência do instituto da lesão à compra e venda de imóveis⁷. É que, além da rudeza dos povos bárbaros, o homem concedia extremo valor à terra. Eram freqüentes os contratos de arrendamento e enfiteuse, além, é claro, da compra e venda.

Acentua Caio Mário que, apesar de oscilações e divergências,

³ Ob. Cit.

⁴ VAN WETTER, "P. Pandectes": Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1910.

⁵ Ob. Cit.

⁶ Ob. Cit.

⁷ Ob. Cit.

houve enorme evolução no estudo e aplicação da lesão no período medieval. Nessa época foi introduzido o fator dolo *in re ipsa* nos contratos de compra e venda em que restasse caracterizada diferença entre o preço e o valor. Ainda naquele período, foi no direito canônico, através de Santo Tomás de Aquino, que se ampliou a incidência da denominada lesão enorme.⁸ Aliás, a doutrina canônica, em alguns casos como a usura, foi radical, pois chegou a denominar como pecado contra a justiça a estipulação do mútuo de dinheiro ou coisa consumível pelo uso. Note-se a existência, na idade média, de uma simultânea aplicação do direito civil e canônico.

Para Pothier⁹, um dos autores do Código Civil Francês, a lesão era considerada um vício objetivo do contrato, afastando-se o aspecto subjetivo do dolo. Para ele, ainda que ausente o *animus* de ludibriar, bastava a iniquidade para restar caracterizada a lesão.

No direito comparado, mais precisamente na França, inicialmente os ideais revolucionários tomaram conta daquela sociedade. A simples cogitação de o Estado intervir nas relações contratuais particulares era vista como uma afronta aos direitos individuais. Posteriormente, após longos anos de não intervenção, o Projeto do Código Civil Francês fez nascer intensa discussão em torno do instituto da lesão. Prevaleceu a vontade do Imperador (Napoleão Bonaparte), no sentido de só existir o instituto da lesão em relação aos negócios imobiliários. Veio, então, o Código Civil francês a adotar a possibilidade de rescisão nos contratos lesivos, inserindo-a entre os vícios do consentimento.

Na Itália, conforme assinala Roberto de Ruggiero¹⁰, o instituto da lesão foi acolhido pelo direito civil daquele país, que a ele concedeu a ação *ultra dimidium* e proibiu qualquer renúncia preventiva, ainda que se tratasse de doação, inserindo o instituto em um princípio de ordem pública, haja vista que aquele sistema parte da premissa de que a vontade do vendedor está coagida pelas forças da necessidade. Este é o motivo que impede o comprador, no direito

⁸ Ob. Cit.

⁹ POTHIER, *Tratado das obrigações pessoais e recíprocas*, Garnier, Rio, 1906.

¹⁰ RUGGIERO, Roberto. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1971/1973, p. 248.

italiano, de ingressar com a mesma ação por "lesão enorme" quando tiver adquirido por mais do dobro do justo valor (Art. 1.536 do C.C. italiano). Não pode valer-se da ação também o vendedor quando se trate de venda em hasta pública ou de venda aleatória, como a de uma propriedade onerada com usufruto por tempo indeterminado (Art. 1.448 do referido Código). Segundo Ruggiero, por seu caráter excepcional, a ação *ultra dimidium* se submete a certos requisitos e termos, tais como: a fundamentação em fatos verossímeis e graves, que façam presumir a lesão (Art. 1.532 do C.C. italiano); a prova é legal e pré-determinada - consistente em perícia; somente, e de forma subsidiária, a prova testemunhal é admitida; a ação sujeita-se a prazo prescricional de dois anos, e o lapso corre contra ausentes e menores; o comprador tem a opção de obter a restituição da coisa ou complementar o justo preço.

O Código Civil espanhol, de 1889, regula o instituto da lesão, distinguindo-o da nulidade. Segundo aquele texto de lei, a lesão está ligada à equidade, enquanto a nulidade à falta de requisitos necessários à formação do negócio.

Na América Latina, o Chile adota a rescisão por lesão quando a desproporção for maior que a metade do preço da coisa. Uruguai e Argentina não admitem a aplicação do instituto. O Código Uruguai chega ao ponto de expressamente rechaçar a lesão como causa de rescisão contratual.

Notícia Caio Mario¹¹ que no direito anglo-americano a lesão está ligada à ação, voltando-se à causa do ato à noção de comutatividade. Lá, a lealdade do ato deve ser provada por todo aquele que negocie com um analfabeto ou que se encontre em profundo estado de pobreza.

O Código Civil alemão prevê a lesão como causa de rescisão contratual, declarando nula a avença proveniente de necessidade, imprudência ou falta de esperteza. A mesma aplicação faz o Código Suíço.

Na Rússia, abrangida pela antiga União Soviética, o instituto da lesão está inserido na teoria geral dos atos jurídicos. Confere-se

¹¹ Ob. Cit.

aos Tribunais a faculdade de declarar nulo determinado ato ou fazer cessar seus efeitos quando prejudiciais.

No Brasil, as Ordenações Manoelinas, Afonsinas e Filipinas, notadamente estas últimas, acolheram o instituto da lesão, ampliando, inclusive, seu âmbito de abrangência para os demais contratos reais, além dos imobiliários. Outro aspecto em que as Ordenações dilargaram a incidência da ação de lesão foi no tocante à legitimidade não só do vendedor, mas também do comprador. Releva notar que se podia renunciar ao direito de ação.

Lembra Caio Mário¹² que a doutrina portuguesa soube distinguir a ação de lesão da de nulidade. Presumia-se na primeira hipótese (de lesão) a validade do negócio, que na realidade era desequilibrado quando se constituísse em mais da metade do justo preço; na nulidade, entendia-se ser o contrato inválido e inábil à transferência de domínio. Noticia ainda o civilista que as Ordenações reconheceram duas espécies de lesão, a lesão enorme e a enormíssima. Lesão enorme seria a representada por mais da metade do justo preço; a enormíssima caracterizava-se quando alguém recebesse a terça parte do justo valor da coisa.

O prazo prescricional conferido pelas Ordenações ao lesado era de quinze anos, contados da celebração do contrato. Para a lesão enormíssima, no entanto, o prazo era de trinta anos, conforme assinala Caio Mario, citando Phebo.¹³

A LESÃO NOS TEMPOS ATUAIS

O Código Comercial de 1850 aboliu o instituto da lesão da esfera mercante, pois, segundo J.X. Carvalho de Mendonça¹⁴, o preço deve ser real, efetivo e sério; mas não é impositivo que seja justo. Caio Mário lembra que é da essência do ato comercial a especulação com vistas ao lucro. A possibilidade de se discutir o negócio abalaria a segurança da vida mercantil. No mesmo sentido caminhou o Código Civil/1916, cujo autor do projeto (Clóvis Beviláqua)

¹² Ob.Cit.

¹³ Ob.Cit.

¹⁴ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X., *Tratado de Direito Comercial*, v. VI, 2a parte, n.623.

resolveu abolir de vez o instituto, sob o argumento de que os códigos modernos, da época, não mais contemplavam o instituto, por razões de segurança e estabilidade das transações.

Acerca da moral, enquanto fundamento da rescisão lesionária, ressalta Caio Mário que nos tempos atuais o direito não se contenta mais com uma mera atitude passiva por parte de um dos contratantes, no sentido de que bastaria a ausência da vontade de prejudicar. A exigência vai além e impõe uma atuação de efeitos, consistente naquilo que a doutrina ousa contemporaneamente chamar de boa-fé objetiva.

Posteriores ao Código Civil de 1916, e talvez reparando um erro daquele corpo legislativo, veio à tona uma série de leis que ora abordam de forma explícita o instituto da lesão, ora implicitamente o regulam.

A Lei dos Crimes contra a Economia Popular (1.521/51) não usou a expressão "lesão", mas regulou o instituto, na medida em que estabeleceu como crime a avença contratual derivada de inexperiência, leviandade ou premente necessidade; utilizou-se o legislador de parâmetro tarifário ao tipificar o lucro patrimonial excedente a um quinto do valor justo ou corrente da prestação. Ora, não há diferença ontológica entre o ilícito civil e o penal. Ambos os delitos caracterizam-se como fatos sociais que contrariam a norma jurídica. Nesse contexto, podia-se perfeitamente aplicar a Lei de Economia Popular para dirimir controvérsias cíveis. Referida Lei estabelece dois requisitos para a caracterização da lesão. O primeiro de ordem objetiva, consistente na tarifação do lucro patrimonial de um dos contratantes, excedente a um quinto do justo ou corrente valor. O outro requisito, de natureza subjetiva, diz respeito ao dolo de aproveitamento da parte lesante em relação ao lesado.

O efeito gerado pela lesão, à luz da Lei de Economia Popular, é o da nulidade, pois o Código Civil de 1916 (Art. 145, II) estabelecia como nulo o ato jurídico cujo objeto fosse ilícito. Em princípio, o contrato lesionário seria insuscetível de ratificação ulterior (Art. 146 do C.C.B.), mas se aplicada a Lei de acordo com seus fins sociais e as exigências do bem comum (Art. 5º, L.I.C.C.), chegar-se-ia à conclusão de que, sendo o objetivo do instituto da lesão proteger o mais fraco em relação ao mais forte, nem sempre deveria ser impossibili-

tada a confirmação do negócio jurídico. Em alguns casos a ratificação, combinada com o reequilíbrio, seria mais benéfica ao lesado e traria justiça ao contrato. Aliás, o Parágrafo 3º do Art. 4º da Lei de Economia Popular mostra o caminho que deveria ser trilhado pelo magistrado que se deparava com um contrato lesivo. Deveria, em primeiro lugar, antes de tornar nula a cláusula (ou o próprio contrato), tentar ajustar os valores à medida legal. E caso a obrigação já tivesse sido cumprida pelo lesado, deveria ser imposta a restituição da quantia excessivamente paga, com os acréscimos de juros legais a contar da data do indevido pagamento.

A Constituição de 1988 não "fechou os olhos" para a lesão. Embora não tenha tratado expressamente do assunto, nela foi colocada uma série de institutos tendentes a, pelo menos, afastar as injustiças do liberalismo econômico sem freios. Por exemplo, a Constituição "Cidadã" estabeleceu, como princípio fundamental, a criação de uma sociedade justa e solidária; socializou o contrato de trabalho; tornou o direito de propriedade função social; e resolveu proteger o consumidor.

Dentre os direitos consagrados na Constituição, o que mais revolucionou o instituto da lesão contratual foi o do Consumidor. Regulamentado pela Lei 8.078/90, o Direito do Consumidor criou um novo sistema jurídico - o da relação de consumo. Mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor, esta Lei vedou a prática lesionária no contrato. Visivelmente paternalista, mas com o desiderato de equilibrar o que se tornou injusto, esta Lei considera consumidor toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final; por fornecedor, toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, que desenvolve atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

A lesão contratual no Código do Consumidor foi regulada, também, de forma implícita. Ordenou-se, como direito básico do Consumidor (Art. 6º, V), a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Curioso notar que o dolo, enquanto requisito da lesão tradicional, foi excluído da lesão na relação de consumo (ou como quer Caio Mário, referido elemento subjetivo restou presumido e o ônus de prová-lo foi invertido - Art. 6º, VIII). Em substituição ao dolo de aproveitamento, o Código de Defesa do Consumidor trouxe o princípio da boa-fé objetiva (Art. 4º, III), através do qual presume-se, sempre, que o Consumidor tenha contratado com o "espírito aberto", acreditando em todas as informações que lhe foram prestadas pelo fornecedor. A questão assemelha-se à responsabilidade objetiva de indenizar. Aqui, na esfera da lesão no consumo, basta a presença alternativa dos requisitos objetivos: prestação desproporcional ou revisão superveniente de cláusulas por onerosidade excessiva.

Constatada a lesão, o Código de Defesa do Consumidor pode não eivar, em princípio, de nulidade o negócio jurídico, mas sim possibilitar ao consumidor a alteração de cláusulas.

Releva mencionar que a cláusula desproporcional pode ser avaliada sob o ângulo da abusividade (Art. 39 - Lei 8.078/90).

Outro aspecto a ser notado é o aparente conflito entre o disposto no Art. 6º, V e a nulidade prevista no Art. 51, IV e X, ambos do mesmo Código. Nesse caso, ninguém melhor do que Carlos Maximiliano¹⁵ para ensinar que há uma suposição de que o legislador exprimiu seu pensamento com coerência de idéias, de modo a harmonizar as disposições. Para se saber se, uma vez constada a lesão, determinada cláusula será modificada (revisada) ou anulada, basta olhar para o interesse daquele que foi objeto de proteção do Código, ou seja, o Consumidor. Na hipótese de, modificada ou revisada a cláusula, ainda persistir o desequilíbrio contratual em desfavor do Consumidor, me parece que o caminho é o de tornar nula referida cláusula; mas, se ao invés da nulidade, percebe-se ser mais vantajoso para o Consumidor tão-somente sua alteração, este é o caminho a ser seguido pelo aplicador da Lei.

Enviado à Câmara dos Deputados pelo Poder Executivo, o Projeto de Lei 634, que instituiu o novo Código Civil Brasileiro, veio a ser sancionado pelo Presidente da República no dia 10 de janeiro de

¹⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

2002. Tal norma regulou de modo expresso a lesão, inserindo-a no rol dos defeitos do negócio jurídico (Art. 157). O mencionado dispositivo não foi alvo de qualquer espécie de alteração em nenhuma das duas casas legislativas do Congresso Nacional, conforme assinala Ricardo Fiúza, relator do projeto na Câmara dos Deputados¹⁶.

De acordo com o Código Civil de 2002, em seu Art. 157, "Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta". O dispositivo, que encerra conteúdo intervencionista protetivo, prevê duas situações de enquadramento em relação à pessoa do lesado: premente necessidade ou inexperiência.

Premente necessidade é aquilo que se mostra urgente e indispensável, ou seja, para que ocorra a lesão deve o lesado encontrar-se em situação em que se mostre praticamente impossível deixar de concretizar o negócio jurídico almejado. Pode ocorrer também de o lesado ser pessoa inexperiente e não ter exata noção do que está contratando, havendo nítido vício na manifestação de sua vontade.

Para que se caracterize a lesão, segundo o CCB/02, é necessário que a prestação seja "manifestamente desproporcional". Não basta que haja a desproporção, já que isso é fruto dos costumes inerentes ao comércio e às relações civis de um modo geral. Faz-se imprescindível que a desproporção seja manifesta, isto é, clara e visível, sem a necessidade de análise mais aprofundada - aquilo que de plano pode ser constatado, segundo as regras da experiência comum e do que ordinariamente acontece.

O dispositivo que estatui a lesão no atual Código Civil (Artigo 157) contém dois parágrafos. O primeiro deles trata da temporalidade, no sentido de que a desproporção seja analisada conforme os valores vigentes à época da celebração do negócio jurídico. Portanto, se posteriormente à contratação ocorrer a desproporção, este fato não dará ensejo à anulação do negócio jurídico com fundamento no instituto da lesão contratual.

¹⁶ FIUZA, Ricardo e Outros. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

Aliás, é justamente quanto ao momento em que ocorre o desequilíbrio contratual que a teoria da lesão difere da teoria da imprevisão. Assim, enquanto a teoria da lesão se verifica na celebração do contrato, a aplicação da teoria da imprevisão ocorre em fase posterior à formação.

Abrandando o âmbito do intervencionismo estatal nas relações privadas e visando a paz social através de estímulo à autocomposição, o parágrafo segundo do Artigo 157 do Código Civil faculta à parte que se beneficiou da lesão a oportunidade de equilibrar o negócio jurídico através de "suplemento suficiente" ou redução do lucro alcançado.

Enfim, o Código Civil de 2002, fruto da era pós-positivista, estabeleceu comandos de forma "aberta", ou seja, conferiu ao aplicador da norma mais flexibilidade na sua interpretação, de modo a afastar premente necessidade legislativa para fins de adaptação às novas realidades sociais, poupando o trabalho do legislador e transferindo para aquele a quem cabe dizer o direito a missão de aplicar a Lei e fazer, principalmente, justiça nas relações privadas.

CONCLUSÃO

A teoria da lesão contratual, fundada em razões de equidade e justiça, mitigou o âmbito de abrangência da autonomia da vontade. De um outro ângulo, pode-se dizer que um dos limitadores da liberdade de contratar é a lesão.

Pela abordagem histórica do instituto da lesão, percebe-se que sua aplicação ocorre principalmente nos momentos de crise econômica ou por razões de ordem moral. A função econômica¹⁷ do contrato pode trazer, a um só tempo, prosperidade e injustiça. E é exatamente quando ocorre a injustiça que Estado deve intervir, tanto *a priori*, com a edição de leis de ordem pública, quanto *a posteriori*, através do equilíbrio ou da invalidação do negócio lesionário.

O fato é que a teoria da lesão contratual está prevista no ordenamento jurídico, seja na Lei de Economia Popular, no Código

¹⁷ ROPPO, Enzo. *O Contrato*, Livraria Almedina, Coimbra, Portugal, 1988.

de Defesa do Consumidor, no Código Civil atual, ou em outras normas de ordem pública.

Por motivo de justiça, a vontade individual foi substituída pela social. O direito de tornar justo o contrato, ou de anulá-lo por lesão, está amplamente reconhecido. No entanto, como sabiamente disse Norberto Bobbio¹⁸, o problema dos direitos não é mais o de fundamentá-los, mas sim o de protegê-los. ☐

¹⁸ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Dos Juros Abusivos

João Paulo Fernandes Pontes

Juiz de Direito do TJ/RJ

O artigo 39, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078 de 1990, diz que é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas, exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva, e o artigo 51, inciso IV, do mesmo Código, diz que são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Portanto, vemos que os fornecedores de serviços financeiros (instituições financeiras) não podem exigir dos consumidores juros abusivos, ou seja, juros manifestamente altos demais, e vemos também que são nulas as cláusulas de contratos de mútuo ou financiamento que estabeleçam juros abusivos, ou seja, juros manifestamente altos demais.

Para aplicarmos estas normas, é necessário que estabeleçamos uma fronteira entre os juros abusivos e os juros não abusivos, ou seja, é necessário que estabeleçamos um limite, a partir do qual os juros são considerados abusivos.

Não há nenhuma lei ou regulamento que estabeleça o limite a partir do qual a taxa de juros é considerada abusiva.

Portanto, aplica-se a norma do artigo 335 do Código de Processo Civil, que diz que em falta de normas jurídicas particulares, o juiz deve aplicar as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece.

Observando o que ordinariamente acontece, vemos que a taxa de juros do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) é de 3% ao ano, e que esta taxa é considerada baixíssima, e vemos que a taxa de juros na caderneta de poupança é de 6% ao ano, e que esta

taxa é considerada baixa, e vemos também que o Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933, diz que nos empréstimos concedidos por pessoas que não são instituições financeiras a taxa de juros máxima permitida é de 12% ao ano, ou 1% ao mês.

Portanto, vemos que juros de 3% ao ano, ou 0,25% ao mês, são juros baixíssimos, e que juros de 6% ao ano, ou 0,5% ao mês, são juros baixos, e que juros de 12% ao ano, ou 1% ao mês, são juros médios, pois são os mais altos admitidos por lei em caso de empréstimo concedido por pessoa que não é instituição financeira, mas a lei admite que possa haver juros mais altos do que estes, desde que o empréstimo seja concedido por instituição financeira.

Assim sendo, temos uma seqüência, uma progressão, na qual juros de 0,25% ao mês são juros baixíssimos, juros de 0,5% ao mês são juros baixos e juros de 1% ao mês são juros médios.

A referida progressão é uma progressão geométrica de base 2, pois nela o próximo número é sempre o número anterior vezes 2.

Dando continuidade a esta progressão, vemos que juros de 2% ao mês são juros altos, e que juros de 4% ao mês são juros altíssimos.

Portanto, juros superiores a 4% ao mês são juros abusivos, pois são juros manifestamente altos demais, uma vez que são juros maiores do que os juros altíssimos.

Assim sendo, temos a seguinte tabela:

TAXA DE JUROS CLASSIFICAÇÃO	
0,25% ao mês	Baixíssima
0,50% ao mês	Baixa
1% ao mês	Média
2% ao mês	Alta
4% ao mês	Altíssima
Acima de 4% ao mês	Abusiva

Ao verificar se a taxa de juros estipulada em um contrato é abusiva, devemos levar em conta a taxa de inflação que existia na época em que foi feito o contrato.

Portanto, deve ser considerada abusiva a taxa de juros que for superior a 4% ao mês, após descontada a taxa de inflação que existia na época em que foi feito o contrato.☐

A Constitucionalidade do Exame de DNA Compulsório em Processos Criminais e Propostas de sua Regulamentação

Carlos Henrique Borlido Haddad
Juiz Federal e Mestre e Doutor em Ciências Penais pela UFMG

1. INTRODUÇÃO

Através do processo, legitima-se a imposição de sanção ao violador do preceito contido na norma penal e garante-se a defesa ao acusado em confronto com a onipotência do Estado. E é no processo que se discutem as provas hábeis a autorizar a prolação de uma decisão, através das quais o livre convencimento do juiz se forma como fruto de raciocínio lógico. As modalidades de obtenção e de valoração das provas pelo juiz se coadunam com marcantes características predominantes no meio social, e seguiram uma evolução em compasso com o marchar do desenvolvimento humano.

A primeira fase de obtenção e de avaliação das provas foi a primitiva, em que se afeiçoava a prova ao empirismo das impressões pessoais. A prova era aquilo que podia ser sentido. O *sentir* se consolidava na *sentença*, vocábulo cuja etimologia deita raízes no verbo, derivando daí a recôndita, a íntima convicção. Mas com o passar do tempo as idiossincrasias deixaram de ser bastantes para a solução do caso penal, pois o apego do homem aos sentidos cedeu ao apelo transcendental do espírito. Era a fase religiosa, em que se

fazia uso das ordálias e dos juízos de Deus ou sobrelevava-se o valor do juramento sacramental. Porém chegou-se à conclusão de que as ordálias não forneciam a adequada resposta, mesmo que esta resposta fosse proveniente de Deus.

Nem tanto pelos iníquos métodos de pesquisa, mas sim em decorrência do arbítrio dos juízos de Deus, surgiu a fase legal, cujas provas possuíam valores previamente fixados na lei. A colheita das provas tornou-se mais seletiva e com objetivos bem delineados, em que se procurava conseguir aquelas cujos valores mais pesavam na balança da aritmética Themis. Para se condenar, não era mais suficiente o injustificado alvedrio espiritual; requeriam-se fatores objetivos, alheios à inspiração divina. Essa fase durou enquanto o enjaulamento da consciência judicial suportou os rígidos limites para a apuração dos fatos. Passou-se, então, a dar importância à persuasão racional do julgador, que formava seu convencimento de forma livre, liberdade, contudo, limitada pelos elementos de prova existentes nos autos. A restrição do livre convencimento às provas colhidas alargava-se à medida que novos métodos de pesquisa, de cunho científico, eram desenvolvidos para auxiliar o juiz. É a chamada fase científica, no sentido de maior amplitude e precisão na colheita, exame e interpretação dos vestígios do crime, indícios da autoria e qualidades do autor. Esta última fase apresenta grande importância nos dias atuais, sendo relevantes os trabalhos prestados pela polícia científica, que podem ser percebidos nas modernas técnicas de grafologia, balística, datiloscopia e toxicologia, entre outras, cruciais à apuração dos fatos criminosos. Os métodos científicos, assaz eficientes em algumas áreas, expandiram-se rapidamente no meio forense, o que pode ser constatado ao se analisarem os inúmeros meios dispostos ao juiz para ajudá-lo na apuração dos fatos. Nessa proliferação de métodos de pesquisa, o exame de DNA coloca-se como importante elemento utilizado em processos criminais para a elucidação da autoria de delitos. Em âmbito penal, a sujeição do acusado ao exame de DNA suscita dúvidas, porque, tanto não há norma expressa proibitiva da produção desse tipo de prova, quanto não existe autorização legal para o emprego compulsório da técnica.

A questão da submissão do acusado ao exame de DNA contra a sua vontade envolve a discussão sobre a lesão de princípios e di-

reitos constitucionais que afetam a validade da prova. No Brasil, a discussão tem sido bastante tímida. Em parte porque nem todos os órgãos de investigação dispõem de condições técnicas de realização de tais exames. Centrando-se as investigações na confissão, inibe-se a necessidade de se recorrer a novas técnicas e, conseqüentemente, de desenvolvê-las, de forma a permanecer arcaica a atividade investigativa policial.

Por outro lado, quando a autoridade policial utiliza a potestade estatal durante as investigações, como salienta Carvalho, fá-lo sem muito cuidado em relação à prévia autorização judicial e respeito à intimidade do suspeito e, normalmente, os interessados nada alegam em sua defesa e, quando o fazem, não raro, encontram a indiferença dos tribunais.¹

Nas vezes em que se insurgem contra a submissão ao exame de DNA, alega-se ofensa a uma série de direitos de *status* constitucional, tais como a liberdade (art. 5.º, LIV e LXV), a integridade física e a proscricão de tratamento desumano ou degradante (art. 5.º, III), a intimidade corporal (art. 5.º, X), a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III) e o direito de permanecer calado (art. 5.º, LXIII). Assevera Gomes Filho, "à vista do que estabelece a Constituição Federal (art. 5.º, LVI), torna-se indispensável ressaltar que na obtenção do material a ser examinado não podem ser desprezados os direitos fundamentais do investigado ou acusado, como integridade corporal, a intimidade, a honra, a imagem etc., até porque ninguém pode ser compelido a fazer prova contra si mesmo."²

Não é princípio inserto na Constituição tenha a verdade de ser investigada custe o que custar, tampouco represente o esclarecimento e punição dos crimes, incondicionalmente, o interesse preponderante do Estado. A obtenção de uma verdade absolutamente correspondente à realidade dos fatos é incompatível com a natureza da atividade processual, malgrado a perseguição deva ser sempre almejada. E nessa perseguição, parafraseando Lenckner, deve o

¹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O processo penal em face da constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 36.

² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. "O teste de DNA como prova criminal". **Boletim do IBCCRIM**, n. 18, p. 1, São Paulo, IBCCRIM, jul. 1994.

processo promover a revelação da verdade, porém não a qualquer preço (“*soll der Prozess die Wahrheit zutage fördern, aber es soll es nicht um jeden Preis*”).³ O preço pago pela procura da verdade nem sempre compra os direitos e garantias impostos como limites ao esclarecimento dos fatos. Reconhecendo a existência de limites na elucidação da verdade, correspondentes a direitos e garantias a serem respeitados, é possível verificar em que medida o recurso ao exame de DNA compulsório é constitucionalmente admissível, sem lesar bens juridicamente protegidos. Nessa investigação, o recurso ao direito estrangeiro afigura-se indispensável.

2. O TRATAMENTO DO TEMA NO DIREITO COMPARADO

A discussão sobre a sujeição ao exame de DNA compulsório, se é incipiente no direito brasileiro, encontra profunda análise nos Estados estrangeiros.

2.1 Itália

A Corte Constitucional italiana, na *sentenza* 54/86, considerou ser cabível o exame hematológico, porque é prática médica de ordinária administração não lesa a dignidade ou a psique da pessoa, tampouco a coloca em risco de morte ou prejudica a incolumidade ou a saúde, salvo em casos patológicos excepcionais que o perito saberia facilmente identificar. Seria uma *"minime prestazioni personali imposte all'imputato o a terzi, da un normale e legittimo mezzo istruttorio."*⁴

No ano de 1995, a Polícia Científica recorreu a exames genéticos para a produção de prova em cerca de mil delitos. Em 65% houve voluntária submissão ao exame, em 34% foi necessário o recurso à coercitividade e em 1%, em torno de 10 casos, o juiz não considerou oportuno atender o pedido de coerção para consecução do teste.⁵

³ LENCKNER, Theodor. “Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht”. *Neue Juristische Wochenschrift*, n. 8, p. 321, Frankfurt, 25 feb. 1965.

⁴ Tradução livre: “mínima prestação pessoal imposta ao acusado ou a terceiro de um normal e legítimo meio instrutório,” *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 4, p. 2.155, Milano, lug.-ago. 1996.

⁵ VIGONI, Daniela. “Corte costituzionale, prelievo ematico coattivo e test del dna”. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 4, p. 1.024, Milano, ott.-dic. 1996 (nota de rodapé).

Dez anos depois da *sentenza* 54/86, o tribunal italiano se pronunciou de forma diametralmente oposta, considerando ilegítimo o exame hematológico coativo na ausência de uma específica regulamentação das hipóteses e dos modos pelos quais tal ato poderia ser exigido.⁶ Ao proferir a *sentenza* 238/96, a Corte decidiu interessar o exame hematológico não só à liberdade pessoal, pois também invade a esfera corporal do acusado em mínima medida, sem, contudo, comprometer-lhe a integridade física ou a saúde, nem a dignidade, por se tratar de prática médica de ordinária administração. Não deixa, porém, de subtrair da esfera de liberdade pessoal, para fins de aquisição probatória no processo penal, uma parte que, talvez insignificante, certamente não é nula.⁷ A *sentenza* até admitiu o recurso à força, mas entendeu necessária a determinação legal das hipóteses em que seria cabível o exame hematológico e dos meios de colheita do material, sem que possa o juiz ordenar medidas incidentes sobre a liberdade pessoal do indiciado ou do acusado ou de terceiro além dos casos especificamente previstos na lei.⁸

A doutrina que se ocupa das intervenções corporais, reconhecendo o traço constitucional do princípio *nemo tenetur se detegere* (art. 24 *comma* 2 da Constituição italiana), restringe sua aplicação às declarações auto-incriminantes, a comportamentos nos quais é requisitada uma colaboração ativa. Excluem-se, por conseguinte, as hipóteses em que o acusado é compelido a submeter-se a determinada investigação de modo que venha a ser considerado um objeto de averiguação, em respeito ao qual um fazer não é requerido mas um deixar fazer é imposto.⁹

No mês de julho de 2005 foi editado o Decreto Pisani, já convertido em lei, em decorrência dos atos de terrorismo cometidos na

⁶ GIACCA, Mariuccia. "In tema di prelievo ematico coatto: brevi note a margine della sentenza della Corte Cost. n. 238 del 1996". *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 2, p. 603, Milano, apr.-giu. 1997.

⁷ *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 4, p. 2.145-6, Milano, lug.-ago. 1996.

⁸ FELICIONE, Paola. "Considerazioni sugli accertamenti coattivi nel processo penale: lineamenti costituzionali e prospettive di riforma". *L'indice Penale*, n. 2, p. 496, Padova, mag.-ago. 1999.

⁹ DOLSO, Gian Paolo. "Libertà personale e prelievi ematici coattivi. *Giurisprudenza Costituzionale*", fasc. 5, p. 3.227, Milano, set.-ott. 1996. No mesmo sentido: PIACENTINI, Claudio. "In tema di rifiuto dell'imputato a sottostare a lla ricognizione personale". *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 1, p. 327-8, Milano, gen.-mar. 1980.

Inglaterra, e cujas investigações demonstravam que alcançaria a Itália. A norma traz dispositivos voltados à repressão do terrorismo internacional e, ao tratar da identificação da pessoa contra a qual é feita acusação da prática ilícita, dispõe que poderão ser utilizados dados datiloscópicos, fotográficos e antropométricos, entre outros. O Decreto, que alterou o art. 349 do Código de Processo Penal italiano, estabeleceu que a identificação mencionada acima comporta o exame de material biológico da cavidade oral e, caso falte o consentimento do investigado, a polícia judiciária procederá ao exame coativo, com respeito à dignidade pessoal do sujeito e prévia autorização escrita ou oral, desde que, na última hipótese, seja confirmada por escrito pelo Ministério Público.

2.2 Espanha

O Tribunal Supremo, 2ª Sala, em 21.06.1994, reconheceu que a extração de sangue, enquanto se trata de uma intervenção corporal que afeta os direitos fundamentais da integridade física e corporal e da intimidade, requer inescusavelmente um controle judicial mediante decisão fundamentada, conforme estabelece o art. 120.3 da Constituição Espanhola.¹⁰ Por sua vez, o Tribunal Constitucional, 1ª Sala, na decisão 207 de 16.12.1996, ponderou serem causas legítimas para justificar a realização de intervenções corporais o interesse público próprio da investigação de um delito e a determinação de fatos relevantes para o processo penal, sem vulnerar o direito à integridade física, desde e sempre que a medida estiver prevista em lei.¹¹

Quanto ao tratamento desumano ou degradante decorrente das intervenções corporais, o Tribunal Constitucional, na última decisão, entendeu que a extração de cabelos de diferentes partes da cabeça e de pêlos das axilas, efetivada por médico-legal, não supõe ofensa nem por sua finalidade, nem pela maneira de execução. Os graves atributos devem ser reservados para aqueles tratamentos que

¹⁰ FERNÁNDEZ, Ricardo Rodríguez. *Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal*. Granada: Comares, 1999. p. 115.

¹¹ *Idem*, p. 116.

impliquem padecimento físico ou psíquico ilícitos e infligidos de modo vexatório para quem os sofre.

2.3 Alemanha

No direito alemão, se o acusado está sob o dever de tolerar certas atividades, a pretensão em investigar a verdade é claramente priorizada em detrimento do interesse em manter as informações sobre seu corpo e em evitar sua divulgação.¹² E quanto mais grave o delito, menor valor se atribui à privacidade e a outros bens jurídicos. Isso vale inclusive para terceiros, que podem sujeitar-se a intervenções corporais mesmo contra a vontade.¹³

O exame corporal pode ser ordenado pelo juiz, pelo representante do Ministério Público ou pela autoridade policial em caso de urgência. A coleta de sangue, a análise genética, o encefalograma, entre outros, são executados por um médico, a teor do § 81 "a" StPO (**Strafprozessordnung** - Código de Processo Penal), sem necessidade de consentimento do acusado. O assentimento do réu somente é exigido se há risco para a saúde, em caso de intervenção médica particularmente grave ou suscetível de fracasso. Mesmo para as pessoas que possuam no corpo uma seqüela ou um elemento do crime (projétil, veneno, esperma etc.) é cabível a intervenção médica, e aplicam-se medidas de constrição em caso de recusa, além de se condenar ao pagamento de multa.¹⁴ O **Bundesverfassungsgericht** (Tribunal Constitucional Federal), na decisão 15, de 14.12.1978, reconheceu a admissibilidade e entendeu conforme com a Constituição a intervenção sobre cabelos e sobre a barba do acusado.¹⁵

Essa regulamentação remonta a 1933, data em que entrou em vigor a modificação da legislação. Até 1933, o StPO admitia apenas os exames sobre a superfície corporal. Com a introdução do § 81

¹² ROXIN, Claus. "Involuntary self-incrimination and the right to privacy in criminal proceedings". *Israel Law Review*, v. 31, p. 84, Jerusalem, winter-summer, 1997.

¹³ ROXIN, Claus. **Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch**. 25. auf. München: Beck, 1998. p. 277.

¹⁴ DELMAS-MARTY, Mireille *et al.* **Procédures pénales d'Europe**. Paris: Presses Universitaires de France, 1995. p. 98-9.

¹⁵ RUOTOLO, Marco. "Il prelievo ematico tra esigenza probatoria di accertamento del reato e garanzia costituzionale della libertà personale. Note a margine di un mancato bilanciamento tra valori". *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 4, p. 2.160, Milano, lug.-ago. 1996 (nota de rodapé).

"a", passou-se a admitir a intervenção corporal de caráter invasivo. A proximidade temporal entre a criação do § 81 "a" e a tomada de poder pelos nacionais-socialistas foi essencial para a redação do dispositivo legal. À época, sequer existia o teste de DNA e os questionamentos acerca da aplicação do § 81 "a" do StPO como fundamento legal do exame hematológico resolveram-se pela admissibilidade, através da jurisprudência.¹⁶ A introdução da análise do genoma se deu em março de 1997, quando foram acrescentados os § 81 "e" e "f" ao StPO.¹⁷ A inspiração nacional-socialista da redação do dispositivo legal não só se perpetuou no tempo, como foi acrescida da previsão de exames genéticos.

2.4 EUA e Inglaterra

Nos países do *common law*, tem-se admitido o recurso ao exame de DNA obrigatório. Na Inglaterra, o **Criminal Police Evidence Act de 1984** distinguiu entre amostra biológica íntima e não íntima, e dispensou para a coleta desta última o consentimento do acusado. O critério seria o local onde fosse colhida a amostra e, na hipótese de estar localizada em um orifício do corpo humano, considerar-se-ia íntima. Posteriormente, o **Criminal Justice and Public Order Act de 1994** reputou a saliva como uma amostra não íntima, posto que colhida no interior da boca.

Nos Estados Unidos, a compreensão do princípio contra a auto-incriminação restringe-se às situações que envolvam a produção de declarações orais e, em algumas hipóteses, à apresentação de documentos. Logo, é reconhecido o direito de extrair uma amostra de sangue, inclusive para a comprovação de direção em estado de embriaguez, consoante decidido no julgamento *Schmerber v. California* (1966). Em decisão majoritária de cinco votos contra quatro, a Suprema Corte rejeitou o argumento de que não poderia o acusado fornecer uma amostra de sangue, a fim de comprovar a

¹⁶ HOMMES, Gertrud A. van Eikema; TAK, Peter J. P. "Le test ADN et la procédure pénale en Europe". *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n. 4, p. 686, Paris, oct.-dec. 1993.

¹⁷ KOPF, Verena Angela. *Selbstbelastungsfreiheit und Genomanalysen im Strafverfahren* - "Untersuchungen zu Inhalt und Reichweite des Grundsatzes nemo tenetur se ipsum accusare unter besonderer Berücksichtigung von Genomanalysen". Aachen: Shaker, 1999. p. 156.

direção em estado de embriaguez, porquanto o *privilege against self-incrimination* tutela apenas contra ser compelido a testemunhar em seu próprio prejuízo ou de outra maneira fornecer à acusação prova testemunhal ou de natureza comunicativa.¹⁸ Os votos minoritários defenderam a invocação do *privilege* para impedir o governo de forçar uma pessoa a fornecer prova do seu próprio crime, sem ser possível dela exigir um ato voluntário, uma cooperação ativa para se auto-incriminar.¹⁹

Atualmente, os Estados Unidos constroem um banco de dados de DNA (*CODIS - Combined DNA Index System*), já elaborado pela Inglaterra e País de Gales desde 1995. Em 1999, o banco de dados inglês possuía mais de 360.000 perfis genéticos e 27.000 cenas de crimes. Todos os 50 Estados norte-americanos possuem leis que exigem o perfil de DNA de condenados por crimes sexuais, ao passo que outros reclamam amostras mesmo daqueles que foram apenas presos. Quatro Estados recolhem amostras de perfil genético de todo e qualquer criminoso. Apesar da finalidade eminentemente represiva da montagem do banco de dados de DNA, através dele foi possível mudar mais de 60 condenações motivadas por erros judiciários, em alguns casos com o condenado aguardando a execução da pena no corredor da morte.

3. A VISÃO DO STF

O STF ainda não se pronunciou a respeito da admissibilidade da prova de DNA obtida através da intervenção corporal no acusado, de maneira involuntária, para a elucidação de infrações penais. Porém já se manifestou a respeito do tema em processos atinentes à investigação de paternidade e à coleta da placenta de extraditanda grávida.

Como meio de se preservar a dignidade do homem, a intimidade, a intangibilidade do corpo humano, o império da lei, mais precisamente o princípio da legalidade, e para afastar a execução

¹⁸ ISRAEL, Jerold H; LAFAYE, Wayne R. *Criminal procedure: constitucional limitations*. 5. ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1993. p. 236.

¹⁹ Idem, p. 238.

específica e direta de obrigação de fazer, decidiu ser incabível a condução do requerido "debaixo de vara" para a coleta do material hematológico em feitos cíveis. Indicou o plano jurídico-instrumental para solução da causa, em que a avaliação da prova e o ônus de produzi-la deve ser feito e distribuído considerando-se a recusa imotivada do requerido em submeter-se ao exame de DNA. Em nenhum momento se invocou o princípio contra a auto-incriminação para justificar a recusa do requerido, o que se explica por tratar-se de causas cíveis sem repercussão penal.²⁰

A primeira decisão foi prolatada pelo Tribunal Pleno, por maioria de votos, o que não induz, necessariamente, seja similar o resultado na apreciação da questão no âmbito criminal. Houve quatro votos vencidos entendendo ser possível conduzir o investigado à colheita hematológica para a pesquisa do DNA, em face da "reduzidíssima invasão à sua integridade física."²¹ O segundo julgamento teve decisão unânime, porque se concluiu, antes de tudo, ser desnecessária, no caso submetido à apreciação, a realização da prova pericial. É pacífico o entendimento de que o recurso ao exame de DNA não retirará do magistrado o poder para apreciar e avaliar as provas,²² inclusive, sobre a necessidade de sua produção.²³

Admitiu-se a coleta da placenta de extraditanda grávida, após o parto, para a realização de exame de DNA, com a finalidade de instruir inquérito policial instaurado para a investigação de fatos relacionados com a origem da gravidez. Foi aceita a coleta do material mesmo contra o consentimento da extraditanda e considerando o interesse de elucidação da origem da gestação, supostamente decorrente de estupro atribuído a policiais federais que trabalhavam na carceragem em que ela estava recolhida.²⁴ O recolhimento da placenta não resultaria violência ou coação à liberdade de locomoção da extraditanda, pois ocorreria após o parto, quando não mais

²⁰ HC 71.373/RS e HC 76.060/SC.

²¹ Voto do Min. Sepúlveda Pertence no HC 76.060/SC.

²² HC 81.907/GO.

²³ RHC 80.762/PE.

²⁴ Rcl 2.040/DF.

agregado ao corpo da grávida, caracterizando-se como matéria desintegrada de onde saiu.

Posto que o exame de DNA não seja uma prova determinante, de modo a excluir toda dúvida possível, mas se trate de uma prova de probabilidade, cuja credibilidade é robustecida por outros elementos coadjuvantes,²⁵ não há óbices à sua aceitação no direito pátrio, sobretudo porque a prova indiciária, de menor força probatória, foi acolhida pelo Código de Processo Penal e pela jurisprudência do STF.²⁶ Já se afirmou que "a certeza científica proporcionada pela nova técnica oferece ao julgador um elemento sólido para a construção da verdade."²⁷ No tocante à confiabilidade do teste, frisou o Min. Francisco Rezek, em seu voto no HC 71.373/RS, "que o DNA leva sabidamente a resultados positivos de índices probabilísticos tendentes à certeza."²⁸ Por outro lado, não é unânime a confiança depositada no exame, pois "esta prova, que hoje se tem como quase incontrastável, admite, entretanto, erro. Há, teoricamente, a possibilidade de erro."²⁹

Em verdade, não se deve mais discutir os preceitos científicos em que se apóia a perícia, mas os fatores externos que podem colocá-la em dúvida³⁰. É preciso ter cuidado com a crença incondicional no teste, pois a infalibilidade da técnica gerada pelo conhecimento humano pode desfazer-se diante do humano falível que a manuseia. A técnica não tem falhas, mas a realização do exame é passível de impropriedades.

4. BENS JURÍDICOS ENVOLVIDOS

O exame de DNA compulsório, porque obriga o acusado a sujeitar-se à extração de material orgânico, é veemente criti-

²⁵ Na Alemanha, o **Bundesgerichtshof** (Superior Tribunal Federal), julgando questão atinente à matéria em exame, reconheceu, com base na prova pericial, que havia uma probabilidade de acerto de 99,986% no exame de DNA realizado sobre o acusado. Através de simples cálculo aritmético, a probabilidade de erro situava-se em 0,0014%. Concluiu que, em uma população de 250.000 pessoas, como a existente em Hannover, o número de 35 pessoas equivaleria aos 0,0014%. Entendeu ser o exame de DNA insuficiente para se levar a uma condenação, havendo necessidade do recurso a outras provas e indícios, pois não se podia negligenciar com a relatividade das provas. KELLER, Rolf. "Entscheidungen: Strafprozessrecht -Anmerkung". *Juristen Zeitung*, n. 2, p. 103, Tübingen, 1993.

²⁶ HC 70.344/RJ e HC 75.809/SP.

²⁷ Voto do Min. Francisco Rezek no HC 71.373/RS.

²⁸ Idem.

²⁹ Voto do Min. Néri da Silveira no HC 71.373/RS.

³⁰ ARRUDA, José Acácio; PARREIRA, Kleber Simônio. **A prova judicial de ADN**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 179.

cado. Arrolam-se variados bens jurídicos lesados pelo procedimento: integridade corporal, liberdade de locomoção, intimidade e privacidade, dignidade da pessoa humana, autodeterminação informativa e o princípio contra a auto-incriminação. Por se tratar de bens de índole constitucional, a edição de lei que discipline a forma e as condições em que seriam executadas deveria manter coerência com os postulados da Constituição Federal. A questão central passa a ser averiguar a existência de inconstitucionalidade na lei que regulamente a matéria e prever em que medida a disciplina mais se adequaria aos princípios constitucionais.

À primeira vista, refutam-se as supostas ofensas a direitos fundamentais, conquanto não haja dúvida de que sofram limitações constitucionalmente admissíveis. Não são restrições insuperáveis a ponto de se igualarem a efetivas lesões dos bens jurídicos. São limitações do exercício de alguns direitos que, a exemplo de muitos outros em processo penal, justificam-se e se toleram, porque compatíveis com os cânones constitucionais.

É difícil conceber que o acusado possa ser privado de sua liberdade durante o curso do processo, ter sua vida monitorada vinte quatro horas ao dia por escutas telefônicas, ser conduzido coercitivamente para as audiências, ter quebrado o sigilo bancário e fiscal, sujeitar-se ao reconhecimento pela vítima, apesar de não consentir, ser revistado em suas vestes e em seu domicílio, e condenado a longa pena privativa de liberdade, após o devido processo legal, admitindo-se até mesmo o extermínio da vida em restritas hipóteses, mas que dele não se possa extrair pequena quantidade de saliva ou um fio de cabelo sem que assinta. Em confronto com os meios de prova existentes, o exame compulsório de DNA pode ser incorporado ao processo penal brasileiro sem que constitua limitação de bens jurídicos que já não sofram restrições admissíveis pela atual legislação, como adiante se verá.

Entretanto, esse entendimento não é unânime e, em decorrência, a doutrina elenca bens jurídicos que sofrem lesão pela sujeição do acusado ao exame de DNA obrigatório, em relação aos quais ponderações necessitam ser feitas.

4.1 Integridade física

Aponta-se o caráter invasivo da integridade física como empecilho à adoção do exame de DNA sem o consentimento do acusado. Mas o exame hematológico, quando executado em ambiente sob controle médico e em normais condições de assepsia, com a possibilidade de abolir toda sensação dolorosa através da prescrição de analgésicos, não causa risco de morte ou à integridade física do acusado, pois é prática médica ordinária. A pequena quantidade de sangue necessária ao exame priva-o de quase toda repercussão sobre a hemodinâmica do organismo humano. Além disso, não há inoculação de nenhuma substância, e a suposta invasividade é aferida apenas no momento de inserção do instrumento de coleta do sangue, o que nem sempre ocorrerá.

Em tese, todo material orgânico que contenha DNA pode ser submetido aos exames, inclusive dentes e ossos. O melhor material é o sangue, porque contém uma maior quantidade de células e, portanto, mais material genético para ser analisado. O esperma também possui grande número de células e é bastante estável, porém, no caso de amostras colhidas na vítima, pode estar mais contaminado do que o sangue, e torna-se necessário separá-lo de outros fluidos antes da análise.³¹ As amostras colhidas do lado interno da face, na mucosa bucal, também são utilizadas com alto grau de sucesso. São mais apropriadas quando recolhidas de crianças - para evitar o uso de injeção - ou recomendável por razões médicas ou religiosas, além de não provocarem nenhum dano, mínimo que seja, à integridade física. As raízes de cabelo, e não os fios, contêm DNA que pode ser empregado para exames realizados pela técnica PCR.³²

³¹ GUTIÉRREZ, Jaime Robledo. "El ADN y su importancia en la investigación criminalística". *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, n. 18, p. 90, San José, nov. 2000.

³² A técnica PCR é uma das duas prevaletentes para a análise do DNA, ao lado da técnica RFLP. A grosso modo, a técnica PCR (*polymerase chain reaction*) permite que uma área específica do DNA seja copiada muitas vezes e, assim, aumente a sua quantidade até se ter o suficiente para o exame. Propicia o aproveitamento de amostras de DNA degradadas, cujo comprimento dos filamentos foi reduzido. O sistema de tipagem por RFLP (*restriction fragment length polymorphism*) é o de maior poder de discriminação, porque o número de alelos, destinados a descrever a constituição genética de um indivíduo dentro da seqüência genômica do DNA, é bastante superior. Em consequência, um número relativamente baixo da seqüência genômica é analisado para se alcançar valores percentuais aceitáveis. Como nas investigações criminais o material recolhido para exame costuma estar degradado e em reduzida quantidade, a técnica RFLP cede à PCR.

Como é possível utilizar diversos materiais orgânicos para a realização do exame de DNA, o recurso a amostras de cabelos e saliva afasta a suposta invasividade.

Não se reconhece ofensa à integridade física pela mera submissão à intervenção corporal, pois as lesões no corpo podem ser suportadas sem integrar o sentido material de sua tipicidade.³³ O afastamento da tipicidade material das ofensas corporais que não traduzam seqüelas ou sofrimento físico considerável, que não comprometam anatômica, estética, fisiológica ou mentalmente o acusado é uma exigência das combinações dos critérios da tolerância, da danosidade social e da proporcionalidade.³⁴

Se o STF, no julgamento do RHC 66.869/PR, decidiu ser de absoluta insignificância a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito, a ponto de impedir fosse instaurada a ação penal, não é coerente levar em consideração pequena ofensa à integridade física resultante da intervenção corporal consistente na extração de sangue ou de outra amostra de material biológico. Se o princípio da insignificância favorece o agente cuja ação, por sua inexpressividade, não chega a atentar contra os valores tutelados pelo direito penal,³⁵ não se pode erigir a insignificante lesão à integridade física como óbice às intervenções corporais.

Ao contrário, se a intervenção corporal for prejudicial à saúde do acusado, há de ser evitada. Deve-se poupar a saúde do réu hemofílico, se a coleta de sangue importar no risco de hemorragia. Parece indiscutível que nessas situações o direito à vida e à saúde constitui um limite intransponível, a exemplo do § 81 "a" do Código de Processo Penal alemão.³⁶

Para preservar o supremo bem jurídico, o Código Civil determina que "ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco

³³ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal** - análise à luz das Leis 9.099/95 (juizados especiais criminais), 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e da jurisprudência atual. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2. p. 159.

³⁴ Idem, p. 160.

³⁵ REBÊLO, José Henrique Guaracy. **Princípio da insignificância** - interpretação jurisprudencial. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 37.

³⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 118.

de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica" (art. 15). Por razão similar, e por uma questão de lógica, se houver risco de morte, não se justifica o recurso à prova derivada da intervenção corporal. Se a morte é causa extintiva da punibilidade, por que priorizar o esclarecimento dos fatos a ponto de se correr o risco de provocá-la, se, uma vez esta alcançada, de nada adiantará a elucidação, extinguindo-se o processo por uma sentença não condenatória? *Mors omnia solvit*. A prova colhida seria inócua para os fins do processo penal, posto que pudesse ter alguma utilidade em âmbito cível, para instruir a ação *ex delicto* e obter a reparação do dano decorrente do ato ilícito, observada a questão processual de admissibilidade da prova emprestada. Mas a previsão legal poderia ser no sentido de admitir a prova somente em âmbito criminal, de forma a impedir o uso dos resultados do exame de DNA em outros processos e para outras situações.

Afirmar que o uso da força para obter uma amostra de material genético pode servir de oportunidade para a imposição de sevícias com objetivos escusos³⁷ é incorreto. Se as autoridades perseguidoras exercem tão arbitrariamente suas funções, não será através da oportunização da colheita de material genético que os abusos e violências entrarão em cena, pois muitas são as ocasiões em que podem agir arbitrariamente. Além disso, existem mecanismos capazes de evitar essas situações. O recolhimento da amostra pode ser feito perante o juiz, porque "o método de coleta do sangue é simples, (...) existe material apropriado para facilitar essa tarefa"³⁸ e caso se opte por amostra de saliva, o procedimento é ainda mais singelo.

4.2 Liberdade de locomoção

Por vezes, equipara-se o procedimento de extração de amostras biológicas à privação da liberdade, pois o acusado, para fornecer o material destinado à investigação genética, necessita de se sujeitar, por determinado lapso temporal, a restrições em seu direito

³⁷ ARRUDA, José Acácio. PARREIRA, Kleber Simônio. op. cit., p. 163.

³⁸ Idem, p. 180.

de locomoção. A suposta privação de liberdade assemelha-se mais à condução coercitiva, aceita pelo Estatuto Processual Penal, não revogada pela Constituição Federal e mantida no projeto de Código de Processo Penal. Se há incertezas quanto à vigência da condução coercitiva para o acusado no interrogatório³⁹, não há dúvida de que pode ser conduzido "debaixo de vara" para submeter-se ao reconhecimento, assim como a testemunha para prestar depoimento e, em relação a isso, nunca se alegou estarem sofrendo privação de liberdade por ter restringido o direito de ir e vir. O STF afirmou ser a condução coercitiva uma restrição aceitável à liberdade de locomoção física, jamais a sua supressão⁴⁰. A retenção do acusado para a realização do exame nada mais seria do que mera restrição da liberdade para fins probatórios, circunstância que encontra respaldo legal no direito pátrio vigente.

4.3 Intimidade

Objeta-se principalmente que o teste de DNA forneceria mais informações sobre a pessoa do que as necessárias para a identificação das amostras, e o dado suplementar possuiria caráter privado, por se tratar de informação genética. O grande receio na difusão descontrolada da engenharia genética, como anota Casabona, seria o "risco de converter o ser humano em cidadão 'transparente' ou de 'cristal.'⁴¹ Realmente, a decodificação genética possui um lado perverso ao dar ensejo à criação de discriminações de caráter pessoal, familiar e trabalhista, para pactuar seguros de vida, de enfermidade ou aposentadoria, com o risco de se estabelecerem preconceitos éticos, pois certas doenças aparecem com maior incidência em determinados grupos raciais.⁴²

A melhor defesa contra a discriminação genética é a privacidade genética.⁴³ Basta que não se dê publicidade às informações

³⁹ SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 265.

⁴⁰ HC 71.039/RJ.

⁴¹ CASABONA, Carlos María Romeo. *Do gene ao direito*. São Paulo: IBCCRIM, 1999. p. 56.

⁴² CASABONA, op. cit., p. 56.

⁴³ ARRUDA, José Acácio. PARREIRA, Kleber Simônio. op. cit., p. 145.

genéticas do indivíduo e se restrinja o acesso a elas ao foro criminal.⁴⁴ A divulgação de dados seria o mais relevante revés do conhecimento das informações genéticas pelas autoridades perseguidoras, pois representaria, além da possível devassa da intimidade do acusado, uma reprovável maneira de conduzir-se no cargo público. Cuida-se de conduta ilícita, passível de sanções penais, cíveis e administrativas.

O nosso vetusto Código Penal prevê o delito de violação de sigilo profissional (art. 325), em que se apena a revelação de fato de que tem ciência o funcionário público em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, e pune também a facilitação da revelação. Além da norma vigente, está em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 4.610/98, que define os crimes resultantes de discriminação genética e pune, entre outras, a conduta de seguradoras, planos de saúde e estabelecimentos de ensino que recusam ou limitam a prestação de serviços com base em informação genética do indivíduo. Em complementação, o Projeto de Lei 4.662/2001 proíbe a exigência de apresentação do exame de DNA a seguradoras, a prestadoras de assistência médica e odontológica e a escolas públicas e privadas. Por sua vez, o Projeto de Lei 4.661/2001 dispõe sobre a proteção do código genético individual, considerando-o sigiloso e sendo expressamente proibido o fornecimento de informações por laboratórios e clínicas. No mesmo sentido caminha o Projeto de Lei 3.377/2000, apresentado pelo então Deputado Aloízio Mercadante, em que se veda a utilização do código genético para fins de encaminhamento à obtenção de emprego ou trabalho, aceitação em seguro de vida ou plano de saúde e qualquer outro tipo de sistema de seleção de candidatos, inclusive, para registro de identificação.

A previsão de sanções de variada natureza é importante elemento para preservar a intimidade do acusado. Na realidade, a pro-

⁴⁴ Em seara distinta, revela-se a preocupação com a divulgação de dados. No exame nacional de cursos de nível superior, realizado anualmente pelo MEC, os resultados individuais obtidos pelos alunos não são computados para a sua aprovação e são fornecidos exclusivamente a cada um deles. A divulgação dos resultados dos exames implicará a responsabilidade do agente público e as informações somente poderão ser usadas para avaliar a qualidade e eficiência das atividades de ensino, pesquisa e extensão. Trata-se de um bom exemplo de como se pode regulamentar a preservação de informações.

pagação de informações obtidas através da prova pericial não pode funcionar como óbice à efetivação das intervenções corporais. Seria como proibir a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal sob a alegação de que, preso, o acusado sujeitar-se-ia a tortura ou a tratamento cruel ou degradante. A análise da questão não deve ater-se aos possíveis efeitos reflexos da medida, que precisam ser evitados por outras formas. A informação resultante de um mapeamento genético, caso revelada pelo profissional encarregado da extração das amostras ou pelo responsável pela obtenção do resultado, acarretará a responsabilização pela prática do ato ilícito. Puna-se administrativa, civil e penalmente, mas se preserve a consecução do exame.

Para contornar o problema, assevera Stella Maris Martínez, citando Resolução de 16.03.1989 adotada pelo Parlamento Europeu, que as análises genéticas nos procedimentos judiciais exigem "que sejam passíveis de utilização unicamente aquelas partes da análise do genoma que estejam revestidas de importância para o caso e que não permitam nenhum tipo de dedução sobre a totalidade da informação hereditária."⁴⁵ Restringir o exame sobre a extensão do DNA é uma das formas de se impedir o acesso a dados de cunho pessoal e, conseqüentemente, a sua divulgação. O exame que se realiza sobre a parte não codificada, isto é, que não contém as informações hereditárias, não ofende os direitos de personalidade do acusado. Nesse sentido, para resguardar a intimidade do réu, o **Bundesverfassungsgericht** condicionou a legitimidade constitucional da análise de DNA ao âmbito não codificante, com fundamento no § 81 "a" StPO.⁴⁶

A técnica deve ser empregada com o intuito de identificação de autores de delitos, com base em vestígios encontrados na cena do crime ou na vítima. Por conseguinte, não se pode identificar o gene determinante da agressividade ou de algum desvio sexual e,

⁴⁵ MARTÍNEZ, Stella Maris. **Manipulação genética e direito penal**. São Paulo: IBCCRIM, 1998. p. 214.

⁴⁶ GURIDI, José Francisco Etxeberria. "Las investigaciones genéticas como medio de prueba en el proceso penal alemán tras la reforma de la ordenanza procesal penal de 17 de marzo de 1997 (parte II)". **Revista de Derecho y Genoma Humano**, n. 10, p. 74, Bilbao, ene.-jun. 1999.

com base nessa informação inserida em banco de dados, inferir a participação da pessoa em crimes violentos ou contra os costumes. Seria desvirtuar a utilização do exame e introduzir um direito penal do autor, em que a pena seria imposta baseada em sua suposta periculosidade. É preciso ter ainda em conta que entre ser portador de um gene alterado e apresentar a doença ou a disfunção relacionadas a este gene existe uma probabilidade, e não uma certeza.

4.4 Dignidade da pessoa humana

Jorge Miranda diferencia a dignidade da pessoa humana da dignidade humana. Aquela expressão dirige-se ao homem concreto e individual; esta à humanidade, entendida ou como qualidade comum a todos os homens ou como conjunto que os engloba e ultrapassa.⁴⁷ No primeiro sentido, decidiu o **Bundesverfassungsgericht** ser garantia da dignidade da pessoa humana a liberdade de declaração (*Aussagefreiheit*)⁴⁸ e toda violação à recusa em falar ou, por extensão, à recusa em fazer ou agir consiste em ofensa à dignidade. Não obstante, a jurisprudência alemã não observa lesão à dignidade em decorrência da submissão do acusado a intervenções corporais, especialmente porque inexistente desrespeito à recusa em fazer ou em agir do acusado.

A dignidade, conquanto comporte significados variados e de larga extensão, pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.⁴⁹ No entanto, a autodeterminação contida na dignidade da pessoa humana não constitui valor supremo; caso contrário, toda expressão do poder coercitivo estatal redundaria em sua lesão e importaria em deixar inerte o Estado no exercício do poder-dever punitivo. Assim como se reconhece a preservação dos direitos fundamentais dos condenados sujeitos a pena ou a medida de segurança privativas da liberdade, ressalvadas as limitações ine-

⁴⁷ MIRANDA, Jorge. "A constituição portuguesa e a dignidade da pessoa humana". *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 45, p. 84, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

⁴⁸ KOPF, Verena Angela. op. cit., p. 39.

⁴⁹ MIRANDA, op. cit., p. 84.

rentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respectiva execução,⁵⁰ também se acata a manutenção dos direitos do acusado no processo, à exceção das restrições típicas dos métodos de colheita de prova constitucionalmente admissíveis.

No campo probatório, a compreensão da lesão da dignidade da pessoa humana não se refere à adoção da força para empregar métodos invasivos de colheita de elementos de prova, mas sim ao emprego de métodos que provoquem ofensa à intimidade, ao pudor e à imagem, bens jurídicos, entre outros, cuja tutela decorre do valor eminente reconhecido a cada pessoa. Conforme seja o método empregado para a colheita da amostra biológica e o tipo de material extraído, admite-se possa a intervenção corporal ser ofensiva ao pudor e à intimidade e, conseqüentemente, à dignidade do homem. Nessas hipóteses, deve-se respeitar a dignidade ao máximo e proibir, por exemplo, as intervenções que recaiam sobre zonas íntimas do corpo. A tutela constitucional da intimidade, da honra e da imagem parece justificar, mais do que nunca, a recusa do suspeito ou do acusado em submeter-se a exames de partes íntimas.⁵¹

Não é possível, porém, sob a falsa premissa de ofensa ao pudor ou à intimidade, garantir ao acusado uma posição de domínio exclusivo sobre a informação e impedir seja recolhido o material destinado à realização do exame. Estabelecer regras rígidas sobre as situações nas quais seria vedada a produção da prova, baseada na ofensa ao pudor, não constitui a medida mais precisa. A exemplo da legislação penal, que não discrimina o que seria ato obsceno, cuja prática em lugar público constitui delito inserido no Capítulo que trata "Do Ultraje Público ao Pudor" (art. 233), e tampouco define o que seria "Importunação ofensiva ao pudor" (art. 61 da Lei de Contravenções Penais), convém relegar aos juízes decidir quando estaria configurada a lesão para os fins processuais de colheita de prova. Estando caracterizada a ofensa à dignidade através da lesão ao pudor, por exemplo, o exame de DNA não seria realizado.

⁵⁰ Idem, *ibidem*.

⁵¹ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 116.

4.5 Autodeterminação informativa

Na literatura estrangeira, indica-se a autodeterminação informativa (*informationelle selbstbestimmung*) como bem passível de sofrer ofensas em face da compulsão às intervenções corporais.⁵² Consiste na "faculdade do indivíduo, derivada da idéia de autodeterminação, de decidir basicamente, por si próprio, quando e dentro de quais limites deve revelar situação referente à própria vida",⁵³ conforme entendimento firmado pelo **Bundesverfassungsgericht**.

Conquanto a autodeterminação informativa não seja objeto de maior apreciação pela doutrina e jurisprudência brasileiras, a reduzida atenção dispensada à sua análise é suficiente para excluir uma suposta incompatibilidade com o exame de DNA compulsório em processo penal.

Não há lesão ao direito de autodeterminação das informações pessoais. Na ponderação do interesse geral no esclarecimento dos fatos e da intensidade da intervenção corporal, prevalece o primeiro, como corolário da interpretação sistemática do ordenamento processual penal. O acusado possui maior controle sobre seus dados pessoais na seara cível, e é sintomático que a decisão prolatada pelo tribunal alemão diga respeito a uma causa não-penal. Discutia-se acerca da divulgação de dados censitários.

No âmbito cível não há nenhuma forma de coação para a obtenção forçada de prova. A sua ausência resolve-se pela aplicação das presunções e pela distribuição do ônus entre as partes. A prisão civil prevista para o depositário infiel e para o devedor de alimentos, exemplo de coação empregada no direito processual civil, limita-se a compelir a parte ao cumprimento de uma obrigação, e não ao fornecimento de prova.

No processo penal, nem toda inserção de prova requer o consentimento do acusado. A escuta telefônica possibilita a obtenção de prova sem o seu conhecimento; através da decretação da prisão preventiva, por conveniência da instrução criminal, priva-se o réu da liberdade, mesmo contra sua vontade, para facilitar a inserção

⁵² KELLER, Rainer. "Die Genomanalyse im Strafverfahren". *Neue Juristische Wochenschrift*, n. 37, p. 2.295, Frankfurt, 13 sept. 1989.

⁵³ CASABONA, Carlos María Romeo. op. cit., p. 59.

de provas no processo; documentos podem ser apreendidos na sua residência e dados de informática são passíveis de interceptação. Se diversas provas referentes ao acusado são introduzidas no processo, independentemente de sua vontade, é inexato afirmar possuir ele controle sobre os dados pessoais. A autodeterminação informativa não tem alcance abrangente no processo penal capaz de impedir que se proceda às intervenções corporais. Outro entendimento equivaleria a adscrever peso desproporcionadamente elevado à autonomia individual e ignorar as exigências decorrentes de considerações de igualdade e justiça social.

4.6 Princípio contra a auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*)

Aponta-se existir ofensa ao princípio *nemo tenetur se detegere*, porque ele contribui para assegurar ao acusado a plena liberdade de autodeterminação e, por conseqüência, obsta a aquisição de prova contrariamente à sua vontade e à sua consciência⁵⁴. No direito brasileiro, a afirmação exige ressalvas, porquanto a liberdade de autodeterminação por trás do princípio contra a auto-incriminação não é exercida incondicionalmente.

Afirmar ter a Constituição Federal de 1988 consagrado apenas o direito de permanecer calado, de modo a limitar a falta de colaboração ao testemunho oral, vai contra a firme jurisprudência do STF⁵⁵ e contra robusta doutrina. O direito de permanecer calado é expressão sinedóquica do princípio contra a auto-incriminação e compreende todas as ações que redundem em exigir do acusado prova de sua responsabilidade penal. Não é sob esse fundamento que se repelem as supostas ofensas ao princípio contra a auto-incriminação e se aceita o exame de DNA compulsório no processo penal.

Também não é adequado pugnar que o princípio resuma-se a não obrigar o acusado a fornecer elementos cognoscitivos contra-producentes à sua posição processual e, não tendo o exame de DNA

⁵⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. "O teste de dna..."cit., p. 1. KOPF, Verena Angela. op. cit., p. 170. BONACCORSO, Norma. "Elaboração de laudos e relatórios de análises de exames DNA realizados pelo Instituto de Criminalística de São Paulo". *Arquivos da Polícia Civil*, v. XLVI, p. 75, São Paulo, 2001..

⁵⁵ RHC 64.354/SP, HC 69.026/DF e HC 77.135/SP.

natureza cognoscitiva, pois "não é o acusado que é forçado a falar, mas são os fatos (a coincidência ou não dos códigos genéticos) que falam por si",⁵⁶ não haveria a tutela do princípio. A conclusão é exata, mas o raciocínio empregado para se alcançá-la merece críticas.

Esse raciocínio se baseia no fato de que a ordem para a realização do exame médico do acusado não é considerada prejudicial ao estabelecimento da inocência ou da culpabilidade, e constitui um aspecto normal e freqüentemente desejável em uma instrução completa e conscienciosa.⁵⁷ Os métodos baseados na análise de DNA não consistem em instrumentos de indagação da verdade que beneficiem exclusivamente os órgãos incumbidos da investigação e persecução dos delitos, mas também podem resultar interesses para o próprio acusado, se não for responsável pelos fatos que se lhe atribuem.⁵⁸ Argumenta-se que uma diligência destinada ao esclarecimento dos fatos, que dependa da colaboração do acusado para se concretizar, não teria conteúdo incriminatório, por não se saber de antemão ser prejudicial o resultado obtido.

Todavia, o STF reconheceu ser uma faculdade do acusado participar ou não de alguma diligência que tenha indiscutível eficácia probatória, independentemente de poder facilitar a defesa ou favorecer a acusação.⁵⁹ O princípio contra a auto-incriminação protege a liberdade de autodeterminação, e o árbitro do possível prejuízo decorrente da diligência é o acusado, a quem se confia decidir ou não em colaborar. Ao escolher se calar, somente ao acusado é possível saber se as declarações, caso proferidas, seriam incriminatórias. Nem por isso dele se retira o direito de permanecer calado. A imprevisão do resultado do exame de DNA não é motivo que obrigue o acusado a sujeitar-se à prova, mas, sim, a exclusão da liberdade de autodeterminação que informa o princípio *nemo tenetur se detegere*.

⁵⁶ ARRUDA, José Acácio. PARREIRA, Kleber Simônio. op. cit., p. 161.

⁵⁷ KERCHOVE, Michel van de. "La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme". *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n. 1, p. 6, Paris, jan.-mars, 1992.

⁵⁸ GURIDI, José Francisco Etxeberria. op. cit., p. 69. No mesmo sentido é o posicionamento da Comissão Europeia dos direitos do homem. In: KERCHOVE, op. cit., p. 5.

⁵⁹ RHC 64.354/SP.

O princípio contra a auto-incriminação se limita à faculdade de todo indivíduo de não ser convertido em meio ativo de prova contra si próprio. Quando se permite ao réu não contribuir para a própria incriminação, autoriza-se possa ser omissivo. Sempre que se requeira um comportamento ativo de caráter probatório - porque a prova somente se produz através da ação - faculta-se a recusa em agir. Desde logo, portanto, são excluídas da tutela do princípio contra a auto-incriminação a produção de prova que prescindir da vontade do acusado. Outra não é a razão por que o princípio contra a auto-incriminação simboliza-se, no direito positivo, pelo direito de permanecer calado, típica conduta omissiva.

Argumentar ser suprimida, nas intervenções corporais, a liberdade de autodeterminação e transformado o réu em objeto de prova, trazendo à memória a triste lembrança do processo inquisitório, é emblemático, mas inverídico. A idéia-força de realização absoluta do interesse do Estado, ao reduzir o acusado a objeto do processo, sem direitos ou liberdade de autodeterminação, é ilusória. Se no procedimento inquisitório o acusado era, exclusivamente, objeto de prova, o pensamento liberal que passou a informar o processo penal garantiu-lhe a posição de sujeito, sem, contudo, apagar o aspecto probatório que o envolvia. O acusado é, sempre foi e, provavelmente, nunca deixará de ser, objeto de prova. A evolução se nota na civilidade dos meios para usufruir desse objeto. Isso não lhe reduz o *status* de sujeito no processo ou subtrai direitos e garantias, apenas responde a uma necessidade de apuração dos fatos.

A opinião predominante no direito alemão considera o acusado um meio de prova (*Beweismittel*), sem retirar-lhe a posição de sujeito processual.⁶⁰ No direito brasileiro, a situação não é diferente. O Código de Processo Penal admite a realização de busca pessoal sobre o acusado sempre que houver fundada suspeita de que esteja ocultando arma proibida ou objetos relacionados ao crime, hipótese em que se converte em objeto de prova. Autoriza o reconhecimento de pessoas, se necessário com o emprego da condução coercitiva,

⁶⁰ AMELUNG, Knut. "Zur dogmatischen Einordnung strafprozessualer Grundrechtseingriffe". *Juristen Zeitung*, n. 15/16, p. 739, Tübingen, 1987.

e determina seja o réu colocado como objeto de observação entre outros indivíduos, para permitir identificá-lo como autor do crime. Havendo dúvida sobre sua integridade mental, será submetido a exame médico-legal que, embora não esteja capitulado como prova, apresenta inequívoco caráter probatório, no sentido de apontar a inimputabilidade penal e conduzir à absolvição. O acusado torna-se objeto de exames, sem perder o posto de sujeito processual, nem tampouco se transformar em coisa.

É incorreto afirmar que nenhuma prova pode ser admitida no processo se produzida inibindo a liberdade de autodeterminação do réu. Necessário evitar que da previsão normativa do direito de permanecer calado se depreenda uma verdadeira cultura de não-colaboração e de absoluta intangibilidade. Melhor, é preciso que a ausência do dever de cooperação do acusado seja compreendida nos seus devidos termos.

O Estado tem o poder de agir com o emprego de força para colher provas e assegurar a aplicação da lei penal. A estruturação de um direito genérico de não suportar nenhuma diligência de prevenção, de inquirição e de prova poderia deixar desguarnecidas as autoridades encarregadas da persecução penal no desempenho de legítimas atividades de proteção da convivência e da segurança social. Em decorrência, o exercício da *vis absoluta* está autorizado, ao mesmo tempo em que é excluída a incidência do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Se não se impuser ao acusado a obrigação de suportar negativamente diligências em sua pessoa, a investigação das infrações penais seria inviabilizada, pois se vedaria exigir identificação dactiloscópica, tirar fotografias para registro criminal, submeter-se ao reconhecimento pessoal, sujeitar-se à prisão provisória de finalidade instrutória indireta etc. Essas imposições já existem no direito brasileiro e a previsão de intervenções corporais em nada inovaria, no sentido de restringir direitos do réu.

5. PROPOSTAS DE REGULAMENTAÇÃO

Uma vez apurada a constitucionalidade da submissão do acusado à extração de material orgânico independentemente de sua

anuência, malgrado seja indubitosa a restrição ou limitação de direitos - constitucionalmente admitidas -, chega-se ao momento de propor alterações legislativas para introduzir a moderna técnica no processo penal.

Conquanto não haja óbices constitucionais à realização do exame de DNA compulsório, falta lei específica que discipline a matéria.⁶¹ O fato de o direito processual admitir a produção de provas legalmente permitidas e moralmente legítimas não constitui autorização para obrigar o acusado a submeter-se ao exame de DNA. A expressão é muito genérica para restringir direitos fundamentais. As restrições devem ser específicas, necessitam de previsão legal, cujos pressupostos precisam estar discriminados, assim como a extensão da limitação. A obtenção de dados pessoais se faz com a indicação específica e precisa da informação que se pretende obter, e desde que seja necessária e adequada à finalidade pretendida.⁶² Por enquanto, "em vez do princípio da procura sem limites da verdade, vigora hoje a regra de que toda a actividade probatória, que implique uma intervenção mais ou menos relevante nos direitos individuais, postula invariavelmente a necessária legitimação legal."⁶³

Somente nas hipóteses em que há voluntariedade do acusado em submeter-se ao exame, dispensável a previsão legal. Não são desconhecidas do direito processual penal as perícias laboratoriais, como é o caso do exame de DNA, não obstante a técnica tenha sido criada mais de quarenta anos após a edição do código. O art. 170 do CPP dispõe que "nas perícias de laboratório, os peritos guardarão material suficiente para a eventualidade de nova perícia. Sempre que conveniente os laudos serão ilustrados com provas fotográficas, ou microfotográficas, desenhos ou esquemas." Se o acusado se dispõe a sujeitar-se ao exame, basta sejam adotadas as disposições aplicáveis à prova pericial, entre as quais o art. 170 do estatuto processual.

⁶¹ Entre os inúmeros projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, tendo como objeto a pesquisa do código genético, a identificação individual e a colheita de material, o Projeto de Lei 3.078/2000, cujo relator é o Deputado Jorge Costa, é a proposta tecnicamente mais aceitável.

⁶² KOPF, Verena Angela. op. cit., p. 48.

⁶³ ANDRADE, Manoel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 22.

A Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo editou a Resolução 194/99, e estabeleceu normas para coleta e exame de materiais biológicos para identificação humana. Como não poderia deixar de ser, determinou que "a coleta de material biológico em pessoas vivas será feita somente em locais apropriados e com o expreso consentimento destas" (art. 5º, parágrafo único).

Em decorrência, atualmente não se pode compelir o acusado a sujeitar-se às intervenções corporais, pois consistiria em constrangimento ilegal. Nenhum direito fundamental pode sofrer restrição sem a intervenção do legislador, e "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5.º, II, da CF/88). Indispensável, portanto, a regulamentação da matéria, com a observância de determinadas prescrições.

É preciso, como salientado, da edição de lei específica. Mesmo o § 81 "a" do Código de Processo Penal alemão, que regulamenta a forma das intervenções corporais, como ressalta Keller, não podia ser usado como fundamento para a análise do genoma, e houve necessidade de edição de regulamentação própria.⁶⁴ Essa regulamentação específica veio com a *Strafverfahrensänderungsgesetz*, de 17.03.1997, que passou a permitir os exames moleculares genéticos.⁶⁵

A lei deve detalhar as hipóteses em que o exame pode ser compulsoriamente executado, em que condições será realizado, bem como de quais direitos e prerrogativas dispõe o réu. Deve-se saber as circunstâncias e os objetivos pré-determinados a partir dos quais serão realizados exames genéticos; quem terá acesso à informação resultante das análises das amostras biológicas e a utilização a ser dada, bem como quais medidas de proteção da informação deverão ser adotadas.

Em se tratando de imposição de limitações a determinados direitos, além de constatada a admissibilidade constitucional da restrição estabelecida, deve-se verificar a compatibilidade desta com o princípio da proporcionalidade. "Essa nova orientação, que permi-

⁶⁴ KELLER, Rainer. op. cit., p. 2296.

⁶⁵ ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht...*cit., p. 539.

tiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*).⁶⁶

A regulamentação legal deve guardar a proporcionalidade entre a gravidade do crime objeto de investigação e o resultado que se pretende atingir com o meio de prova. Um cânone de proporcionalidade deve orientar a disciplina da matéria. O legislador brasileiro já fez opção pelo princípio da proporcionalidade ao limitar as interceptações telefônicas a crimes punidos com reclusão, ao vedar a concessão de anistia e graça aos crimes hediondos, assim como ao considerar inafiançáveis e imprescritíveis outras infrações e restringir a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos aos delitos cuja pena não seja superior a quatro anos, excluídos os culposos. E a jurisprudência pátria também não desconhece o princípio da proporcionalidade.⁶⁷

Há de se excluir a intervenção corporal em crimes não particularmente graves, tendo por parâmetro o limite das penas cominadas.⁶⁸ Apesar de o exame de DNA ter por foco o esclarecimento de delitos que envolvam violência sexual⁶⁹ ou homicídios,⁷⁰ em relação aos quais é comum encontrar material orgânico no lo-

⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade - estudos de direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 43.

⁶⁷ A primeira referência de algum significado ao princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF está relacionada com o direito de propriedade, RE 18.331. Rel. Min. Ozimbo Nonato, 1953. MENDES, op. cit., p. 194.

⁶⁸ O Projeto de Lei da relatoria do Deputado Wasny de Roure impõe a identificação genética, desde que não identificado civilmente, ao preso em flagrante delito, ao indiciado em inquérito policial, àquele que pratica infração penal de menor potencial ofensivo e contra quem for expedido mandado de prisão. Até nas infrações de que dificilmente resultará prisão exige-se a submissão a exame de DNA, sem nenhuma indicação da necessidade.

⁶⁹ O Projeto de Lei de autoria da Deputada Zelinda Novaes dispõe sobre a obrigatoriedade da coleta de material para a elaboração de exame pericial de DNA apenas nos crimes contra a liberdade sexual que deixem vestígios.

⁷⁰ No Estado de São Paulo, até novembro de 2000, dos mais de 120 casos recebidos pelo Laboratório de DNA do Instituto de Criminalística, 39% disseram respeito a crimes sexo-relacionados; 38% a crimes de homicídios; 22% a identificação de cadáveres e 1% a outros crimes, obtendo-se êxito nas análises em 70% dos casos que já foram concluídos. BONACCORSO, Norma. "Elaboração de laudos e relatórios de análises de exames DNA realizados pelo Instituto de Criminalística de São Paulo". *Arquivos da Polícia Civil*, v. XLVI, p. 79, São Paulo, 2001.

cal do crime ou junto à vítima, não se pode excluir, açodadamente, as demais infrações. A miríade de situações em que se imaginaria ser possível fazer uso do exame de DNA recomenda não restringir o alcance da prova em face do bem jurídico sobre o qual se erigiu o tipo penal.

Não se deve aproveitar o rol de crimes trazido por outras leis, a exemplo da Lei 8.072/90, pois seria impróprio.⁷¹ Além de selecionar aqueles delitos para os quais se supõe a utilidade da realização do exame para elucidação dos fatos, o rol próprio impede se converta a lei em letra morta com a indicação de crimes que dificilmente fariam boa utilização da técnica, a exemplo do tráfico ilícito de entorpecentes (art. 12 da Lei 6.368/76) e da falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273 do CP). Caso se pretenda reduzir a aplicação do exame de DNA, recomendável seja feita a limitação, tendo em vista o *quantum* mínimo da pena imposta ou o tipo de sanção cominada ao delito que se pretende apurar, a exemplo das hipóteses em que é cabível a prisão preventiva.

Deve-se dar preferência às intervenções corporais não-invasivas. Além de trazer menor risco de lesão à integridade física do acusado, afasta sensações dolorosas e torna mais fácil o procedimento de coleta da amostra. No direito inglês, as coletas são classificadas em *intimate samples*, caso da coleta sangüínea, e *non intimate samples*, a exemplo da extração de fios de cabelo e de saliva.⁷² Semelhante normatização poderia ser adotada, para se recorrer às extrações de sangue nos casos estritamente necessários.

A previsão de indícios razoáveis da autoria ou da participação na infração penal, além da impossibilidade de se fazer a prova por outros meios, deve constar como requisito indispensável à realização do exame de DNA.

Deve-se utilizar a prova apenas em âmbito penal e, exclusivamente, no procedimento que gerou a necessidade de se fazer uso

⁷¹ O Projeto de Lei 188/99 institui a obrigação de identificação criminal genética para todos aqueles que cometerem crimes hediondos, o que não consiste em boa técnica.

⁷² QUEIJO, Maria Elizabeth. "O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal". Tese de doutorado em processo penal, São Paulo, USP, 2002. p. 287-8.

da intervenção corporal. A informação obtida será usada unicamente para o fim que a originou. Pode-se ainda prever a destruição da amostra após a utilização no processo, como meio de se evitar a utilização em outras áreas. Contudo, caso se queira constituir um banco de dados similar aos já existentes em relação às impressões digitais, os resultados dos exames de DNA poderiam ser registrados, com aplicação exclusiva para fins penais, como ocorre hoje na investigação dos antecedentes criminais. Em complemento, devem ser previstas medidas específicas mais restritivas em relação à divulgação de dados genéticos.

A coleta do material deverá ser realizada por uma pessoa habilitada, e apenas se não houver risco de lesar a integridade física ou de morte. O exame deverá ser de atribuição da polícia técnica, e não de laboratórios civis, comumente designados para constatação de paternidade através da análise do DNA.

Além da detalhada regulamentação legal, a determinação judicial é o segundo requisito imprescindível à realização compulsória do exame de DNA. O filtro judicial, naquelas hipóteses previstas em lei, prestar-se-ia a evitar o uso desvirtuado do instrumento probatório, como assinala Stalteri.⁷³ Além do requisito objetivo - previsão legal - exige-se o subjetivo, que deixa à autoridade judicial a valoração da necessidade da prova para esclarecimento dos fatos. Chega a ser truísmo afirmar que a decisão judicial há de ser fundamentada.

O recurso às intervenções corporais só pode acontecer nas hipóteses em que se apresentar indispensável para a elucidação dos fatos, sem ser possível ao juiz formar seu convencimento de outro modo. As intervenções corporais para a consecução do exame de DNA, tal como o Direito Penal, devem existir como *ultima ratio*.

As intervenções corporais devem ser aptas a atingir os objetivos pretendidos, sem que nenhum meio menos gravoso para o acusado se revele igualmente eficaz na consecução da pretensão. Em consonância com o princípio da proporcionalidade, as intervenções

⁷³ STALTERI, Marcello. "Genetica e processo: la prova del 'dna fingerprint'. Problemi e tendenze". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 1, p. 199, Milano, gen.-mar. 1993.

devem ser adequadas, necessárias e convenientes aos fins que se pretendem alcançar.⁷⁴ Assim como o princípio da proporcionalidade orienta a determinação judicial na decretação da prisão provisória, em que se afere a necessidade e a utilidade da custódia cautelar, a ordem que obrigue a submeter-se à intervenção corporal deve assegurar que sejam imprescindíveis as limitações a direitos fundamentais para conseguir o fim perseguido, tomando como norte a proporção entre o sacrifício do direito e a situação que se pretende esclarecer.

Dispensável dizer, porque o próprio sistema processual brasileiro já prevê, acerca da faculdade de recorrer das decisões judiciais. Deve ser recorrível a decisão e, para maior resguardo do acusado, atribuir ao recurso efeito suspensivo da execução da determinação judicial. Na atual sistemática do Código de Processo Penal, cabível seria o recurso em sentido estrito, acrescentando-se ao art. 584 a hipótese de decisão que defere o pedido de realização de intervenção corporal sobre o acusado para a colheita de material orgânico.

É mister não só estabelecer o efeito em que seria recebido o recurso, bem como se recomenda seja garantido ao acusado o direito de contra-análise. A razão de ser do art. 170 do CPP é justamente assegurar a contraprova pelo réu, em respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa. A prova produzida a partir de intervenção corporal deve e pode mais facilmente submeter-se ao contraditório e sujeitar-se, por isso mesmo, a controle judicial mais rígido e objetivo do que aquele resultante do silêncio do acusado.⁷⁵

O caminho natural que se observa é desenvolver e aperfeiçoar o programa genético humano, assim como incrementar sua aplicação no processo penal,⁷⁶ porque as pesquisas devem voltar-se à utilização do conhecimento obtido nos diversos campos da ciência. A necessidade e importância da regulamentação do exame de DNA compulsório irão avultar-se com o passar dos anos. Através do exa-

⁷⁴ KOPF, Verena Angela. op. cit., p. 115.

⁷⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. "O Supremo e as garantias processuais: verdades, mentiras e outras indagações". *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, n. 8, p. 160, Belo Horizonte, 2001.

⁷⁶ KELLER, Rainer. op. cit., p. 2.295.

me de DNA, no futuro, será possível obter um perfil de DNA que seja único para cada pessoa e abandonar os atuais cálculos de probabilidade. A tendência é a Genética Forense, especialidade da Medicina Forense, desenvolver-se cada vez mais.

Nas próximas décadas, experimentar-se-á a evolução de novas técnicas mais acuradas para a aquisição de evidências a partir do corpo humano, subtraídas da posse e do controle do acusado. A modernização das técnicas de coleta das amostras tem apresentado cada vez mais soluções menos invasivas ou lesivas à integridade física. Os novos métodos, assim como os atuais, para serem admitidos no processo devem atender três requisitos: gozar a fonte de autoridade reconhecida na comunidade científica, assentar-se em preceitos irrefutáveis e exibir a coerência lógica do resultado proposto. Com o passar do tempo, mais se evidenciará a grande importância dos modernos meios técnicos para auxiliar a identificação de autores de crimes e para demonstrar a inocência de vítimas de erros judiciários, em face do elevado índice de probabilidade de acerto.

E "a atitude do jurista deverá ser expectante e aberta, disposta a reconsiderar suas formulações à luz das inovações científicas - e tecnológicas - e sempre a serviço do ser humano."⁷⁷

6. ALTERNATIVAS AO EXAME DE DNA COMPULSÓRIO

De lege ferenda, prever a submissão compulsória ao exame de DNA, em caso de ausência de consentimento do acusado, apresenta-se como a medida mais adequada para inserir no processo penal avançadas técnicas científicas e aproximar as provas colhidas da realidade dos fatos que ensejaram a movimentação da máquina judiciária. Caso se opte por não admitir a sujeição coativa ao exame de DNA, permanecerão inermes as autoridades encarregadas da persecução penal relativamente ao esclarecimento de determinados delitos e arcaicas as técnicas probatórias empregadas no processo penal. Diante da ausência de lei que regulamente a matéria, não se vê como sujeitar o acusado, atualmente, à colheita coercitiva de material orgânico, tampouco se considera razoável a aplicação de

⁷⁷ CASABONA, Carlos María Romeo. op. cit., p. 122.

punições e presunções em seu desfavor pela recusa injustificada em participar do exame, o que será detidamente apreciado.

Nos Estados Unidos, ao acusado que se recusa a cooperar na instrução probatória, comumente se utiliza o *civil contempt* ou o *criminal contempt* como meio de coagi-lo ou puni-lo por não obedecer à ordem judicial para participar de algum procedimento de identificação.⁷⁸ A recusa só se aceita se a procura por provas do crime acarretar perigo de vida ou risco à saúde do suspeito, como firmado em *Winston v. Lee* (1985)⁷⁹. No Brasil, em face da inserção do direito de permanecer calado em sede constitucional, facultava-se ao acusado eleger a conduta processual que irá desempenhar, sem ser possível exigir-lhe o ato voluntário de contribuir para a própria incriminação. Todavia, não há impedimento a que se dispense o consentimento para a obtenção de prova, respeitada a reserva legal das hipóteses.

Aplicar uma sanção autônoma em decorrência da recusa injustificada em oferecer material orgânico revela-se conduta que não se integra com as exigências próprias do processo penal, pois converteria o ônus da prova da acusação em obrigação de provar do acusado. Embora a aplicação de pena possa "*costituire un'efficace forma di pressione al fine di convincere l'interessato a mutare atteggiamento*",⁸⁰ é possível que a sanção independente seja superior à reprimenda do delito em relação ao qual o acusado recusa-se a sujeitar-se à intervenção corporal. Além disso, se a aplicação de uma sanção tem cunho preventivo, a fim de evitar que a recusa não se opere novamente ou estimule outros réus a ter o mesmo comportamento, quando o crime pelo qual responde é particularmente grave, a previsão de uma pena reduzida é pouco eficaz, sem aptidão para provocar a reflexão do acusado.

A inflição de multa teria o mesmo efeito prático da sanção pecuniária no direito penal, isto é, bastante reduzido. Assim como

⁷⁸ ISRAEL, Jerold H. LAFAVE, Wayne R. op. cit., p. 238.

⁷⁹ BLOOM, Robert M; BRODIN, Mark S. *Criminal procedure: examples and explanations*. 2 ed. Boston: Little, Brown and Company, 1996. p. 351.

⁸⁰ Tradução livre: "Pode constituir uma eficaz forma de pressão a fim de convencer o interessado a mudar de postura." VIGONI, Daniela. op. cit., p. 1048.

poucos são os acusados que efetuam o pagamento da pena pecuniária a que foram condenados, poucos serão os réus que terão condições de pagar a multa imposta pela não-sujeição ao exame de DNA.

Determinar a prisão até que se disponha a realizar o exame é arbitrário. A privação da liberdade, no curso do processo, é excessivamente mais rigorosa do que a coleta de material orgânico, e com ela não mantém relação de proporcionalidade. A prisão somente deve ocorrer nas restritas hipóteses discriminadas em lei e, a título de punição, depois de assegurado o devido processo legal. A prisão como forma de compelir ao cumprimento de uma obrigação é prevista apenas para o depositário infiel e o devedor de alimentos, e afigura-se estranha ao processo penal, uma vez que a detenção provisória é empregada, exclusivamente, para a asseguuração da prova e da aplicação da lei penal.

A recusa do acusado poderia ser sancionada com a agravção da pena, aplicada a todos os delitos, como forma de repreender quem obstaculizou a atividade persecutória. Seria o anverso da circunstância atenuante da confissão espontânea, que premia o réu facilitador do trabalho da acusação. Contudo, além de não haver respaldo legal para a medida, contrariaria a sistemática das circunstâncias agravantes e atenuantes do Código Penal, na qual se prevê, às condutas manifestadas pelo acusado após o crime, apenas a finalidade de abrandamento da pena. Ademais, a sanção deixaria de equivaler à medida da culpabilidade, ou seja, a culpabilidade deixaria de ser o parâmetro superior do estabelecimento da punição, porquanto fatores posteriores à conduta típica e estranhos à infração praticada seriam considerados para o agravamento da reprimenda.

Na Inglaterra, País de Gales, Irlanda do Norte e República da Irlanda, o *Police and Criminal Evidence Act de 1984* determinou fosse valorada a recusa injustificada como prova, de forma a deixar ao alvedrio judicial sopesá-la. Afirma-se que quanto mais elevada a qualidade dos resultados provenientes do exame corporal, tanto mais processualmente relevantes serão as implicações da recusa em sujeitar-se a eles.⁸¹ A valoração da recusa injustificada como elemen-

⁸¹ STALTERI, Marcello. op. cit., p. 221.

to de prova é já reconhecida pelo STF no tocante ao processo civil.⁸² Pode servir suficientemente para a formação do convencimento judicial ou funcionar como mero elemento que, concorrendo com outros, autorize decisão desfavorável a quem se recusou a submeter ao exame.

Na área cível, aceitam-se com mais facilidade as presunções decorrentes da recusa em submeter-se ao exame de DNA para constatação da paternidade. Isso porque o novo Código Civil, repetindo o anterior, traz algumas presunções de paternidade capazes de influir no julgamento da ação de reconhecimento de filiação. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; os nascidos nos 300 dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, separação judicial, nulidade e anulação de casamento; os havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; os havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga e os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido (art. 1.597). Em complemento ao art. 1.597, o Código Civil dispõe, no art. 232, que "a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame." A parte não se aproveita da negativa em submeter-se a exame médico reputado necessário; ao revés, contra ela se cria uma presunção contrária a seus interesses. O Código de Processo Civil não fica atrás, pois determina que a recusa injustificada em exhibir documentos acarreta a presunção de veracidade dos fatos alegados. Além disso, se o réu não contesta a ação, reputam-se verdadeiros os fatos alegados pelo autor.

Na esfera penal, a situação é diversa. Em matéria probatória, o trabalho com presunções é excepcionalíssimo, pois tudo há de ser efetivamente provado. Em verdade, as mais importantes presunções existentes são favoráveis ao acusado, e a mais notória delas é a de inocência, segundo a qual se reputa inocente o acusado até decisão condenatória transitada em julgado. A presunção de inocência goza

⁸² HC 71.373/RS.

de *status* constitucional, e nenhuma norma de hierarquia inferior pode retirar-lhe ou reduzir-lhe o valor.

Por conseguinte, estabelecer presunções desfavoráveis ao réu por não sujeitar-se à realização do exame de DNA equivale a extrair inferências negativas do completo silêncio durante o interrogatório. Nesse tópico, o processo penal chegou que a um ponto em que não mais se pode condescender com retrocessos. O princípio da presunção de inocência impede o seu oposto, qual seja, que a presunção de culpabilidade resulte da recusa injustificada à submissão ao exame de DNA. Há o risco de a discricionariedade do juiz agudizar-se e culminar em condenações sustentadas exclusivamente sobre a recusa, fazendo do provérbio "quem não deve, não teme" princípio jurídico interpretativo. Extrair inferências da recusa é basear a sentença na íntima convicção. A não-colaboração nada influi na aferição da culpabilidade, conquanto o espírito do julgador se previna, indevidamente, com a recusa imotivada em produzir prova a cargo da acusação, mas que poderia facilmente ser introduzida no processo pelo réu.

Comunga-se da opinião de Vigoni, para quem *"non appare interpretabile nel senso di desumerne con sicurezza elementi a favore dell'accusa, ma solo un 'sospetto' che, di per sé, non potrebbe essere assunto a fondamento di alcuna conclusione, ma diverrebbe significativo solo in presenza di elementi già idonei a sostenere un giudizio di colpevolezza."*⁸³

As alternativas à aplicação do exame de DNA compulsório apresentam imperfeições que impedem sua adoção no processo penal pátrio. Tal como a prova de caráter coercitivo, essas alternativas infligem restrições aos direitos do acusado, com o acréscimo de contrariarem princípios constitucionais, chocarem-se contra o sistema processual penal e, por vezes, mostrarem-se ineficazes. Reputa-se mais apropriada, pois, a consecução coercitiva da extração de amostras de material orgânico. Ao mesmo tempo em que obsta se-

⁸³ Tradução livre: "não se apresenta explicável no sentido de deduzir com segurança elementos a favor da acusação, mas apenas uma 'suspeita' que, por si só, não poderia ser suposição que fundamentasse alguma conclusão, mas se mostraria significativa apenas na presença de elementos já idôneos a sustentar um juízo de culpabilidade." VIGONI, Daniela. op. cit., p. 1.043.

jam adotadas as temerárias presunções de culpabilidade, não acrescenta nova acusação ou punição pela recusa injustificada do acusado. Ademais, o recurso às intervenções corporais compulsórias propicia maior segurança no julgamento, através da apresentação de prova de credibilidade considerável, baseada em preceitos científicos irrefutáveis.

7. CONCLUSÕES

A admissão do exame de DNA compulsório no processo penal brasileiro, posto que seja uma novidade em relação ao tipo de prova que se disponibilizará, não representará nenhuma inovação acerca das restrições a bens jurídicos que já suporta o acusado. A pena privativa de liberdade, a prisão provisória de finalidade instrutória indireta, o monitoramento ininterrupto de diálogos, a sanção capital e a medida de segurança de caráter indeterminado são superlativamente mais lesivos do que a colheita do material orgânico, mormente em relação àquela que não possui o caráter de invasividade. É preciso apenas voltar os olhos para as provas e sanções atualmente existentes no processo penal e lembrar-se da existência de medidas de caráter restritivo para superar a cultura de intangibilidade absoluta do acusado.

O exame de DNA compulsório é adotado em Estados do *civil* e do *common law*, e tem-se mostrado como importante instrumento para a melhor elucidação dos fatos no processo penal. Conquanto limite e restrinja alguns bens jurídicos dignos de tutela, não suprime ou ofende os direitos do acusado no processo.

A incorporação do exame de DNA obrigatório no processo penal brasileiro ainda não se verificou, porque depende de lei específica que preveja as hipóteses em que pode ser compulsoriamente executado, em que condições será realizado, bem como de quais direitos e prerrogativas dispõe o réu e quais medidas de proteção da informação deverão ser adotadas. Atualmente, em face da lacuna legislativa, é indispensável o consentimento do réu para a realização do exame sobre o material orgânico dele originado. A regulamentação das intervenções corporais deve ter por norte o cânone de proporcionalidade e prever a submissão obrigatória quando ne-

nhum meio menos gravoso para o acusado revele-se eficaz no esclarecimento dos fatos. A consecução coercitiva da extração de amostras de material orgânico, ao mesmo tempo em que obsta sejam adotadas as temerárias presunções de culpabilidade, não acrescenta nova acusação ou punição pela recusa injustificada do acusado. Ademais, o recurso às intervenções corporais compulsórias propicia maior segurança no julgamento através da apresentação de prova embasada em preceitos científicos irrefutáveis.☐

A Responsabilidade do Fiador Locatício Determinada pela Terceira Seção do STJ no EREsp nº 566.633

Geraldo Beire Simões

Advogado e Professor. Presidente da ABAMI

1. Embora decorrente de uma verdade tão simples, ditada por Daví Barela Dávi e José Paulo Koch (**Diário das Leis - BDI**, 1º Decêndio, abril/2002) no sentido de que *"A fiança, em matéria de locação, sempre possui prazo determinado, inobstante incerto, pois sua extinção somente se dará após a efetiva devolução do imóvel locado, salvo estipulação expressa em contrário"*, lamentavelmente alguns julgadores, saindo da rota da correta aplicação da regra disposta no art. 39 da Lei nº 8.245/91, tal qual saiu o **Legacy**, ou seja, mantendo os seus **transponder** desligados, passaram a dizer que a responsabilidade do fiador se extinguiria quando terminado o prazo determinado da locação.

Esses julgados, além de não cumprirem a regra expressa contida no pré-falado art. 39 da Lei do Inquilinato - o que não é permitido ao julgador proceder, diante da regra processual no sentido de que cabe-lhe aplicar as normas legais, consoante disposto na segunda parte do art. 126 do CPC - desconhecem que a lei do inquilinato é lei especial, e como tal respeitada até pelo Código Civil de 2002 ao afirmar no seu art. 2.036 que *"A locação do prédio*

urbano, que esteja sujeita a lei especial, por esta continua a ser regida".

Ora, a lei especial do inquilinato possui *regras próprias* tanto materiais quanto processuais, por isso que as regras do Código Civil e as do Código de Processo Civil se aplicam à relação de locação *somente no que for omissa* a lei do inquilinato.

Daí a importância das vírgulas apostas após os vocábulos "*fiança*" e "*locação*" na parte da frase antes mencionada: "*A fiança, em matéria de locação, (...)*".

Significa dizer que essa vírgula quer acentuar, e bem acentuado, que a *fiança* no contrato de locação *não está subjungida às regras do Código Civil*, que se destinam a outras várias espécies de contratos, contidos no seu TÍTULO VI, tais como a *compra e venda* (arts. 481/504) com as suas cláusulas especiais: a *retrovenda* (art. 505/508), a *venda a contento e sujeita a prova* (arts. 509/512), a *preempção* ou *preferência* (arts. 513/520), a *venda com reserva de domínio* (arts. 521/528), a *venda sobre documentos* (arts. 529/532); a *troca ou permuta* (art. 533); o *contrato estimatório* (arts. 534/537); o *comodato* (arts. 579/585); a *prestação de serviços* (arts. 593/609); a *empreitada* (art. 610/626); o *depósito voluntário* (arts. 627/646); o *mandato* (arts. 653/691); a *comissão* (arts. 693/709); a *agência e distribuição* (arts. 710/721); a *corretagem* (arts. 722/729); o *transporte* (arts. 730/756) e a *constituição de renda* (arts. 803/813).

Por isso, por ser a lei inquilinária *especial com vida própria*, reconhecida pelo art. 2.036 do Código Civil, a ela se aplicam outras regras materiais e/ou processuais somente quando ela, lei do inquilinato, *for omissa*, conforme disposto no art. 79 da Lei nº 8.245/91.

Ora, em matéria de locação, a Lei 8.245/91 dispõe sobre regra própria e específica sobre *fiança*, ao assentar no seu art. 39 que "*Salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel*".

Logo, as regras sobre *fiança* do Código Civil *não se aplicam ao contrato de locação*.

Por isso, com simplicidade, razão e clareza de mil sóis, os assessores jurídicos Davi Barela Davi e José Paulo Koch pontifica-

ram afirmando que "A fiança, (vírgula) em matéria de locação, (vírgula) sempre possui prazo determinado, inobstante incerto, pois sua extinção somente se dará após a efetiva devolução do imóvel locado, salvo estipulação expressa em contrário".

Pois bem.

2. Apesar da clareza da disposição do art. 39 da Lei do Inquilinato alguns julgadores passaram a entender que a *fiança locatícia* vigoraria tão-somente durante a vigência do prazo contratual, esquecendo-se não apenas da regra do aludido art. 39, mas também das disposições afirmadoras de que "findo o prazo ajustado, se o locatário continuar na posse do imóvel alugado (...) presumir-se-á prorrogada a locação por prazo indeterminado, mantidas as demais cláusulas e condições do contrato" (§ 1º do art. 46 - *locações residenciais*), e "presumir-se-á prorrogada a locação nas condições ajustadas, mas sem prazo determinado" (*parágrafo único do art. 56 - locações não residenciais*).

Vale dizer, terminados os prazos certos das locações residenciais e/ou não residenciais, *passam a vigorar a prazo indeterminado por expressa determinação legal*, até que uma das partes resolva dá-las por findas, observados os requisitos legais para cada hipótese.

Mais ainda: "mantidas as demais cláusulas e condições do contrato" (locações residenciais), ou "nas condições ajustadas" (locações não residenciais).

Quais são essas "demais cláusulas e condições" e "condições ajustadas"?

Dentre outras, a *cláusula da fiança locatícia*.

3. Apesar da simplicidade da interpretação dessas regras legais especiais, certos julgadores, conforme já acentuado, entenderam que a *fiança locatícia* somente vigoraria durante o prazo determinado da locação!

Esqueceram-se das vontades das partes e da lei.

4. Tais entendimentos causaram enorme insegurança no mercado de locação, em prejuízo tanto dos locadores, que ficaram inseguros em dar seus imóveis em locação, quanto dos locatá-

rios, que esbarraram nos temores dos locadores, e, em consequência, as suas pretensões locatícias nem sempre foram atendidas.

E o pior, misturando "alhos com bugalhos", passaram a enxergar nas disposições da Súmula 214 do Superior Tribunal de Justiça o que nela não está escrito e nem pretendido dizer.

5. Com efeito, diz a mencionada Súmula 214 : "O fiador da locação não responde por obrigações resultantes de *aditamento* ao qual não anuiu"

Ora, o "aditamento" a que se refere a aludida Súmula 214 é aquele que *importaria em obrigações não inicialmente previstas*, tais como, por exemplo, o aumento do aluguel sem a participação do fiador, porque, à evidência, ele assumiu o ônus de garantir determinado valor de aluguel inicialmente pactuado e os valores decorrentes de reajustamentos na periodicidade legal.

Por óbvio que os aumentos periódicos dos valores do aluguel, desde que observado o que determina a lei, não importarão seja em novação, seja em transação, e muito menos moratória.

6. No entanto, em contrário a esses esdrúxulos entendimentos, certos julgados do Superior Tribunal de Justiça já afirmavam que "se há específica e expressa disposição contratual, prevendo a responsabilidade dos fiadores na hipótese de o contrato passar a ser por prazo indeterminado, e até a entrega das chaves, não há interpretação a fazer, muito menos restritiva."

E acrescentamos nós: *muito menos equivocada e contrária a expressas regras legais especiais!*

Felizmente, os entendimentos dos desavisados tiveram o fim que mereciam.

7. Com efeito, na sessão realizada no dia 22 de novembro de 2006, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência no REsp 566.633-CE (registro 2004/0102172-5), colocou uma pá de cal no assunto, decidindo que "se o contrato de locação contiver cláusula que obrigue o fiador até a entrega das chaves mesmo na hipótese de prorrogação

com contrato, revela que este tinha plena ciência de que o vínculo poderia avançar a prazo indeterminado, devendo o fiador responder pelos débitos gerados pelo afiançado".

Conforme é consabido, a Terceira Seção é composta pelas 5ª e 6ª Turmas, as quais são competentes para conhecer e decidir sobre questões de locação predial urbana.

Com essa decisão, restou firmada a jurisprudência sobre o tema.

8. Foram proferidos 05 (cinco) votos favoráveis, 02 (dois) votos pelo não conhecimento porque entenderam que haveria infringência à regra da Súmula 168 do mesmo STJ, ao dizer que "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado", e 01 (um) voto contrário.

O Ministro Paulo Medina, relator do processo, afastou a incidência da Súmula 214, "uma vez que esta cuida, como ressabido, de hipótese de aditamento contratual, e aquele" (arts. 39, § 1º do art. 46; e parágrafo único do art. 56, todos da Lei 8.245/91- este acréscimo não é do original,) "de prorrogação legal e tácita do contrato locatício, hipóteses que não podem ser confundidas".

O Ministro Hélio Quágia Barbosa declarou que "havendo cláusula expressa no contrato de aluguel de que a responsabilidade dos fiadores perdurará até a efetiva devolução das chaves do imóvel da locação, não há falar em desobrigação por partes dos fiadores, apenas por decursos de prazo do respectivo contrato".

O Ministro Arnaldo Esteves manteve a *responsabilidade do fiador*, e argumentou que os acórdãos que deram azo ao nascimento da Súmula 214 tratavam de hipóteses diversas, porque coibiram a execução promovida contra o fiador sobre obrigações com que não haviam anuído, fruto de ações de revisão de aluguel em que sequer o fiador fora notificado, ou até mesmo de ajustes entre o locador e o locatário sem a concordância do fiador.

O Ministro Hamilton Carvalhido, no seu voto, acentuou que "se o fiador, solidário, expressa e voluntariamente se obriga para além do término do contrato, "não há lugar para interpretação

restritiva, com a extinção da fiança, que resultaria, por certo em equivocado dirigismo contratual pelo Poder Judiciário, mas, sim, para o estrito e literal cumprimento do contrato, em observância mesmo à liberdade de contratar, vigente no sistema pátrio civilista."

Por isso, o Ministro Paulo Galotti, ao votar, acentuou que o caso era de inaplicabilidade da Súmula 214, e que não ocorreria nenhum aditamento advindo de novação, transação ou moratória que pudesse desobrigar o garante da locação.

9. Com o resultado desses 05 (cinco) votos, além de haver restado definido, desde que previsto no contrato de locação, que a responsabilidade do fiador *"se estende até a efetiva devolução do imóvel"*, nos precisos termos do disposto no art. 39 da Lei nº 8.245/91, foi determinado pelo Ministro Nilson Naves, Presidente da Terceira Seção, a remessa dos autos à Comissão de Jurisprudência do STJ para melhor adequação da Súmula 214.

10. Registre-se, por fim, que o desiderato resultado do julgamento do EREsp 566.633 deve-se ao incessante trabalho técnico desenvolvido pelos membros da CBCSI - Câmara Brasileira de Comércio e Serviços Imobiliários, constituída pelos SECOVIs de todos os Estados Brasileiros, e por diversas associações, inclusive a ABAMI - Associação Brasileira de Advogados do Mercado Imobiliário, tendo como coordenador e timoneiro o Dr. Pedro Whähmann, presidente do SECOVI do Rio de Janeiro, e como "costurador" o Dr. Leanbro Ibagy e a excelente atuação profissional dos advogados Dr. Helio Mossimann, Dr. Roberto Rosas e Dr. José Perdiz.

11. Esperamos que essa decisão da Terceira Seção do STJ venha tranquilizar o mercado da locação, em favor dos locadores e dos locatários, porque deverá haver plena segurança jurídica nas relações locatícias, como aquela almejada pela Lei do Inquilinato, vigente há 15 anos e reconhecida no meio jurídico, como a "LEI DA PAZ".

Poder Normativo Primário dos Conselhos Nacionais do Ministério Público e de Justiça: A Gênese de um Equívoco

Emerson Garcia

Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Consultor Jurídico da Procuradoria Geral de Justiça. Pós-Graduado em Ciências Políticas e Internacionais e Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, introduzindo profundas inovações na linha evolutiva dos tradicionais mecanismos de *checks and balances* que permeiam as relações entre os órgãos de soberania, criou o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, órgãos que, desde a sua origem, foram concebidos como mecanismos de controle externo.

Em comum, apresentam uma composição híbrida, na qual coexistem membros dos órgãos controlados e agentes estranhos aos seus quadros; possuem atribuição para rever atos de cunho administrativo; têm poder disciplinar, podendo aplicar sanções que não a perda do cargo; são municiados com informações colhidas por

ouvidorias, que elaboram relatório anual sobre as suas atividades e a situação dos órgãos controlados no Brasil, relatório este que integra a mensagem encaminhada ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa. Embora não tenham ingerência direta nos atos de cunho funcional, é manifesta a influência que podem exercer na atividade regular dos membros do Ministério Público e do Judiciário.

Considerando o caráter nacional do Poder Judiciário e do Ministério Público, ambos os Conselhos foram aquinhoados com o poder de expedir atos regulamentares e de recomendar providências, o que certamente contribuirá para uniformizar procedimentos e aumentar a eficiência da estrutura administrativa, com inevitáveis reflexos no aprimoramento da atividade finalística.

O exercício desses poderes, no entanto, deve estar necessariamente associado às atribuições constitucionais dos Conselhos: a) em relação ao Conselho Nacional de Justiça, “*zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura*”¹; e b) quanto ao Conselho Nacional do Ministério Público, “*zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público*”².

Apesar da pureza dos fins almejados, qual seja, aperfeiçoar a estrutura das Instituições controladas, de modo a eliminar os abusos que teriam sido praticados sob o signo da autonomia, a operação de transposição da plasticidade de suas linhas estruturais para a realidade tem ensejado o surgimento de não poucas dúvidas. Em caráter meramente enunciativo, podem ser apontadas: a) o alcance do poder normativo dos Conselhos; e b) a identificação da linha limítrofe entre a atuação dos Conselhos e a autonomia das Instituições controladas.

Referidas dúvidas, que pouco prestígio teriam num ambiente puramente acadêmico, terminaram por ser alçadas ao seletor pata-mar das questões palpitantes, onde teses e antíteses afloram com frenética celeridade, em muito dificultando a obtenção de uma conclusão que, conquanto sensível à realidade do País, ande de braços dados com a lógica e a razão. Como elemento propulsor dessa as-

¹ Art. 103-B, § 4º, I, da CR/1988.

² Art. 130-A, § 2º, I, da CR/1988.

condência, tem-se o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de cognição sumária, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, sendo relator o eminente Ministro Carlos Ayres Britto, em que se reconheceu, na Resolução do Conselho Nacional de Justiça, a “*força de diploma normativo primário*”.

As circunstâncias inerentes ao referido julgamento são bem conhecidas. O Conselho Nacional de Justiça, com amplo e irrestrito apoio da opinião pública, editou a Resolução nº 7, que proscovia o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário. Essa medida moralizadora foi desautorizada por vários tribunais do País, motivando o ajuizamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade e o correlato pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Conquanto suscitado o argumento de que a prática do nepotismo seria diretamente vedada pela Constituição da República, sendo desnecessária a mediação legislativa, prevaleceu a tese de que o Conselho Nacional de Justiça estava autorizado a editar atos normativos com o fim de proibir referida prática.

Como afirmou o relator, esse ato deveria ser considerado uma “*entidade jurídica primária*”, pois “*seguia imediatamente a vontade da própria Constituição, sem outra base de validade que não seja a Constituição mesma*”. Após realçar que a lei é a fonte primária por excelência, ressaltou que a própria Constituição contemplou a existência de atos com força normativa que não a lei: a) as múltiplas competências do Senado Federal;³ b) as medidas provisórias editadas pelo Poder Executivo;⁴ c) o regimento interno dos tribunais;⁵ d) o regimento interno dos tribunais de contas;⁶ e) os decretos autônomos, passíveis de serem editados pelo Presidente da República, que podem dispor sobre “*organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos*”⁷

³ Art. 52, VII, VIII e IX e art. 155, § 2º, V, a e b da CR/1988.

⁴ Art. 62 da CR/1988.

⁵ Art. 96, I, a, da CR/1988.

⁶ Arts. 73 e 75 da CR/1988.

⁷ Art. 84, VI, da CR/1988.

Ao final, acresceu o eminente relator que o Conselho detém a competência implícita de editar atos normativos associados às matérias de sua competência expressa, permitindo a adequação das instituições controladas, com a conseqüente prevenção da “*irrupção de conflitos*”. Diversamente do que ocorre em relação ao Conselho da Justiça Federal⁸ e ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho,⁹ não há disposição constitucional que imponha a atuação do Conselho Nacional de Justiça “*na forma da lei*”. A Resolução nº 7, ademais, encontra-se em harmonia com os princípios regentes da atividade estatal (impessoalidade, eficiência e igualdade), não sendo divisada qualquer antinomia.

O acórdão do Supremo Tribunal Federal, como se percebe, envereda por um incontável número de polêmicas, que variam desde a legitimidade democrática à própria segurança jurídica dos destinatários das “*normas primárias*” do Conselho Nacional de Justiça e, por identidade de razões, do Conselho Nacional do Ministério Público. Em razão dos limites inerentes a estas breves linhas, ficaremos adstritos aos referidos extremos, por si suficientes à antecipação das perplexidades que estão por vir.

2. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Presente a agregação social e identificada a existência de normas de conduta a todos impostas, constata-se o surgimento das sociedades politicamente organizadas e o amadurecimento da própria concepção de *Estado* (*status* – estar firme).

Os homens que detêm o poder são submetidos ao direito e unidos pelo direito, o que representa uma forma de garantir os cidadãos contra os desmandos do Poder Público, impondo a submissão deste a um quadro normativo geral e abstrato, disposto de forma prévia, e que tem a função conformadora da atividade estatal.¹⁰

⁸ Art. 105, parágrafo único, II, da CR/1988.

⁹ Art. 111-A, § 2º, II, da CR/1988.

¹⁰ “*La legalidad de la Administración no es así una simple exigencia a ella misma, que pudiese derivar de su condición de organización burocrática y racionalizada: es también, antes que eso, una técnica de garantizar la libertad*” (Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, v. II, p. 48).

Identificada a submissão do Estado ao Direito, tem-se o que os germânicos denominaram de *Estado de Direito* (*Rechtsstaat*).

O Estado de Direito é o verdadeiro alicerce do positivismo jurídico, encontrando seu fundamento de validade na norma, fonte primária de sua existência e de todos os atos estatais. A esta concepção, no entanto, deve ser acrescido o elemento aglutinador dos valores e das aspirações que emanam do grupamento, o que é reflexo da identificação do real detentor do poder: o povo. Com isto, integra-se o aspecto legal aos valores que o antecedem e o direcionam, ensejando o surgimento do *Estado Democrático de Direito*.

Além de legal, o ato do agente público deve permanecer circunscrito aos lindes delimitadores de sua legitimidade, o que importa na necessária observância dos valores existentes e das próprias aspirações dos detentores do poder. Para tanto, sobreleva a importância dos princípios, os quais, em conjunto com as regras, compõem a norma de conduta. Sob a ótica específica das aspirações, não se pode esperar da atuação estatal senão a busca do melhor resultado à coletividade; em uma palavra: eficiência.

Nesta linha, serão injurídicos aqueles atos que não busquem seu fundamento de validade na norma, ou que excedam o âmbito de atuação por ela estatuído. Nos países de pouca tradição democrática, onde a consciência política não está arraigada entre os cidadãos, a norma escrita erige-se como fator imprescindível à contenção do arbítrio e da tirania.

Na lição de Enterría,¹¹ “o princípio limitativo do poder e de definição de zonas isentas ou de liberdade individual é, com efeito, princípio essencial do constitucionalismo. Por um lado, porque a liberdade é substancial à idéia mesma de poder como relação entre homens, o conceito de um poder absoluto ou ilimitado é intrinsecamente contraditório, pois ninguém pode estar submetido integralmente a outro semelhante sem negar sua própria existência humana, sem ‘coisificar-se’. Todo poder social é, e não pode deixar de ser, se deve respeitar os homens sobre os quais é exercido, essencialmente limitado. Resulta, por isso, imprescindível que no momento

¹¹ “A Constituição como Norma” (RDP 78/09).

de fundar-se ou constituir-se um poder se defina seu campo próprio e, conseqüentemente, seus limites”.

Especificamente em relação aos Conselhos ora analisados, a ausência de legitimidade democrática impede sejam eles equiparados, para fins de edição de padrões normativos primários, aos órgãos do legislativo ou do executivo, que gozam da referida legitimidade. Entendimento contrário, aliás, exigiria uma construção jurídica ou, melhor dizendo, uma “*desconstrução*” do Estado Democrático, atribuindo-se poder normativo primário a órgãos que, por vontade constituinte, efetivamente não o possuem.

3. O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Partindo-se da própria etimologia da expressão, seria inevitável a assertiva de que a identificação do conteúdo do princípio da legalidade não comporta maiores dificuldades. Legalidade deriva de lei, logo, nada mais coerente do que situar no âmbito da lei o conteúdo do princípio da legalidade. Coerência à parte, são múltiplas as vozes que buscam conferir maior amplitude à concepção de legalidade, passando a concebê-la como um elemento aglutinador de todas as normas de conduta cuja observância seja cogente pela administração.

Aproveitando-nos da pesquisa realizada por Charles Eisenmann,¹² podemos identificar três tendências a respeito da matéria. Para André de Laubadère (*Traité*, nº 369), a legalidade é o conjunto: “a) das leis constitucionais; b) das leis ordinárias; c) dos regulamentos; d) dos tratados internacionais; e) dos usos e costumes; f) das normas jurisprudenciais, entre as quais, em primeiro lugar, os princípios gerais do direito – ou seja, quatro elementos de caráter ‘escrito’, dos quais os dois primeiros formam o ‘bloco legal’ (Hauriou), os três primeiros o ‘bloco legal das leis e regulamentos’, e dois elementos de caráter não escrito”. Georges Vedel (*La Soumission de l’Administration à la loi*, nº 47) encampa uma posição ainda mais ampla de legalidade, acrescentando que “às regras de direito obrigatórias para a Administração vêm unir-se as normas peculiares que as vinculam – as dos atos administrativos individuais e as dos contratos. Assim, compõem o ‘bloco da legalidade’ a totalidade das nor-

¹² “O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade” (RDA 56/47).

mas cuja observância impor-se-ia à Administração; a legalidade se identifica então pura e simplesmente com a regulamentação jurídica em seu todo, com o ‘direito vigente’”. Por último, tem-se a noção originária e restritiva do princípio da legalidade, impondo à administração a observância das normas criadas pelo legislador, as quais se reduzem à lei (*lato sensu*).

Feita essa breve exposição a respeito das correntes existentes, resta melhor analisar o tema sob a ótica do Estado Democrático de Direito. Como fora visto no item anterior, a concepção de Estado de Direito encontra-se estritamente atrelada à necessidade de obediência, por parte da administração, da norma de conduta a todos imposta. Aqui, norma guarda identidade com lei, não apresentando equivalência com a amplitude da noção de regra de conduta. Limita-se a indicar uma espécie desta, que deve ser estabelecida pelo Parlamento com estrita observância do processo legislativo pertinente. Essa posição é robustecida quando se constata que ao Estado de Direito foi acrescentado o designativo *democrático*, pressupondo a participação popular na condução do destino do ente público, o que inclui a produção normativa.

Além do elemento histórico, não se deve perder de vista que o desmesurado elastecimento do princípio da legalidade terminará por associar efeitos diversos de institutos distintos. Ainda segundo Eisenmann, “não seria extremamente lamentável qualificar o direito jurisprudencial – e o direito costumeiro também – por elementos da legalidade, enquanto que, na teoria das fontes do direito, todos concordam em colocá-los, necessariamente, em oposição à lei, ao direito legislativo?”

Para aqueles que adotam a teoria extensiva do princípio da legalidade, o regulamento seria elemento componente de seu conteúdo. No entanto, regulamento não guarda similitude com lei, sendo tão-somente um ato administrativo dotado de maior abstração e generalidade. Entrando em vigor, o regulamento tem força obrigatória *erga omnes*,¹³ o que em nada se confunde com a concepção de ser ele um elemento integrante do princípio da legalidade.

¹³ Na lição de Forsthoﬀ (*Traité de Droit Administratif Allemand*, p. 226), ele deve ser observado não somente pelos cidadãos, como também pelas autoridades públicas, quer estejam situadas acima ou abaixo da autoridade que editou o regulamento. Mesmo esta autoridade encontra-se limitada por ele. Ela pode ab-rogá-lo ou modificá-lo, mas,

Sendo o princípio da legalidade verdadeira norma fundamental do Direito Administrativo, não é possível dizer que os regulamentos vinculem a administração com intensidade semelhante às leis. Os regulamentos são confeccionados pela administração com obediência à lei. A lei, por sua vez, é imposta à administração pelo Poder responsável pela produção normativa. Assim, ainda que os agentes que ocupem um grau inferior da escala hierárquica devam obedecer aos regulamentos de forma irrestrita, ao responsável por sua edição sempre restará a possibilidade de revê-los. Enquanto permanecerem em vigor, os regulamentos condicionarão os atos administrativos que tangenciem as matérias por eles reguladas, mas essa relação de subordinação, a exemplo do que ocorre entre o regulamento e a lei, não os erige a uma posição de igualdade em relação à última, já que axiologicamente distintos.

O princípio da legalidade não deve ser entendido a ponto de alcançar todo e qualquer ato que imponha determinado comportamento ao Poder Público, pois concepção como essa desvirtuaria a própria natureza das coisas, rompendo com os alicerces do Estado Democrático de Direito. Entendemos mais consentânea com a pureza dos institutos a adstrição da concepção de legalidade às normas editadas pelos órgãos a quem o texto constitucional outorgou, com a observância de um procedimento previamente estabelecido, a produção normativa, fazendo que referido princípio tenha seus contornos traçados pela lei em sentido material.

A adoção da posição restritiva em relação ao princípio da legalidade não deve ser interpretada como negação da existência de outras normas, além das produzidas pelo Poder Legislativo (v.g.: regulamentos), que servirão como parâmetros de aferição da legitimidade dos atos administrativos. Como frisou Eisenmann,¹⁴ *“é bem certo que o princípio de legalidade implica na obrigação de respeitar to-*

enquanto o regulamento estiver em vigor, ela deve aplicá-lo. Seria equivocado, segundo o Mestre germânico, querer deduzir por um raciocínio *a maiore ad minus* que a autoridade que pode editar o regulamento pode tomar as decisões particulares que o contrariem, concluindo que esse raciocínio não é possível senão quando se trate de modalidades de ação qualitativamente idênticas. O poder de assentar as normas gerais e o poder de agir em um caso particular não são da mesma natureza, o que afasta essa possibilidade.

¹⁴ Ob. cit., p. 55.

das as normas de direito e mesmo as normas publicadas pelas autoridades às quais a própria lei dá poder para tanto: sujeitando-se a elas, por exemplo, cumpre-se indiretamente a lei, a norma legislativa de competência”, complementando que “não haveria interesse algum em asseverar um ‘princípio de regularidade’ dos atos administrativos, do qual o ‘princípio da legalidade’ não seria senão uma das especificações, porque, como já se salientou, este ‘princípio’, por si mesmo, não teria conteúdo algum definido: remetido implicitamente ao rol das fontes do direito administrativo, ele próprio se reduziria, em suma, a esta pobre tautologia segundo a qual os órgãos administrativos devem respeitar as normas, e de forma ainda mais plena, as normas que os vinculam”.

Os atos dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, conquanto tenham força normativa, não podem ser equiparados a “*forças normativas primárias*”, nivelados à lei ou, quiçá, a ela sobrepostos. O entendimento do Supremo Tribunal Federal, na extensão sugerida, não se restringe à equiparação das resoluções dos Conselhos à lei: avança ainda mais. Referidas resoluções passam a se sobrepor a qualquer lei voltada à Magistratura ou ao Ministério Público, o que enseja uma séria dúvida hermenêutica: se a Constituição, em assuntos específicos, confere iniciativa legislativa à Magistratura e ao Ministério Público, não está ela afirmando, por via reflexa, que a matéria deve ser debatida no seio do Parlamento, órgão no qual se desenvolverá o processo legislativo?

4. REGIMENTO INTERNO DOS CONSELHOS NACIONAIS DE JUSTIÇA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO

À reconhecida abertura semântica das normas constitucionais que dispõem sobre a composição e as atribuições dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, ao que se acresce a ausência de legislação infraconstitucional delimitadora do seu alcance e regulamentadora do respectivo conteúdo, seguiu-se a necessidade de confecção de um regimento interno que colmatasse lacunas e atuasse como fator de contenção dos próprios poderes do órgão.

O regimento interno, com abstração da atividade finalística desempenhada, que pode ser de natureza administrativa, jurisdicional

ou legislativa, é figura recorrente nos órgãos de natureza colegiada, dispondo sobre a divisão interna de funções, o procedimento a ser seguido e o regramento a ser observado pelo *extraneus* que, por qualquer razão, interaja com o órgão. Trata-se de ato dotado de força normativa e de indiscutível generalidade, o que permite incluí-lo, malgrado certas peculiaridades, sob a epígrafe dos atos regulamentares, sendo editado pelo órgão em cuja estrutura orgânico-funcional deve produzir efeitos.¹⁵

Ainda que não haja uma previsão normativa expressa, como se verifica em relação aos Conselhos de Justiça e do Ministério Público, o poder regulamentar, mais especificamente na vertente direcionada ao poder de edição do regimento interno, pode ser concebido como ínsito na própria norma que fixou as atribuições do órgão ou fez menção à sua organização interna. O poder de auto-organização, ainda que observadas as diretrizes fixadas em norma de escalão superior (*in casu*, a Constituição da República), não pode ser subtraído de um órgão colegiado de estatura constitucional e funcionalmente autônomo.

Auto-organização, no entanto, não guarda similitude com o poder, inerente à função legislativa, de estabelecer um padrão de conduta, impondo obrigações ou restringindo direitos a agentes que não sejam destinatários da atividade do órgão ou que perante ele venham a praticar atos juridicamente relevantes. Em outras palavras, se é lícita, v.g., a previsão regimental do procedimento a ser seguido pelo Corregedor Nacional no exercício do seu poder de requisitar membros do Ministério Público para auxiliá-lo, lícita não será a previsão de igual poder em relação a agentes vinculados a instituições que não estejam sob a égide do controle exercido pelo Conselho Nacional do Ministério Público (v.g.: os magistrados). A matéria, nesse último caso, impõe restrições à esfera jurídica alheia e não encontra previsão em norma constitucional ou legal, daí a impossibilidade de ser originariamente contemplada no regimento interno.

¹⁵ Hauriou (*Précis de droit administratif et de droit public*, 12^a ed., p. 562/563) assinalava serem dois os elementos materiais do regulamento: 1^o - a característica de manifestação da vontade administrativa; e 2^a - a característica de regra geral.

Não se ignora, é certo, que o regimento interno, à mingua de previsão normativa mais detalhada e ao menos na fase inicial de instalação dos Conselhos, tem uma relevância ímpar, pois, não fosse ele, o funcionamento do órgão certamente seria inviabilizado. Por outro lado, do mesmo modo que a lei não deve avançar em questões afetas à sua organização interna, também não é lícito ao regimento interno imiscuir-se em assuntos sujeitos a reserva legal. Há uma zona limítrofe que deve ser identificada e que não pode ser transposta, isto sob pena de caracterização do abuso, seja legal, seja regimental.

O afã de contribuir para a consecução do interesse público, tornando eficaz o que a Constituição previu em potência, não justifica que funções alheias sejam usurpadas ou que direitos e garantias fundamentais sejam vilipendiados, o que em muito aumenta a responsabilidade dos Conselhos na edição de suas *normas internas*, que somente se projetarão para o exterior na medida do necessário e naquilo em que forem mero desdobramento do regramento que traça os lineamentos essenciais dos seus poderes.

Merece temperamentos o argumento de que os regimentos internos dos Tribunais consubstanciam atos normativos primários expressamente autorizados pela Constituição, justificando seja adotado igual entendimento em relação aos atos normativos emanados dos Conselhos. Assim ocorre em decorrência da força normativa limitada dos regimentos internos, os quais, além de voltados à incidência no âmbito interno dos Tribunais, somente são aplicáveis àqueles que com eles pretendam se relacionar. Os atos normativos dos Conselhos, ao revés, direcionam-se ao exterior, influenciando na organização interna das instituições controladas, isto sem olvidar os efeitos produzidos na esfera jurídica dos agentes que integram tais instituições.

5. O PODER NORMATIVO DOS CONSELHOS À LUZ DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO SANCIONADOR

Na medida em que o art. 130-A, § 2º, III, da Constituição da República dispôs que o Conselho Nacional do Ministério Público tem o poder de aplicar sanções disciplinares aos membros e aos servido-

res do Ministério Público da União e dos Estados, põe-se a questão de saber se a sua materialização no plano fático está condicionada à existência de uma norma que previamente defina a infração disciplinar e comine a respectiva sanção.

Em outras palavras, pode o Conselho aplicar a sanção de aposentadoria compulsória, apesar de a Lei Orgânica da Instituição controlada, como se dá com o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, não a contemplar?

O art. 81 do Regimento Interno do Conselho,¹⁶ aprovado em 8 de agosto de 2005, em sendo interpretado em sua literalidade, permitirá que o órgão aplique as sanções disciplinares previstas na Constituição da República, ainda que a lei orgânica da Instituição controlada não as tenha contemplado, deixando de definir os ilícitos administrativos que sujeitariam o agente à sua incidência. Tal conclusão parece clara na medida em que a norma regimental faz remissão, única e exclusiva, ao *procedimento* ditado pela lei de regência, indicativo da “*desnecessidade*” de definição legal da conduta que sujeitará o agente às sanções enunciadas no texto constitucional. Em abono desse entendimento, ainda merece ser lembrado o inciso I do art. 19 do Regimento,¹⁷ que, sem fazer remissão à legislação de regência de cada Instituição, dispõe sobre a competência do Plenário para a aplicação das sanções referidas no texto constitucional.

Esse entendimento, que encontra total amparo no “*poder normativo primário*” que o Supremo Tribunal Federal atribuiu ao Conselho Nacional de Justiça e, por via reflexa, ao Conselho Nacional do Ministério Público, não nos parece juridicamente sustentável.

Apreciando os procedimentos disciplinares instaurados “*contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Esta-*

¹⁶ "Art. 81. O processo disciplinar instaurado contra membro do Ministério Público obedecerá, no que couber, ao procedimento ditado na Lei Complementar n.º 75/93, na Lei n.º 8.625/93 e na legislação estadual editada com amparo no art. 128, § 5.º, da Constituição, conforme o caso, inclusive no que concerne à aplicação, pelo Conselho, das penas disciplinares respectivas e das elencadas no inciso III do § 2.º do art. 130-A da Constituição Federal, aplicando-se, no que não for incompatível, a Lei n.º 8.112/90 e Lei n.º 9.784/99".

¹⁷ "Art. 19. Ao Plenário do Conselho compete o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais dos seus membros, cabendo-lhe, além das atribuições fixadas no artigo 130-A, § 2.º, da Constituição, e das que lhe forem conferidas pela Lei, o seguinte: I - julgar os processos disciplinares regularmente instaurados, assegurada ampla defesa, determinando a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas (...)."

dos, inclusive contra seus serviços auxiliares”, caso entenda conveniente fazê-lo anteriormente à sua ultimação no plano interno, poderá o Conselho “*determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa*”. Note-se que, especificamente em relação às sanções, a parte inicial da norma atua como elemento limitativo da última. As únicas sanções da alçada do Conselho que podem dissociar o agente do respectivo órgão são as três primeiras: a remoção, embora mantenha o agente na carreira, resulta na sua alocação em órgão diverso; a disponibilidade faz com que o agente assuma o *status* de inativo, mas mantenha o vínculo com a carreira, do que resulta a possibilidade de aproveitamento futuro; e a aposentadoria, com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço, transfere o agente para a inatividade e o afasta da carreira, impedindo o reaproveitamento. Assim, as demais sanções administrativas que podem se subsumir ao preceito (v.g.: advertência, suspensão etc.) não alcançam a de perda do cargo, quer em relação aos servidores, quer em relação aos membros do Ministério Público não-vitalícios, pois, como se sabe, os vitalícios somente perdem o cargo mediante decisão judicial transitada em julgado. A preocupação do poder reformador em enumerar as sanções que afastam o agente do respectivo órgão indica, claramente, que as demais sanções administrativas ali referidas devem produzir efeitos outros que não esse.

O que merece maior reflexão é a definição do exato alcance do inciso III do parágrafo 2º do art. 130-A: trata-se de norma que tão-somente define a atribuição e os limites do poder disciplinar do Conselho ou dispõe, de forma ampla e genérica, sobre as próprias sanções disciplinares passíveis de serem aplicadas? Embora a literalidade da norma possa induzir a conclusão diversa, cremos que a primeira proposição é a correta.

A definição da autoridade responsável pela aplicação de determinada sanção não significa possa ser ela aplicada sem a prévia individualização das infrações administrativas e, consoante o escalonamento dos distintos graus de lesividade, das sanções a que cada qual corresponde. Trata-se de um imperativo de segurança jurídica.

Como observa Alejandro Nieto, cuja lição merece ser transcrita, “*el mandato de tipificación tiene dos vertientes: porque no sólo la infracción sino también la sanción ha de estar debidamente prevista en la norma que, mediando reserva legal, ha de tener rango de ley. Con remisión o sin ella, una vez realizada la tipificación de las infracciones, las normas han de atribuirles unas sanciones determinadas, estableciendo la correlación entre unas y otras. Operación que se realiza a través de dos distintas técnicas: En unos casos, lo menos, se atribuye directa e individualmente una sanción a cada infracción. Pero, por lo comun, la ley procede de una manera muy distinta, genérica y no concreta, operando no con infracciones y sanciones individuales sino con grupos de una y otras, que permiten evitar el prolijo detallismo de una atribución individual: un lujo que sólo se pueden permitir las leyes penales por gracia del reducido repertorio de sus ilícitos; pero que resulta imposible cuando se tienen que manejar docenas de miles de infracciones (y, para mayor dificultad, muchas de ellas tipificadas por remisión)*”.¹⁸ Adiante, acrescenta que, “*una vez clasificadas las infracciones, la Ley atribuye seguidamente a cada escalón de ellas un paquete de sanciones, que suele ser flexible, de manera que la Administración, a la vista de las circunstancias de cada caso, señala la sanción concreta dentro del abanico legalmente previsto*”,¹⁹ concluído que “*la correspondencia, legalmente establecida, entre infracciones y sanciones es imprescindible, de tal manera que, si se ha tipificado correctamente la infracción pero no se le ha atribuído correspondiente sanción, no puede imponerse una sanción concreta*”.²⁰ Por identidade de razões, não se pode aplicar uma sanção sem a prévia definição da infração que ensejará a sua incidência.

O Conselho, apesar de estar autorizado a aplicar as sanções referidas no inciso III do parágrafo 2º do art. 130-A, somente poderá fazê-lo com estrita adequação às normas disciplinares reguladoras de cada Ministério Público, sendo cogente a observância da tipologia

¹⁸ **Derecho Administrativo Sancionador**, 3a ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 310.

¹⁹ Op. cit., p. 311.

²⁰ Op. cit., p. 312.

legal e das respectivas sanções cominadas. Tomando-se como referencial os paradigmas da perfeição e da imperfeição, pode-se afirmar que referido preceito, a um só tempo, consubstancia uma norma de competência ou de organização perfeita e uma norma disciplinar imperfeita, pois contempla o preceito secundário sem tangenciar o primário, vale dizer, o padrão de conduta cuja violação justificará a incidência daquele.

Entendimento diverso, além de violar o princípio da segurança jurídica, também afrontaria os princípios do Estado de Direito e do devido processo legal, consagrados, respectivamente, nos arts. 1º e 5º, LV, da Constituição da República, isto sem olvidar o princípio mor do *nullun crimen...*, contemplado no art. 5º, XXXIX e inerente a qualquer Estado que se diz “*de Direito*”.

EPÍLOGO

Invocando a velha máxima de Maquiavel, tudo leva a crer que a nobreza dos fins almejados pelo Conselho Nacional de Justiça com a edição da Resolução nº 7 tenha levado o Supremo Tribunal Federal ao reconhecimento da legitimidade do meio escolhido. Espera-se, no entanto, que a temática ainda seja objeto de maior reflexão, evitando que uma relevante parcela dos agentes públicos fique à margem do manto protetivo do princípio da legalidade. ▣

A Súmula Vinculante e a Lei nº 11.417/06

Rodolfo Kronenberg Hartmann

Juiz Federal na Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela UGF/RJ. Coordenador Adjunto e Professor da EMERJ.

I. INTRODUÇÃO

Com o advento da EC nº 45/04, que criou o art. 103-A da CRFB-88, o ordenamento jurídico pátrio passou a prever mais uma hipótese de súmula de jurisprudência vinculante,¹ agora oriunda do STF, posteriormente regulamentada pela Lei nº 11.417/06, que disciplinou o procedimento para a sua edição, revisão e o próprio cancelamento.

Para início desta abordagem, torna-se necessário tecer algumas considerações, ainda que breves, sobre o sistema jurídico adotado no Brasil, calcado nas premissas estabelecidas pela *Civil Law*, de origem romano-germânica, que considera como fonte normativa do Direito apenas as leis, a analogia, os costumes e os princípios gerais, conforme se extrai da leitura do art. 5º, inciso II, da CRFB-88.²

O positivismo jurídico, que é a principal fonte normativa da *Civil Law*, buscou a importação do positivismo filosófico para o mundo do Direito, na pretensão de criar uma ciência jurídica com ca-

¹ Esta possibilidade já era permitida no art. 896, alínea a, da CLT, que determina que é possível interpor recurso de revista quando a decisão proferida pelo TRT der interpretação a Lei federal diversa daquela constante em súmula do TST. Além disso, também o art. 43 da LC nº 73/93 trata da edição de súmula de caráter vinculante no âmbito da Advocacia Geral da União, cujo descumprimento é proibido pelo art. 28, inciso II desta mesma Lei.

² MORAES, Guilherme Peña de. *Direito constitucional, teoria do Estado*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 180.

racterísticas análogas às ciências naturais. Sob esta perspectiva, a função do intérprete do Direito foi relegada a uma atividade meramente declaratória em relação à legislação, pois, até então, o sentimento comum era o de que realmente seria possível decidir todas as questões jurídicas por meio de uma simples operação lógica de subsunção da hipótese concreta à norma abstrata.³ Era correta, portanto, a assertiva formulada por Couture, para quem "*o juiz é um homem que se move dentro do Direito, como o prisioneiro dentro de seu cárcere*".⁴

No entanto, logo se verificou que o legalismo acrítico e as próprias imperfeições normativas⁵ serviam de disfarce para autoritarismos de matizes variados, que, mais tarde, culminariam com a própria decadência do positivismo.⁶ Foi neste contexto, portanto, que se passou a exigir do magistrado, principal depositário das leis, uma postura mais ativa no esclarecimento e integração destas eventuais lacunas no direito codificado. Assim, foi no exercício deste especial desiderato que os precedentes judiciais passaram a ser mais valorizados⁷, principalmente se for relevado que a utilização de entendimento já externado por Cortes Superiores acaba garantindo ao jurisdicionado não só a observância de um tratamento isonômico, mas, também, a própria previsibilidade da prestação jurisdicional.⁸

A súmula, cuja origem deriva do latim *summula*, e que significa a síntese de uma orientação, surge com a finalidade de auxiliar

³ TUCCI, José Roberto Cruz e. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: RT, 1ª Ed, 2004, p. 198.

⁴ COUTURE, Eduardo *apud* SLAIBI FILHO, Nagib. **Sentença Cível**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 447.

⁵ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Método e hermenêutica material no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 72-73: "a ordem jurídica sem lacunas ou antinomias é invenção doutrinária... a ordem jurídica, por traduzir contradições da sociedade que tutela, também é contraditória e relativamente assistemática, embora busque a máxima sistematização".

⁶ BARROSO, Luís Roberto. "Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro" *in* **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, v. 4, nº 15, 2001, p. 29.

⁷ TUCCI, José Roberto Cruz e. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: RT, 1ª Ed, 2004, p. 17-18, esclarece que não há uma regra clara de como o magistrado deve se pautar na escolha do precedente que pretende utilizar. Para este doutrinador, trata-se de uma questão insolúvel já que: "pode ele também atribuir mais importância a decisões recentes de qualquer tribunal, e não às antigas, bem como favorecer as decisões tomadas por juízes famosos, e não por juízes medíocres".

⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 1ª Ed. São Paulo: RT, 1999, p. 297.

o magistrado neste processo hermenêutico da busca pelo correto fundamento normativo aplicável ao caso concreto⁹, tendo a mesma, a princípio, caráter meramente persuasivo, por atuar na qualidade da opinião formada por certo tribunal.¹⁰ Contudo, como não havia obrigatoriedade de sua aplicação, era muito comum a observância de decisões judiciais contrárias aos seus termos, que não só deixavam de velar pelo tratamento igualitário em situações semelhantes, como, também, geravam uma cadeia quase infindável de recursos que postergavam ainda mais a entrega da prestação jurisdicional.¹¹

Com a criação da já mencionada EC nº 45/2004, bem como com a sua posterior regulamentação pela Lei nº 11.417/06, ocorreu um substancial reforço para tentar minorar estes males, ao se reconhecer que, no Direito pátrio, uma determinada súmula também pode ter caráter vinculante (*binding authority*), semelhante a uma Lei. Em consequência, ao menos neste aspecto, houve uma aproximação a institutos próprios do sistema da *Common Law*, de origem anglo-saxônica, em que os precedentes, quando impositivos, possuem caráter fortemente coercitivo (*stare decisis et quieta movere*), por estabelecerem uma vinculação não apenas da interpretação do texto normativo mas, também, dos próprios fundamentos que utilizou (*ratio decidendi*).¹²

⁹ STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro. Eficácia, poder e função*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 145, esclarece que uma decisão judicial precisa estar de acordo com o texto normativo para ser válida. No entanto, observa que, no Brasil, basta que esta decisão esteja pautada em súmula para legitimá-la. Assim, segundo este doutrinador: "as súmulas são, desse modo, uma metacondição de programação e reprogramação de sentido do sistema jurídico. Contudo, são, também, condição de fechamento do sistema. Trata-se de um paradoxo, na perspectiva luhmaniana, que é resolvido pela unidade que lhe dá a posição ímpar dos tribunais superiores ao editar Súmulas para poder auto-reproduzir o sistema".

¹⁰ TARANTO, Caio Márcio Guterres. "Efeito vinculante decorrente de recurso extraordinário: estudo do RE nº 418.918-6/RJ e da medida cautelar nº 272-9" *in Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, nº 17, agosto de 2006, p. 27.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. "Ações repetitivas e julgamento liminar". Disponível em <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Consulta em 22 de março de 2007, às 15:43 hrs: "a afirmação da prerrogativa de o juiz decidir de 'forma diferente' do entendimento fixado pelos tribunais superiores, longe de ser algo que tenha a ver com a consciência do magistrado, constitui um ato de falta de compromisso com o Poder Judiciário, que deve estar preocupado, dentro do seu sistema de produção de decisões, com a efetividade e a tempestividade da distribuição da justiça. E não só um ato de falta de compromisso com o Judiciário, mas também um ato que atenta contra a cidadania, pois desconsidera o direito constitucional à razoável duração do processo".

¹² BERCH, Michael A.; BERCH, Rebecca White; SPRITZER, Ralph S. *Introduction to legal method and process*. St Paul: West Publishing Co., 2ª Ed., 1992, p. 35-36: "*The common law system is derived from judicial decisions. In our system, a judge faced with a controversy first determines the facts of the case... once the facts have been determined, the trial judge must decide what the law is or, if no law exist, what it should be. To determine the law, a judge will look to see whether the courts in the jurisdiction have resolved a similar controversy. If so, the judge may be bound by the doctrine of stare decisis, to follow the precedent. If the facts of the case differ, the court must be determine whether it should follow the rule announced in the earlier case. If so, it will extend the precedent*".

No entanto, este pretense hibridismo consubstanciado na fusão de institutos da *Common Law* e da *Civil Law* pode fomentar diversas críticas, entre elas a constatação de não fazerem parte da formação do jurista nacional os cuidados para isolar e identificar os fatos que geraram os precedentes, ou seja, o encontro das regras de reconhecimento tão utilizadas no modelo norte-americano. Além disso, parece ser de inteira pertinência a advertência formulada por Lênio Luiz Streck, para quem: *"no sistema da common law, o juiz necessita fundamentar ou justificar a decisão. Já no sistema da civil law, basta que a decisão esteja de acordo com a Lei (ou com a súmula)... Nessa perspectiva, haverá no sistema jurídico brasileiro o poder discricionário da common law sem a proporcional necessidade de justificação... Ocorre, assim, um processo de 'dispositivação da common law'"*.¹³

De todo modo, não deixa de ser curiosa a tendência legislativa de não só valorizar os precedentes judiciais, mas, ao mesmo tempo, de lhes emprestar eficácia vinculante. É o que se constata, por exemplo, na recente Lei nº 11.418/06, que alterou sensivelmente o processamento do recurso extraordinário. De acordo com a novel legislação (art. 543-B e parágrafos do CPC), quando forem interpostos diversos recursos extraordinários abordando idêntica controvérsia, caberá ao tribunal inferior a seleção de apenas um destes recursos para posterior remessa ao STF, mantendo-se sobrestados os andamentos dos demais até ulterior decisão definitiva do Pretório Excelso. Só que este dispositivo também menciona que, após a decisão daquele tribunal superior, caberá aos tribunais inferiores (ou mesmo às turmas recursais) exercerem juízo de retratação ou mesmo considerarem prejudicados, conforme o caso, os recursos que se encontravam sobrestados para que todas as decisões sejam amoldadas aos termos da decisão proferida pelo STF.¹⁴

¹³ STRECK, Lênio Luiz. "As súmulas vinculantes e o controle panóptico da Justiça Brasileira". Disponível em <www.unimar.br>. Acesso em 11 de abril de 2007, às 08:42 hrs. Além disso, este mesmo doutrinador sustenta, de forma absolutamente acertada, que: "no Direito norte-americano, as decisões não são proferidas para que possam servir de precedentes no futuro, mas antes, são emanadas para solver as disputas entre os litigantes de um determinado processo".

¹⁴ Idêntica situação, por sinal, também se encontra no art. 14, parágrafos 6º e 9º da Lei nº 10.259/01, relativa aos processos que tramitam no Juizado Especial Federal.

Esta situação, em verdade, não permite uma ampliação subjetiva dos limites da coisa julgada, mas admite que os mesmos fundamentos empregados na decisão que julgou um dos recursos extraordinários possam ser depois utilizados em todos aqueles que se encontram sobrestados nos juízos inferiores. Contudo, como aparentemente o tribunal ou a turma recursal se encontram impedidos de decidir de forma contrária ao precedente em questão,¹⁵ fatalmente se constata que estará sendo atribuída eficácia vinculante a estas decisões, independentemente da observância ao art. 103-A da CRFB-88 e à Lei nº 11.417/06, ainda que em menor grau, em razão dos seus efeitos serem restritos apenas aos recursos que se encontram sobrestados.

II. DISTINÇÃO ENTRE A SÚMULA VINCULANTE E A SÚMULA IMPEDITIVA DE RECURSOS

É de extrema clareza a função processual e a distinção entre a súmula vinculante e a súmula impeditiva de recursos. Com efeito, a primeira delas, que é objeto do presente estudo, foi a merecedora de todo o raciocínio até agora desenvolvido, sendo de caráter mais abrangente, já que engloba não só o sentido interpretativo e imperativo da súmula, mas, também (pelo menos é o que se espera, de acordo com o sistema americano), os fundamentos invocados para se chegar a ela.¹⁶ Todavia, ainda que o magistrado venha a decidir em igual sentido ao que consta na súmula vinculante (o que não pode deixar de fazer, sob pena de o interessado ajuizar reclamação), mesmo assim deverá fundamentar esta decisão, não só para atender o art. 93, inciso IX, da CRFB-88, mas, principalmente, para demonstrar que o caso que está sendo examinado coincide exatamente com os fundamentos das decisões que autorizaram a criação do verbete sumular.

¹⁵ É que seria uma total incoerência o tribunal inferior ou mesmo a turma recursal inicialmente vislumbrar identidade de matérias a todos os recursos (o que motivaria a aplicação do art. 543-B, CPC e do art. 14 da Lei nº 10.259/01) e, logo após o julgamento proferido pelo tribunal superior, negá-la ou se recusar a aplicar os mesmos fundamentos empregados pelo STF ou pelo STJ, a quem competem o julgamento final da interpretação da Constituição ou da Lei Federal. Estas hipóteses retratam, sem dúvidas, tentativa de conferir eficácia vinculante só que apenas a um único precedente judicial.

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. "Súmulas vinculantes". Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Consulta em 19 de março de 2007, às 17:42 hrs.

Já a súmula impeditiva de recursos pode, eventualmente (já que o seu uso não é obrigatório), ser empregada pelo magistrado para fundamentar a negativa de seguimento de qualquer recurso já interposto que a contrarie, sem gerar qualquer restrição ao direito de recorrer. Não se trata, a toda evidência, de instituto tendente a limitar o direito de recorrer, mas sim de uma técnica de sumarização do processamento do recurso, quando este tiver fundamento contrário ao de um verbete sumular. Além disso, deve ser destacado que esta súmula, que dispensa qualquer procedimento especial para a sua criação, ficou em evidência após a alteração promovida pela Lei nº 11.276/06 no art. 518 do CPC, que possibilitou a sua aplicação diretamente pelo próprio juiz monocrático, muito embora limitada apenas às súmulas do STF e do STJ.¹⁷

A súmula impeditiva de recursos, no entanto, vem se demonstrado de pouca utilidade prática, uma vez que a decisão judicial que a aplica para que não seja recebido o recurso já interposto pode ser impugnada por meio de um novo recurso, conforme se extrai dos arts. 522 e 557, parágrafo 1º, ambos do CPC, apenas para citar os exemplos mais usuais, que atestam ser a mesma ineficiente para combater os males da prestação jurisdicional morosa.

III. PROCEDIMENTO PARA CRIAÇÃO, MODIFICAÇÃO E REVOGAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE

A Lei nº 11.417/06, sancionada em dezembro de 2006 e que já se encontra em vigor, disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo STF, além de dar outras providências. Embora se trate de questão muito nova a demandar uma reflexão mais aprofundada, aparentemente este procedimento para criação, modificação ou revogação da súmula vinculante não decorre do exercício de função jurisdicional por parte do STF.¹⁸ É que, se assim não fosse, haveria clara ofensa ao art. 5º,

¹⁷ Deve constar que resquícios da súmula impeditiva de recursos já eram encontrados em diversos diplomas legais como, por exemplo, o art. 38, da Lei nº 8.038/90 e também no art. 557 do CPC. Este último, por sinal, é extremamente mais genérico que os demais, já que sequer estabelece de qual tribunal deve ser a procedência destes enunciados.

¹⁸ Para respeitável doutrina, a atividade de criação desta súmula vinculante deixou de ser decorrente apenas do exercício da função jurisdicional para se assemelhar, em grande parte, a uma atividade legislativa, o que gerou a

inciso LIV da CRFB-88, que assegura a garantia da observância do devido processo legal, já que esta situação implicaria na circunstância de esta decisão atingir e, conseqüentemente, vincular terceiros que não participaram deste determinado processo. Além disso, a coisa julgada também surgiria como consectário natural do desempenho desta suposta atividade jurisdicional, sendo a ação rescisória o instrumento adequado para afastá-la, e não o mecanismo previsto no art. 5º desta mesma Lei. São essas considerações, enfim, que sinalizam no sentido de que não se trata de processo judicial, e sim de mero procedimento instaurado no âmbito daquele tribunal superior.

Para facilitar a compreensão sobre as disposições constantes nesta Lei, cada comentário será realizado após transcrição do novo dispositivo legal.

Art. 1º Esta Lei disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e dá outras providências.

O art. 1º apenas esclarece o objetivo da nova legislação, informando que esta Lei somente pode ser aplicada em relação aos verbetes sumulares do STF. No entanto, também parece razoável estender este raciocínio às súmulas do STJ, que, assim como o Pretório Excelso, exerce relevante função na definição da interpretação mais adequada para a lei federal, o que otimizaria e melhoraria a qualidade dos trabalhos desenvolvidos pelo Poder Judiciário.¹⁹ Contudo, seria necessária a criação de emenda constitu-

origem de *um tertium genus*, intermediário entre o abstrato dos atos legislativos e o concreto dos atos jurisdicionais, conforme se observa na leitura de MUSCARI, Marco Antônio. **Súmula vinculante**. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 73. Em sentido contrário, há aqueles que entendem que a atividade do STF mais se assemelha a uma função legislativa, como STRECK, Lênio Luiz. "As súmulas vinculantes e o controle panóptico da Justiça Brasileira". Disponível em <www.unimar.br>. Acesso em 11 de abril de 2007, às 08:42 hrs: "ninguém ignora que até no sistema em vigor - ao editarem uma súmula, o STF ou STJ passam a ter o poder maior que o Poder Legislativo. Com o poder constitucional de vincular o efeito das súmulas e até mesmo das decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal, o Poder Judiciário, por suas cúpulas, passará a legislar, o que, à evidência, quebrará a harmonia e a independência que deve haver entre os Poderes da República".

¹⁹ PRUDENTE, Antônio de Souza. "A súmula vinculante e a tutela do controle difuso de constitucionalidade". **Revista CEJ**, Brasília, nº 31, p. 53, edição de outubro/dezembro de 2005. No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. "Ações repetitivas e julgamento liminar". Disponível em <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Consulta em 22 de março de 2007, às 15:43 hrs.

cional e de um posterior regramento infraconstitucional para permitir esta possibilidade.

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

O *caput* deste art. 2º define a competência exclusiva do STF para a aprovação de súmula vinculante, que pode abranger tanto as novas súmulas editadas como também as anteriores, desde que observado o procedimento estabelecido nesta Lei.

Este dispositivo também esclarece que somente poderão ter eficácia vinculante as súmulas que abordarem matéria constitucional. Este dado é de extrema relevância, pois nem todos os verbetes criados por esta Corte abordam temas relativos à interpretação da Carta Magna. É a hipótese, por exemplo, da súmula nº 733, que é no sentido de que: "*não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios*", por ser a mesma de natureza eminentemente processual e mesmo administrativa²⁰, a evidenciar que esta continuará a ter, no máximo, eficácia persuasiva.

Por fim, o *caput* também estabelece que a súmula terá caráter vinculante apenas em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário (inclusive o próprio STF, que somente poderá deixar de aplicá-la após revê-la ou cancelá-la) e à administração pública direta ou indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Pela leitura deste dispositivo e, também, pelo que consta no art. 5º desta mesma Lei, é que se pode concluir que, a princípio, apenas o Poder Legislativo, no

²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 311.487-SP, Relator Ministro Moreira Alves. Publicado em 18/09/2001 no DJ: "Não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios já que esta tem natureza administrativa e não jurisdicional, inexistindo, assim, causa decidida em última ou única instância por órgão do Poder Judiciário no exercício de função jurisdicional."

exercício de sua função legiferante, é que não ficaria vinculado aos termos destas súmulas, o que lhe permitiria criar emenda constitucional ou mesmo lei contrária aos seus termos. No entanto, nada impede que estas posteriores espécies normativas sejam declaradas inconstitucionais pelo STF, o que, nesta hipótese, também acabaria por adstringir o Poder Legislativo, ainda que indiretamente, aos termos da súmula vinculante.

Os particulares, por seu turno, não serão atingidos por esta eficácia vinculante, o que lhes garante, ao menos em tese,²¹ a possibilidade de superação do precedente à semelhança do que ocorre no *overruled*, próprio do sistema americano, que permite a revogação da *ratio* do precedente, situação em que o mesmo perde o seu valor e, conseqüentemente, acaba sendo excluído das fontes normativas.²²

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

§ 2º O Procurador-Geral da República, nas propostas que não houver formulado, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

§ 3º A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.

§ 4º No prazo de 10 (dez) dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo.

²¹ Embora os particulares não estejam impedidos de propor demandas ou de recorrerem sustentado teses contrárias ao verbete sumular, certo é, a princípio, que os magistrados não poderão decidir contra estes mesmos precedentes.

²² TUCCI, José Roberto Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: RT, 1ª Ed, 2004, p. 16.

O primeiro parágrafo deste art. 2º exige, para a criação da súmula vinculante, que exista controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica, além de relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão. A exigência da "repercussão geral" também se encontra em textos normativos recentes como, por exemplo, no art. 543-A do CPC, que foi criado pela Lei nº 11.418/06, sendo a mesma de intenso caráter subjetivo, assim como será a definição da "atualidade" ou não da questão.

Os demais parágrafos deste artigo não oferecem dificuldades. Com efeito, o segundo parágrafo estabelece que o Ministério Público da União, neste ato representado pelo Procurador-Geral da República, deverá se manifestar, na condição de *custos legis*, neste procedimento tendente à edição, revisão ou mesmo cancelamento da súmula, exceto quando o próprio tiver apresentado a proposta neste sentido. Já o terceiro parágrafo, por sua vez, exige quórum qualificado de 2/3, ou seja, manifestação de oito Ministros do STF no mesmo sentido para a edição, revisão ou cancelamento do enunciado sumular, a ser emitida em decisão plenária. E, por fim, o quarto e último parágrafo apenas esclarece como será a publicação destas súmulas no Diário Oficial.

Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - o Procurador-Geral da República;

V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI - o Defensor Público-Geral da União;

VII - partido político com representação no Congresso Nacional;

VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;

IX - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados

ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

O art. 3º enumera quais são os entes que podem deflagrar este procedimento tendente à criação, revisão ou cancelamento da súmula vinculante, o que coincide, em parte, com os mesmos legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, conforme se extrai do art. 2º, da Lei nº 9.868/99, com exceção dos incisos VI e XI.²³

Certamente será exigido, de alguns legitimados, o requisito da pertinência temática, de forma semelhante ao que ocorre nos processos objetivos em que se realiza o controle concentrado de constitucionalidade, pois, do contrário, se estaria discutindo interpretação de dispositivos que tratam de matérias que não teriam, em absoluto, nenhuma relevância para os fins institucionais destes mesmos entes. É o que ocorreria, por exemplo, naqueles procedimentos instaurados pelas confederações sindicais, conforme entendimento já pacificado na jurisprudência do STF.²⁴ No entanto, em termos práticos esta exigência não se justifica, uma vez que o próprio STF poderia instaurar de ofício este procedimento, após ter sido noticiado da controvérsia a respeito da interpretação de matéria constitucional por qualquer um destes entes.

De resto, a necessidade de representante com capacidade postulatória também é recomendável, ainda que não se trate de um processo judicial em seu sentido técnico, diante do que se encontra no art. 133 da CRFB-88 (*"o advogado é indispensável à administra-*

²³ O inciso XI, deste art. 3º, até mesmo reforça a conclusão de que este procedimento não decorre da prática de atos jurisdicionais, pois, do contrário, estaríamos diante da inusitada situação de o Poder Judiciário provocar a si próprio para dirimir esta matéria.

²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.482-MG, Relator Ministro Moreira Alves. Publicado em 02/10/2002 no DJ: "Por falta de pertinência temática entre a matéria disciplinada nos dispositivos impugnados e os objetivos institucionais específicos da Confederação autora, o Tribunal não conheceu de ação direta ajuizada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais - CNPL contra o Provimento 55/2001 - que, revogando o despacho normativo que afastara a exigência de aposentadoria compulsória dos notários e registradores ao implemento de 70 anos de idade, determina que os juízes diretos do foro das comarcas do Estado de Minas Gerais exerçam rigorosa fiscalização do implemento de 70 anos pelos oficiais de registro e tabeliães, bem como expeçam ato de declaração de vacância do serviço notarial ou de registro, designando o substituto mais antigo para responder pelo expediente do respectivo serviço. Precedente citado: ADI 1.792-DF".

ção da justiça...²⁵) e no art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.906/94 ("são atividades privativas de advocacia: I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário...").²⁵

§ 1º O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo.

§ 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecurável, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

O parágrafo primeiro deste artigo permite que esta questão seja suscitada incidentalmente em qualquer processo que o Município figurar como parte, sem acarretar a sua suspensão. Esta regra guarda semelhança com aquela prevista no art. 6º desta mesma Lei, que se aplica aos demais processos que abordam a mesma discussão, independentemente das partes que estejam litigando. Foi afastada por esta Lei especial, portanto, a aplicação da regra prevista no art. 265, inciso IV do CPC, que estabelece a suspensão do processo quando, para a análise da pretensão, for necessário aguardar a decisão a respeito da questão prejudicial suscitada em outros autos.

Já o parágrafo segundo, por seu turno, é inteiramente salutar por contribuir para a democratização da Jurisdição Constitucional, ao permitir a manifestação de terceiros (*amicus curiae*)²⁶, com vis-

²⁵ MORAES, Guilherme Peña de. **Direito constitucional, teoria da Constituição**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 227, relembra que, nos processos objetivos em que se realiza o controle concentrado de constitucionalidade, esta capacidade postulatória é dispensada para os seguintes legitimados ativos: Presidente da República, das Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, das Assembléias Legislativas e da Câmara Legislativa, dos Governadores de Estado e do Distrito Federal, do Procurador-Geral da República e do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

²⁶ É bastante divergente a natureza jurídica da atuação do *amicus curiae* no processo. BARROSO, Luís Roberto. "Conceitos e fundamentos sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal" in **O Controle de Constitucionalidade e a Lei nº 9.868**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 256 e BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira - Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 155, enxergam, na atuação do *amicus curiae*, uma espécie de assistência qualificada. Em sentido contrário, MACIEL, Adhemar Ferreira. "*Amicus Curiae*: um instituto democrático" in **Revista da Associação**

tas a possibilitar um maior debate e aprofundamento nos assuntos tratados.²⁷ Com efeito, é justamente para se evitar que a Corte Constitucional se torne uma instância autoritária de poder que se torna necessário fomentar a idéia de cidadania constitucional, de modo a possibilitar a formação de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, onde todos teriam o direito de participar ativamente no processo de revelação e definição da interpretação constitucional prevalente.²⁸ É, afinal, justamente o que este dispositivo tenciona.

Possivelmente o STF irá aplicar a sua jurisprudência relativa à atuação do *amicus curiae* nos processos objetivos que realizam o controle concentrado de constitucionalidade neste novo procedimento, uma vez que, em ambos, a finalidade desta intervenção é exatamente a mesma. E, de resto, as questões ainda não decididas também poderão ser solucionadas de acordo com as considerações trazidas pela doutrina, de modo que, certamente, não haverá dificuldades no enfrentamento de matérias como, por exemplo, a necessidade ou não da pertinência temática²⁹, dentre outros.

Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Este dispositivo legal trata modulação dos efeitos oriundos da súmula vinculante, guardando relação com o art. 27 da Lei nº 9.868/99.

dos Juízes Federais do Brasil nº 70, p. 63: "esse instituto *amicus curiae*, por sua informalidade e peculiaridades, não guarda semelhança com a nossa intervenção de terceiros, que se desdobra em diversos institutos processuais (CPC, arts. 56/80)".

²⁷ Esta possibilidade já era permitida nos processos objetivos em que se realiza o controle concentrado de constitucionalidade, conforme se observa no art. 7º, parágrafo 2º da Lei nº 9.868/99.

²⁸ HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "Procedimental" da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 14-15.

²⁹ BUENO FILHO, Edgard Silveira. "*Amicus Curiae*: A Democratização do Debate nos Processos de Controle da Constitucionalidade" *in Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil* nº 70, p. 137, entende, por exemplo, que este requisito deve estar presente.

No controle concentrado de constitucionalidade, é da tradição brasileira o dogma da nulidade da lei inconstitucional, fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual *"the unconstitutional statute is not law at all"*. Desta forma, a declaração de inconstitucionalidade de qualquer ato normativo forçosamente deveria ter apenas eficácia *ex tunc*, pois, do contrário, se estaria reconhecendo que determinada lei inconstitucional poderia acarretar a suspensão provisória ou parcial da CRFB-88. No entanto, o dispositivo acima mencionado passou a admitir a possibilidade de ser conferido efeito *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade, dependendo, para tanto, de severo juízo de ponderação de valores³⁰ que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social preponderante.³¹

Enfim, como a súmula vinculante aborda interpretação de matéria constitucional, nada mais natural do que lhe emprestar o mesmo tratamento reservado ao controle concentrado de constitucionalidade, em especial diante das conseqüências práticas que dela podem advir.

Art. 5º Revogada ou modificada a Lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso.

Este dispositivo legal reafirma a idéia de que apenas o Poder Legislativo, no exercício da função legiferante, é que não ficará adstrito aos termos da súmula vinculante, tanto que poderá criar nova lei revogando ou modificando aquela que foi objeto do verbete sumular. O assunto já foi abordado com maior profundidade quando da análise do art. 2º desta mesma Lei.

³⁰ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação, uma contribuição ao estudo do Direito*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 270, ressalva a importância da teoria da argumentação na fixação destes valores, ao mencionar em sua obra, de forma absolutamente correta, que este "ajuste de valores [...] depende de uma instância argumentativa que tem sido negligenciada".

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de instrumento nº 582.280-RJ. Relator Ministro Celso de Mello. Publicação no DJ em 23/02/2007.

Art. 6º A proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão.

Este dispositivo também já foi abordado quando da análise do art. 3º parágrafo primeiro, desta mesma lei, não sendo merecedor de maiores esclarecimentos.

Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

Este dispositivo legal prevê a possibilidade do emprego da "reclamação" para combater a decisão judicial ou ato administrativo que deixar de aplicar o constante na súmula vinculante.

A reclamação, de acordo com a mais recente jurisprudência do STF, tem natureza jurídica de ação de índole constitucional, tanto que, para a sua utilização, é necessária capacidade postulatória do interessado.³² O seu procedimento se encontra previsto na Lei nº 8.038/90 e, também, no próprio Regimento Interno do STF (artigos 156/162), apenas com a ressalva de que a mesma não é somente utilizada quando há descumprimento de súmula vinculante, já que o próprio texto constitucional prevê o seu cabimento em outras hipóteses (v.g. art. 102, inciso I, I).

Da leitura do presente dispositivo e, também, do que consta no art. 103 da CRFB-88, o que se extrai é que o manejo da reclamação não inibe o emprego de outros recursos ou meios de impugnação,

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4.987-PE. Publicado no DJ em 13/03/2007. Relator Ministro Gilmar Mendes. Neste julgado, constou ainda que: "a tendência hodierna, portanto, é de que a reclamação assumia cada vez mais o papel de ação constitucional voltada à proteção da ordem constitucional como um todo. Os vários óbices à aceitação da reclamação em sede de controle concentrado já foram superados, estando agora o Supremo Tribunal Federal em condições de ampliar o uso desse importante e singular instrumento da jurisdição constitucional brasileira". Também partilham deste mesmo entendimento DIDIER JÚNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil* 3. Salvador: Editora Podium. 3ª Ed. 2007, p. 375, acrescentando que, nesta via processual, até mesmo é possível a concessão de tutelas de urgência e formação de coisa julgada material nas decisões proferidas em cognição exauriente.

conclusão esta que, por sinal, é ainda mais fortalecida com o que consta no verbete nº 734 da súmula do STF, segundo o qual não é possível reclamação contra decisão judicial transitada em julgado. Assim, para ser ajuizada a reclamação, parece ser intuitiva a necessidade de interpor, concomitantemente, o recurso pertinente para a impugnação daquela determinada decisão, de modo a evitar a formação da coisa julgada. Em conseqüência, caso ocorra esta situação - ajuizamento de reclamação e interposição de recurso ou ação autônoma de impugnação simultaneamente -, certamente estes últimos feitos serão sobrestados, aguardando a decisão da Corte Superior relativa ao primeiro, de modo a se evitar riscos de decisões conflitantes.

Mas há, ainda, um outro detalhe de extrema importância no estudo da reclamação. É que o acórdão que decidir a pretensão nela deduzida certamente terá que fazer uma interpretação não só do que consta no ato decisório ou administrativo impugnado mas, também, do teor da própria súmula vinculante que, em tese, não teria sido respeitada. Aí reside o risco de o STF, ao decidir uma reclamação, acabar conferindo uma nova interpretação ou mesmo restringir o alcance deste verbete sumular, o que, por óbvio, não pode gerar eficácia vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública, por ofensa ao procedimento estabelecido nesta Lei nº 11.417/06. A situação não é exatamente nova se assemelha, por exemplo, ao que ocorreu no julgamento da ADC nº 4, cuja decisão (que também tinha caráter vinculante) concluiu pela constitucionalidade da Lei nº 9.494/97, que restringia a concessão de antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública. É que tantas foram as decisões judiciais que descumpriram este julgado em processos envolvendo matéria previdenciária que o STF, em data posterior, acabou editando a súmula nº 729 (de caráter meramente persuasivo), dispondo que os efeitos decorrentes do julgamento proferido na ADC nº 4 não seriam aplicáveis nos processos que envolviam este mesmo tipo de matéria.

Desta forma, pode-se concluir que, caso seja necessário complementar ou mesmo restringir o que consta em um verbete de súmula vinculante, o procedimento adequado para tanto é a criação

de uma nova súmula ou mesmo a revisão do enunciado problemático nos moldes preconizados por esta Lei nº 11.417/06, uma vez que, como visto, a decisão proferida em sede de reclamação não ostenta eficácia vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública em geral.

§ 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.

§ 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

O parágrafo primeiro exige que haja o prévio esgotamento das vias administrativas como condição da utilização da reclamação para impugnar o ato administrativo. Este dispositivo, que em muito se assemelha a diversos outros (v.g. art. 5º, inciso I, Lei nº 1.533/51 e art. 625-D, CLT), certamente terá a sua constitucionalidade questionada, sob o argumento de violar o princípio da inafastabilidade (art. 5º, inciso XXXV, CRFB-88), por condicionar o exercício do direito de ação ao prévio esgotamento das instâncias revisoras administrativas. No entanto, a razão de ser do dispositivo é evitar sobrecarregar excessivamente o STF no julgamento destas reclamações ainda passíveis de recursos administrativos, que bem poderiam anular ou cassar tais atos independentemente da atuação do Pretório Excelso. Parece, portanto, que, em termos práticos, é absolutamente salutar a restrição contida neste dispositivo legal, até porque a mesma não está impedindo o regular acesso ao Judiciário mas, quando muito, apenas postergando este momento para o futuro.

Art. 8º O art. 56 da Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescido do seguinte § 3º:

*"Art.56.....
....."*

§ 3º *Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.*" (NR)

Art. 9º *A Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 64-A e 64-B:*

"Art. 64-A. Se o recorrente alegar violação de enunciado da súmula vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso."

"Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal."

Estes dispositivos legais apenas disciplinam providências que devem ser adotadas no curso de procedimento administrativo instaurado no âmbito da Administração Pública Federal (daí as suas abordagens em conjunto), tanto pela autoridade que inicialmente proferiu a decisão como, também, pelo próprio órgão revisor deste recurso, não sugerindo muitas indagações de natureza processual.³³

Art. 10. O procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante obedecerá, subsidiariamente, ao disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

³³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil* 3. Salvador: Editora Podium. 3ª Ed. 2007, p. 387, ao comentarem estes dispositivos, chegam a mencionar que: "as regras são bem interessantes. É razoável entender, inclusive, que essas exigências dispensam as informações no procedimento da reclamação, providência prevista no art. 14 da Lei Federal nº 8.038/1990, e que, no caso da reclamação contra ato administrativo que desrespeitou enunciado da súmula vinculante, parece ter sido imposta como conduta extrajudicial obrigatória à administração pública".

Este dispositivo somente determina a aplicação subsidiária do Regimento Interno do STF para eventuais questões surgidas no decorrer do procedimento de edição, revisão ou cancelamento da súmula vinculante.

Art. 11. Esta Lei entra em vigor 3 (três) meses após a sua publicação.

Por fim, o último artigo apenas fixa em 3 (três) meses o prazo de *vacatio legis* para que entre em vigor a Lei nº 11.417/06.

IV. CONCLUSÃO

Após todas estas considerações, o que se constata é que a intenção do legislador foi a de criar um mecanismo que pudesse melhorar a prestação jurisdicional, tanto sob o prisma da eficiência quanto da segurança jurídica (ao buscar assegurar o tratamento isonômico em situações semelhantes). No entanto, esta tentativa, embora louvável, certamente não alcançara os resultados pretendidos, pois um Estado extremamente heterogêneo como o brasileiro, que vem atravessando grandes transformações econômicas, sociais e culturais, não pode simplesmente absorver tão rapidamente um sistema estrangeiro inteiramente diverso sem deixar seqüelas e sem a devida preparação dos aplicadores do Direito. Pelo contrário, é latente, até por força do que consta no art. 1º da CRFB-88 (de onde se extrai o princípio do *Rule of Law*), que o sistema da *Civil Law* continuará a ser o adotado por estas plagas, apenas com a substituição do fetichismo da Lei escrita pelo fetichismo da súmula.

Em consequência, se estes foram os objetivos efetivamente pretendidos pelo legislador, a adoção da súmula vinculante se constituirá, quando muito, em mero paliativo enquanto se aguardam reformas mais profundas, que deverão focar os pontos mais nevrálgicos da ciência processual, em especial a vigília na ética dos participantes, a restrição ao direito de recorrer em algumas hipóteses³⁴, e

³⁴ O art. 3º, parágrafo 2º desta Lei segue esta tendência, ao impedir a interposição de recurso para impugnar a decisão que autorizou o ingresso do *amicus curiae* no procedimento para adoção, revisão ou cancelamento da súmula vinculante.

melhorias ainda mais amplas na efetivação das decisões judiciais, sob pena de agravamento deste quadro nocivo que desprestigia não só a imagem das instituições públicas em geral, mas, também, que desrespeita o próprio jurisdicionado.☐

Da Extinção da Responsabilidade dos Fiadores, Mediante Notificação, em Contrato de Locação

Luís Camargo Pinto de Carvalho
Desembargador do TJ/SP

"O juiz que, por uma suposta equidade e oportunidade intenta mudar a lei, comete violação jurídica" (Ferrara).

O novo Código Civil trouxe, no art. 835, a seguinte disposição:

"O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante 60 (sessenta) dias após a notificação do credor".

Essa forma de exoneração, indaga-se, alcança os fiadores em contrato de locação, que, seguindo a tradição do nosso direito¹, tenham assumido responsabilidade até a entrega das chaves do imó-

¹ Confira-se, no trabalho de nossa autoria, "Da extinção da responsabilidade dos fiadores em contrato de locação. Pro-núnciamentos 'contra legem' do STJ", inserto na **Revista da EMERJ**, 2003, v. 6, n. 24, p. 203, e na RT 830/46, o histórico com base em todas as nossas leis inquilinárias. Observe-se que, hoje, a tese sobre a Súmula 214 do STJ, que foi o *leitmotiv* para esse estudo, não prevalece mais, haja vista haver o STJ recuado na errônea interpretação que conferia a essa súmula ao atribuir-lhe alcance completamente divorciado do seu texto (vide, REsp. 421.098-DF).

vel, como previsto no art. 39 da Lei nº 8.245/91: "Salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel"?

É sobejamente sabido que amiúde ocorrem contradições entre normas, denominando a doutrina esse fato como *antinomia jurídica*.

Tércio Ferraz Sampaio² a define "como a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado".

Quando a antinomia decorre, como é o caso, de contradição entre uma lei geral - Código Civil - e outra especial - Lei do Inquilinato, a própria Lei de Introdução que, como se sabe, é uma *lex legum*, traz o encaminhamento para solução do problema.

A primeira Lei de Introdução - Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916 - no art. 4º, dispunha que "A lei só se revoga, ou derroga, por outra lei; *mas a disposição especial não revoga a lei geral, nem a geral revoga a especial*, senão quando a ela, ou ao seu assunto, se referir, alterando-a, explícita ou implicitamente"³.

Clovis⁴, ao comentar esse dispositivo, dizia: "O segundo preceito do artigo é um elemento de conciliação entre os dispositivos das leis diversas, que compõem um sistema legislativo, fazendo desaparecer as antinomias aparentes entre as mesmas (*sic*). A lei posterior revoga a anterior, expressamente, quando assim o declara, ou tacitamente, quando há incompatibilidade entre as respectivas disposições. Mas, se a segunda lei é especial, isto é, se dispõe para um caso particular, ou para um determinado instituto, entende-se que apenas abriu uma exceção à regra geral. *Também, se leis especiais regulam um instituto ou uma relação particular, é princí-*

² Vb. "Antinomia", na *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 7, p. 14.

³ Esse dispositivo contém grave errônea de técnica jurídica, pois o vocábulo "revoga", que é genérico e abarca a abrogação e a derrogação, foi empregado no lugar de "ab-roga". Consoante lição de CARVALHO SANTOS, o que o legislador quis dizer foi o seguinte: "a lei só se ab-roga ou derroga por outra lei" (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, Ed. Freitas Bastos, v. I, 3ª ed., p. 61).

⁴ *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, Frco. Alves, v. I, 1916, p. 100.

pio de direito que a lei geral posterior lhe permite a continuação, quando não a revoga explicita ou implicitamente, porque a regra divergente já existia e, se devesse desaparecer, di-lo-ia, claramente, a lei nova, ou disporia de modo a contrariá-la, regulando o mesmo assunto". No mesmo sentido a lição de Carvalho Santos⁵, que faz remissão à ensinança de Bevilacqua.

Paulo de Lacerda⁶, por sua vez, no 1º volume do **Manual do Código Civil** que leva o seu nome, há quase um século em comentário a esse mesmo diploma, registrava: "A falta de referência clara à própria disposição geral, ou ao seu assunto, desautoriza a suposição da revogação por incompatibilidade entre as duas leis, já que o sistema da legislação era regular o assunto em dois pontos de vista diferentes, mirando cada qual o seu objetivo próprio, um restrito e especial, e outro amplo e geral".

A vigente Lei de Introdução - Dec. lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 - trouxe, sobre o assunto, a seguinte regra, no § 2º do art. 2º: "A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior".

Ao tratar dos critérios para solução das antinomias, no exame desse diploma, Maria Helena Diniz, em seus comentários sobre a Lei de Introdução ao Código Civil,⁷ com base em Stolfi, afirma que "nem sempre a lei especial derroga a geral, podendo perfeitamente ocorrer que a especial introduza uma exceção ao princípio geral, que deve coexistir ao lado deste. Daí dizer De Ruggiero que os critérios *generi per speciem derogatur e lex specialis derogat generali* são falsos se entendidos de modo absoluto. Havendo incompatibilidade, haverá revogação da lei geral pela especial, e da lei especial pela geral; poderá ocorrer revogação da lei geral por outra geral e da especial por outra especial. Poderá, ainda, uma lei geral subsistir ao lado da geral já existente, não importando a revogação desta, ou de uma lei especial, que não declare expressamente revogada a disposição especial preexistente, nem seja com ela

⁵ Ob., cit., p. 65.

⁶ p. 319.

⁷ Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada, Saraiva, 11ª ed., p. 78.

incompatível. *Nada obsta, portanto, a subsistência da lei geral e especial, regendo, paralelamente, as hipóteses por elas disciplinadas, sem risco de contradição*".

Sendo sobejamente sabido que o Código Civil é *lei geral* em relação à Lei nº 8.245/91, que é *lei especial*, é de palmar evidência, tendo em conta as mais elementares regras de hermenêutica, que o dispositivo especial nela contido, no sentido de que "qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel", não pode ter sua aplicação reprimida com base na lei geral, não se podendo olvidar, ademais, que a lei inquilinária é da mesma *força hierárquica* do Código Civil.

Aliás, o Prof. Daniel Coelho de Souza, com sua autoridade de professor catedrático da Universidade Federal do Pará, em festejada obra didática e de caráter introdutório⁸, fornece o seguinte e elucidativo exemplo dessa antinomia, perfeitamente adaptável à aparente contradição entre o Código Civil e a Lei do Inquilinato: "*49.2 Lei geral e especial. Pode, também, uma norma estar vigendo, dizer respeito a certa matéria, mal não lhe ser aplicável. Tal ocorre quando o mesmo fato é objeto de uma disposição geral e de outra especial. Há norma que regula a situação de todos os estrangeiros no Brasil, por exemplo. Há outra especial para os portugueses. O mesmo fato, a situação de estrangeiro no Brasil é regido por uma lei geral (todos os estrangeiros) e por uma lei especial (os portugueses). Se um cidadão português indaga sobre certa faculdade, e a lei responde negativamente, poderá acontecer que a especial responda afirmativamente. A geral não revoga a especial, e vice-versa. Esta se aplica à circunstância específica, sem afetar a outra, que prevalece para os demais casos*".

O conhecido mestre luso-angolano - José de Oliveira Ascensão⁹ - que, além de professor na Universidade de Lisboa, foi professor titular da Faculdade de Direito do Recife, após, sobre a matéria, comentar a legislação portuguesa, ensina: "É semelhante a posição que devemos chegar no Brasil, no silêncio da lei. *A afirmação apa-*

⁸ *Introdução à Ciência do Direito*, Saraiva, 3ª ed., p. 380.

⁹ *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1978, p. 260.

rentemente lógica de que a lei geral, por ser mais extensa, incluirá no seu âmbito a matéria da lei especial, que fica revogada, não se sobrepõe à consideração substancial de que o regime geral não inclui a consideração das condições particulares que justificaram justamente a emissão da lei especial. Por isso esta não será afectada pela simples razão de o regime geral ter sido modificado".

Por fim, ainda, cumpre trazer à baila a lição sempre irrepreensível do eminente e pranteado mestre Norberto Bobbio¹⁰, que, ao cuidar dos critérios para solucionar as antinomias, afirma: "O terceiro critério, dito justamente da *lex specialis*, é aquele pelo qual, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*. Também aqui a razão do critério não é obscura: a lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte de sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória). A passagem de uma regra mais extensa (que abrange um certo *genus*) para uma regra derogatória menos extensa (que abrange uma *species* do *genus*) corresponde a uma exigência fundamental de justiça, compreendida como tratamento igual das pessoas que pertencem à mesma categoria. A passagem da regra geral à regra especial corresponde a um processo natural de diferenciação das categorias, e a uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação. Verificada ou descoberta a diferenciação, a persistência na regra geral importaria no (*sic*) tratamento igual de pessoas que pertencem a categorias diferentes, e, portanto, numa injustiça. Nesse processo gradual de *especialização*, operado através de leis especiais, encontramos uma das regras fundamentais da justiça, que é a do *suum quique tribuere* (dar a cada um o que é seu). Entende-se, portanto, por que a lei especial deva prevalecer sobre a geral: ela representa um momento ineliminável do desenvolvimento de um ordenamento. Bloquear a lei especial frente à geral significaria paralisar esse desenvolvimento. No Direito italiano, este critério de especialidade encontra-se, por exemplo, enunciado no art. 15 do C.P.: 'Quando algumas leis penais ou algumas disposições da mesma lei penal regulam a mes-

¹⁰ Teoria do Ordenamento Jurídico, Ed. UnB, 9ª ed., p. 95.

ma matéria, a lei ou disposição da lei especial anula a lei ou a disposição da lei geral, salvo se estabelecido de outra forma'."

Na hipótese da lei inquilinária, cujo caráter de especialização é flagrante, a responsabilidade do fiador estende-se até a entrega das chaves do imóvel (salvo no caso do manejo da ação de exoneração de fiança...); a regra do Código Civil aplica-se aos demais casos de fiança, que não decorrentes de relação de locação.

Mas, ainda nessa matéria, o legislador civil foi mais adiante, certamente para obstar eventuais interpretações contrárias aos ditames e princípios contidos na lei inquilinária: estabeleceu expressamente no art. 2.036 do Código Civil vigente, que, "*A locação de prédio urbano, que esteja sujeita à lei especial, por esta continua a ser regida*".

Outrossim, também eventual argumentação calcada na disposição contida no art. 819 do Código Civil, de que a fiança não deve receber interpretação extensiva, pois absolutamente não se presta a tal.

É elementar que nenhuma regra geral de interpretação pode prevalecer contra dispositivo expresso, contido em qualquer corpo de leis, seja geral, seja especial, e nem sobre regra contratual, relativa a matéria dispositiva.

Norma interpretativa somente tem aplicação no vazio legal ou contratual, que não é o caso, pois o texto da lei inquilinária é de meridiana clareza.

Esclarece o mestre peninsular Francesco Ferrara¹¹, em obra clássica traduzida pelo eminente Prof. Manuel A. Domingues de Andrade, que "A interpretação literal é o primeiro estágio da interpretação. Efetivamente, o texto da lei forma o substrato de que deve partir e em que deve repousar o intérprete. Uma vez que a lei está expressa em palavras, o intérprete há de começar por extrair o significado verbal que delas resulta, segundo a sua natural conexão e as regras gramaticais. O sentido das palavras estabelece-se com base no *uso lingüístico*, o qual pode ser diverso conforme os lugares e os vários círculos profissionais. Normalmente as palavras devem entender-se no seu sentido usual comum, salvo se da conexão do discur-

¹¹ *Interpretação e Aplicação das Leis*, Saraiva, 1934, pp. 34-5.

so ou da matéria tratada derivar um significado especial técnico. (...) Deve-se partir do conceito de que todas as palavras têm no discurso uma função e um sentido próprio, de que neste não há nada de supérfluo ou contraditório, e por isso o sentido literal há de surgir da compreensão harmônica de todo o contexto".

É sempre bom lembrar que não se pode falar em interpretação extensiva se esta se afina rigorosamente com o texto legal. Basta a interpretação literal, como demonstrado. Como diz o sempre invocado em matéria de interpretação e hermenêutica, Carlos Maximiliano¹², "a exegese *restritiva* corresponde, na atualidade, ao que outrora se denominava *declarativa estrita*; apenas *declara* o sentido *verdadeiro* e o alcance *exato*; evita a dilatação, porém não suprime coisa alguma".

Assim, não se pode aceitar a exoneração de responsabilidade dos fiadores, em contrato de locação, mediante simples notificação do credor.

Por isso, deve continuar prevalecendo o entendimento de que o fiador, vencido o contrato de locação, tem direito de exonerar-se da fiança, ajuizando a competente ação judicial para tanto, mesmo que do contrato conste renúncia a esse direito.

E nem a argumentação no sentido de que o instituto da fiança é do Código Civil e, assim, suas regras deitam raízes em todos os contratos, sejam eles quais forem, colhe.

As leis especiais, como já dizia Clovis, no texto transcrito acima, podem dar aos institutos previstos na lei geral o alcance que melhor lhes convier, visto aquelas estarem presas aos fins específicos para os quais foram editadas.

Ora, se para os objetivos que o legislador tinha em mira foi editada a Lei nº 8.245/91, com a regra relativa à fiança nos termos que constam de seu art. 39, norma de caráter interpretativo extraída de lei geral não pode modificá-los.

A boa interpretação e o bom-senso hão de prevalecer, tendo em conta a tradição do direito pátrio, que é fator relevante na interpretação de qualquer norma jurídica.

Cumprido observar, por derradeiro, embora se trate de coloca-

¹² Hermenêutica e Aplicação do Direito, nº 220.

ção metajurídica, que, se se entender pela aplicabilidade da regra do novo Código Civil às locações, isso acarretará tumulto de imprevisíveis conseqüências ao mercado imobiliário, com a óbvia retração da oferta de imóveis, sem se falar das possíveis alquimias jurídicas que se engendrarão, certamente eivadas de ilegalidade, para tentar contornar o problema, dando ensejo, como tem ocorrido em casos análogos, a multiplicarem-se as ações judiciais, a agravar a situação dos já congestionados tribunais brasileiros. Tudo isso a dano do locatário¹³, que assim o é, especialmente no campo da locação residencial, tão-somente por não ter condições de ser proprietário...

Em conclusão, o fiador, em contrato de locação, não pode lançar mão do art. 835 do Código Civil para exonerar-se da fiança, que prestou até a restituição do imóvel do locador. ☐

¹³ Não se pode esquecer que, na prática, recebida pelo locador notificação de exoneração da fiança encaminhada pelo fiador, imediatamente notificará o locatário a fornecer novo fiador, sob pena de despejo, pois não se concebe que a locação prossiga despida de garantia. Isso praticamente constrangerá os juízes, nas ações de despejo propostas sob esse fundamento, a concederem tutela antecipada, para desalijamento imediato dos inquilinos, de sorte a impedir o prosseguimento da locação sem garantia para o locador... Isso poderá representar verdadeiro caos não apenas no caso das locações residenciais, haja vista problemas de local de trabalho do locatário e de sua mulher, escola de filhos etc., como também no caso das locações não residenciais, visto os transtornos que uma mudança precipitada pode acarretar, com perda de clientes, empregados etc.