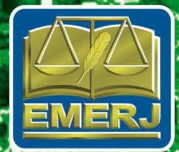
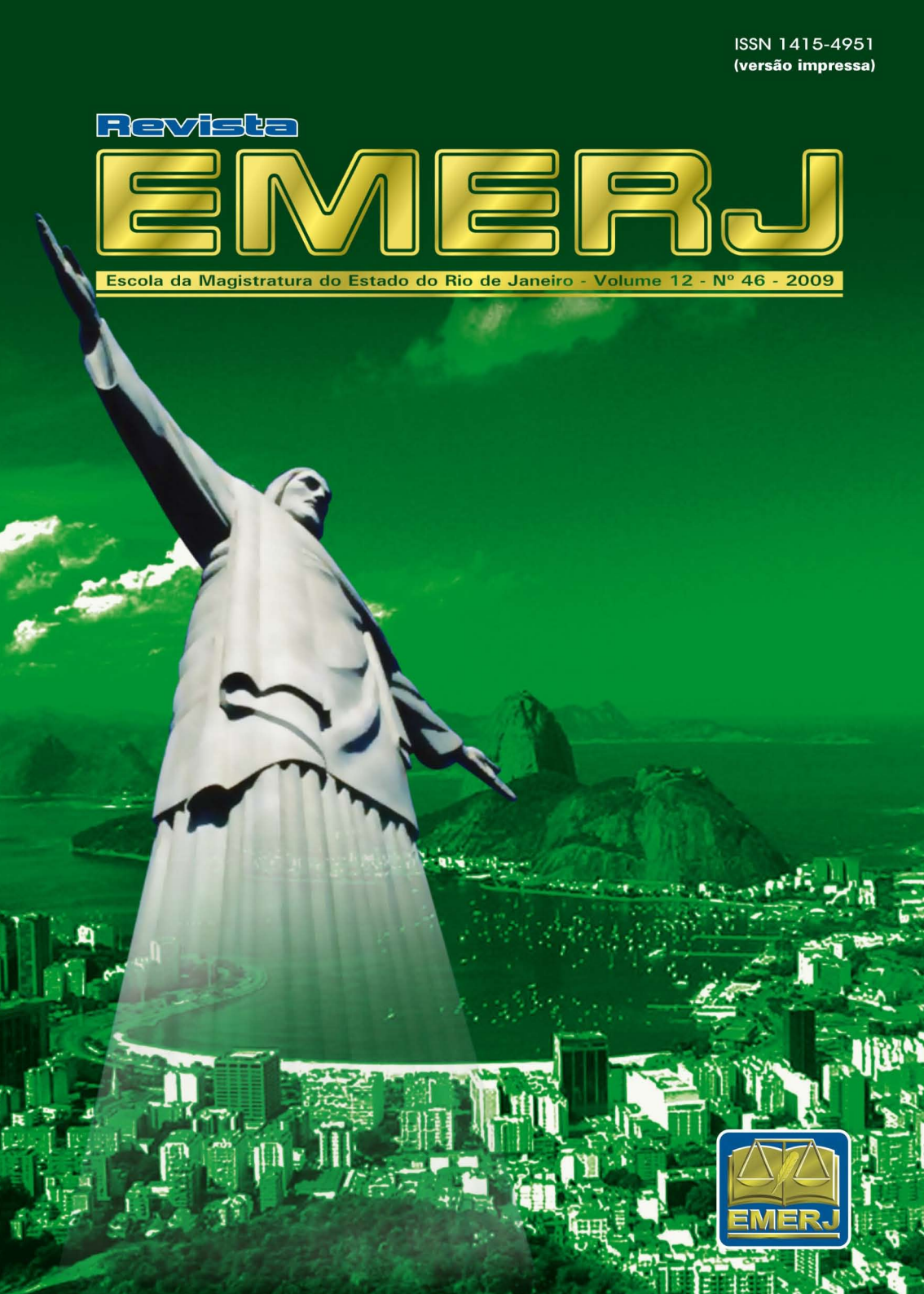


ISSN 1415-4951  
(versão impressa)

Revista

# EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - Volume 12 - Nº 46 - 2009



ISSN 1415-4951  
(versão impressa)

REVISTA DA

# EMERJ

v. 12 - n. 46 - 2009  
*Abril/Maio/Junho*

Rio de Janeiro

© 2009, 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. Manoel Alberto Rêbello dos Santos; Des. Sergio Cavalieri Filho; Des. Paulo Roberto Leite Ventura; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. Jessé Torres Pereira Júnior; Des. Décio Xavier Gama; Des. Semy Glanz; Des. Laerson Mauro; Des. Wilson Marques; Des. Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento; Des. Jorge de Miranda Magalhães; Des. José Carlos Barbosa Moreira.

Coordenador Editorial: Des. Décio Xavier Gama.

### Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

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

**Tiragem:** 3.500 exemplares.

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

Rio de

Janeiro:

EMERJ, 1998.

v.

Trimestral -

ISSN 1415-4951

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

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

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

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

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

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

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

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



# **Diretoria da EMERJ**

## **Diretor-Geral**

Des. Manoel Alberto Rebêlo dos Santos

## **Conselho Consultivo**

Des. Ronald dos Santos Valladares

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des. Nildson Araújo da Cruz

Des. José Carlos Maldonado de Carvalho

Des. Antonio Carlos Esteves Torres

Des. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

## **Presidente da Comissão Acadêmica**

Des. Newton Paulo Azeredo da Silveira

## **Presidente da Comissão de Iniciação e**

## **Aperfeiçoamento de Magistrados**

Des. Índio Brasileiro Rocha

## **Coordenador dos Núcleos de Representação**

Des. Marcus Henrique Pinto Basílio

## **Coordenador da Revista da EMERJ**

Des. Décio Xavier Gama

## **Secretária-Geral de Ensino**

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

## **Assessora do Diretor-Geral**

Maria de Lourdes Cardoso da Rocha



# Apresentação

Nem sempre se faz necessária a apresentação para uma revista, que surge, em cada trimestre, para seus leitores. Basicamente são leitores de nossa Revista os alunos dos cursos de preparação para o ingresso na Carreira da Magistratura, além de Tribunais de todo o Brasil, Faculdades de Direito e instituições do gênero que revelam interesse pela publicação.

Tornou-se, contudo, adoção de fórmula repetida e que se mantém, não muito pelo apresentador, mas pelas circunstâncias que envolvem a reunião, separação ou ordenação de trabalhos adequados ao curso de profissionalização para a Magistratura no Estado do Rio de Janeiro. No caso deste número, quando já temos trabalhos suficientes para serem editados no trimestre seguinte (nº 47 de julho a setembro), poder-se-ia dispensar esta fala inicial, mas já estamos aqui a iniciar este diálogo com os amigos que abrem também as primeiras páginas para ver que recado nem sempre importante estará sendo dado.

Será demais lembrarmos, com particular satisfação, que nos aproximamos do quinquagésimo número? Nem que a memória de quem esteve nos primeiros momentos da criação desta REVISTA DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO apontasse sonho mínimo de continuidade de trabalho editorial de 50 números, poderíamos agora dizer que foi este o sonho de todos. Passaram vários Diretores na Escola, todos certos da utilidade de se manter a Revista, a começar por quem mais sonhou com ela antes de vir a falecer e por quem afinal logrou lançá-la em circulação regular.

A verdade é que todos os Diretores da Escola, desde então, manifestam apoio à continuidade da Revista. Por outro lado, ao longo destes anos, muitas foram outras publicações semelhantes que surgiram em Escolas com propósitos idênticos.

**Des. Décio Xavier Gama**  
Coordenador da Revista



**EMERJ**

# Sumário

## **Breves Anotações Sobre a Admissibilidade do Recurso Especial** **17**

**Luis Felipe Salomão**

*Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Ex-Desembargador do TJ/RJ. Ex-Juiz de Direito Titular da 2ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro. Ex-Presidente da Associação dos Magistrados do Brasil.*

1. Introdução. 2. Pressupostos subjetivos. 3. Pressupostos objetivos. 4. Pressupostos específicos do recurso especial. A) A questão de direito. B) Prequestionamento. C) Exaurimento de instância. 5. Aplicação do Direito à Causa. 6. Admissibilidade no caso dos recursos repetitivos. 7. Regras de interpretação e a política judiciária, no caso do Juízo de Admissibilidade do especial, à guisa de conclusão.

## **Direito Fundamental à Tutela Cautelar** **43**

**Nagib Slaibi Filho**

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

1. Introdução. II. O conteúdo material de tutela cautelar. III. O tempo, como elemento inerente à tutela cautelar. IV. A pretensão cautelar não se distingue da pretensão principal. V. Conclusão.

## **A Ata Notarial e seu Valor como Prova** **59**

**Luiz Roberto Ayoub**

*Juiz de Direito da 1ª Vara Empresarial do TJ/RJ.*

**Caroline da Cunha Muller e Isaque Brasil Maia**

*Pesquisadores da F.G.V.*

1. Teoria geral da prova. 1.2. Atipicidade dos meios de prova. 2. Medida cautelar. 2.1. Classificação. 3. Produção Antecipada de Prova. 4. Ata notarial. 4.1. *Da celeridade obtida pela ata notarial.* 4.2 *Da substituição da antecipação da prova pela ata notarial.* 5. Conclusão.



## A Figura Processual do Ofendido

Sergio Demoro Hamilton

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

1. Institutos versados em nosso processo penal e os pontos polêmicos neles encontrados, como o da prova oral. 2. A prova oral (art. 201 do CPP). 3. O ofendido chamado muitas vezes de vítima ou, e em outras, de cognominado de lesado, mas ele nada mais é que a pessoa que sofre diretamente a ação criminosa. 4. Sujeito passivo de toda a infração penal é o Estado. 5. Como meio de prova (art. 201), pode no entanto, o ofendido assumir outras posições, como parte, interveniente, como assistente, recorrente etc. 6. A distinção da testemunha do ofendido. 7. A retratação do ofendido como hipótese de “arrependimento eficaz”, ou como de uma atenuante genérica? 8. Será possível a contradita do ofendido, não obstante o art. 214, mas o ofendido integra a prova oral. 8. Impõe-se que o ofendido indique o autor que, segundo ele, tenha praticado a infração penal e aponte a prova de tal fato, embora não forneça todos os dados em relação à pessoa do acusado. 9. E quanto à ocultação dos dados qualificativos da vítima, haverá nulidade para o processo caso o ofendido não seja ouvido? O ofendido pode ser acareado? É evidente que sim, como meio de prova (art. 229). 10. O que dispõe a Lei 11.589 de 9/6/08, especialmente o seu art. 201.

## Considerações sobre os Embargos de Declaração na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

José Antonio Fichtner

*Mestre em Direito pela Universidade de Chicago e Professor de Direito Processual Civil da PUC-RJ e da EMERJ.*

André Luis Monteiro

*Pós-graduado em Direito Empresarial pela F.G.V e Es-*

*pecialista em Direito Econômico pela UERJ e em Direito Societário e Mercado de Capitais pela F.G.V.*

1. Introdução. 2. Natureza jurídica dos embargos de declaração. 3. Notas sobre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito no julgamento dos embargos de declaração. 4. Análise dos efeitos dos embargos de declaração. 4.1. Efeito obstativo dos embargos de declaração. 4.2. Efeito devolutivo dos embargos de declaração. 4.3. Efeito translativo dos embargos de declaração. 4.4. Efeito suspensivo dos embargos de declaração. 4.5. Efeitos do julgamento dos embargos de declaração. 5. Especificamente, o efeito interruptivo dos embargos de declaração. 6. O projeto de Lei n° 138/2004 do Senado Federal. 7. Conclusão.

## **Efeitos Cíveis e Processuais da Sentença Condenatória Criminal. Reflexões sobre a Lei n° 11.719/2008**

**111**

**Alexandre Freitas Câmara**

*Desembargador da 2ª Câmara Cível do TJ/RJ.*

I - Introdução. II - Sistemas de responsabilidade civil pela prática de ilícitos penais. III - O sistema brasileiro anterior à Lei 11.719/08. IV - O sistema instituído pela Lei n° 11.719/08. V - Críticas ao novo sistema: 1 - O problema da correlação entre demanda e sentença. 2 - O problema dos limites subjetivos da coisa julgada. 3 - A incompatibilidade entre a nova regra e o sistema acusatório. VI - Conclusão.

## **A Nova Pastoral do Menor**

**124**

**Siro Darlan**

*Desembargador do TJ/RJ. Presidente do Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente.*

Receio de uma desconstrução ou de mais um projeto de apoio à orientação de crianças e adolescentes. Crítica injusta. “Contudo reconheço e testemunhei em Vila Ken-

nedy, na Paróquia do Padre Lino, um verdadeiro renascer com bases sólidas de uma Nova Pastoral do Menor. Um Conselho composto de pessoas ilustres e comprometidas com a causa social e suas propostas ousadas: ensino de Internet, ações esportivas, com professores voluntários”. Os programas de Escola de Família nas escolas e nas igrejas será um passo importante na retomada de conquista da paz nas comunidades.

## **Direitos Fundamentais - Legítimas Prerrogativas de Liberdade, Igualdade e Dignidade**

**Alexandre Guimarães Gavião Pinto**

*Juiz de Direito do TJ/RJ.*

1. Direitos fundamentais, que são direitos representativos das liberdades públicas, são os objetivamente reconhecidos e delimitados na ordem jurídica. 2. Os direitos humanos são reconhecidos independentemente do seu vínculo Jurídico com o Estado, mas reconhecidos aos seres humanos pela ordem jurídica internacional. 3. Os direitos fundamentais são imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, invioláveis, universais; gozam da efetividade, interdependentes e complementares. 4. A Doutrina indica a Carta Magna Inglesa de 1215, como seu marco inicial. 5. Os direitos fundamentais de segunda geração, ou seja, os sociais, os culturais e os econômicos deram oportunidade para que o Estado tivesse atuação positiva em prol do indivíduo.

**126**

## **Contratos Bancários nas Relações de Consumo: Uma Breve Abordagem**

**Ludmilla Vanessa Lins da Silva**

*Juíza de Direito do Estado do Rio de Janeiro. Professora da ESAJ e da Universidade Estácio de Sá.*

1. Introdução. 2. Breve abordagem histórica. 3. Contratos bancários inseridos no conceito de serviço. 4. Da respon-

**141**

sabilidade dos Bancos pelo fato do serviço. 5. Questões controvertidas que envolvem contratos bancários: 5.1. Contrato de cofre. 5.2. Contrato de conta-corrente. 5.3. Contrato de Cartão de Crédito. 6. Conclusão.

## **Notas sobre a Ilegalidade e a Inconstitucionalidade da Imposição do Ônus, por Órgãos Jurisdicionais de Esgotamento de Diligências pelo Exequente para o Deferimento da Penhora de Dinheiro via BACEN-JUD**

**152**

**Marlos Lopes Godinho Erling**

*Procurador do Banco Central do Brasil.*

1. Introdução. 2. Formas de penhora de dinheiro. 3. Fundamentos legais e constitucionais legitimadores da utilização do BACEN-JUD. 4. O agravo de instrumento como recurso cabível em decisões de indeferimento da penhora de dinheiro via BACEN-JUD. 5. Conclusão.

## **A Execução da Prestação de Alimentos e a Prisão Civil do Alimentante**

**166**

**Daniel Roberto Hertel**

*Professor e advogado. Pós-graduado em Direito Público e DPC pela Faculdade Candido Mendes de Vitória - ES.*

1. Intróito. 2. Direito aos alimentos. 3. Execução dos alimentos sob pena de prisão. 4. Prisão civil do devedor de alimentos. 5. Considerações finais.

## **Proteção e Inserção da Mulher no Estado de Direito. A Lei Maria da Penha**

**182**

**Emerson Garcia**

*Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Pós-Graduado em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa.*

1. Aspectos introdutórios. 2. A construção jurídica dos direitos da mulher. 3. O constitucionalismo contemporâneo e a proteção da mulher. 4. As noções de igualdade e discriminação. 5. A *ratio* das ações afirmativas e a Lei Maria da Penha. 6. As ações afirmativas adotadas pela Lei Maria da Penha 7. Epílogo.

## **Exercício da Advocacia Privada pelo Advogado Público**

**208**

**Afrânio Carlos Moreira Thomaz**

*Procurador do Banco Central do Brasil. Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Empresarial da Universidade Cândido Mendes.*

1. Exposição da controvérsia. 2. Da inconstitucionalidade da vedação para o exercício da advocacia privada. 2.1. Ofensa ao art. 5º, IX e XIII da Constituição. 2.2. Ofensa ao princípio da proporcionalidade. 2.3. Ofensa ao princípio da isonomia. 2.4. Ofensa ao requisito da urgência para a edição de Medidas Provisórias. 3. As vantagens da liberdade para o exercício da advocacia privada. 3.1. A proibição da advocacia privada como fator de enfraquecimento das carreiras da advocacia pública federal. 3.2. Estímulo para que os advogados públicos exerçam clandestinamente a advocacia privada. 3.3. Advocacia privada e magistério. 3.4. O caráter meramente simbólico da jornada de 40 horas semanais. 3.5. Da alegação de que a liberação da advocacia privada pelos advogados públicos acarretaria “concorrência desleal” e “reserva de mercado”. 4. A ADIn 4.036/DF. 5. Conclusão.

## **Do Instituto da Prescrição como Fator Impeditivo à Instauração do Inquérito Civil Público e do Posterior Ajuizamento da**

**232**

## **Ação de Improbidade Administrativa**

**Mauro Roberto Gomes de Mattos**

*Advogado e Vice-Presidente do Instituto Ibero-Americano de Direito Público.*

I. Considerações iniciais. II. Do Instituto da prescrição como fator impeditivo à instauração do inquérito civil público. III. Da prescrição quinquenal direcionada para o agente público. IV. Do instituto da prescrição direcionado para o particular/terceiro. V. Operando-se o decurso do prazo de 5 anos previsto em lei, o órgão do Ministério Público perde a sua legitimação extraordinária para ingressar com a ação de ressarcimento ao erário público. VI. Conclusão.

## **Estudo Comparativo da Tutela Penal da Liberdade Sexual no Brasil e na Itália**

**279**

**Paulo César Corrêa Borges**

*Professor da Universidade Estadual Paulista e Promotor Público.*

**Gil Ramos de Carvalho Neto**

*Bacharel da Universidade Estadual Paulista.*

1. Introdução. 2. Evolução da legislação penal sexual brasileira. 3. Evolução da legislação penal sexual italiana pós 1930. 4. Comparação entre as condutas criminosas. 5. Conclusões.

## **A Aplicação Analógica da Lei Maria da Penha**

**305**

**Rodrigo Bossi de Pinho**

*Delegado de Polícia na Secretaria de Segurança de Minas Gerais. Ex-aluno da EMERJ.*

1. Da constitucionalidade da Lei Maria da Penha. 2. O conteúdo da Lei nº 11.340/06, sua natureza jurídica e o instituto do *Restraining Order* do direito anglo-saxão. 3. O poder geral de cautela do Juiz e as medidas protetivas de urgência. 4. O estudo dos grupos de casos. 5. Das hipóteses de violência fora do âmbito familiar ou doméstica.



**EMERJ**

# Colaboraram neste Número

Alfrânio Carlos Moreira Thomaz, 208

Alexandre Freitas Câmara, 111

Alexandre Guimarães Gavião Pinto, 126

André Luís Monteiro, 86

Caroline da Cunha Muller, 59

Daniel Roberto Hertel, 166

Emerson Garcia, 182

Isaque Brasil Maia, 59

Gil Ramos de Carvalho Neto, 279

José Antonio Fichtner, 86

Ludmilla Vanessa Lins da Silva, 141

Luis Felipe Salomão, 17

Luiz Roberto Ayoub, 59

Marlos Lopes Godinho Erling, 152

Mauro Roberto Gomes de Mattos, 232

Nagib Slaibi Filho, 43

Paulo César Corrêa Borges, 279

Rodrigo Bossi de Pinho, 305

Sergio Demoro Hamilton, 69

Siro Darlan, 124





**EMERJ**

# Breves Anotações sobre a Admissibilidade do Recurso Especial

Luis Felipe Salomão

*Ministro do Superior Tribunal de Justiça*

## 1 - INTRODUÇÃO

1.1 - A pretensão é a de apresentar, em um texto direto quanto possível, roteiro prático e consentâneo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca das questões mais frequentes sobre admissibilidade do recurso especial.

1.2 - Para introdução lógica à temática ora em exame, mister o estudo resumido dos princípios fundamentais que norteiam a aplicação das regras concernentes aos recursos em geral.

Nesse passo, vale lembrar que não se confundem as ações de impugnação autônomas, oponíveis após o trânsito em julgado da sentença, com os recursos propriamente ditos, que pressupõem inexistência de preclusão máxima.

São os seguintes princípios fundamentais:

- **duplo grau de jurisdição** - *garantia de boa justiça, aplacando a desconfiança quanto à falibilidade humana. É a possibilidade de a sentença ser reapreciada por outro órgão de jurisdição, em regra de hierarquia judiciária superior, mediante a interposição de recurso.*

- **taxatividade** - *os recursos são designados em lei. Não se confundem com os sucedâneos recursais, como, por exemplo, a correição parcial e as ações autônomas de impugnação.*

- **unirrecorribilidade** - *para cada decisão judicial, há apenas um único recurso previsto, vedada, como regra, a interposição simultânea de recursos.*

## 2 - PRESSUPOSTOS SUBJETIVOS

Os pressupostos subjetivos dos recursos são interesse e legitimidade, conforme dispõe o artigo 499 do CPC.

No caso do especial, na qualidade de recurso extraordinário e com previsão constitucional, sua finalidade precípua não é o resguardo do interesse da parte que sucumbiu, mas sim a garantia da inteireza e eficácia da norma infraconstitucional, como se depende do aresto a seguir colacionado:

*“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. CABIMENTO. CONTRARIEDADE DO ACÓRDÃO RESCINDENDO A ENTENDIMENTO SUMULADO NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. EXPORTAÇÃO DE CAFÉ. ICMS. BASE DE CÁLCULO. QUOTA DE CONTRIBUIÇÃO DEVIDA AO IBC. REPERCUSSÃO.*

*(...)*

*2. Se, ontologicamente, o recurso especial, de natureza extraordinária, propicia ao Superior Tribunal de Justiça - transcendendo o interesse subjetivo das partes - assegurar a inteireza positiva, a autoridade e a uniformidade de interpretação do direito federal infraconstitucional, não se afigura razoável pos-sam os juízes de instância ordinária fazer tábula rasa das suas súmulas para, depois, obstar a rescisão dos respectivos julgados invocando o enunciado das Súmulas n. 134-TFR e 343-STF.*

*(...)*

*5. Recurso especial conhecido e provido para julgar procedente o pedido objeto da ação rescisória”.<sup>1</sup>*

Com efeito, após a Constituição/88, o Superior Tribunal de Justiça é o intérprete final quanto à aplicação da lei federal, na verdade do direito positivo federal.

<sup>1</sup>REsp 427.814/MG, Relator para o acórdão Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 07.03.2005.

### 3 - PRESSUPOSTOS OBJETIVOS

Analisando os pressupostos objetivos do recurso especial, é interessante destacar:

**3.1 - Cabimento** - o recurso especial está previsto no artigo 105, III, letras “a”, “b” e “c”, da Constituição Federal:

*“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:*

*III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:*

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;*
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;*
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.*

Há precedentes a versar sobre cada uma dessas alíneas:

*“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ALEGADA NEGATIVA DE VIGÊNCIA A DECRETOS. CONHECIMENTO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. TABELA DE INCIDÊNCIA DO IPI - TIPI. CLASSIFICAÇÃO FISCAL. RAÇÃO PARA ANIMAIS. ALÍQUOTA ZERO. PREPARAÇÕES ALIMENTARES COMPLETAS PARA CÃES E GATOS ACONDICIONADAS EM EMBALAGENS COM PESO SUPERIOR A 10 QUILOS. NÃO INCIDÊNCIA DO IPI.*

*1. O artigo 105, III, “a”, da Constituição Federal de 1988 prescreve que compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência.*

*2. O conceito de lei federal, para fins de cabimento do recurso especial, abrange “os atos normativos (de caráter geral e abstrato), produzidos por órgão da União com base em com-*

petência derivada da própria Constituição, como são as leis (complementares, ordinárias, delegadas) e as medidas provisórias, bem assim os decretos autônomos e regulamentares expedidos pelo Presidente da República” (Precedente da Corte Especial: REsp 663.562/RJ, Rel. Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 05.12.2007, DJ 18.02.2008); (Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp 954.067/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 27.05.2008, DJe 23.06.2008; REsp 853.627/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 06.03.2008, DJe 07.04.2008; REsp 965.246/PE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 18.10.2007, DJ 05.11.2007; e REsp 879.221/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 18.09.2007, DJ 11.10.2007).

(...)

18. Recurso especial da Fazenda Nacional desprovido.”<sup>2</sup>

-----  
“CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA “B”. NÃO CONHECIMENTO. ICMS. RECOLHIMENTO ANTECIPADO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE. NOVEL ORIENTAÇÃO DO STF (ADIN 1.851/AL). INAPLICABILIDADE AO ESTADO DE SÃO PAULO.

1. A Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004, alterou a alínea “b” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal de 1988, e incluiu a alínea “d”, ao inciso III, do artigo 102, da Carta Magna (...).

2. Destarte, a alteração proporcionada pela Emenda Constitucional 45/2004 implicou a modificação de competência jurisdicional para apreciação de confronto entre lei local e lei federal (artigo 102, III, “d”, da CF/88 - Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário). Ao STJ permaneceu a competência para deslinde de recurso especial dirigido contra decisão que julgar válido ato de governo local (ato público infralegal) contestado em face de lei

<sup>2</sup> REsp 953.519/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 17.12.2008.

*federal (Precedentes do STJ: AgRg no Ag 365.208/MT, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 21.02.2008, DJ 03.03.2008; AgRg no Ag 729.541/MS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18.10.2007, DJ 12.11.2007; REsp 661.484/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 02.10.2007, DJ 07.11.2007; REsp 950.413/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 04.09.2007, DJ 18.09.2007; e REsp 598.183/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.11.2006, DJ 27.11.2006).*

*3. Deveras, a lei em vigor à época da prolação da decisão que se pretende reformar é que rege o cabimento e a admissibilidade do recurso.*

*4. In casu, o acórdão que julgou a apelação restou proferido em 14.09.2006, data posterior ao advento da EC 45/2005, razão pela qual não se revela cognoscível a insurgência especial fulcrada na alínea “b”, do permissivo constitucional, ao argumento de que o Tribunal de origem julgou válido Decreto Estadual em face de lei federal.*

*(...)*

*8. Recurso especial conhecido, pela alínea “a”, do permissivo constitucional, e provido”.*<sup>3</sup>

-----  
“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELA ALÍNEA “C” DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ.

*1. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo ao recorrente demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a*

<sup>3</sup> REsp 990.763/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 19.06.2008.

*transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem se caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC, e art. 255, do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea “c” do art. 105, III, da Constituição Federal. (...)*

*4. Agravo Regimental não provido”.<sup>4</sup>*

Ainda em relação ao requisito objetivo do “cabimento”, as Súmulas 283, 284, 292 e 528 do Supremo Tribunal Federal, aplicáveis ao recurso especial, preconizam:

*Súmula 283: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.*

*Súmula 284: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.*

*Súmula 292: “Interposto o recurso extraordinário por mais de um dos fundamentos indicados no art. 101, III, da Constituição, a admissão apenas por um deles não prejudica o seu conhecimento por qualquer dos outros”.*

*Súmula 528: “Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo Presidente do Tribunal a quo, de recurso extraordinário que, sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de interposição de agravo de instrumento”.*

**3.2 - Lesividade - exigível a sucumbência como pressuposto genérico para todos os recursos.**

**“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL - ÁREA SITUADA NA FAIXA DE**

<sup>4</sup> AgRg no Ag 930.812/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 31.10.2008.

*FRONTEIRA - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC: FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE - SÚMULA 284/STF - DISCUSSÃO ACERCA DO DOMÍNIO DO IMÓVEL - IMPOSSIBILIDADE - FIXAÇÃO DE JUSTA INDENIZAÇÃO - AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL - FALTA DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULA 211/STJ.*

(...)

*3. Descabe recurso especial sobre questão em que não houve sucumbência do recorrente. Ausência de interesse recursal, pressuposto recursal genérico.*

(...)

*5. Recurso especial não-conhecido”.*<sup>5</sup>

**3.3 - Tempestividade** - a interposição do recurso deve obedecer aos prazos previstos em lei.

Cumprido ressaltar que a jurisprudência da Corte (AG 1.053.004/RJ) é firme no sentido de que:

a) a certidão de Tribunal local apontando apenas a tempestividade do recurso não é hábil a suprir a prova quanto à existência de feriado estadual ou municipal;

b) a assertiva contida em decisão de admissibilidade, no sentido de ser tempestivo o recurso, não supre a necessidade de se comprovar cabalmente a suspensão do expediente forense por ato normativo local;

c) somente as suspensões de prazos decorrentes de feriados nacionais ou leis federais dispensam a comprovação;

d) o ato de governo local, ou do Tribunal *a quo*, que suspende os prazos forenses deve ser comprovado no momento da interposição do recurso;

e) a Justiça Federal diferencia-se do Poder Judiciário Federal. Aquela é regulada pelo artigo 106 da Constituição Federal e composta pelos Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais. O Poder Judiciário Federal é o mantido pela União, do qual fazem parte o Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, demais Tribunais Superiores, Justiça Eleitoral, Justiça do Traba-

<sup>5</sup> REsp 704.013/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 02.10.2007.



lho, Justiça Militar Federal, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) e a própria Justiça Federal (TRF's e Juízes Federais). Assim, os recursos oriundos da Justiça Federal dispensam comprovação dos feriados previstos na Lei 5.010/66, que, nos termos do art. 62, são: os dias compreendidos entre 20 de dezembro e 6 de janeiro, inclusive; os dias da Semana Santa, compreendidos entre a quarta-feira e o Domingo de Páscoa; os dias de segunda e terça-feira de Carnaval e os dias 11 de agosto e 1º e 2 de novembro. Ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, malgrado faça parte do Poder Judiciário Federal, não se aplicam os dispositivos da Lei 5.010/66, porquanto possui Lei Federal de Organização Judiciária própria. Atualmente, a Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal - Lei 11.697/08, publicada em 16/06/2008 - estabelece os dias que são feriados.<sup>6</sup>

f) os recursos oriundos da Justiça do Distrito Federal interpostos após 16 de junho de 2008, inclusive, dispensam a comprovação dos feriados mencionados. Antes disso, a Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal era a Lei 8.185/91, que previa como feriados apenas os dias compreendidos entre 20 de dezembro e 31 de janeiro e de 2 a 31 de julho. Tal entendimento prevalece até a edição da E.C. 45, de 31 de dezembro de 2004, que extinguiu as férias coletivas nos Tribunais de Justiça e Regionais Federais;

g) quarta-feira de cinzas, de regra, constitui dia útil por uma razão simples: nos termos do art. 184, § 1º, III, do CPC, “considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil se o vencimento cair em feriado ou em dia em que o expediente forense for encerrado antes da hora normal”. Ordinariamente, se há alguma alteração no expediente forense, na quarta-feira de cinzas, é no sentido de iniciar-se mais tarde, circunstância não excepcionada pela Lei Processual.

<sup>6</sup> “Art. 60. Será considerado feriado forense o período compreendido entre 20 de dezembro e 6 de janeiro.

(...)

§ 3º Além dos feriados fixados em lei, também serão considerados como feriado forense pela Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

I - os dias da semana santa, compreendidos entre a quarta-feira e o domingo de Páscoa;

II - os dias de segunda-feira e terça-feira de carnaval e quarta-feira de cinzas;

III - os dias 11 de agosto, 1º e 2 de novembro e 8 de dezembro.”

Vale conferir alguns outros julgados selecionados sobre o tema da “tempestividade”:

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO. TEMPESTIVIDADE. FERIADO LOCAL. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE PEÇA IMPRESCINDÍVEL. JUNTADA POSTERIORMENTE. INADMISSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA.*

*I - Nos casos de feriado local, por força de lei estadual ou ato do presidente do tribunal respectivo, a tempestividade do recurso interposto, aparentemente, fora do prazo, deve ser comprovada com a juntada, no momento da interposição, de cópia da lei ou do ato gerador da suspensão do prazo, ou ainda, de certidão de quem de direito, servidor do tribunal de origem.*

*O silêncio da parte contrária, assim como a comprovação posterior do fato, não suprem a omissão do recorrente.*

*II - Em qualquer caso de agravo contra decisão que inadmite recurso especial, não se conhece da impugnação, se ausente peça imprescindível ou útil à formação do instrumento, inadmitida a juntada posterior.*

*Agravo interno a que se nega provimento”.<sup>7</sup>*

-----  
*“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. PROTOCOLO ILEGÍVEL. SUPRIMENTO. CERTIDÃO. INVIABILIDADE.*

*1. Conforme entendimento pacífico, a certidão expedida pelo tribunal a quo, afirmando a tempestividade do recurso especial, não supre a ausência de qualquer dos elementos indispensáveis para aferição desse requisito recursal por esta Corte, dentre eles, a data legível da protocolização do apelo excepcional.*

*2. Agravo regimental não provido”.<sup>8</sup>*

-----  
<sup>7</sup> AgRg no Ag 708.460/SP, Rel. Min. Castro Filho, Corte Especial, DJ de 02.10.2006.

<sup>8</sup> AgRg no Ag 1.041.719/SP, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 09.10.2008.

**“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO EM RAZÃO DA APARENTE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL DIANTE DA AUSÊNCIA DE DOCUMENTO QUE COMPROVE A SUSPENSÃO DOS PRAZOS NA JUSTIÇA DE ORIGEM, A INADMISSÃO DO RECURSO SE IMPÕE. INVIÁVEL A JUNTADA POSTERIOR PORQUANTO JÁ OPERADA A PRECLUSÃO CONSUMATIVA. TAMBÉM MOSTRA-SE IRRELEVANTE A ASSERTIVA CONTIDA NA DECISÃO AGRAVADA ACERCA DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO, UMA VEZ QUE O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE É BIFÁSICO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.**

*1. A tempestividade do recurso especial deve ser aferida quando da análise do agravo, razão pela qual o instrumento deve estar perfeitamente apto à demonstração de todos os requisitos de admissibilidade do especial.*

*2. Por outro lado, a juntada extemporânea - em sede de embargos declaratórios ou agravo regimental - de documento essencial à formação do agravo não tem o condão de sanar vícios existentes quando da interposição do recurso.*

*3. O juízo de admissibilidade é bifásico, e o controle realizado no Tribunal de origem não vincula o STJ.*

*4. Agravo improvido”.*<sup>9</sup>

-----  
**“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE. SUSPENSÃO DE PRAZOS RECURSAIS POR ATO DA JUSTIÇA LOCAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.**

*1. O conceito de Justiça Federal, que abarca somente os Tribunais Regionais Federais e os Juízes Federais (art. 106, CF/88), não se confunde com o de Poder Judiciário Federal, do qual faz parte a Justiça do Distrito Federal.*

*2. A Lei 5.010/66, por sua vez, organiza somente a Justiça Federal, não todo Poder Judiciário Federal, de sorte que os feriados nela previstos não se aplicam, necessariamente, a este.*

<sup>9</sup> AgRg no Ag 963.042/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ de 06.10.2008

3. Inexistindo Lei Federal aplicável à espécie, cumpria ao recorrente apresentar documento oficial idôneo, apto a comprovar a tempestividade do recurso especial, porquanto a suspensão do prazo, se existiu, deu-se em decorrência de ato expedido pelo Tribunal local.

4. Agravo improvido”.<sup>10</sup>

-----  
“AGRAVOS DE INSTRUMENTO E REGIMENTAIS - EQUÍVOCO QUANTO À DATA DE INTERPOSIÇÃO DO PRIMEIRO REGIMENTAL - RECONSIDERAÇÃO PARA EXAMINÁ-LO - RECURSO ESPECIAL INTEMPESTIVO - INFUNDADA ALEGAÇÃO DE QUE OS PRAZOS ESTAVAM SUSPENSOS PELA PORTARIA 191/STJ, DE 05/12/2006.

1. Reconsideração da decisão que não conheceu do agravo de instrumento anteriormente interposto, em razão da intempestividade, uma vez constatado o equívoco quanto à data de envio da petição recursal por fax.

2. Não prospera o regimental formulado sob alegação de que estava suspenso o prazo para interposição do recurso especial, por força da Portaria 191/STJ, de 05/12/2006, já que esta Portaria só abrange os recursos interpostos diretamente nesta Corte.

3. Após o advento da EC 45/04, a atividade jurisdicional tornou-se ininterrupta, não havendo mais suspensão de prazos nos Juízos e Tribunais de segundo grau (art. 93, XII, da CF).

4. Agravo regimental provido para se conhecer do agravo anterior, não provido”<sup>11</sup>.

-----  
“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO CONSIDERADO INTEMPESTIVO. SUSPENSÃO DO EXPEDIENTE FORENSE. QUARTA-FEIRA DE CINZAS. NÃO-COMPROVAÇÃO. IMPROVIMENTO.

1. É intempestivo o agravo de instrumento interposto fora do prazo estipulado no art. 544 da Lei Adjetiva Civil.

<sup>10</sup> AgRg no REsp 869.893/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ de 03.11.2008.

<sup>11</sup> AgRg no AgRg no Ag 940.510/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 20.05.2008.

*II. A suspensão do expediente forense, na quarta-feira de cinzas, deve ser comprovada por documento do Tribunal local, no momento da interposição do agravo, vez que não se trata de fato presumível e notório, pois a quarta-feira de cinzas é considerado dia útil até que se prove o contrário.*

*III. Agravo regimental a que se nega provimento”<sup>12</sup>.*

**3.4 - Regularidade formal** - A lei regula também a forma de interposição de cada recurso, como, por exemplo, exigência ou não de petição escrita; a fundamentação para o tipo recursal; necessidade de assinatura do advogado; peças para instrução do recurso, dentre outros.

Dentre os diversos precedentes sobre o tema, cabe ressaltar os seguintes:

*“PROCESSUAL CIVIL. DEPÓSITOS JUDICIAIS. CORREÇÃO MONETÁRIA. DESNECESSIDADE DE AÇÃO AUTÔNOMA. BANCO DEPOSITÁRIO. LEGITIMIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SÚMULA N. 83/STJ. DECISÃO EXTRA PETITA. NÃO-OCORRÊNCIA.*

*(...)*

*3. Atende o requisito de admissibilidade da regularidade formal recurso no qual fiquem demonstradas as razões do inconformismo da parte e a pretensão perseguida, bem como a descrição suficiente dos fatos que servem de fundamento ao pedido, permitindo ao réu o pleno exercício de sua defesa.*

*(...)*

*8. Recurso especial conhecido parcialmente e improvido”<sup>13</sup>.*

-----  
*“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO VIA CORREIO ELETRÔNICO (E-MAIL). IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE ASSINATURA. RECURSO INEXISTENTE. INTERPOSI-*

<sup>12</sup> AgRg no Ag 1.034.612/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 08.09.2008.

<sup>13</sup> REsp 586.115/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 19.03.2007.

**ÇÃO SIMULTÂNEA DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS. INADMISIBILIDADE E INTEMPESTIVIDADE.**

1. O correio eletrônico (e-mail) não pode ser considerado similar ao fac-símile para efeito de aplicação do artigo 1º da Lei nº 9.800/99, que estabelece ser permitido às partes a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita.

2. Conforme reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, na instância especial, o recurso sem assinatura do advogado é considerado inexistente.

3. Inadmissíveis os embargos declaratórios, de teor semelhante ao do presente regimental, opostos contra a mesma decisão ora agravada e fora do prazo legal.

4. Agravo regimental não conhecido”.<sup>14</sup>

-----  
**PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - INSTRUÇÃO DEFICIENTE - CÓPIA DA CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO DO ACÓRDÃO PROFERIDO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ILEGÍVEL - IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA TEMPESTIVIDADE.**

1. Compete ao agravante instruir adequadamente o agravo de instrumento, trasladando as peças obrigatórias e essenciais, de modo a possibilitar a verificação dos pressupostos de admissibilidade, inclusive a tempestividade do recurso especial que pretende viabilizar.

2. Impossibilidade da juntada posterior da peça, por absoluta falta de previsão legal.

3. O juízo de admissibilidade do recurso especial feito na instância de origem não vincula esta Corte, onde é feito um novo exame dos requisitos do agravo de instrumento.

4. Agravo regimental não provido”.<sup>15</sup>

-----  
<sup>14</sup> AgRg no REsp 672.410/SC, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de 25.09.2006.

<sup>15</sup> AgRg no AG 1.072.431/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 15.12.2008.

**“AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FALTA DE PEÇAS OBRIGATÓRIAS. FORMAÇÃO. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO RECORRENTE.**

1. Nos termos do artigo 544, § 1º, do Código de Processo Civil, ‘o agravo de instrumento será instruído com as peças apresentadas pelas partes, devendo constar obrigatoriamente, sob pena de não conhecimento, cópia do acórdão recorrido, da certidão de respectiva intimação, da petição de interposição do recurso denegado, das contra-razões, da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado’.

2. É da responsabilidade exclusiva do agravante zelar pela correta formação do instrumento.

3. ‘Não se admite, na instância especial, a juntada tardia de peças obrigatórias para a formação do agravo de instrumento, nem a conversão do julgamento em diligência ou abertura de prazo para sanar eventual irregularidade.’ (AgRg no Ag nº 870.259/RS, Relator o Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJU de 4/6/2007).

(...)

5. *Agravo regimental desprovido*”.<sup>16</sup>

**3.5. Preparo** - pagamento prévio das despesas necessárias ao processamento do recurso.

A Lei 11.636, de 28 de dezembro de 2007, dispõe sobre as custas judiciais devidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o que ensejou a Resolução/STJ nº 1, de 16 de janeiro de 2008.

Tal Resolução entrou em vigor em 27 de março de 2008. O artigo 1º, *caput*, determina serem devidas “custas judiciais nos processos de competência originária do Superior Tribunal de Justiça”, enquanto o artigo 2º, *caput*, estabelece serem devidas “custas judiciais e porte de remessa e retorno dos autos nos processos de competência recursal”.

<sup>16</sup> AgRg no AG 1.071.972/CE, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de 02.12.2008.

Por sua vez, preceitua o artigo 3º que o recolhimento das custas judiciais e do porte de remessa e retorno será realizado mediante Guia de Recolhimento da União.

Em julgamento de embargos de divergência em recurso especial, a Corte já teve a oportunidade de se pronunciar a respeito:

**“AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DE CUSTAS. LEI 11.636/07. RESOLUÇÃO N.º 001/2008. AGRAVO NÃO PROVIDO.**

*1. Não se conhece dos embargos de divergência interpostos sem o pagamento das custas, em flagrante inobservância ao que determina a Lei 11.636, de 28 de dezembro de 2007, que dispõe sobre as custas judiciais devidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, e à Resolução n.º 001/2008.*

*2. Não se pode alegar desconhecimento da lei, especialmente se o recurso foi interposto em 10 de maio de 2008, quase seis meses após a publicação da norma legal.*

*3. As novas regras que disciplinam o pagamento de custas judiciais no âmbito do Superior Tribunal de Justiça em nada alteram o Regimento Interno do STJ, já que cuidam de questão estranha à matéria que deve ser disciplinada regimentalmente.*

*4. Agravo regimental não provido”.*<sup>17</sup>

No que diz respeito à necessidade de identificação correta do número do processo na guia de recolhimento do preparo do recurso, há divergência no Superior Tribunal de Justiça.<sup>18</sup>

#### **4 - PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS DO RECURSO ESPECIAL: A) QUESTÃO DE DIREITO; B) PREQUESTIONAMENTO; C) EXAURIMENTO DE INSTÂNCIA**

<sup>17</sup> AgRg nos EREsp 849.273/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 13.10.2008.

<sup>18</sup> REsp 739.482/RS, Rel. Min. Mauro Campbell, DJ de 24.09.2008; AgRg no AgRg no REsp 913.112/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 22.02.2008.



Em relação ao recurso especial, não basta a sucumbência - como em regra se exige para os recursos ordinários -, mas há de ser demonstrada a existência de uma “causa” decidida em “única ou última instância” pelos Tribunais Regionais Federais ou Tribunais de Justiça dos Estados e Distrito Federal, além da “questão de direito federal”, não sendo suficiente mera questão de fato, com o prequestionamento dos dispositivos legais alegadamente violados.

Vale transcrever as Súmulas relacionadas ao tema, com maior aplicação na prática.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

*Súmula 5: “A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial”.*

*Súmula 7: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.*

*Súmula 207: “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no Tribunal de origem”.*

*Súmula 211: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo”.*

E na Suprema Corte:

*Súmula 282: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.*

*Súmula 356: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.*

Os arestos abaixo colacionados tratam de tais questões:

**“CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MORTE DO CÔNJUGE-FIADOR.**

RESPONSABILIDADE DA VIÚVA QUE TAMBÉM FIGUROU NO CONTRATO COMO FIADORA. EXISTÊNCIA DE SIMPLES OUTORGA UXÓRIA. AFERIÇÃO. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 5/STJ. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E OS PARADIGMAS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, além do exame do direito das partes, realiza o controle da legalidade do julgamento proferido pelo Tribunal a quo. Eventuais equívocos verificados nas instâncias inferiores, decorrentes do mau entendimento ou da má interpretação dos fatos da causa, ou da vontade das partes no ato de contratar, são questões que não propiciam acesso à Corte Superior, devendo a alegada ofensa a direito federal ser analisada partindo-se do suporte fático fornecido pelo Tribunal de segunda instância. Por esse motivo é que a pretensão de simples reexame de matéria de fato ou de cláusulas contratuais não enseja recurso especial.

2. Hipótese em que, tendo o Tribunal de origem firmado a compreensão de que a co-agravante teria assinado o contrato de locação na condição de fiadora, e não apenas como anuente, infirmar tal entendimento demandaria a interpretação de cláusula contratual, inviável em sede especial, nos termos da Súmula 5/STJ.

(...)

5. Agravo regimental improvido”.<sup>19</sup>

-----  
“STF: Mandato - Questão de direito. Se o acórdão reconheceu a existência evidente dum mandato, negado pela instância local e atribui-lhe os efeitos de lei, decidiu então sobre a qualificação jurídica do ato, o que é questão de direito, e não de fato.

<sup>19</sup> AgRg no AG 801.488/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 23.04.2007.

(...)

Não menos improcedente é a arguição de discrepância com a Súmula 279. Com efeito, foi preocupação louvável do eminente relator do acórdão embargado afastar de vez e por antecipação a insinuação de que pudesse tratar-se de reexame de matéria de fato. Nessa linha de raciocínio, enfatizou S. Exa: ‘Quando se considerasse que o embasamento da demanda se tivesse feito com vista ao vício da simulação, e seu reconhecimento emergisse, por inteiro, da prova, a toda evidência descaberia o apelo para a apuração da sua existência ou não, nos termos da Súmula 279. Todavia, antes de apreciá-la e quicá para aceitá-la, partiu o acórdão, considerando os instrumentos procuratórios transcritos na escritura, que não constituíam eles mandato e pelas razões antes referidas’. Vê-se, de trecho tão elucidativo, que não cuidou o venerando aresto impugnado de proceder à reavaliação da prova, senão de dar nova qualificação jurídica ao ato controverso. E, ao fazê-lo, o r. acórdão deparou-se com aquilo que o honrado Ministro Luiz Gallotti denominou de erro conspícuo na qualificação do ato jurídico. Entendeu a douta Turma julgadora que os instrumentos procuratórios revestiam todos os requisitos legais, habilitando o mandatário à prática dos atos neles consignados. Qualificado o ato jurídico como mandato, deram-se-lhe os efeitos que estavam a reclamar a melhor solução da causa. Isto, obviamente, não importou reexame da matéria de fato, razão por que inexistente a suposta divergência jurisprudencial (STF/RTJ 74/144)”.<sup>20</sup>

-----  
“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE. EXAURIMENTO DE VIAS RECURSAIS ORDINÁRIAS. INOCORRÊNCIA. EMBARGOS INFRINGENTES. NECESSIDADE. OPOSIÇÃO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 207-STJ. AGRVO INTERNO DESPROVIDO.

<sup>20</sup> (In “Reexame da prova diante dos recursos especial e extraordinário”, Luiz Guilherme Marinoni, Revista Jurídica, abril de 2005, nº 330, p. 18 e 19, nota de rodapé).

*I - A Constituição Federal, em seu artigo 105, III, dispôs que cabe ao Superior Tribunal de Justiça “julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios (...)”.*

*II - Da expressão “única ou última instância”, depreende-se que o recurso especial apenas é cabível quando restarem esgotadas as vias recursais ordinárias, em razão de sua finalidade de preservação da legislação federal infraconstitucional.*

*III - Tendo o acórdão recorrido, por maioria de votos, reformado a sentença monocrática, sem que houvesse oposição de embargos infringentes, inviável a abertura da via especial, ante o não-exaurimento das instâncias ordinárias, consoante o disposto no enunciado da Súmula 207/STJ.*

*IV - Agravo interno desprovido”.<sup>21</sup>*

-----  
“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 545, DO CPC. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 155 DO REGULAMENTO DO IMPOSTO DE RENDA, ARTS. 185, § 3.º, 187, IV E 189 DA LEI 6.404/76, ART. 110 DO CTN E DO ART. 2.º DA LEI 7.689/88. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ (MANDADO DE SEGURANÇA. LEI 8.880/94. URV. IGP-M. CORREÇÃO MONETÁRIA DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS).

1. A interposição do Recurso Especial impõe que o dispositivo de Lei Federal tido por violado, como meio de se aferir a admissão da impugnação, tenha sido apreciado no acórdão recorrido, sob pena de padecer da imposição jurisprudencial do prequestionamento, requisito essencial à sua admissão, atraindo a incidência das Súmulas 282 e 356 do STF.

2. Omitindo-se o Tribunal de 2ª Instância a emitir pronunciamento acerca dos pontos tidos como omissos, contraditórios ou obscuros, embora provocado via embargos declaratórios,

<sup>21</sup> AgRg no AG 859.622/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 06.08.2007.

*deve a recorrente especial alegar contrariedade ao art. 535 do CPC, pleiteando a anulação do acórdão, porquanto é “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo.” (Súmula 211 do STJ).*

3. Agravo Regimental desprovido”.<sup>22</sup>

## 5 - APLICAÇÃO DO DIREITO À CAUSA

Em se tratando de recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a alegada violação legal, poderá “aplicar o direito à espécie” (art. 257 do RISTJ).

Todavia, ao contrário do que acontece nas instâncias ordinárias, em que é pleno o efeito translativo, já que o julgador pode conhecer de questões de ordem pública *ex officio* sem que incorra em julgamento *extra, ultra* ou *citra petita*, na via especial o efeito translativo se opera de maneira temperada. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça pode conhecer de matéria de ordem pública não prequestionada, desde que o especial seja conhecido por outros fundamentos.

A Súmula 456 do Supremo Tribunal Federal preconiza:

*Súmula 456: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”.*

Eis os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça a respeito:

**“PROCESSUAL CIVIL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PROVENTOS DE APOSENTADORIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE IMPETRADA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PREQUESTIONAMENTO. EFEITO TRANSLATIVO DO RECURSO ESPECIAL.**

**1. Até mesmo as questões de ordem pública, passíveis de conhecimento *ex officio*, em qualquer tempo e grau de ju-**

<sup>22</sup> AgRg no AG 793.457/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 14.12.2006.

*risdição ordinária, não podem ser analisadas no âmbito do recurso especial se ausente o requisito do prequestionamento.*

*2. Excepciona-se caso o recurso especial ensejar conhecimento por outros fundamentos, ante o efeito translativo dos recursos, que tem aplicação, mesmo que de forma temperada, na instância especial.*

*3. Aplicação analógica da Súmula n.º 456/STF, segundo a qual ‘O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie’.*

*4. In casu, deveriam os autos regressar à origem por violação ao art. 535 do CPC, porquanto omitiu-se o tribunal quanto à análise da falta de interesse de agir da impetrante, questão alegada desde as informações da autoridade impetrada.*

*5. Não obstante, ausente uma das condições da ação, deve o processo ser extinto sem julgamento de mérito por absoluta ilegitimidade passiva da autoridade impetrada, aplicando-se o efeito translativo do recurso especial, já que o apelo seria conhecido e provido por violação ao art. 535 do CPC.*

*6. Impõe-se, em conseqüência, a anulação ex officio do acórdão recorrido e a extinção do processo sem julgamento de mérito, com fundamento no art. 267, IV e VI, do CPC, por absoluta ilegitimidade passiva da autoridade impetrada.*

*7. Recurso especial prejudicado.”<sup>23</sup>*

-----  
**“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. INADMISSÃO. EFEITO TRANSLATIVO. PREJUDICADO.**

*1. As matérias de ordem pública, ainda que desprovidas de prequestionamento, podem ser analisadas excepcionalmente em sede de recurso especial, cujo conhecimento se deu por outros fundamentos, à luz do efeito translativo dos recursos. Precedentes do STJ: REsp 801.154/TO, DJ 21.05.2008; REsp*

<sup>23</sup> REsp 789.937/GO, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 20.04.2006.

911.520/SP, DJ 30.04.2008; REsp 869.534/SP, DJ 10.12.2007; REsp 660519/CE, DJ 07.11.2005.

2. *O efeito translativo é inaplicável, quando a matéria refere-se ao mérito da irresignação e o recurso não é admitido.*

3. *In casu, o recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, ora embargante, sequer ultrapassou o juízo de admissibilidade, fato que, evidentemente, obstaculiza a aplicação do efeito translativo, e, conseqüentemente, a análise da prescrição.*

4. *Embargos de Declaração rejeitados.*”<sup>24</sup>

Cumprе ressaltar que a aplicação do efeito translativo na via especial é polêmica no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, pois há julgados que o afastam por completo, exigindo o prequestionamento mesmo em se tratando de matéria de ordem pública:

**“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOVAÇÃO DA LIDE. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE.**

1. *Não é possível, em sede de embargos de declaração, inovar a lide, invocando questão até então não suscitada.*

2. *É indispensável o debate da questão jurídica pelas instâncias ordinárias, ainda que verse sobre matéria de ordem pública, sob pena de não conhecimento do apelo pela ausência do prequestionamento, viabilizador do acesso à instância superior dos recursos excepcionais.*

3. *Embargos de declaração rejeitados.*”<sup>25</sup>

## **6 - ADMISSIBILIDADE NO CASO DOS RECURSOS REPETITIVOS<sup>26</sup>**

A Lei 11.672/08 não criou propriamente um requisito específico de admissibilidade do apelo nobre - e nesse ponto distancia-se

<sup>24</sup> EDcl nos EDcl no REsp 645.595/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 22.09.2008.

<sup>25</sup> EDcl no REsp 750.406/ES, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ de 21.11.2005.

<sup>26</sup> No sítio eletrônico [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br), consta a relação das matérias já apreciadas nesse sistema - [www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=835](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=835)

do instituto da “repercussão geral” para o recurso extraordinário (artigos 102, § 3º, da CF e 543-A do CPC) -, mas tratou apenas do processamento a ser observado quando interposto determinado recurso especial na situação particular de ser um entre tantas causas repetitivas.

Em outras palavras, valendo-me de uma estrutura pouco mais esquemática, esclareço que o relator, ao examinar recurso especial em que percebe a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito:

*1º) procederá ao exame dos requisitos (pressupostos) genéricos e específicos do recurso nobre;*

*2º) afetará à Seção as questões de direito que serão julgadas, de modo a serem conferidos ao acórdão os efeitos do art. 543-C, § 7º, do CPC;*

*3º) expedirá ordem para a suspensão de todos os demais recursos repetidos;*

*4º) procederá, na seqüência, conforme dispõe o art. 543-C, §§ 3º a 6º, do CPC.*

No julgamento do recurso repetitivo, caberá à Seção competente estabelecer corretamente as questões de direito do caso concreto, na medida em que estas é que estão relacionadas à matéria de fundo do recurso especial, ou seja, ao mérito da questão.

Esse é o elemento identificador da controvérsia, que irá determinar a existência ou não de multiplicidade de recursos acerca do tema.

A ausência de qualquer dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial impõe óbice intransponível à apreciação do mérito, de maneira que, em relação aos temas não conhecidos, não se há falar nos efeitos “externos” do recurso (§ 7º do art. 543-C do CPC).

Ademais, a análise dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial não é realizada em abstrato, mas singularmente, no caso concreto, contrariando a lógica de objetivação imposta pelo art. 543-C.



A esse respeito, importante comentário de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina contida na **Revista de Processo** nº 159:

*“Assim, por exemplo, em relação ao sobrestamento de recursos extraordinários, o § 2º do art. 543-C estabelece que, decidindo o STF no sentido da inexistência de repercussão geral, os recursos cuja tramitação ficou suspensa, ‘considerar-se-ão automaticamente não admitidos’. Vê-se que a decisão do STF tem caráter absolutamente vinculante, quanto à inadmissibilidade do recurso em razão da ausência de repercussão geral. Deverá o órgão a quo, portanto, ater-se ao que tiver deliberado o STF a respeito. O mesmo, porém, não ocorre em relação aos recursos especiais: o não conhecimento dos recursos especiais selecionados não importará, necessariamente, na inadmissibilidade dos recursos especiais sobrestados.”*

No mesmo ponto, extrai-se das notas de rodapé:

*“4. A solução prevista no § 7.º do art. 543-C refere-se, a nosso ver, apenas e tão-somente ao julgamento do mérito do recurso especial, e não à sua inadmissibilidade.”<sup>27</sup>*

Dessa forma, as matérias que esbarrarem em óbices de conhecimento deverão ser expressamente excluídas dos efeitos determinados pelo § 7º do art. 543-C.

De outra parte, deve-se tratar ainda das demais matérias que, embora constantes do recurso especial, não forem afetadas ao procedimento dos recursos repetitivos.

Em tese, é competência da Turma a apreciação de pontos que não foram afetados pelo Ministro Relator, ou seja, sobre os

<sup>27</sup> Wambier, Teresa Arruda Alvim e Medina, José Miguel Garcia. “Sobre o novo art. 543-C do CPC: sobrestamento de recurso especiais ‘com fundamento em idêntica questão de direito’” in “**Revista de Processo**, ano 33, n. 159. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 216-217.

quais não repousa multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito. Contudo, vislumbram-se as dificuldades práticas do julgamento fragmentado do recurso, com parte sendo apreciado pela Seção e o restante pela Turma originária.

Por todas, acredito que o recurso deva ser julgado em sua totalidade pela Seção, nos termos do art. 34, XII, do RISTJ, porquanto não haverá prejuízo ao recorrente em ver sua controvérsia apreciada pelo colegiado maior.

*“Art. 34. São atribuições do relator:*

*(...)*

*XII - Propor à Seção ou à Turma seja o processo submetido à Corte Especial ou à Seção, conforme o caso.”*

## **7 - REGRAS DE INTERPRETAÇÃO E A POLÍTICA JUDICIÁRIA, NO CASO DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO ESPECIAL, À GUIA DE CONCLUSÃO**

Mesmo em se tratando de interpretação do conjunto de normas relativas aos pressupostos de admissibilidade do recurso especial, a lição de Dworkin deve sempre ser lembrada.


Nesse passo, o renomado professor, em sua tese de examinar o “direito” como unidade, propõe ao juiz trabalhar com um sistema jurídico integrado de regras e princípios, no qual se pode extrair, sempre, as melhores soluções para os *hard cases*. Nessas hipóteses, ele afirma que poderia se aventar mais de uma solução, todas legítimas.

Utilizando-se do juiz imaginário, Hércules compara o trabalho do magistrado ao de um romancista que participa de uma obra coletiva, que, ao redigir o seu capítulo, não pode desconsiderar o que já estava escrito. Afirma que assim também o juiz deve considerar o “sistema” de direito, interpretando-o com justiça e equidade, de modo a extrair a melhor interpretação para o caso concreto.

*“Essa interpretação deve ser global, deve ir das regras e dos dispositivos constitucionais mais fundamentais aos detalhes*

*do direito privado. A melhor interpretação é aquela que faz dessa estrutura complexa a melhor estrutura política, e das decisões e leis passadas, o melhor resultado possível”.*

A teoria de Dworkin demonstra que o juiz não deve ser neutro nos julgamentos, porém deve considerar *standards* elaborados previamente, de acordo com a equidade, para afastar, quanto possível, suas convicções pessoais. Desconstrói a teoria positivista, pois apoia o julgador para, na ausência de regra visando à solução da questão, valer-se do próprio sistema para solucioná-la, mantendo-lhe a integridade dos “princípios fundamentais”.

Nesse particular, em relação à política de aplicação do juízo negativo de admissibilidade do recurso especial, sem perder de vista a necessária jurisprudência “defensiva” do Superior Tribunal de Justiça para criar “filtros” ao recurso especial, sob pena de inviabilizar o funcionamento do próprio Tribunal, é preciso ter em conta também a advertência de Barbosa Moreira: “O que se espera da lei e de seus aplicadores é um tratamento cuidadoso da matéria, que não imponha sacrifício excessivo a um dos valores em jogo, em homenagem ao outro. Para usar palavras mais claras: negar conhecimento a recurso é atitude correta e é altamente recomendável, toda vez que esteja clara a ausência de qualquer dos requisitos de admissibilidade. Não devem os tribunais, contudo, exagerar na dose; por exemplo, arvorando motivos de não conhecimento circunstância de que o texto legal não cogita, nem mesmo implicitamente, agravando sem razão consistente exigências por ele feitas, ou apressando-se a interpretar em desfavor do recorrente dúvidas suscetíveis de suprimento.”<sup>28</sup> 

<sup>28</sup> (In “Restrições ilegítimas do conhecimento dos recursos”, *Revista AJURIS*, ano XXXII, nº 100, dezembro de 2005, p.187-188).

# Direito Fundamental à Tutela Cautelar

**Nagib Slaibi Filho**

*Desembargador do TJ/RJ. Professor de Direito Constitucional da EMERJ e da UNIVERSO*

## I. Introdução

A tutela cautelar é direito fundamental, inalienável, garantidora do atendimento das pretensões da pessoa humana, e está muito além da idéia, que a muitos encanta, de que se trata de um simples serviço público, como tantos outros, posto à disposição do indivíduo nas instâncias judicial e administrativa.

A tutela cautelar não é uma concessão magnânima e benevolente do Poder Público a quem se desespera por Justiça, mas a resposta efetiva do Estado Democrático de Direito ao cidadão que é a origem, o meio e o fim do exercício do poder popular.

Através de pesquisas na doutrina e em precedentes judiciais, busca-se demonstrar que a tutela cautelar constitui direito fundamental, merecedor do *status* assegurado constitucionalmente aos valores de superlativa importância na sociedade organizada, e como tal deve ser tratada, respeitando-se a sua fonte na Constituição e não nos limites exíguos da lei votada pelo legislador ordinário.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Extraído de trabalho apresentado ao Professor Alberto Nogueira como requisito para aprovação na cadeira de Direitos Fundamentais, 2º semestre de 2008, do Curso de Doutorado do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Gama Filho.

## II. O conteúdo material da tutela cautelar

A expressão *tutela cautelar* aqui se refere ao adiantamento da tutela definitiva buscada pelo interessado em demanda posta nas instâncias judicial ou administrativa.

Piero Calamandrei<sup>2</sup> indicou as modalidades cautelares quanto ao seu conteúdo, e sua classificação aqui é lembrada porque ainda intangível às críticas e possível de ser estendida muito além dos limites estreitos hoje considerados no Direito Processual Civil:

- *as instrutórias*, em que se antecipa a produção de provas, como no procedimento da vistoria *ad perpetuam rei memoriam* ou a oitiva de pessoa que, provavelmente, não poderá aguardar a audiência de instrução;

- *as tendentes a garantir a efetividade do próprio processo*, como o arresto, o sequestro e algumas medidas consideradas assecuratórias na legislação processual penal;

- *as cauções*, como aquela do art. 835 do Código de Processo Civil, norma a discriminar o estrangeiro que não é residente no País embora aqui tenha interesse, de conteúdo hoje claramente incompatível com o direito de acesso à jurisdição nesta época globalizada, ou como as que servem de contracautela, a neutralizar o risco que a efetivação de outra cautelar possa trazer ao requerido, como o depósito prévio na ação rescisória; e, finalmente,

- *as medidas provisionais*, ou antecipatórias da tutela definitiva, em que se adianta o provimento judicial que se espera ao final da causa, como, por exemplo, a liminar *initio litis* na ação possessória e no mandado de segurança, as antecipações referidas nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, e a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, prevista no art. 312 da lei processual penal.

A profunda e abrangente abordagem do tema não pode ficar restrita à perspectiva meramente instrumental, como a que inspira a exegese no Direito Processual, mormente a sua vertente

<sup>2</sup> *Apud* DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 350.

civil, não só na doutrina como na prática judiciária, pois entre outras importantes e quotidianas expressões do poder cautelar temos hoje as debatidas medidas provisórias, previstas no art. 62 da Constituição.

Gustav Radbruch legou-nos a célebre expressão que bem expressa o pensamento já encravado na mente dos juristas quanto à distinção entre processo e lide e à autonomia do processo quanto ao direito material:

*A relação entre Direito e fim ... (o direito nasce de determinados fins e contudo é obrigatório independentemente desses fins) renova-se a propósito das relações entre direito material e direito formal. O direito processual (formal), adjetivo, tem por fim, como é sabido, auxiliar a realização do direito substantivo (material); e, contudo, ele vale pelo que é: é obrigatório, não só no caso de não auxiliar coisa alguma, como até mesmo no de prejudicar essa realização.<sup>3</sup>*

O evidente conteúdo de direito material da tutela cautelar exige, neste limiar do século XXI, que não possa mais ser visto pelos antolhos do procedimento em que a pretensão é posta no processo, como, por exemplo, a antecipação de tutela do art. 273 do Código de Processo Civil, a liminar do mandado de segurança, o processo cautelar do art. 796 e seguintes do Código de Processo Civil.

Aliás, são múltiplos os procedimentos que o legislador infraconstitucional de tempos em tempos adiciona ao cardápio de providências que o Estado oferece ao indivíduo, infelizmente sem a prestimosidade habitual dos garçons, carregando à pessoa o ônus de se submeter ao seu monopólio de poder como alternativa única à justiça pelas mãos próprias.

E, no entanto, a previsão legal dos procedimentos muitas vezes busca, na verdade, restringir o direito à cautelar, manietar os juízes, tolher os suplicantes, aliviar a máquina burocrática sob

<sup>3</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito (Rechtsphilosophie)*. 6ª ed., trad. e prefácios de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, p. 343.

o argumento imediatista da prevalência do interesse público em detrimento do valor muito mais relevante da dignidade da pessoa humana.<sup>4</sup>

Nem pode ser encarado simplesmente como fonte única e exclusiva do direito de ação, como muitos insistem ao destacar a redação do art. 5º, XXXV, da Constituição, com o acréscimo do termo *ameaça* para indicar a proteção judicial também aos bens jurídicos potencialmente ameaçados (*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*).

A inovação do texto constitucional é clara e evidentemente em favor do indivíduo, e não pode levar ao pensamento errôneo<sup>5</sup> de que o poder cautelar não pode ser exercido pela ou perante a Administração Pública.

Note-se que a atividade da Administração Pública, até mesmo mais abrangente e presente na vida do cidadão do que a fun-

---

<sup>4</sup> A história do mandado de segurança, como remédio jurídico processual constitucionalmente previsto desde 1934, bem espelha esta tortuosa trilha de desprestígio premeditado da norma constitucional. O mandado de segurança foi criado em substituição à limitação do *habeas corpus* pela Emenda Constitucional de 1926, no Governo Arthur Bernardes, que governou quatro anos sob estado de sítio. Serviu tal emenda para dar o golpe de morte na chamada Doutrina brasileira do Habeas Corpus, de Rui Barbosa e Pedro Lessa, restringindo o seu objeto aos temas que não compreendam o hoje abrangido pelo *habeas corpus* e pelo *habeas data*, isto é, a grande maioria das demandas em face do Poder Público, com prazo máximo de impetração de 120 dias, submetido a diversos outros limites na concessão da liminar, como aqueles das Leis nº 5.021/66, nº 9.494/97 e até mesmo enunciados sumulares como o de nº 632 do Supremo Tribunal Federal, que diz que é constitucional o prazo de 120 dias para a impetração, a despeito de tal prazo não constar do dispositivo constitucional do art. 5º, LXIX. Tal orientação restritiva ou minimalista levou-nos a este desatinado momento antimanudamental, em que inúmeros julgados, fundados em doutrina cambaleante, conseguem interpretar em desfavor do impetrante, esquecidos de que o remédio heroico é uma garantia de fundamento constitucional para a efetividade da Justiça.

<sup>5</sup> Há corrente que hoje pretende desqualificar a Administração Pública como fonte de atos cautelares, em sentido contrário ao sistema da autoexecutoriedade dos atos administrativos que herdamos da Europa Continental e que teve origem em França, assim limitando à função jurisdicional o poder cautelar, o qual poderia ser restringido mediante as diversas leis com este desiderato. Neste sentido, indica o despacho monocrático na Medida Cautelar do Mandado de Segurança nº 27704 - DF, de 1º de dezembro de 2008, no qual consta expressamente o seguinte: ... *quando considerei, em exame preliminar, que o Conselho Nacional de Justiça é um órgão administrativo, que não tem atuação judicante, com competência definida no artigo 103-B, § 4º, I a VII, da Constituição Federal, inexistindo expressa previsão legal para concessão de medidas liminares, instrumentos próprios da função jurisdicional...*

ção jurisdicional do Estado, utiliza o poder cautelar talvez até com mais intensidade, ou em favor da tutela dos interesses públicos ou da tutela dos interesses dos administrados.

Assim, pode-se ver, como tantas vezes acontece nessa atividade, até mesmo o poder de polícia, como a interdição de estabelecimentos, a suspensão preventiva de servidores públicos, providências médicas, educacionais e até mesmo de segurança pública.

É a norma infraconstitucional que prevê os procedimentos judiciais e administrativos, em termos que muitas vezes são considerados como inibidores da concessão da cautelar.

Afasta-se tal limitação de seu objeto ao caráter instrumental, porque a fonte do poder cautelar está na Constituição e integra o denominado direito material, no seu conteúdo essencial, muito além dos limites instrumentais.

A percepção do direito cautelar tão somente pela perspectiva processual, do denominado direito formal ou adjetivo, constitui eficaz instrumento de alienação do jurista que, muitas vezes, se esconde do fato atrás do texto legal.<sup>6</sup>

No sentido de que o poder cautelar decorre do poder de decidir, Sidney Sanches, no julgamento da ADCM (medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade) nº 4, proclamou que *o acautelar é inerente ao julgar*<sup>7</sup>; também Sepúlveda Pertence, no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Segurança

<sup>6</sup> Veja-se trecho do voto em separado do Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade no caso Ximenes, em célebre julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos: *Permito-me aqui recordar uma advertência, na mesma linha de pensamento, formulada há uma década e meia em um Seminário histórico e pioneiro, de mobilização nacional em torno da adesão do Brasil à Convenção Americana e aos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas; na ocasião, o emérito Professor Washington Peluso Albino de Souza, ao referir-se à “sistemática de organização do poder judiciário” orientada à “carreira” e ao tipo de “formação” oferecida pelas Faculdades de Direito, ponderou com particular lucidez no decorrer dos debates: “Raramente se infunde a necessidade de penetração da realidade para o conhecimento do Direito. Pratica-se o método dogmático formando juizes legalistas por convicção. Ora, se a lei é alienada da realidade, a sentença decorrente não pode deixar de sê-lo. Concretiza-se desta forma, com plena segurança profissional, a injustiça em nome do Direito. Daí a descrença do cidadão na justiça em nosso país, com adágios correntes, como o de que `é melhor um mau acordo do que uma boa demanda”*.

<sup>7</sup> Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4, julgada em fevereiro de 1998, reportando-se aos fundamentos postos pelo Ministro José Geraldo Rodrigues de



nº 846, proclamou que a plausibilidade ou *fumus boni iuris*, como requisito da cautelar, constitui um juízo sumário e provisório do que se pode prever como resultado final da lide.

O poder cautelar não tem fonte na lei processual, mas a sua fonte inesgotável está no poder de decisão do agente público, independentemente de sua condição de juiz, administrador, governante ou legislador.

Os pressupostos da cautelar, tradicionalmente sintetizados nas expressões *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, somente podem ser percebidos pela cognição do caso focado na decisão. A dita fumaça do bom direito só pode decorrer da denominada relação de direito material, assim como a urgência só pode ser apurada na situação concreta.

O direito fundamental à cautelar já foi afirmado até mesmo em sede do Direito Internacional, como se vê na resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 29 de agosto de 2002, dispondo sobre medidas provisórias a serem cumpridas pela República Federativa do Brasil no triste caso da Penitenciária Urso Branco:

*4. Que, no Direito Internacional dos Direitos Humanos, as medidas provisórias têm um caráter não só cautelar no sentido de que preservam uma situação jurídica, senão fundamentalmente tutelar porquanto protegem direitos humanos. Sempre que se reúnam os requisitos básicos da extrema gravidade e urgência e da prevenção de prejuízos irreparáveis às pessoas, as medidas provisórias se transformam em uma verdadeira garantia jurisdicional de caráter preventivo.*<sup>8</sup>

---

Alkmin na Representação nº 933, julgada em março de 1975: *Há um poder geral de acautelamento inerente ao próprio exercício da função jurisdicional, e nenhum juiz deve proferir uma sentença ou ser compelido a fazê-lo ciente de que esta não deva produzir seus efeitos, ou dificilmente venha a produzi-los. Daí esse poder acautelador e geral, que é inerente ao próprio exercício da função, um dos tipos fundamentais de tutela jurídica, como a execução, como o processo de conhecimento.*

<sup>8</sup> Cfr. *Caso da Penitenciária Urso Branco*, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de junho de 2002, considerando nono; *Caso da Comunidade de Paz de San José de Apartadó*, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de junho de 2002, considerando quarto; e *Caso*

5. *Que o artigo 1.1 da Convenção assinala o dever que têm os Estados Partes de respeitar os direitos e liberdades nela consagrados e de garantir seu livre e completo exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, o que implica o dever de adotar as medidas de segurança necessárias para sua proteção. Estas obrigações se tornam ainda mais evidentes em relação àqueles que estejam envolvidos em procedimentos perante os órgãos de supervisão da Convenção Americana.*<sup>9</sup>

### III. O tempo como elemento inerente à tutela cautelar

O tempo é o fundamento da cautelar.

José Carlos Barbosa Moreira ensinou:

*A necessidade do processo cautelar, que lhe justifica a existência, resulta da possibilidade de ocorrerem situações em que a ordem jurídica se vê posta em perigo iminente, de tal sorte que o emprego de outras formas de atividade jurisdicional provavelmente não se mostraria eficaz, seja para impedir a consumação da ofensa, seja mesmo para repará-la de modo satisfatório.*<sup>10</sup>

Extraia-se da lição do notável Mestre que o tema da cautelar, embora tratado em nosso país em sede de leis consideradas processuais, na verdade tem os seus fundamentos na relação de direito material, sede natural não só da urgência, como da plausibilidade ou mesmo da proporcionalidade com que deverá a decisão atender aos valores postos em periclitación.

---

*Gallardo Rodríguez*, Medidas Provisórias. Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de fevereiro de 2002, considerando quinto.

<sup>9</sup> Cfr. *Caso da Comunidade de Paz de San José de Apartadó*, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de junho de 2002, considerando décimo; *Caso Gallardo Rodríguez*, Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de fevereiro de 2002, considerando sexto; e *Caso Gallardo Rodríguez*, Medidas Provisórias. Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de fevereiro de 2002, considerando sétimo.

<sup>10</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 410.

Aliás, a luta contra o tempo é a razão do disposto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, denominada *Reforma da Justiça: a todos, no âmbito judicial e administrativo*,<sup>11</sup> são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Sobre o valor do tempo no processo, há lição inesquecível de Francesco Carnelutti:

*El valor que el tiempo tiene en el proceso es inmenso y, em grand parte desconocido. No sería demasiado atrevido parangonar el tiempo a un enemigo contra el cual el juez lucha sin descanso.*<sup>12</sup>

E mais adiante:

*[...] la palabra tiempo se entiende ante todo como duración, esto es, como distancia entre el inicio y el fin de un desarrollo y, por tanto, como necesidad de espera. El proceso dura; no se puede hacer todo de una vez. Es necesario tener paciencia. Se siembra, como hace el campesino, y hay*

<sup>11</sup> Em França, destaca Marc Carrilo, no artigo “A tutela cautelar dos direitos fundamentais,” encontrado no [www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1656](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1656): O constat d’urgence é um procedimento simples e limitado iniciado por razões de urgência, cuja finalidade é impedir que pelo transcurso do tempo, uma parte possa ver-se desfavorecida com respeito à outra. Não é um procedimento contraditório, e seu objeto é a prática de provas ou de adoção de medidas por parte do juiz administrativo para a comprovação de uns fatos mediante um procedimento de caráter sumário. O requisito prévio é a existência de uma situação de urgência; não se trata portanto, de um processo contencioso-administrativo previamente iniciado que permita a sua aplicação. A urgência deve estar legitimada por uma situação de risco que, se persistir, torne irreparáveis os efeitos sobre os interesses em jogo. Tanto os poderes do juiz no constat d’urgence como os do référé, respondem a dois princípios: 1) que estes não dispõem de mais poderes do que os que possuem o juiz principal; 2) eles somente podem tomar medidas de caráter provisional, desprovidas de efeitos de coisa julgada. Para levar-se a cabo uma medida cautelar deste tipo de demanda é necessário precisar os fatos sobre os quais se solicita a tutela judicial; ao mesmo tempo, deve-se apontar as circunstâncias específicas que justificam a urgência de constatar os fatos sinalizados; finalmente, a constatação não poderá ser prescrita unicamente no caso que se determine sua utilidade. Se estes requisitos não se cumprem, a consequência será a sua inadmissão.

<sup>12</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 1971, p. 412.

*que esperar pra recoger. Junto a la atención hay que colocar la paciencia entre las virtudes necesarias al juez y a las partes. Desgraciadamente éstas son impacientes por definición; impacientes como los enfermos, puesto que sufren también ellas. Uno de los cometidos de los defensores es el de inspirarles la paciencia. El slogan de la justicia rápida y segura, que se encuentra siempre en las bocas de los políticos inexpertos, contiene, desgraciadamente, una contradicción in adiecto; si la justicia es segura no es rápida, si es rápida no es segura. Algunas veces la semilla de la verdad pone años, incluso siglos, para convertirse en una espiga (veritas filia temporis).*<sup>13</sup>

A verdade é filha do tempo, a Justiça somente se realiza pela verdade, cuja busca incessante é o elemento ético.

Assim, se a demora é ínsita à Justiça, o simples decurso do tempo na realização dos atos processuais conspira contra o direito material, que contraditoriamente muitas vezes se torna perempto pelo decurso do próprio tempo, pois é o necessário modo pelo qual se apura a verdade e se chega à decisão.

E é por isso que o tempo constitui um dos pressupostos da cautelar, geralmente expresso pelos doutrinadores como *periculum in mora*, o perigo na demora, ao lado do outro pressuposto que é o *fumus boni iuris*, a fumaça, a indicação, a probabilidade do sucesso da pretensão que leve em conta uma situação que se aproxime ou se mostre similar da verdade (a verossimilhança).<sup>14</sup>

<sup>13</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, p. 176.

<sup>14</sup> *Aqueles que têm experiência prática, que convivem com a atividade forense, sabem que essa inefável “vontade da lei” não passa de uma doce miragem. A verdade dos fatos interessa ao intérprete, especialmente ao juiz, porém como o estágio inicial da formação de juízo. Antes de preocupar-se com a imaginada “vontade da lei”, ou apenas com a verdade dos fatos, o que interessa ao processo será sempre o seu “significado” ou, como diz Gadamer, referindo-se a Vico, a busca do “sentido”, um saber pelas causas, “que permite encontrar o evidente (verisimile)” (Verdad y método, Salamanca, 1988, p. 50-51). Gadamer complementa seu pensamento com esta asserção: “Pues bien, el concepto de la evidencia pertenece a la tradición. Lo ‘verisimile’, lo vero-simil, lo evidente forma una serie que puede defender sus razones frente a la verdad y a la certeza de lo demostrado y sabido” (p. 579) (SILVA, Ovídio. “Verdade e significado”. Disponível em: <http://www.baptistadasilva.com.br/artigos006.htm>. Acesso em: 29 de maio de 2008).*

Autores há, como R. Reis Friede,<sup>15</sup> que extraem do pressuposto do tempo também o *periculum in mora* inverso, qual seja, a necessidade de se perquirir, em cada caso em julgamento da pretensão cautelar, a adequada proporcionalidade entre a providência garantidora e o bem jurídico em periclitacão.

R. Reis Friede nos ensina que, mesmo havendo os requisitos do *fumus boni iuris* (plausibilidade) e do *periculum in mora* (urgência), ainda vai restar o imperativo e criterioso exame do requisito consubstanciado no denominado *periculum in mora* inverso, ou seja, na sua não produção, podendo ocorrer dano irreparável contra o réu.

O art. 401 do Código de Processo Civil de Portugal expressamente recomenda ao juiz conceder a liminar se verificados os requisitos da plausibilidade do bom direito e do perigo na demora, salvo se o prejuízo resultante da providência exceder o dano que com ela se quer evitar. Em suma, por vezes a concessão da liminar poderá ser mais danosa ao réu do que a não concessão ao autor. Portanto, tudo aconselha o magistrado prudentemente a perquirir sobre o *fumus bonis iuris*, sobre o *periculum in mora* e também sobre a proporcionalidade entre o dano invocado pelo impetrante e o dano que poderá sofrer o impetrado.

O tempo integra a cautelar e, se esta é direito do cidadão, constitui instrumento de sua luta por justiça; não é um simples procedimento processual dependente de manifestação disponível da vontade do interessado.

#### **IV. A pretensão cautelar não se distingue da pretensão principal**

A malsinada dissociabilidade entre direito material e direito formal ou processual levou ao extremo absurdo de se considerar que o juiz deva esperar o requerimento de providência cautelar ainda que se mostre evidente a necessidade de sua atuação para que a tutela definitiva não se mostre inviável.

Tal postura somente adentrou na ordem normativa infraconstitucional com as reformas que se operaram na legislação proces-

<sup>15</sup> FRIEDE, R. R. *Medidas liminares em matéria tributária*. 2ª ed. Rio de Janeiro: FU, 1995.

sual desde a década de 90, através das quais as novas disposições legais vieram reduzir grandemente o poder judicial na resolução das lides, principalmente na concessão de medidas antecipatórias das decisões definitivas.<sup>16</sup>

Veja-se a Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, que rege o procedimento do mandado de segurança, em substituição à antiga Lei nº 191, de 1935; certamente em atenção à previsão constitucional do mandado de segurança como remédio célere, não teve tal preocupação inibidora ao dispor em seus arts. 6º e 7º sobre as providências judiciais iniciais, independentemente de requerimento expresso do impetrante:

*Art. 6º. A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos artigos 158 e 159 do Código do Processo Civil,<sup>17</sup> será apresentada em duas vias e os documentos, que instruírem a primeira, deverão ser reproduzidos, por cópia, na segunda. Parágrafo único. No caso em que o documento necessário à prova do alegado se acha em repartição ou estabelecimento público, ou em poder de autoridade que recuse fornecê-lo por certidão, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício,*

<sup>16</sup> O princípio da legalidade, decorrente do disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e do art. 126 do Código de Processo Civil, de que no julgamento da lide o juiz deve primeiramente aplicar as normas decorrentes do texto legal, não significa que o juiz moderno hoje se reduza ao que Montesquieu, também juiz em sua época, escreveu em *O Espírito das leis*, que *les juges ne sont que les bouches qui prononcent les paroles des Lois* (os juizes nada mais são que as bocas que pronunciam as palavras das leis), como autômatos sem sentimento, a despeito de pronunciarem os atos que se denominam sentenças porque decorrem do sentimento. Alberto Nogueira (*Jurisdição das liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 76) nos traz a exposição de motivos, assinada por Campo Salles, do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que criou a Justiça Federal, com o seguinte e expressivo trecho: *A magistratura que agora se instala no país, graças ao regime republicano, não é um instrumento cego ou mero intérprete na execução dos atos do poder executivo. Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, si ella lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica. ... A função do liberalismo no passado... foi oppor um limite ao poder violento dos reis; o dever na época atual é oppor um limite ao poder ilimitado dos parlamentos. Essa missão histórica incumbe, sem dúvida, ao poder judiciário, tal como o architectam poucos povos contemporâneos e se acha consagrado no presente decreto.*

<sup>17</sup> Refere-se a dispositivos do Código de Processo Civil de 1939, então vigente, e somente substituído em 1973 pelo atual Código de Processo Civil.

*a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará para cumprimento da ordem o prazo de dez dias. Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição. (Redação dada pela Lei nº 4.166, de 04/12/1962.)*

*Art. 7º. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:*

*I - que se notifique o coator do conteúdo da petição entregando-lhe a segunda via apresentada pelo requerente com as cópias dos documentos a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações que achar necessárias. (Redação dada pela Lei nº 4.348, de 26/06/1964.)*

*II - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida.*

Como se vê na mencionada Lei nº 1.533/51, no art. 6º, parágrafo único, pode e deve o juiz, ao despachar a petição inicial, **ex officio**, em razão da função que exerce e não do requerimento do interessado, requisitar os autos do processo e, conforme o art. 7º, II, ordenar a suspensão do ato que deu motivo ao pedido.

Mas mudaram as perspectivas juntamente com a legislação que visaria, declaradamente, modernizar a legislação em prol da efetividade da prestação jurisdicional, como se vê na redação do disposto no *caput* do art. 273 do Código de Processo Civil:

*Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.)*

*I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.)*

*II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.)*<sup>18</sup>

*§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.)*

*§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.)*<sup>19</sup>

*§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002.)*

*§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.)*

*§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.)*

*§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002.)*

*§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002.)*

<sup>18</sup> O inciso II do *caput* do art. 273 constitui disposição legal ineficaz, sem aplicação prática desde a sua vigência. É que o abuso de defesa ou o intuito protelatório constituem designios de deslealdade e má-fé que somente podem ser apurados no momento em que houver a cognição definitiva, isto é, no julgamento do mérito da causa, levando à procedência ou improcedência por outros fundamentos.

<sup>19</sup> A despeito de sua intensa controvérsia nos anos iniciais de sua vigência, o disposto no § 2º, sobre a irreversibilidade do provimento antecipatório, também francamente caiu em desuso, sendo raramente mencionado em decisões judiciais, pois a irreversibilidade ali tratada constitui um óbice que não se coaduna com os demais pressupostos para a tutela cautelar.



Interessante observar que tais disposições dizem respeito às ações de conhecimento em geral (declaratórias, constitutivas, e condenatórias), mas não incluiriam as ações referentes às obrigações de fazer ou não fazer, em face do disposto no art. 461 do mesmo Código, em redação determinada pela mesma Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, sobre a antecipação de tutela definitiva:

*Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.)*

*§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.)*

*§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)*

*§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.)*

*§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.)*

*§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas,*

*desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.* (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994.)

*§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.* (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002.)

Note-se que a interpretação meramente literal das disposições constantes dos arts. 273 e 461, em conjunto com o pressuposto errôneo de que o poder cautelar do juiz tem fundamento na legislação infraconstitucional, levou ao entendimento de que somente nas ações de conhecimento de conteúdo condenatório no pagamento de dinheiro o juiz não pode conceder antecipação da tutela definitiva.

De fato, a redação dada pela Lei nº 8.952/94 mostra-se inteiramente incongruente<sup>20</sup>, pois limita a antecipação da tutela definitiva ao requerimento do autor, enquanto decorre do art. 461 que inexistente tal limitação em se tratando de obrigações de fazer ou não fazer; mais surpreendentemente ainda, a desautorizar ainda mais a limitação que está no art. 273, o disposto no art. 641 concede ao juiz poderes de julgamento por equidade,<sup>21</sup> como está no § 5º.

Com a veneranda vênua à maioria doutrinária e jurisprudencial, exigir o requerimento específico da parte para a concessão

<sup>20</sup> Luiz Fux critica vivamente a disposição legal, enquanto Roberto Eurico Schmidt Junior, em *Tutela Antecipada de ofício à luz do art. 273, I, do Código de Processo Civil*, São Paulo, Juruá Editora, 2007, admite a concessão *ex officio*, principalmente em se tratando de direitos indisponíveis. Alexandre de Freitas Câmara (*Primeiras Linhas...*) e Elpídio Donizetti navegam em sentido contrário, em atenção ao princípio da demanda.

<sup>21</sup> Consoante o disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e art. 126 do Código de Processo Civil, no julgamento da lide o juiz deverá aplicar as normas legais, não as havendo, a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito. Somente poderá o juiz julgar por equidade se a tal estiver autorizado pela lei, como está no art. 127 da lei de ritos civis. Na lição inigualável de Jorge Americano, julgamento por equidade é o juiz dar ao caso a decisão mais conveniente, como se legislador fosse. O disposto no § 5º do art. 461 do Código de Processo Civil constitui autorização ao juiz para conceder a tutela cautelar, atendidos os pressupostos da plausibilidade (§ 3º - *relevante fundamento*) e da urgência (§ 3º - *justificado receio de ineficácia do provimento final*), em decisão devidamente motivada que leve em conta o caso concreto que lhe é submetido.

da antecipação de tutela se mostra providência absolutamente desarrazoada, partindo do pressuposto da distinção das pretensões cautelar e principal e, o que é pior, põe o principal e definitivo sob a tutela do cautelar e provisório.

## V. Conclusão

O poder cautelar não é uma benevolente concessão legislativa a quem tem o dever de decidir em qualquer instância do Poder Público.

Muito antes de mera atividade estatal, que possa ser limitada ou restrita, ou mesmo redesenhada através de atos legislativos oriundos de eventuais maiorias legislativas, o poder cautelar decorre e tem fonte no direito fundamental, de fundo constitucional, de todo e qualquer indivíduo de se socorrer da atividade estatal.

A cautelar tem evidente conteúdo material, a despeito de ser normatizada em atos legislativos ditos de perspectiva processual, mas que na verdade almejam regular situações de direito material em que a urgência constitui o foco de seu tratamento.

O tempo é elemento inerente à tutela cautelar, pois o processo, como instrumento da tomada de decisão, exige procedimentos que necessariamente devam ser produzidos de forma segura, o que, por si só, poderia ferir a justiça da decisão.

Não se distingue a pretensão cautelar da pretensão, e aquela não é acessória desta, pois aquela é expressão desta ao se pleitear providências que se tornem necessárias para não esvaziar o próprio conteúdo da pretensão principal.

O direito fundamental à cautela não perde de vista que a justiça humana, quando rápida, não é segura e, para ser segura, não pode ser rápida. 📖

# A Ata Notarial e seu Valor como Prova

Luiz Roberto Ayoub

*Juiz de Direito do TJ/RJ*

Caroline da Cunha Muller e Isaque Brasil  
Maia

*Pesquisadores da FGV*

## 1. TEORIA GERAL DA PROVA

É de comum saber que a substância do direito material se projeta tanto na demonstração das hipóteses em que se faz necessária a prova legal, quanto na forma pela qual podem ser provados os fatos jurídicos - desde que não exijam forma especial à luz do artigo 212 do CPC. Nada obstante, incumbe ao *direito processual* os ditames referentes aos meios de prova admitidos no processo, exaurindo, além do momento e a forma da sua produção, o modo e os limites de sua análise pelo órgão julgador.

Restringindo-nos aos anseios processuais, temos que, juridicamente, o vocábulo *prova* comporta múltiplos sentidos, podendo designar, portanto: i) uma *atividade probatória* - nesse sentido temos o “ônus da prova”, ou seja, cabe provar o fato aquele que o alegou; ii) um *mero meio de prova* - e aí temos os meios utilizados na obtenção da prova; ou ainda, iii) o *resultado* desses dois sentidos à luz do íntimo do julgador - diga-se por oportuno, que, justamente por este último consistir em um juízo do julgador, quando da sua apreciação probatória, temos a prova em seu *sentido subjetivo*, ao passo que os dois primeiros, como fontes causadoras do resultado, mas não o sendo *per se*, acabam caracterizando-se pelo seu *sentido objetivo*.

Não é de difícil percepção a manifestação dos doutrinadores processualistas acerca da inatingibilidade da verdade real quando

da relação processual; afinal, faz-se de difícil imaginação o alcance desta sobre determinado acontecimento, na medida em que este se perfaz em um momento distinto - pretérito - ao da averiguação da sua verdade<sup>1</sup>.

Em nada contrariando, há de se constatar que o direito à prova posiciona-se como direito fundamental, devendo, portanto ser de observância máxima e obrigatória na vida processual. Tal consideração se faz válida uma vez extraída de princípios constitucionais consagrados no artigo 5º sob a forma de *devido processo legal*<sup>2</sup>, *contraditório e ampla defesa* além do seu próprio mister que se manifesta na vanguarda de uma tutela jurisdicional justa<sup>3</sup>.

Destarte, podemos afirmar que - principiologicamente e constitucionalmente - deve-se garantir a produção de provas quando imprescindíveis para *aproximação da verdade real aos fatos*, desde que observados seus limites, especialmente quando da sua colisão com outros princípios.

### 1.1 Atipicidade dos meios de prova

*Data venia* as teorias existentes sobre a finalidade da prova, há de se afastar o formalismo legal como meio unicamente sábio para solução de problemas, sem, ainda, esquecer da dificuldade já por sua vez supramencionada, de alcançar uma verdade absoluta. É neste sentido que podemos apontar a finalidade da prova em um aspecto prático<sup>4</sup> que transparece um apoio necessário e suficiente para o convencimento do julgador quando da sua apreciação dos fatos discutidos no processo.

<sup>1</sup> “O algo pretérito está no campo ôntico, do ser. A verdade, por seu turno, está no campo axiológico, da valoração.” DIDIER, Fredie Jr. BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 2 Ed. 2007.

<sup>2</sup> JUNIOR, Nelson Nery e DINAMARCO, Cândido: “devido processo legal é o gênero, é o mega-princípio e, no diapasão, o direito à prova é corolário dele” em Gisele Góes, *Teoria Geral da Prova*, ed. Podivm, 2005, p. 26.

<sup>3</sup> Neste sentido, ver Eduardo Cambi em *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001.

<sup>4</sup> “direito à prova é o conjunto de oportunidades oferecidas à parte pela constituição e pela lei, para que possa demonstrar no processo a veracidade do que afirmam em relação aos fatos relevantes para o julgamento”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 3 . São Paulo: Malheiros, 2001. P. 46-47.

O legislador de 2002, quando da elaboração do Código Civil, preocupou-se em elencar no artigo 212 os meios legais pelos quais se admitiriam a produção de prova. No entanto, frente às necessidades reais felizmente já abarcadas desde 1973 pelo Código de Processo Civil nos seus artigos 130 e 332, tal dispositivo, juntamente com o artigo 342 do CPC, acabou caracterizando-se pelo seu caráter exemplificativo e não por sua taxatividade.

É desta forma que, modernamente, temos o entendimento favorável à *regra da atipicidade dos meios de prova* por onde uma enumeração fixa e exaustiva das possibilidades probatórias acabaria eliminando o mister intrínseco ao processo - traduzida em uma decisão justa - sendo perfeitamente aceitável, portanto, que os fatos sejam provados no processo por qualquer meio, mesmo que não previsto nos artigos 342 do CPC e 212 do Código Civil.

Isto porque há uma lógica na consideração de todos os meios *probandis* possíveis, posto que através da eleição do melhor deles, ou talvez na escolha de um único possível que não se encontrava previsto na legislação, o julgador alcançará, da melhor forma possível, uma semelhança entre o fato ocorrido e a necessidade de uma decisão justa.

Por óbvio, não estamos falando em uma livre proliferação dos meios probatórios doutrinariamente apelidados de inominados ou atípicos - pelo fato da sua imprevisão legal. Na verdade, em uma leitura sistemática entre os ensejos constitucionais, cíveis e processuais, temos que só hão de ser admissíveis as provas *moralmente legítimas*, sendo assim consideradas aquelas obtidas conforme a moralidade média de uma determinada sociedade ou, ainda, nas palavras Nelson Nery Junior, pelos “meios processuais ou materiais considerados idôneos pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade ou não da existência e verificação de um fato jurídico”<sup>5</sup>.

Entretanto, faz-se imperioso salientar para a inadmissibilidade de utilização de uma prova pela sua atipicidade quando da sua inutilização típica decorrente de um vício, seja ele na sua

<sup>5</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

formação ou produção, sob “pena de estar servindo para encobrir a desconsideração de uma regra”<sup>6</sup>.

## 2. MEDIDA CAUTELAR

O *processo cautelar* consiste em um instrumento jurisdicional capaz de garantir ou conservar o estado das provas, das coisas e das pessoas antes da prestação jurídica definitiva. Fundamentando-se na segurança, tem como finalidade afastar uma decisão que, pelo transcurso temporal, poderia tornar-se inócua. Ora, se temos a figura do processo cautelar, por certo não de existir também os *procedimentos cautelares* transparecidos nos ritos e exigências formais a serem observados quando do pleito processual.

Ainda, como meio hábil para se exigir a concretude do processo cautelar, nasce a ação cautelar como um direito subjetivo público. Por fim, temos a medida cautelar como resultado efetivo exaurido pelo órgão jurisdicional para prevenir, conservar, defender ou assegurar a eficácia de uma atuação jurisdicional.

Destarte, a medida cautelar consiste - como bem nos ensina Theodoro Júnior - na:

*“providência concreta tomada pelo órgão judicial para eliminar uma situação de perigo para direito ou interesse de um litigante, mediante conservação do estado de fato ou de direito que envolve as partes, durante todo o tempo necessário para o desenvolvimento do processo principal.”*<sup>7</sup>

Importante mencionar que a medida cautelar, pela sua própria natureza, encontra-se vinculada à sentença do processo principal. Deste modo, a manutenção dos seus efeitos depende inextrinsecamente da anuência, pelo julgador, do pleito *sub judice*.

### 2.1 Classificação

Nada obstante a multiplicidade das classificações das medidas cautelares proposta pela mais variada doutrina, restringimo-

<sup>6</sup> MARIONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005 v. 5

<sup>7</sup> Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, v. II, p.362/363

nos àquela proposta pelo Código Civil. Deste modo, temos uma primeira divisão das ações cautelares em: i) *medidas cautelares típicas ou nominadas* (capítulo II do Livro III); e, ii) *medidas cautelares atípicas ou inominadas* (art. 798). Ainda, divide as medidas cautelares de acordo com o momento em que são deferidas: i) *medidas preparatórias* - as que antecedem a propositura da ação principal; e, ii) *incidentes* - as que surgem no transcorrer do processo principal.

### 3. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

É de comum sabedoria que existe um momento oportuno para a produção de provas referente aos fatos alegados pelas partes. No entanto, a depender da excepcionalidade da situação, admite-se a coleta de provas antes deste momento adequado, em nada significando a antecipação do próprio julgamento.

Assim, a medida cautelar antecipatória tem por objetivo a garantia da futura produção de prova no processo cognitivo, e tem efeito acautelatório - ou seja, apenas serve de proteção à prova do perigo que a ameaça.

Cumpra-se destacar que o direito à prova é corolário do princípio do contraditório e garante às partes um processo justo. Por tratar-se de ação cautelar, devem estar presentes os requisitos do *periculum in mora* e *fumus boni iuris* para que haja cabimento, entendendo-os como impossibilidade, dificuldade ou risco de obtenção futura da prova almejada.

Outro ponto relevante é que esta medida é típica, estando prevista nos artigos 846 a 851 do Código de Processo Civil. Constam no artigo 846 os três meios de prova que podem ser garantidos por essa medida cautelar, quais sejam: *a inquirição de testemunhas, o interrogatório da parte e o exame pericial*.

Ainda, a medida cautelar de antecipação da prova é preparatória, somente ocorrendo quando o processo principal ainda não tiver sido instaurado. Além disso, o processo cautelar de antecipação de prova visa apenas a assegurar a prova e não antecipá-la.

Por fim, direcionando-nos à parte procedimental da ação cautelar, temos a necessidade de sua provocação por petição ini-



cial - sempre em conformidade com os arts. 282 e 801 - e, ainda, sumariamente de justificá-la - ou seja, demonstrar seu cabimento frente aos artigos 847 e 849. Importante advertir que é possível a contestação da ação cautelar antecipatória.

Vale lembrar que o juiz deverá avaliar se há necessidade de produção antecipada de prova para que seja proferida uma decisão mais convincente e, ainda, que esta sentença tem caráter meramente homologatório, não entrando no mérito e não fazendo coisa julgada.

#### 4. ATA NOTARIAL

Nada obstante à pretérita exposição, passemos ao estudo da Ata Notarial. Trata-se de um instrumento público, cuja competência é exclusiva do notário, regulamentado pela Lei 8.935/94 com comando do artigo 326 da Constituição Federal, que, embora ainda não muito explorado, resguarda grandes vantagens tanto para o requerente, quanto para a estrutura judiciária.

Primeiramente, é de suma importância notar que os atos do Tabelião de Notas, desde que em observância aos seus próprios ritos e procedimentos, são dotados de fé pública<sup>8</sup>, sendo, portanto, válidos e plenamente críveis. Por conseguinte, temos que a ata notarial, fruto dos sentidos e percepção do tabelião provocado, consiste em um sistema de registro de um fato ou ato solicitado, cuja importância processual se traduz na possibilidade de servir como prova em um processo judicial<sup>9</sup>.

Nesse sentido, ao se exigir atuação do Tabelião para consecução da ata notarial, este fielmente materializa a veracidade dos fatos em palavras, registrando-as em seus livros de notas ou para outro documento igualmente apropriado. Frise-se, que o registro do fato, objeto da ata notarial, pode ser reproduzido, ainda, por

<sup>8</sup> Lei 8.935/94, art. 3º “Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, *dotados de fé pública*, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro”.

<sup>9</sup> Vale mencionar o artigo 364 do CPC, que estabelece: “O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença.”

qualquer meio digital, v.g., fotografia, de forma a melhor demonstrar o fato constatado. Blinda-se, deste modo, o acontecimento relevante contra ocasiões que viriam a obstacularizar o interesse legítimo da parte, principalmente no que tange ao seu desaparecimento/modificação.

Vale destacar que, na narrativa do notário para lavratura da ata, fica vedada sua valoração pessoal, bem como o acréscimo, de fatos que não teve a oportunidade de pessoalmente constatar, mesmo se solicitado. Afinal, a ata é o testemunho provido pelos sentidos (audição, olfato, visão, tato e paladar) do tabelião e não do interessado. Ademais, como já esposado, a ata notarial fundamenta-se na fé pública, e esta *per se* acaba por excluir qualquer participação de alheios à função exclusiva do notário. É claro que o direito não se calou em relação às situações em que há um interesse legítimo a ser protegido pelo testemunho do próprio interessado, mas para estas, temos a figura da escritura pública<sup>10</sup>.

Destarte, temos que o alcance do conteúdo da ata notarial restringe-se à possibilidade de constatação do fato pelo tabelião, devendo este utilizar-se dos seus sentidos naturais devidamente apropriados de acordo com a situação específica. Diga-se de forma exemplificativa, quando se faz necessário o paladar do notário, de nada adianta sua audição (não importa se todos alegam determinado fato), ou sua visão (não importa se todos agem de modo a comprovar determinado fato), pois a função do notário referente à transcrição da realidade imprescinde da sua devida comprovação pessoal.

Complementarmente, a amplitude da ata notarial abarca ainda o mundo dinâmico da Internet, podendo servir, exemplificadamente, à constatação de uso indevido de uma imagem em determinado *site*, reproduzindo, na própria ata, o inteiro conteúdo do sítio, o dia; a hora e o computador de acesso salvaguardando, deste modo, o direito do interessado em sua íntegra.

---

<sup>10</sup> Aproveitando o momento oportuno, importante se faz a distinção entre os dois institutos em comento - ata notarial e escritura pública. Como bem observa Brandelli em sua obra publicada em 2004, "*para ser objeto de Ata Notarial não pode ser objeto de escritura pública*. A diferença básica entre ambas é a existência, ou não, de declaração de vontade, que está presente na escritura, e ausente na ata. A ausência de manifestação de vontade é justamente o que caracteriza o fato jurídico, que é o objeto da Ata Notarial".

De todo o exposto, temos a função quádrupla da ata notarial - como bem observou nosso legislador infraconstitucional<sup>11</sup>, como sendo a de garantir *publicidade, autenticidade, segurança e eficácia* dos atos jurídicos, logrando o notário, ao passo em que sua intervenção estabelece prova pré-constituída, e que esta, por sua vez, serve de aparato legal em uma solução de conflitos, uma função jurisdicional. Para tanto, a ata notarial não deve ser “um ato fugaz, vulnerável e aditivo, mas um documento substancial, permanente, completo em si, com identidade própria, que torne perene a prova do fato e o seu conteúdo, não obstante o eventual perecimento do fato que lhe deu origem.”<sup>12</sup>

#### **4.1 Da Celeridade Obtida pela Ata Notarial**

Cumprido destacar que, com a expansão da sociedade, e conseqüentemente dos contratos realizados entre os indivíduos, a máquina do judiciário passou a ser constantemente acionada, ocasionando, por vias de consequência, a sua morosidade. Desse modo, sendo a prova forma pela qual as partes se utilizam para viabilizar a solução de conflitos, o instrumento da ata notarial se mostra de extrema importância, visto que proporciona a chamada economia processual, e faz com que a parte lesada no litígio tenha resguardado seu tempo razoável no processo, garantindo uma melhor prestação jurisdicional.

Sendo assim, o instituto da ata notarial previne que se acione o aparato judiciário, deixando que este se encarregue apenas de questões que envolvem maior complexidade, ou seja, que não podem ser solucionadas pelos meios mais simples.

#### **4.2 Da Substituição da Ação Cautelar pela Ata Notarial**

Apesar da equivalência referente à força probante da produção antecipada de prova em sede cautelar e a ata notarial, al-

<sup>11</sup> Lei 8.935/94, art. 1º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

<sup>12</sup> Valestan Mihomem da Costa. “Ata Notarial. Ainda pela utilização com utilidade”. Publicado em 02/10/2006.

gumas diferenças acabam nos aproximando mais para a eficiência desta última, vejamos:

A ata notarial pode ser solicitada por *qualquer indivíduo*, mesmo pelo *menor púbere* sem necessidade de representação legal, *dispensando-se a apresentação de motivos*. Em muito se difere das formalidades procedimentais exigidas pela medida cautelar como i) a necessidade de sua solicitação em juízo, com ii) advogado devida e previamente constituído, e seu iii) cabimento frente os pré-requisitos de *periculum in mora* e *fumus boni iuris*. Ainda, caso o interessado seja o menor púbere, este deve estar iv) devidamente representado.

Adicionalmente, como já foi demonstrado, são apenas três possibilidades de antecipação de prova, em muito se diferenciando da *amplitude abarcada pela ata notarial*, que acaba não só pela diversidade, mas também pela sua *simplicidade*, oferecendo maior aparato para o interessado legítimo.

Destarte, é da informalidade e da credibilidade da ata notarial que extraímos sua importância. O direito constitucional à prova, já por ora abordado, somente faz sentido quando em sintonia com a busca pela justiça - fundamento de toda estrutura judiciária -, e é neste mister que se propõe a substituição da ação cautelar pela ata notarial. Afinal, não há de se falar em justiça quando tardia.

## 5. CONCLUSÃO

A ata notarial consiste, portanto, em uma fotografia da realidade, transladada em palavras, de competência exclusiva do Tabelião de Notas, com fito jurisdicional de perpetuação documental, imunizando o fato ou a situação juridicamente relevante de consequências perecíveis oriundas da demora.


Sob ótica material, fica de fácil percepção sua extrema semelhança ao meio cautelar de produção antecipada de prova. No entanto, são suas diferenças formais que nos chamaram atenção para a elaboração deste artigo.

O exagero procedimental da ação cautelar concomitante à conhecida sobrecarga do Poder Judiciário acaba por transparecer

a necessidade da busca de um meio de produção de prova de igual credibilidade e qualidade, porém mais célere, eficiente e menos onerosa.

Com isso, temos a importância da ata notarial como meio materializador da veracidade dos fatos - talvez o único -, por apresentar-se como indispensável ao alcance das qualidades supramencionadas em prol do bom funcionamento do sistema jurídico brasileiro.

Dessa forma, resta claro que a ata notarial se traduz como o meio mais simples e vantajoso de produção de prova, o que nos remete *ipso facto* a uma proteção mais efetiva do direito fundamental à prova, favorecendo um alívio ao Poder Judiciário, para que não continue com a sobrecarga de processos que apresenta nos dias atuais.

Sendo assim, para que isso ocorra, faz-se necessário que se divulgue e se esclareça tal instrumento para a sociedade de modo que enfatize sua força probante e que seja garantida uma melhor prestação jurisdicional a todos. 

# A Figura Processual do Ofendido

**Sergio Demoro Hamilton**

*Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor Universitário.*

1. Há muito que estou a ocupar-me de alguns institutos versados em nosso processo penal, cuidando de pontos polêmicos neles encontrados, ao mesmo tempo em que venho propondo sugestões no sentido de aprimorá-los, na vã esperança de que possamos vir a ter um Código de Processo Penal mais sistemático e moderno, ao invés da colcha de retalhos em que se transformou aquele importante diploma legislativo.

2. Aqui e agora, voltaremos ao estudo da prova oral, com a abordagem de um novo tema, versado apenas em um artigo do CPP (201), porém rico em particularidades, muitas vezes relegadas a um exame realizado de forma aligeirada e superficial. Refiro-me ao ofendido. No curso do processo, ele é, muitas vezes, chamado de vítima (particularmente nos crimes de lesão corporal e nos casos de homicídio), ao passo que em outras oportunidades, é cognominado de lesado (nos crimes contra o patrimônio).

Nesta oportunidade, visto como meio de prova (Livro I, Título VII, Capítulo V, art. 201 do CPP), usaremos o vocábulo abrangente, *ofendido*, que, aliás, foi o adotado pela lei, quando dele se ocupou.

O Capítulo V, “Da Prova”, tem como rubrica “Das perguntas ao *ofendido*” (art. 201 do CPP). Aliás, desde a fase da instrução preliminar, quando do inquérito policial, há referência expressa ao ofendido (art. 6º, IV do CPP).

3. O ofendido integra os meios subjetivos de prova, isto é, aqueles relacionados com as pessoas. É o que ocorre, igualmente, com a prova testemunhal, com o interrogatório do acusado e com a confissão. Tais meios de prova são designados também como prova oral (do latim, *os oris*), isto é, aqueles produzidos por meio da palavra. Como já assinalamos em outro estudo, voltado para a prova testemunhal, tal modalidade de manifestação probatória destaca-se daquela de carácter objetivo, que se colhe do exame corpo de delito, dos documentos e das perícias em geral.

4. O ofendido, tal como aqui será estudado, nada mais é do que a pessoa que sofre *diretamente* a ação criminosa. Sabe-se que o Estado é o sujeito passivo eminente de toda a infração penal. Porém, na acepção em que no momento está sendo examinado, o ofendido é a pessoa (física ou jurídica) atingida de forma direta pelo ato criminoso. É a pessoa assassinada, no caso de homicídio consumado, é o estabelecimento bancário, lesado por um estelionato, e assim por diante.

Portanto, a vítima não será examinada como sujeito processual da instância penal, como querelante nos crimes de ação privada, mas sim como meio de prova.

Como bem observa TORNAGHI<sup>1</sup>, em passagem clássica e bastante difundida pelos autores em geral, nem sempre quem sofre a lesão causada é o sujeito passivo. Traz como exemplo, o crime de moeda falsa (art. 289 do CP), em que o sujeito passivo é o Estado, titular da fé pública; porém, não se pode negar que a pessoa que recebeu o dinheiro falsificado foi o ofendido em seu patrimônio.

Portanto, não deixa de ser correta a afirmação de que o ofendido é quem sofre, de forma imediata, a lesão causada pela infração penal.

5. No presente trabalho vamos estudar o ofendido como meio de prova, tal como ele está rotulado no CPP, isto é, no Título da Prova

<sup>1</sup> TORNAGHI, Hélio, *Curso de Processo Penal*, v. 1, p. 386, Editora Saraiva, 1989.

(2, supra). No entretanto, como sabido, ele pode assumir outras posições, no decorrer do processo.

Assim, ele pode ser parte nos casos de ação penal de iniciativa privada (arts. 30 e 31 do CPP), tomando a designação de querelante, propor a ação civil *ex-delicto* (art. 63 e seguintes do CPP); intervir como assistente do Ministério Público no decorrer de ação penal pública (art. 268 do CPP)<sup>2</sup>; recorrer, tenha ou não ingressado no processo como assistente (apelação subsidiária - art. 598 do CPP) e ingressar com a impropriamente chamada ação privada subsidiária da pública (art. 29 do CPP).

Repita-se, por oportuno, que o objeto do presente estudo não se refere à presença do ofendido como participante, com maior ou menor intensidade, na relação processual, mas sim como meio de prova ou, caso assim possa ser entendido, como fonte de prova.

6. Iniciemos, pois, o estudo a respeito do ofendido, tomando como base o art. 201 do CPP. É certo que, já na fase do inquérito policial, a lei (art. 6º, IV), de forma singela, mas imperativa, determina a ouvida do ofendido (a cabeça do dispositivo indica que a autoridade policial “deverá”). Por seu turno, a Lei Maria da Penha (11.340, de 07-VIII-2006) estabelece como primeira medida da autoridade policial, como é natural, que em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, seja ouvida a ofendida, lavrando-se o boletim e tomando-se por termo a representação, se apresentada (art. 12, I).

No entanto, situa-se no art. 201 do CPP todo o roteiro que possa servir de base para o estudo da figura processual do ofendido. O dispositivo em tela determina que “sempre que possível” o ofendido será ouvido.

---

<sup>2</sup> Em relação ao instituto da assistência de acusação, consulte-se a posição de LIMA, Marcellus Polastri, para quem, a Constituição da República de 1988, iniludivelmente, adotou o sistema acusatório (art. 129, I da CF), ficando a promoção da ação penal pública *privativa* do Ministério Público. Portanto, nesse passo, segundo aquele ilustre processualista, as regras do CPP sobre o tema não se viram recepcionadas pela Lei Maior. In, *Manual de Processo Penal*, p. 463 e seguintes, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007.



A primeira conclusão a que se pode chegar é a de que a parte não está obrigada a arrolar o ofendido para que ele preste declarações. É dever jurídico do juiz colher a sua palavra. Aliás, sempre que estiver em jogo crime de ação penal pública incondicionada, a vontade do ofendido não conta, podendo, inclusive, o inquérito policial ser instaurado até por notícia-crime emanada de qualquer do povo (art. 5º, parágrafo terceiro, do CPP). Não fica, assim, à mercê do juiz, nem das partes, e muito menos do ofendido, prestar declarações. A lei exige sua fala.

O Pretório Excelso já manifestou entendimento no sentido de que a audiência do ofendido é facultativa (RTJ 62/532), consistindo em mera faculdade processual sua presença no processo<sup>3</sup>. Com a devida vênia, parece-me que tal compreensão da matéria colide com os dizeres da lei. É preciso distinguir: uma sentença, mesmo condenatória, pode ser prolatada sem a palavra do ofendido, desde que haja prova suficiente para tal. Aliás, é assim que ocorre no Júri, nos casos de homicídio consumado, ou ainda, quando ele, ofendido, em qualquer infração penal, não tenha meios de expressar-se ou não venha a ser localizado. É caso de aplicar-se o brocardo *ad impossibilia nemo tenetur*. Nenhuma prova *ex vi legis* assume valor absoluto no sistema do Código (item VII da Exposição de Motivos do CPP). Isto não quer dizer que a palavra do ofendido seja dispensável, uma vez que, se possível, ele deverá prestar declarações, sendo notificado para esse fim. Caso deixe de comparecer, sem motivo justo, poderá ser conduzido à presença da autoridade (art. 201 do CPP).

Releva observar que a lei fez referência à “autoridade”, o que significa dizer que não só a autoridade judicial no processo como a policial no inquérito pode exigir coercitivamente a presença do ofendido na fase que precede a demanda. E assim tem que ser, desde que se trate de crime de ação pública incondicionada, pois a vontade do ofendido não pode obstar a propositura da ação penal, que se seguirá ao inquérito policial. Como a autoridade

<sup>3</sup> Julgado extraído do Código de Processo Penal Anotado de JESUS, Damásio E. de, p. 184, 22ª edição, Editora Saraiva, 2005.

policial poderia investigar o fato criminoso (ela “deverá” - art. 6º, IV do CPP) e o Ministério Público exercer seu múnus (ele terá que intentar a ação penal, por força do princípio da obrigatoriedade - art. 24 do CPP), caso o ofendido não desejasse comparecer e nada ocorresse? No fim de contas, “*inquisitio sine coertione nulla est*”.

Mais ainda: sendo um meio de prova (Livro I, Título VII, Capítulo V, art. 201 do CPP) e adotando o Código o princípio da verdade real, todos os meios de prova possíveis, desde que lícitos, devem ser carreados para o processo.

Tourinho<sup>4</sup>, com base no ensinamento de Hungria<sup>5</sup>, afasta a possibilidade de o ofendido ser processado pelo crime de desobediência, pois o Código impôs a medida administrativa de condução coercitiva à vítima que não atende à intimação. Assim, não poderia haver o *bis in idem* de penalidades, desde que o ofendido desatenda ao chamamento, quando a lei já comina uma penalidade administrativa ou civil, salvo se a própria lei, de forma expressa, determinar a aplicação cumulativa com o crime de desobediência.

Diversa é a situação da testemunha; em relação a ela, o juiz (aqui somente ele) tem a faculdade de, igualmente, providenciar o processo penal por desobediência, uma vez que a lei assim dispõe, enviando peças ao Ministério Público em razão do sistema acusatório adotado em nossa Carta Magna (art. 129, I), para que o *Parquet* aprecie a hipótese.

7. Outra observação a merecer destaque é que o Código distinguiu o ofendido da testemunha. Enquanto esta é tratada nos arts. 202 a 225 do CPP, a lei processual penal reservou apenas um dispositivo, contendo, agora, seus parágrafos, para o ofendido. Isto não quer dizer que não se possa aplicar, *servatis servandis*, diversas regras indicadas na lei para as testemunhas. É o caso dos arts. 204, 205, 210, 212, 215, 217 (com a nova lei já fazendo alusão também ao ofendido), 220, 222, 223, 224 e 225 do CPP.

<sup>4</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, v. 3, p. 305, Editora Saraiva, 2008.

<sup>5</sup> HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, v. IX, p. 420, Forense, Rio, 1959.

Observa-se, em primeiro lugar, que o ofendido não presta o compromisso, sob palavra de honra, de dizer a verdade, tal como previsto no art. 203 do CPP para as testemunhas ditas numerárias. No meu entendimento, o compromisso não passa de resquício do sistema de provas legais, já que qualquer testemunha, mesmo as chamadas informantes, tem o dever de ser veraz, até porque para a caracterização do crime de falso testemunho (art. 342 do CPP), o compromisso não é elementar do tipo. Sobre o desvalor do compromisso, já tivemos a oportunidade de estudar, com detalhe, a matéria, não sendo aqui a sede adequada para retornar, com vagar, ao exame do tema<sup>6</sup>.

Isto não significa dizer que o ofendido, no processo penal, possa mentir. É certo que ele não pratica o crime de falso testemunho, pois entre as pessoas enumeradas na lei que podem figurar como sujeito ativo da infração penal em tela, ele não se inclui. Somente a testemunha, o perito, o contador, o tradutor ou o intérprete podem ser agentes do crime (art. 342 do CP).

Tal fato, no entanto, não o exime de dizer a verdade e se não o fizer pratica infração penal contra a administração da justiça ou, mais precisamente, o crime de denúncia caluniosa (art. 339 do CP), que, por sinal, é apenado de forma mais severa do que o falso testemunho.

Ao contrário das testemunhas compromissadas, não há limitação numérica para o arrolamento de ofendidos. Enquanto, para aquelas, a lei processual estabelece um limite máximo em relação ao número, no que respeita ao ofendido a lei silenciou, dando margem para que possa ser ouvido um número indeterminado de vítimas. É nesse momento que incumbe ao juiz prover a regularidade do processo (art. 251 do CPP), evitando a procrastinação da ação penal e a alicantina, ao vedar o excesso acaso praticado em relação ao número de ofendidos.

**8. O Código nada diz a respeito na fase pré-processual no que respeita às declarações do ofendido. Determina, apenas, que a autoridade po-**

---

<sup>6</sup> Veja-se a propósito meu estudo “O compromisso da testemunha no processo penal”.

licial deva ouvi-lo (art. 6º, IV do CPP). Aplica-se, no caso, *mutadis mutandis*, a normatização contida no art. 201 e seus parágrafos do CPP.

9. O momento consumativo do crime de denúncia caluniosa a que aludimos acima (7, supra), se dá com a instauração da investigação policial. Usando a lei penal material as expressões “investigação policial”, “investigação administrativa”, “inquérito civil” ou “ação de improbidade administrativa”, basta o início da investigação, seja ela qual for, para que se tenha como consumada a infração penal por parte do ofendido, desde que a iniciativa de procedimento tenha dele partido.

Indaga-se: é possível, após a consumação, a retratação?

Entendo que o caso configura uma hipótese de “arrependimento eficaz”, só respondendo o ofendido pelos atos já praticados (art. 15 do CP).

Há quem vislumbre, na hipótese, a configuração, tão somente, de uma atenuante genérica<sup>7</sup>. Portanto, a questão não é pacífica.

De qualquer maneira, o ofendido, agora criminoso confesso, buscou, após o crime, minorar-lhe as conseqüências, mas terá que reparar o dano causado (material e moral) antes da sentença.

10. Uma situação extremamente delicada consiste em saber se o ofendido sujeita-se à contradita do art. 214 do CPP.

Espínola Filho<sup>8</sup>, de forma peremptória, sustenta não estar ele sujeito à contradita, nem sofrer seu depoimento o ataque da parte contrária, pois o art. 214 do CPP somente faz referência às testemunhas.

Tal colocação leva-nos a uma indagação dela inseparável. O contraditório incide sobre as declarações do ofendido?

O Supremo<sup>9</sup> já manifestou entendimento no sentido de que as partes não intervêm no seu procedimento, e que o

<sup>7</sup> Ap. Crim. TJSP 118-273, JTJ, 143-279 e 280, julgados extraídos do Código Penal Anotado, de JESUS, Damásio E. de, p. 1055, Editora Saraiva, 2002.

<sup>8</sup> ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Anotado, v. 3, p. 57, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1965.

<sup>9</sup> *Apud op. cit.* in nº 03 dessas notas, p. 184.

princípio do contraditório não incide sobre as declarações do ofendido.

Bento de Faria<sup>10</sup>, em passagem aligeirada sobre a figura do ofendido, chega ao ponto de afirmar não ser a vítima meio de prova “mas um auxílio prestado à Justiça para o fim de serem as provas conseguidas”.

Polastri<sup>11</sup>, no meu entendimento com inteiro acerto, refuta tal ponto de vista, sustentando que as partes não ficam impedidas de fazer perguntas à vítima, em nome do princípio do contraditório.

Com efeito, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados, em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV da CF). Portanto, é direito constitucional das partes e do juiz submeter o ofendido ao contraditório, formulando as perguntas que entenderem cabíveis.

Como conseqüência do que ficou exposto, sustento que o ofendido fica sujeito à contradita. É certo que o art. 214 cogita apenas da testemunha, mas tanto esta como a vítima integram a prova oral e o relevo das declarações de ambas apresenta igual valia. Explica-se o fato pela circunstância de que a lei processual penal dedicou apenas um único artigo (201) para o ofendido, reservando para a prova testemunhal os arts. 202 a 225. Daí a omissão quanto à contradita.

Veja-se o absurdo que seria não oferecer contradita em relação a um ofendido suspeito ou indigno de fé. Suponha-se que a vítima tenha deflagrado a investigação por vingança ou por qualquer outro motivo torpe. Será, a toda evidência, suspeita de parcialidade. Imagine-se, ainda, o caso em que o ofendido seja indigno de fé (notório marginal por exemplo). É evidente que em tais casos teria cabimento a contradita, aplicando-se a parte final do art. 214 do CPP, no que couber.

<sup>10</sup> FARIA, Bento de. *Código de Processo Penal*, v. I, p. 301, Distribuidora Record Editora, Rio de Janeiro, 1960.

<sup>11</sup> LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*, v. II, p. 133, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2006.

Por fim, cabe registrar que a posição do eminente tratadista do processo penal, Bento de Faria, não merece acolhida, uma vez que ele nega seja o ofendido um meio de prova. Ora, as “Perguntas ao ofendido” integram o Capítulo V, do Título VII, que trata exatamente “Da Prova”. E isto diz tudo.

11. Voltemos ao exame do conteúdo do art. 201 do CPP, pois ali, praticamente, fica esgotado tudo o que o legislador pretendeu em relação à figura processual da vítima, agora enriquecido com o advento da Lei 11.690, de 9 de junho de 2008.

Manda a lei seja o ofendido qualificado. Qualificar alguém significa colher o conjunto de qualidades que ornamentam uma pessoa. A regra vale tanto para o juiz quanto para a autoridade policial (art. 6º, IV do CPP) e deve conter, se possível, o nome completo do ofendido (cada qual em momento procedimental adequado), o vulgo, o estado civil, a data de nascimento, a naturalidade, a nacionalidade, a filiação, a indicação do local de trabalho e da residência, o número do registro civil e o do CPF. Tais dados são relevantes em razão de eventual responsabilidade da vítima pelo crime de denúncia caluniosa, assim como para que o réu possa saber, com precisão, quem deu margem à investigação contra si. Nem sempre se encontrará qualificação tão completa. Porém ela deverá ser a mais detalhada possível. Observe-se que a Lei 11.690, de 9 de junho de 2008 na sua Seção I (Capítulo II), objetivando a proteção da vítima, entre outras providências, veio restringir a publicidade em relação aos dados do ofendido, ao determinar que eles possam ficar em segredo de justiça. Portanto, eles deverão estar arquivados em cartório, somente tendo acesso àquelas informações o Juiz, o Ministério Público, o advogado do réu e o próprio escrivão que os têm em guarda. Tudo isso, sem prejuízo das medidas de resguardo indicadas na Lei 9.807, de 13 de julho de 1999, que serão examinadas no item 12, infra, e que, no entanto, dependem de requerimento de uma das pessoas indicadas no art. 5º do referido diploma legal, que se ocupa do ingresso no programa de proteção às vítimas de crime.

Prestará, também, esclarecimentos sobre as circunstâncias da infração. Antes de tudo, embora a lei não o diga, impõe-se

deixar claro que a vítima, como é óbvio, terá que ser perguntada, inicialmente, sobre o fato e a autoria para, ao empós, fazer declaração sobre as circunstâncias. Sua fala, evidentemente, não irá ter começo pelas circunstâncias...

A circunstância é, por natureza, complementar, secundária, elucidativa do fato principal.

Uma observação técnica: o ofendido é perguntado (art. 201 do CPP) e presta declarações; a testemunha é inquirida e presta depoimento; o acusado, por sua vez, é interrogado (art. 185 do CPP) e presta esclarecimentos, caso não venha a optar pelo silêncio (art. 186, *in fine*, do CPP). Nem sempre no dia-a-dia do foro há observância de tal tecnicismo, que, de mais a mais, não assume as véstias de dogma de fé.

Impõe-se, também, que o ofendido indique o autor da infração ou, ainda, quem *presuma* ser o autor da infração penal. Assim, admite a lei que a vítima indique apenas o autor que, segundo ela, *presume*, tenha praticado a infração penal. Caberá ao juiz, em tal caso, de acordo com sua livre convicção, dar àquela indicação o valor que entender cabível quando da sentença.

Por sinal, a lei processual permite, até mesmo, que a própria acusação seja formulada através dos “esclarecimentos pelos quais se possa” identificar o imputado (art. 41 do CPP), isto é, sem uma qualificação completa a respeito da pessoa do réu. Portanto, o ofendido também poderá, da mesma forma, não fornecer todos os dados em relação à pessoa do acusado, desde que certa a sua identidade física, pois inexistente ação penal contra pessoa incerta (art. 259 do CPP).

Ainda some-se ao art. 201 do CPP, que o ofendido, em suas declarações, aponta “as provas” de que dispõe a respeito da imputação.

Aqui, impõe-se, uma distinção; em se tratando de crime de ação pública, o Ministério Público já indicou com a inicial de acusação as provas que pretende produzir. Não obstante isso, nada obsta que na fase de diligências (art. 499 do CPP) venha a requerer a complementação da prova em função de fatos novos apurados no decorrer da instrução criminal. Igualmente o juiz poderá, antes

da sentença, com base nas provas trazidas pelo ofendido ou pelo Ministério Público, mandar produzi-las (art. 502 do CPP). Os dispositivos de lei acima referidos integram o procedimento ordinário, mas, como de conhecimento vulgar, servem de subsídio para qualquer rito adotado, seja ele do próprio CPP, seja ele constante de lei especial (art. 394, § 5º do CPP).

As declarações da vítima são tomadas por termo (art. 201, parte final, do CPP), como ocorre no processo escrito e, até mesmo, no caso da oralidade, quando o resumo do que foi dito no processo fica registrado.

Nada impede, no entanto, que sejam aplicadas, por analogia, ao ofendido mudo, surdo ou surdo-mudo, as previsões legais que integram o art. 192 do CPP.

## 12. Será possível a ocultação dos dados qualificativos da vítima?

O Código de Processo Penal não previu tal providência. Quando da sua elaboração, os tempos eram outros. Não grassava a violência atual nem se falava em “crime organizado”.

Por sinal, em relação ao ofendido, o Código não poderia ter sido mais parcimonioso, muito embora, por força da Lei 11.690/08, tenha merecido maior amplitude.

Parece-me, no entanto, que em razão da notória violência de que todos temos conhecimento, a providência terá total cabimento, diante dos termos da Lei 9.807/99 e, agora, por força do parágrafo sexto do art. 201.

Particularmente, penso eu que a medida terá lugar quando o crime for praticado mediante violência ou grave ameaça. Podem postular a solicitação para ingresso no programa de proteção às vítimas de crime as pessoas enumeradas no art. 5º da Lei 9.807/1999.

Assinale-se que a Lei 9.807, de 13 de julho de 1999, estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, ao prever, inclusive, a celebração de convênios, acordos, ajustes ou termos de parceria entre a União, os Estados e o Distrito Federal ou, ainda, com entidades não-governamentais, com aquela finalidade.



É preciso ter em conta que o ingresso no programa da Lei 9.807/99 dependerá, sempre, de anuência da pessoa protegida ou de seu representante legal (art. 2º, § 3º), que, a qualquer tempo, poderá solicitar a sua exclusão do programa (art. 10, I). Pode, ainda, ocorrer a exclusão do programa de proteção caso venha a dar-se uma das situações indicadas nos demais incisos do art. 10 da Lei 9.807/99. Averbe-se que a proteção terá a duração máxima de dois anos, podendo, em circunstâncias excepcionais, ser prorrogada, desde que perdurem os motivos que autorizaram o ingresso no programa por parte da vítima.

Não resta dúvida de que o princípio da publicidade, próprio do processo penal (art. 792 do CPP), sofrerá mitigação, tal como permitido no parágrafo primeiro do aludido dispositivo e, no momento, pelas Leis 9.807/99 e 11.690/2008. Aliás, o princípio da publicidade tem assento na própria Constituição Federal (art. 5º, LX e 93, IX), tal a sua relevância. No entanto, no caso, por razões importantes, ele terá que ser restringido, como, por sinal, o permite a Lei Magna.

Para tanto, no objetivo de ocultação da qualificação do ofendido, somente poderão ter acesso aos autos o juiz, o Ministério Público e, evidentemente, o advogado constituído pelo réu, vedando-se a vista aos feitos criminais naquelas condições a qualquer pessoa do povo.

Ficarão arquivados em cartório todos aqueles dados identificadores referidos acima, integrantes da qualificação do ofendido (11, supra), tais como o endereço e todas as demais indicações da vítima que possam levar à sua localização.

Por sinal, tais cuidados na ocultação dos dados qualificativos do ofendido deverão ser feitos, desde logo, já na fase do inquérito policial, mediante autorização judicial, embora possa a autoridade policial, de imediato, decretar o sigilo necessário no sentido de proteger a vítima (art. 20 do CPP), observadas as limitações legais, inclusive as decorrentes do Estatuto da Advocacia e da OAB.

**13.** Questão interessante consiste em saber qual seja o valor probatório que possa merecer palavra do ofendido. Sabe-se que a tes-

temunha é sujeito secundário e *imparcial* do processo. E a vítima? Não se pode, humanamente falando, considerá-la como sujeito totalmente imparcial do processo por ser uma pessoa envolvida no fato, pois foi ela que sofreu, diretamente, a prática da ação criminosa.

Porém, tecnicamente, o ofendido integra os meios de prova contemplados no Código, e apresenta, do ponto de vista processual, o mesmo valor das demais provas (Livro I, Título VII, Capítulo V, art. 201 do CPP). É quanto basta. Uma vez adotado o sistema da livre convicção motivada do juiz, cabe ao magistrado dar à palavra da vítima o valor que entender cabível, motivando sua decisão. Basta ver a lei e consultar a “Exposição de Motivos”, em seu item VII do CPP.

Aliás, nos chamados delitos clandestinos, a palavra da vítima assume especial relevo, pois comumente tais crimes não são presenciados e jamais seriam investigados sem as declarações da vítima.

É o caso dos crimes contra os costumes, que se processam às ocultas, em que a palavra da vítima, principalmente se roborada pelo exame médico legal, constitui prova irrecusável do delito.

Não há razão, mínima que seja, diante do sistema de prova adotado em nosso direito processual, para se pôr em dúvida o pleno valor que as declarações do ofendido possam merecer, não somente nos chamados delitos clandestinos como também em qualquer outra infração penal.

É evidente que estou a referir-me às declarações do ofendido prestadas em juízo, sob o crivo do contraditório (10, supra).

Portanto, o temor de que suas declarações sejam movidas por ódio, vingança, interesse na reparação do dano *ex delicto* etc. é, de todo, infundado, dentro do sistema da persuasão racional adotado em nossa lei processual.

14. Haverá nulidade para o processo caso o ofendido não seja ouvido?

No elenco das nulidades enumeradas no art. 564 do CPP não consta a figura do ofendido caso ela não se faça presente no

processo. Portanto, a lei não considerou as declarações da vítima como ato essencial para a validade da relação processual, sabido que ali, no art. 564, estão indicados os chamados atos substanciais da instância penal.

Dessa maneira, caso o juiz não cumpra o dever jurídico de ouvir a vítima (art. 201, proêmio, do CPP), e o Ministério Público, quando da denúncia, não a tenha arrolado, a relação jurídica processual não restará afetada.

Diria, pois, que a regra do art. 201, primeira parte, do CPP é uma norma imperfeita, pois a inobservância do preceito é destituída de sanção.

Na prática, e é natural que assim ocorra, sempre que possível o ofendido presta declarações. É o que pude observar dentre os milhares de processos que passaram por minhas mãos. Como Promotor de Justiça, apesar dos dizeres da lei, sempre tive o cuidado de arrolar o ofendido, gerando **direito à prova**, caso, eventualmente, ocorresse omissão por parte do juiz na ouvida da vítima.

#### 15. O ofendido pode ser acareado?

Visto como meio de prova, é evidente que o ofendido pode ser acareado. Aliás, há texto expresso de lei autorizando a providência (art. 229 do CPP). Note-se, porém, uma peculiaridade resultante da própria lei processual (art. 186 do CPP). Ela decorre do fato de que o acusado tem direito ao silêncio (art. 186, *in fine*, e seu parágrafo do CPP), podendo mesmo mentir, sem que daí lhe advenha qualquer consequência. A cláusula do *nemo tenetur se detegere*, consagrada em nosso processo (item VII, da “Exposição de Motivos” do CPP), ganhou ampliação. Por sinal, a Constituição Federal já assegurava ao preso o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII). Muito antes, já o dizia a Emenda nº V da Constituição dos Estados Unidos (“*no person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*”), de modo que, em nosso direito positivo atual, não mais sobrevive a ressalva anterior segundo a qual o silêncio do acusado poderia ser interpretado em prejuízo da própria defesa.

Nessa maneira de ver, o acusado não mais poderá ser acareado com o ofendido ou com qualquer testemunha, estando, nesse passo, revogado o art. 229 do CPP. Subsiste, no mais, acareação entre ofendidos, bem como da vítima com a testemunha ou entre as testemunhas.

16. É inegável que o Código guarda especial apreço à palavra do ofendido. Já o destacamos quando do exame da valoração de suas declarações (13, supra). Em primeiro lugar, porque ela está incluída entre os meios de prova (art. 201 do CPP). É, assim, importante fonte de prova, cabendo ao juiz confrontá-la com os demais elementos de instrução, tendo em conta a natureza do crime, para que possa saber até que ponto ela merece fé, não extravasando mera indignação, sentimento de vingança ou ainda interesse na reparação do dano *ex delicto*, como já analisamos. Não fora isto e não se justificaria a primeira parte do art. 201 do CPP, ao mandar ouvir a vítima “sempre que possível”, criando para o juiz o dever jurídico de colher a fala do ofendido, independentemente da iniciativa das partes.

Vale ponderar, como já ficou dito, que a lei penal material pune com maior rigor a denúncia caluniosa (art. 339 do CP) do que o falso testemunho (art. 342 do CP), dado que, sem dúvida, demonstra a importância das declarações da vítima.

17. A Lei 11.689, de 9 de junho de 2008, na sua Seção I (Capítulo II), ao tratar da acusação e da instrução preliminar no procedimento do Júri, determina que na instrução criminal o ofendido preste declarações em primeiro lugar, precedendo a inquirição das testemunhas. Por fim é que o acusado será interrogado (art. 411 do CPP, com sua nova redação). Tal circunstância, não há negar, confere ao interrogatório o caráter nítido de ato de defesa.

Por seu turno, a Lei 11.690, de 09 de junho de 2008, dedica à figura processual do ofendido tratamento mais extenso, acrescentando ao atual art. 201 do CPP, diversos parágrafos, que contêm uma série de medidas de proteção em prol da vítima.

Assim:

– no parágrafo segundo estabelece que o ofendido fique ciente do ingresso e da saída do réu da prisão, indicando, ainda, que ele tome ciência da data da audiência, bem como da sentença e dos acórdãos relativos ao processo respectivo;

– no parágrafo terceiro, prevê que os atos de comunicação processual sejam feitos no endereço por ele (ofendido) indicado, admitindo-se o uso de meio eletrônico, desde que a vítima venha a optar por esta última forma de aviso;

– no parágrafo quarto manda que, antes e durante a audiência, fique reservado lugar separado para a vítima;


– no parágrafo quinto, fixa que o juiz poderá (faculdade) encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especificando as áreas em que tal se dará (psicossocial, de assistência jurídica ou de saúde), a expensas do ofensor ou do Estado;

– no parágrafo sexto, indica que o juiz poderá tomar as providências necessárias à preservação da intimidade do ofendido, através do resguardo da honra e da imagem da vítima, evitando a sua exposição aos meios de comunicação e determinando o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos, ampliando, assim, os termos da Lei 9.807/1999 (12, *supra*);

– inclui, também, o ofendido, no art. 217 do CPP, na medida protetora antes reservada somente às testemunhas.

Todas estas modificações voltarão a ser analisadas em trabalho futuro, quando pretendo estudar a nova lei no seu conjunto, voltando a ocupar-me da vítima, pondo em foco de modo especial cada uma dessas inovações.

18. Como de fácil observação, o art. 201 do CPP, com a redação que lhe emprestou a Lei nº 11.690 de 09-6-2008, mereceu tratamento processual mais esmerado, muito embora algumas providências ali tratadas possam esbarrar em diversas dificuldades de

ordem prática para a sua execução, circunstâncias estas que ficam para ser examinadas, de forma detalhada, quando do exame dedicado, exclusivamente, às modificações trazidas, relativas à prova no processo penal. 

# Considerações sobre os Embargos de Declaração na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

**José Antonio Fichtner**

*Mestre em Direito pela Universidade de Chicago. Professor e Coordenador Técnico do LL.M Litigation da Fundação Getúlio Vargas. Professor de Direito Processual Civil da PUC/RJ e EMERJ.*

**André Luís Monteiro**

*Pós-graduado em Direito Empresarial, com especialização em Processo Civil, pela Fundação Getúlio Vargas. Especialista em Direito Econômico pela UERJ e em Direito Societário e Mercado de Capitais e em Mediação e Arbitragem pela Fundação Getúlio Vargas.*

## 1. INTRODUÇÃO

Regulamentados nos arts. 535 a 538 do Código de Processo Civil, os embargos de declaração são objeto de grandes divergências entre os processualistas brasileiros, muitas delas com reflexos na jurisprudência dos tribunais.

Os embargos de declaração, na lição de Humberto Theodoro Júnior, podem ser conceituados como o “recurso destinado a pedir ao juiz ou tribunal prolator da decisão que afaste obscuridade, supra omissão ou elimine contradição existente no julgado”<sup>1</sup>. Para

<sup>1</sup>THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I, p. 707.

Sergio Bermudes, os embargos de declaração podem ser definidos como “um incidente destinado ao aprimoramento da fórmula do ato, que não se reforma nem se substitui por meio dos embargos, mas apenas se explica ou se completa”<sup>2</sup>.

Como se vê, as duas definições apresentam, logo à primeira vista, uma distinção fundamental entre si: os embargos de declaração são recurso ou incidente? Mas essa não é a única controvérsia. Afinal, os embargos de declaração são cabíveis contra qualquer manifestação judicial? Como se analisa a questão relativa ao interesse em recorrer, se não há, propriamente, sucumbência? Os embargos possuem efeito devolutivo? E efeito suspensivo? Há efeito substitutivo na decisão de mérito dos embargos? Quais as hipóteses em que é possível a atribuição de efeito infringente? É obrigatória a abertura de vista à parte contrária para o oferecimento de contra-razões? Qual a extensão do chamado efeito interruptivo dos embargos de declaração?

A solução de todas as questões acima apontadas exigiria um verdadeiro tratado sobre o assunto, o que não corresponde aos objetivos deste trabalho. Limitamo-nos, assim, a escolher alguns desses pontos e enfrentá-los com base na doutrina processual e na jurisprudência, notadamente do Superior Tribunal de Justiça.

## 2. NATUREZA JURÍDICA DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

É conhecida a lição de Enrico Tullio Liebman no sentido de que “recorrer de uma sentença significa denunciá-la como errada e pedir uma nova sentença que remova o dano injusto causado por ela”<sup>3</sup>. Em consequência dessa natural manifestação de inconformidade, Cândido Dinamarco afirma que “os fenômenos da cassação e substituição são inerentes ao julgamento de todo recurso”<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> BERMUDES, Sergio. “O efeito infringente dos embargos de declaração” in *Direito processual civil: estudos e pareceres*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 70.

<sup>3</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale de diritto processuale civile*, II, n. 288, p. 253 *apud* DINAMARCO, Cândido Rangel. “Os embargos de declaração como recurso” in *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 182.

<sup>4</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. “Os embargos de declaração como recurso” in *Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 178.



Os embargos de declaração, contudo, ordinariamente não se prestam à cassação ou à reforma da decisão impugnada, mas apenas a permitir o seu aperfeiçoamento. Não se pretende afastar a ilegalidade ou corrigir a injustiça. Nos embargos de declaração, na conhecida lição de Pontes de Miranda, “não se pede que se redecida; pede-se que se reexprima”<sup>5</sup>. Conforme reconhecido em julgado do Superior Tribunal de Justiça, “os embargos declaratórios são apelos de integração, não de substituição”<sup>6</sup>. E justamente em razão disso, Cândido Dinamarco leciona que “o vencido deve continuar vencido e o vencedor, vencedor”<sup>7</sup>.

Essa característica peculiar é o principal entrave à caracterização dos embargos de declaração como recurso<sup>8</sup>. Não obstante,

<sup>5</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, t. VII, p. 400.

<sup>6</sup> STJ, 1ª T., EDcl. no REsp. nº 9.770/RS, Min. Humberto Gomes de Barros, D.J. de 29.06.1992.

<sup>7</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. “Os embargos de declaração como recurso” in *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 179. A doutrina e a jurisprudência, contudo, admitem, em casos excepcionais, a hipótese dos chamados embargos de declaração com efeito infringente, em que há alteração substancial do julgado. É de se ressaltar que a modificação substancial do julgado só ocorre quando, em decorrência da correção dos vícios de omissão, contradição ou obscuridade, há, por consequência lógica e natural, transformação do conceito do julgado. Nesse sentido, Adroaldo Furtado Fabrício: “Nada impede, pois, que a petição de embargos inclua pedido de feição ‘infringente’ - mas o pedido primário do embargante há de ser, obrigatoriamente, o de remoção de algum dos defeitos tratados no citado artigo; só como imperativa decorrência lógica dessa correção poderá sobrevir o provimento do pedido secundário de modificação” (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Embargos de declaração: importância e necessidade de sua reabilitação” in *Meios de impugnação ao julgado cível: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 60). No mesmo sentido, confira-se o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça: “É admitido o uso de embargos de declaração com efeitos infringentes, em caráter excepcional, para a correção de premissa equivocada, com base em erro de fato, sobre a qual tenha se fundado o acórdão embargado, quando tal for decisivo para o resultado do julgamento” (STJ, 3ª T., EDcl no REsp. nº 599.653/SP, Min. Nancy Andrighi, D.J. de 22.08.2005). Em sentido assemelhado: STF, 2ª T., Emb. Decl. no Ag. no AI nº 410.536/RJ, Min. Cezar Peluso, j. 12.08.2008, D.J. de 28.08.2008, STF, 2ª T., RE nº 115.911/SP, Min. Eros Grau, j. 24.06.2008, D.J. de 14.08.2008 e STF, 2ª T., Emb. Decl. RE nº 223.904/MG, Min. Ellen Gracie, j. 14.12.2004, D.J. de 18.02.2005.

<sup>8</sup> Exatamente nesse sentido, Cândido Dinamarco alega que “a falta de cassação da sentença ou acórdão embargado é um fator que compromete seriamente, ou ao menos deve abalar, a tranqüila convicção de que os embargos declaratórios sejam verdadeiro recurso” (DINAMARCO, Cândido Rangel. “Os efeitos dos recursos” in *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 152).

o Código de Processo Civil, no art. 496, IV, inclui os embargos de declaração dentre os recursos típicos do ordenamento processual brasileiro. Não é por outra razão que Pontes de Miranda, diante do texto legal, afirma que “o legislador revela a sua convicção de que embargos de declaração são recurso”<sup>9</sup>.

José Carlos Barbosa Moreira entende pela natureza recursal dos embargos de declaração, pois, afinal, “a questão é pura e simplesmente de direito positivo: cabe ao legislador optar, e ao intérprete respeitar-lhe a opção, ainda que, *de lege ferenda*, outra lhe pareça mais aconselhável”<sup>10</sup>. Partindo dessa mesma perspectiva, Teresa Arruda Alvim Wambier esclarece que “os embargos de declaração são um recurso no direito brasileiro”<sup>11</sup>. E o Ministro Luiz Fux, em voto-*vista*, também reiterou o entendimento de que “a colocação topográfica dos embargos de declaração no capítulo de recurso torna absolutamente inequívoca a natureza jurídica desse meio de impugnação”<sup>12</sup>.

Em sentido oposto, Cândido Dinamarco defende que não se deve “chegar ao ponto de afirmar que, havendo o Código de Processo Civil alocado todos os embargos declaratórios no capítulo dos recursos (...), isso fosse suficiente para determinar invariavelmente sua natureza recursal”<sup>13</sup>. E finaliza: “O hábito não faz o monge”<sup>14</sup>. Segundo o processualista, os embargos de declaração não podem ser caracterizados como recurso, pois, em regra, não de destinam à modificação do julgado, mas apenas à sua integração<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, t. VII, p. 394.

<sup>10</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, p. 542.

<sup>11</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005, p. 52.

<sup>12</sup> STJ, Corte Especial, REsp. n° 330.090/RS, Min. Ari Pargendler, D.J. de 30.10.2006.

<sup>13</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. “Os embargos de declaração como recurso” *in Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 184.

<sup>14</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. “Os embargos de declaração como recurso” *in Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 184.

<sup>15</sup> Excepcionalmente, o processualista admite a natureza recursal dos embargos de declaração com efeito infringente. Ao final, conclui seu pensamento com o seguinte esclarecimento didático: “Como consequência do que foi dito acima, conclui-se que (a) os embargos declaratórios

A razão para estar com José Frederico Marques, para quem “os embargos de declaração apresentam-se como recurso *sui generis*”<sup>16</sup>, já que, apesar de suas várias particularidades, a lei expressamente os inclui entre os recursos. Aliás, em sentido bastante assemelhado, o próprio Superior Tribunal de Justiça expressou o entendimento de que “os embargos de declaração são recurso de natureza particular”<sup>17</sup>.

### 3. NOTAS SOBRE O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E O JUÍZO DE MÉRITO NO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Os recursos, como qualquer ato postulatório, submetem-se a um prévio exame de admissibilidade, antes da análise da eventual procedência da impugnação<sup>18</sup>. Assim, conforme destacada lição de José Carlos Barbosa Moreira, “cumpre estremar, na atividade cognitiva do órgão judicial, dois juízos perfeitamente caracterizados: o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito”<sup>19</sup>.

O juízo de admissibilidade é necessariamente prévio ao juízo de mérito, funcionando como verdadeira preliminar. Aquele será positivo, se concorrerem todos os pressupostos exigíveis para a emissão do novo pronunciamento; será negativo na hipótese de faltar pelo menos um desses pressupostos<sup>20</sup>. Tecnicamente, diz-se que, na ausência desses pressupostos, o recurso não será conhecido<sup>21</sup>; enquanto que, presentes todos eles, o recurso será conhecido

---

não têm natureza recursal quando destinados, conforme sua concepção pura contida em clássicas definições, a meros esclarecimentos do julgado, sem interferir em seu teor substancial, mas (b) eles são autêntico recurso quando se dá o contrário, a saber, quando são opostos com o objetivo de inverter sucumbências” (DINAMARCO, Cândido Rangel. “Os embargos de declaração como recurso” *in Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 183).

<sup>16</sup> MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1997, v. III, p. 148.

<sup>17</sup> STJ, 3ª T., EDcl. no AgRg no Ag nº 1.001.388/RS, Min. Sidnei Beneti, D.J. de 08.10.2008.

<sup>18</sup> FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I, p. 731.

<sup>19</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1968, p. 33.

<sup>20</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1968, p. 33.

<sup>21</sup> Recomenda-se, a este respeito, a leitura do texto de José Carlos Barbosa Moreira sobre a distinção entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito do recurso, bem como sobre o

e, aí sim, o mérito será objeto de análise pelo órgão julgador, que, ao final, poderá dar-lhe ou negar-lhe provimento.

José Carlos Barbosa Moreira, fazendo menção ao juízo de admissibilidade e ao juízo de mérito, alerta que “não há figura recursal em que não seja possível, com alguma atenção, reconhecer o esquema típico”<sup>22</sup>. Da mesma forma, e voltando os olhos ao tema ora proposto, Moacyr Amaral Santos esclarece que “classificados como recurso, aos embargos de declaração são extensíveis os pressupostos ou requisitos de admissibilidade comuns àqueles”<sup>23</sup>. É necessário, pois, que os embargos de declaração preencham os pressupostos de tempestividade, regularidade formal, cabimento, legitimidade, interesse e inexistência de impedimentos<sup>24</sup>.

Importa perquirir, nesse diapasão, se a existência de omissão, contradição ou obscuridade correspondem ao juízo de admissibilidade ou ao juízo de mérito dos embargos de declaração. Humberto Theodoro Júnior entende que “o pressuposto de admissibilidade dessa espécie de recurso é a existência de obscuridade ou contradição na sentença ou no acórdão, ou omissão de algum ponto sobre que devia pronunciar-se o juiz ou tribunal”<sup>25</sup>. Segundo esse entendimento, a eventual inexistência de omissão, por

---

uso adequado das expressões “conhece-se do recurso”, “não se conhece do recurso”, “dá-se provimento ao recurso” e “nega-se provimento ao recurso” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Que significa ‘não conhecer de um recurso’ in *Temas de direito processual*: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 125-143).

<sup>22</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1968, p. 34.

<sup>23</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. III, p. 147.

<sup>24</sup> Com algumas distinções, a doutrina processual costuma classificar os pressupostos recursais em intrínsecos (cabimento, legitimidade, interesse e inexistência de impedimentos) e extrínsecos (tempestividade, regularidade formal e preparo). Esses são os pressupostos recursais genéricos, atinentes a todos os recursos em geral. Existem ainda pressupostos recursais específicos, como, por exemplo, o prequestionamento no que tange aos recursos excepcionais (recurso especial e recurso extraordinário). Todos eles compõem o juízo de admissibilidade dos recursos (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, p. 262-263). Desnecessário lembrar que, por força do art. 536, parte final, do estatuto processual, os embargos de declaração não estão sujeitos a preparo.

<sup>25</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I, p. 707.

exemplo, levaria ao juízo negativo de admissibilidade, ou seja, os embargos de declaração não seriam sequer conhecidos.

*Data maxima venia*, a existência ou inexistência de omissão, contradição ou obscuridade na decisão embargada é matéria de mérito, estando, assim, além do mero juízo de admissibilidade. Apontado pelo embargante qualquer dos três vícios, os embargos de declaração deverão ser conhecidos. A efetiva existência ou inexistência desses vícios levará, respectivamente, ao provimento ou desprovimento dos embargos, mas não à sua inadmissibilidade.

Em termos objetivos, o juízo de admissibilidade dos embargos de declaração resta preenchido com a indicação dos vícios pelo embargante. Indicação do vício e existência do vício são temas absolutamente distintos: aquele relacionado ao juízo de admissibilidade, esse ao juízo de mérito. Nesse sentido, confira-se precedente da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça relatado pelo Ministro Luiz Fux:

*“Os embargos de declaração têm como requisito de admissibilidade a indicação de algum dos vícios previstos no art. 535 do CPC, constantes do decisum embargado, não se prestando, portanto, ao rejuízo da matéria posta nos autos”*<sup>26</sup>.

É evidente, por outro lado, que a indicação do vício pelo recorrente está vinculada ao pressuposto da regularidade formal, sem o qual, aí sim, o recurso (até mesmo por inépcia) não será conhecido. Exatamente nesse sentido, Luiz Fux afirma que “os embargos de declaração, além da tempestividade como requisito de admissibilidade dos embargos, também tem que preencher o requisito consistente na regularidade da forma por isso que a lei impõe petição dirigida ao juiz ou relator, com indicação do ponto obscuro, contraditório ou omissivo”<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> STJ, Corte Especial, EDcl. nos EREsp. nº 579.833/BA, Min. Luiz Fux, D.J. de 04.12.2006.

<sup>27</sup> FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I, p. 866.

Conclui-se, pois, que basta a indicação na petição dos embargos de declaração de um dos vícios previstos no art. 535 do Código de Processo Civil para que eles sejam conhecidos. E o provimento ou desprovimento do recurso dependerá da efetiva existência ou inexistência, em concreto, dos vícios alegados. A confusão entre as hipóteses, bastante comum na prática, precisa ser afastada, sob pena de severo prejuízo às partes e ao ideal de efetiva distribuição de justiça.

## **4. ANÁLISE DOS EFEITOS DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**

### **4.1. Efeito obstativo dos embargos de declaração**

Os recursos em geral apresentam efeitos da interposição (efeito obstativo, efeito devolutivo, efeito translativo, efeito suspensivo e efeito interruptivo) e efeitos do julgamento (cassação e substituição)<sup>28</sup>. O efeito obstativo dos recursos, na lição de Luiz Fux, consiste em “impedir o trânsito em julgado da decisão”<sup>29</sup>, conforme se extrai do art. 467 do Código de Processo Civil.

Não há dúvida na doutrina quanto à sua ocorrência em relação aos embargos de declaração, pois o trânsito em julgado da decisão é postergado para momento posterior ao julgamento do recurso.

### **4.2. Efeito devolutivo dos embargos de declaração**

No que tange ao efeito devolutivo dos embargos de declaração, não há consenso na doutrina. Trata-se do efeito de transferir

<sup>28</sup> Nesse sentido, manifesta-se a doutrina de Alexandre Freitas Câmara: “Os recursos produzem dois tipos de efeitos: efeitos da interposição e efeitos do julgamento. (...). A doutrina costuma apontar três efeitos da interposição dos recursos: um deles, impedir o trânsito em julgado, é comum a todos os recursos admissíveis. Já os outros dois (efeitos devolutivo e suspensivo) podem ou não se produzir, diferindo os recursos entre si quanto à sua produção. (...). Além dos efeitos de interposição (e do efeito da recorribilidade, que é o efeito suspensivo), há que examinar os efeitos do julgamento dos recursos. Estes podem ser dois: substituir ou anular o provimento recorrido” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. II, p. 76 e 80). Como se percebe do texto, acrescentamos nos efeitos da interposição dos recursos o translativo e o interruptivo.

<sup>29</sup> FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I, p. 753.

ao órgão competente para o julgamento do recurso a análise, em extensão e profundidade, da matéria impugnada.

José Carlos Barbosa Moreira considera que “interpostos sempre para o mesmo órgão que proferiu a decisão embargada, não têm os embargos de declaração efeito devolutivo”<sup>30</sup>. Alexandre Câmara comunga desse entendimento, segundo o qual “trata-se de recurso desprovido de efeito devolutivo”<sup>31</sup>. No mesmo sentido, Cândido Dinamarco leciona que “os embargos de declaração não têm o efeito de devolver o conhecimento da causa a um outro órgão, mas ao próprio juiz ou turma prolatora, o que a rigor não é autêntica devolução, mas mera regressão”<sup>32</sup>.

Defendendo a posição contrária, Teresa Arruda Alvim Wambier afirma que os embargos de declaração “tem efeito devolutivo restrito à matéria impugnada, que se consubstancia no vício apontado na decisão: obscuridade, contradição e omissão”<sup>33</sup>. No mesmo sentido, Araken de Assis leciona que “o efeito devolutivo dos embargos de declaração implica a remessa direta e automática da matéria controvertida ao órgão judiciário que emitiu o provimento”<sup>34</sup>. Ainda nesse sentido, Nelson Nery Junior explica que “o fato de o órgão destinatário dos embargos ser o mesmo de onde proveio a decisão embargada não empece a existência de efeito devolutivo neste recurso”<sup>35</sup>.

A questão, como se vê, é bastante controvertida, mas nos parece que os embargos de declaração possuem, sim, efeito devolutivo, na medida em que transferem para o órgão competente, para o seu julgamento, a matéria impugnada pelo embargante. O efeito devolutivo se verifica na transferência da matéria impugnada para o órgão competente, pouco importando o fato de ser o mesmo órgão prolator da decisão ou outro de hierarquia superior.

<sup>30</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 156.

<sup>31</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. II, p. 119.

<sup>32</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. “Os efeitos dos recursos” *in Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 151.

<sup>33</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005, p. 386.

<sup>34</sup> ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 2007, p. 606.

<sup>35</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: 2004, p. 436-437.

### 4.3. Efeito translativo dos embargos de declaração

O efeito translativo dos recursos é bastante semelhante ao efeito devolutivo, pois ambos se referem aos limites cognitivos do órgão competente para o julgamento do recurso<sup>36</sup>. Contudo, o efeito translativo se opera independentemente dos limites da impugnação do recorrente, permitindo, assim, o conhecimento de matérias *ex officio*, relacionadas a questões de ordem pública.

Os embargos de declaração produzem efeito translativo. Assim, caso o juiz profira despacho saneador sem examinar eventual incompetência absoluta, no julgamento dos embargos de declaração restritos, por exemplo, à omissão quanto ao deferimento de provas, o magistrado pode declarar-se absolutamente incompetente. Trata-se do efeito translativo, também presente nos embargos de declaração.

### 4.4. Efeito suspensivo dos embargos de declaração

Quando se faz referência a efeito suspensivo dos embargos de declaração há imediata necessidade de se explicitar exatamente a respeito do que se está referindo, principalmente sob uma perspectiva histórica.

Isso porque, originariamente, o art. 538 do estatuto processual previa que “os embargos de declaração suspendem o prazo para a interposição de outros recursos”. Diante do texto legal, à época, era comum certa confusão terminológica entre a suspensão do prazo para interposição de outro recurso e a suspensão da eficácia da decisão embargada. Qual era, afinal, o efeito suspensivo?

Atualmente, o problema está superado<sup>37</sup>, pois a redação do art. 538 do Código de Processo Civil, com a alteração promovida

<sup>36</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 228.

<sup>37</sup> Nesse sentido Teresa Arruda Alvim Wambier: “É importante, antes de tudo, que se saliente, ainda que se correndo o risco de dizer o óbvio, que o efeito de interromper os prazos para a interposição dos demais recursos nada tem a ver com a problemática consistente em se saber se os embargos de declaração impedem a decisão impugnada de produzi efeitos” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Efeito suspensivo dos embargos de declaração” *in Linhas mestras do processo civil: comemoração dos 30 anos do CPC*. COSTA, Hélio Rubens Bastista Ribeiro; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva (Coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 614-615).



pela Lei nº 8.950/94, estipula que “os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes”<sup>38</sup>. Assim, à suspensão dos efeitos da decisão no universo factual, chama-se efeito suspensivo; à interrupção do prazo para a interposição de outros recursos, chama-se efeito interruptivo. É do efeito suspensivo que se trata agora.

Sergio Bermudes explica, genericamente, que “o efeito suspensivo obsta a eficácia da decisão judicial, proferida no processo, na extensão do recurso que o produz”, sendo certo que “o efeito suspensivo não veda apenas a eficácia executória da decisão recorrida”, mas sim tolhe “qualquer eficácia ao ato recorrido, para impedir a sua execução, num sentido lato, envolvente da prática de todos os atos, que, de qualquer modo, lhe possam dar efetividade”<sup>39</sup>.

Em termos genéricos, pode-se dizer que o sistema recursal brasileiro, quando silente, prevê efeito suspensivo a todos os recursos - efeito suspensivo *ope legis*. Assim, a ausência de efeito suspensivo resulta sempre de expressa exceção legal, como é o caso do agravo de instrumento, recurso especial, recurso extraordinário e algumas hipóteses de apelação (art. 520, I a VII, do estatuto processual). À falta de expressa exceção legal, diz-se, no jargão forense, que o recurso será recebido no duplo efeito (devolutivo e suspensivo).

No que tange aos embargos de declaração, constata-se, inicialmente, que não há regra legal afastando o efeito suspensivo ou prevendo exclusivamente o efeito devolutivo. Em razão disso, Moacyr Amaral Santos afirma que “têm efeito suspensivo os recursos de apelação, de embargos infringentes ao acórdão e de embargos de declaração”<sup>40</sup>. O processualista, como se vê, considera que possuem efeito suspensivo todos aqueles recursos em

<sup>38</sup> Destaque-se que a redação do art. 50 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis (Lei nº 9.099/95), em texto bastante criticável, prevê que “quando interpostos contra sentença, os embargos de declaração suspenderão o prazo para recurso”.

<sup>39</sup> BERMUDES, Sergio. “O efeito suspensivo nos recursos cíveis” in *Direito processual civil: estudos e pareceres*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 100-101.

<sup>40</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. III, p. 96.

que a lei expressamente não o afasta, dentre eles os embargos de declaração.

No mesmo sentido, Nelson Nery Junior leciona que “no sistema recursal do Código de Processo Civil brasileiro, a regra é o recebimento dos recursos nos efeitos suspensivo e devolutivo”, razão pela qual “são também recebidos no duplo efeito os embargos de declaração”<sup>41</sup>. Ainda no mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior explica que “como a disciplina dos embargos de declaração não contém restrição alguma quanto à sua eficácia, impõe-se reconhecer sua força suspensiva, como proclama a melhor doutrina”<sup>42</sup>.

José Carlos Barbosa Moreira é expresso em defender que “os embargos de declaração mantêm em suspenso a eficácia da decisão recorrida”<sup>43</sup>, no que é seguido por Araken de Assis, para quem “os embargos de declaração têm efeito suspensivo”<sup>44</sup>. A questão não nos parece tão simples, até porque isso significaria dizer que nenhuma decisão é eficaz até que transcorra o prazo para oposição de embargos de declaração, inclusive decisões concessivas de tutela antecipada e de outras medidas de urgência<sup>45</sup>.

Teresa Arruda Alvim Wambier, adotando posição intermediária, defende que os embargos de declaração somente possuem efeito suspensivo naquelas situações em que a decisão embargada se mostra ininteligível ou quando há possibilidade de modificação do julgado, e, mesmo assim, mediante requerimento expresso do

<sup>41</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: 2004, p. 448.

<sup>42</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I, p. 709.

<sup>43</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, p. 559.

<sup>44</sup> ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 2007, p. 607.

<sup>45</sup> Em outras palavras, caso estivesse correta a tese de que os embargos de declaração possuem efeito suspensivo, nenhuma decisão produziria efeito antes de transcorrido o prazo para oposição desse recurso, na medida em que os embargos de declaração são cabíveis contra qualquer pronunciamento judicial. Nesse sentido, manifesta-se com perplexidade Teresa Arruda Alvim Wambier: “Se os embargos de declaração tivessem o condão de obstar a eficácia da decisão só pelo fato de serem cabíveis, já que toda decisão é, em tese, embargável de declaração, não haveria decisões imediatamente eficazes! Os efeitos da decisão só se produziram depois de escoado o prazo dentro do qual os embargos poderiam ter sido interpostos” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005, p. 82).

embargante (efeito suspensivo *ope judicis*). Confira-se a posição da professora:

*“Por tudo o quanto se disse, parece que o efeito suspensivo dos embargos de declaração deve decorrer de uma única circunstância que é o pedido expresso formulado pela parte fundada na impossibilidade real de que a decisão seja cumprida ou na possibilidade de integral alteração da decisão em virtude do acolhimento dos embargos. Não se deve entender, em nosso sentir, que a interposição dos embargos de declaração, por si só, geraria a cessação dos efeitos da decisão. Em face da perspectiva de não poder cumprir a decisão impugnada, deve o próprio embargante formular pedido de que ao seu recurso seja atribuído efeito suspensivo”<sup>46</sup>.*

Posição também digna de destaque é aquela defendida por Flávio Cheim Jorge, segundo a qual os embargos de declaração somente ostentarão efeito suspensivo se o recurso a ser futuramente interposto contra a decisão embargada for daqueles ao qual a lei processual prevê o efeito suspensivo. Trata-se de entendimento baseado na relação entre o efeito suspensivo e a recorribilidade da decisão:

*“Dessa análise, se pode afirmar, sem hesitar, que a aferição quanto ao efeito suspensivo deve ser feita não em relação aos embargos, mas sim quanto ao recurso previsto no Código para atacar a decisão possivelmente embargada. Os embargos, em si mesmo, seja a sua interposição, seja a mera potencialidade no seu manejo, não influenciam na eficácia da decisão judicial. Se os embargos versarem, por exemplo, contra uma sentença proferida no processo de conhecimento, sem que estejamos diante de uma das hipóteses previstas nos incisos do art. 520, evidentemente que a sentença não produzirá efeitos. Mas, tal fato não decorre dos*

<sup>46</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Omissão judicial e embargos de declaração. São Paulo: RT, 2005, p. 87.

*embargos, mas sim da recorribilidade da sentença por meio do recurso de apelação. Por outro lado, se a sentença for proferida num processo cautelar (art. 520, IV), desde a sua publicação terá ela aptidão para produzir efeitos, não tendo os embargos de declaração, mesmo que opostos, qualquer interferência quanto a eles*<sup>47</sup>.

No mesmo sentido, Eduardo Talamini afirma que “se outro recurso que pode ser interposto contra a decisão embargada tem efeito suspensivo *ex lege*, a circunstância de a decisão ficar suspensa inclusive na pendência dos embargos deriva de tal eficácia suspensiva, e não de um efeito suspensivo próprios dos embargos”<sup>48</sup>. A questão se resolve, como se vê, pela análise da natureza da decisão embargada ou, conforme prefere boa doutrina, pela recorribilidade<sup>49</sup>.

Assim, no caso de decisão interlocutória, cujo recurso principal cabível é o agravo, os embargos de declaração opostos contra

<sup>47</sup> JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 263-264.

<sup>48</sup> TALAMINI, Eduardo. “Embargos de declaração: efeitos” in *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. MEDIDA, José Miguel Garcia *et al* (Coord.). São Paulo: RT, 2008, p. 656.

<sup>49</sup> Nesse sentido, o Min. Luiz Fux defende o seguinte: “O efeito suspensivo decorre da própria recorribilidade da decisão e não do recurso propriamente dito. O fato genético-processual de uma decisão submeter-se em potencial a um recurso com efeito suspensivo significa que o referido ato decisório não produz os seus efeitos, senão superado o prazo recursal sem impugnação ou transitada em julgado a decisão do recurso” (FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I, p. 757). No mesmo sentido, manifesta-se Alexandre Freitas Câmara: “É de se notar que o efeito suspensivo, em verdade, não se produz com a interposição do recurso. As decisões sujeitas a ‘recurso suspensivo’ já não produzem efeitos desde o momento em que proferidas. A interposição do recurso não impede sua eficácia, mas tão-somente prolonga o estado de ineficácia em que aquelas decisões se encontram. Em outros termos, a interposição de ‘recurso suspensivo’ apenas faz subsistir o óbice à produção dos efeitos da decisão que existia desde o momento em que a mesma foi proferida. É neste sentido que se afirma, em boa doutrina, que o efeito suspensivo não é efeito da interposição do recurso, mas sim efeitos da recorribilidade” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. II, p. 79). Ainda nesse sentido, Humberto Dalla Bernardina de Pinho esclarece que “o efeito suspensivo não é, em verdade, efeito da interposição do recurso e sim efeito da recorribilidade” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 228).

essa decisão não possuem efeito suspensivo. Isso porque a decisão interlocutória desafia recurso principal que não possui efeito suspensivo *ope legis*. Assim sendo, esses embargos de declaração também não possuem efeito suspensivo.

Excepcionalmente, mesmo nessa hipótese, consideramos que o próprio órgão *a quo* pode atribuir efeito suspensivo ao recurso, haja vista eventual decisão ininteligível ou diante da relevância da argumentação. Pense-se na hipótese em que o juízo concedeu antecipação de tutela ou liminar em cautelar, operadora de modificação na situação de fato das partes. Opostos os embargos de declaração, com efeito modificativo, o juiz verifica o equívoco e suspende os efeitos da decisão, dando, contudo, à vista do efeito infringente, oportunidade à outra parte para oferecer manifestação, antes da decisão definitiva.

Já quando os embargos de declaração são opostos contra sentença de mérito que, por exemplo, julga procedente pedido de indenização por danos morais, os embargos de declaração opostos contra essa sentença possuem efeito suspensivo. E esse efeito suspensivo não decorre dos próprios embargos de declaração, mas sim do fato de que o recurso principal cabível - apelação - possui efeito suspensivo *ope legis*, a teor do art. 520, *caput*, primeira parte, do estatuto processual.

Em conclusão, pode-se dizer que, no que tange ao efeito suspensivo, existe uma relação direta entre os embargos de declaração e o recurso principal cabível contra a decisão embargada. E essa relação também se justifica no plano prático, pois, no mais das vezes, os embargos de declaração são opostos como meio preparatório para interposição de outro recurso. Em uma frase: existe uma relação direta entre os embargos de declaração e o recurso principal cabível contra a decisão embargada no que se refere ao efeito suspensivo.

#### **4.5. Efeitos do julgamento dos embargos de declaração**

Como se disse em passagens anteriores do texto, os embargos de declaração não são ordinariamente meio de reforma ou cassação da decisão impugnada, mas sim de integração, sempre

vinculados à correção dos vícios de omissão, contradição ou obscuridade. Assim, em regra, não se operam os chamados efeitos do julgamento dos recursos nos embargos de declaração.

Há, contudo, no julgamento dos embargos de declaração, integração da nova decisão à decisão embargada, razão pela qual as diferenças práticas em relação ao efeito substitutivo são menos significativas (v.g.: momento do trânsito em julgado, início do prazo para ação rescisória etc.). Entretanto, nos casos em que há alteração substancial do julgado, como consequência do provimento de embargos de declaração com efeito infringente, incide o art. 512 do Código de Processo Civil.

Não há como se entender de outra maneira. Afinal, imagine-se o clássico exemplo da sentença que julga procedentes os pedidos do autor sem examinar prejudicial de prescrição alegada pelo réu. Acolhidos os embargos de declaração com efeito infringente, os pedidos serão julgados improcedentes e, em consequência, haverá radical mudança no dispositivo da sentença.

Com efeito, não há como conviverem, na mesma decisão, dois dispositivos diametralmente opostos, razão pela qual a decisão proferida no julgamento dos embargos de declaração substitui, nesta parte, a decisão embargada. Opera-se, pois, nessas hipóteses, efeito substitutivo no julgamento dos embargos de declaração.

## **5. ESPECIFICAMENTE O EFEITO INTERRUPTIVO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**

Conforme já esclarecido, o art. 538 do Código de Processo Civil trata do efeito interruptivo ao estatuir que “os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes”. Trata-se do chamado efeito interruptivo dos embargos de declaração, que atua sobre o prazo para interposição de outros recursos contra aquela mesma decisão e não sobre a eficácia da decisão.

Cumprе destacar, primeiramente, que o efeito interruptivo dos embargos de declaração se estende não apenas às partes da demanda, embargante e embargado, mas também a terceiros pre-

judicados, Ministério Público na função de *custos legis* e terceiros intervenientes<sup>50</sup>.

Há uma divergência doutrinária sobre a atribuição do referido efeito nas hipóteses de não conhecimento dos embargos de declaração. José Carlos Barbosa Moreira afirma que “deve entender-se, porém, que tal efeito [interruptivo] unicamente se produz quando os embargos de declaração sejam admissíveis e, portanto, hajam de ser conhecidos”<sup>51</sup>. Em sentido contrário, Alexandre Freitas Câmara defende que “o efeito interruptivo é um efeito da interposição do recurso, produzindo-se o referido efeito ainda que, depois, se verifique que os embargos de declaração eram inadmissíveis”<sup>52</sup>.

É de se reconhecer que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça considera que “a oposição de embargos declaratórios, mesmo quando não conhecidos ou considerados protelatórios, tem o condão de interromper o decurso do prazo recursal”<sup>53</sup>. E a própria Corte Especial do mencionado Tribunal Superior, reiterando posição já antes manifestada<sup>54</sup>, decidiu que mesmo os embargos

<sup>50</sup> Em sentido assemblado, José Carlos Barbosa Moreira leciona que “a *ratio* permite, aliás, estender a norma aos outros possíveis recorrentes (terceiro prejudicado, Ministério Público em função de *custos legis*) (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, p. 560).

<sup>51</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Questões de técnica de julgamento nos tribunais” in *Temas de direito processual*: nonasérie. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 288.

<sup>52</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. II, p. 120. Sergio Bermudes, em parecer, defende que “os intempestivos embargos de declaração consubstanciaram um ato processual ineficaz, como são os que têm lugar depois de findo o respectivo prazo, insuscetíveis de produzir qualquer consequência, a começar pelo efeito de interromper o prazo para interposição de outros recursos, conforme o art. 538 do Código de Processo Civil” (BERMUDES, Sergio. “Embargos de declaração intempestivos” in *Direito processual civil: estudos e pareceres*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 246). Não obstante, em outro texto, considera o mesmo autor que “julgados os embargos, tanto por decisão que deles não conheça quanto por decisão que a eles dê, ou negue, provimento, o prazo recomeça a correr para todos, desde o início” (BERMUDES, Sergio. “O efeito infringente dos embargos de declaração” in *Direito processual civil: estudos e pareceres*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 71). Pelo fato desse último texto estar descrito como inédito na coletânea ora citada, parece ser essa última a posição atual do ilustre advogado.

<sup>53</sup> STJ, 3ª T., AgRg nos EDcl no REsp. nº 492.936/RS, Min. Antônio de Pádua Ribeiro, D.J. de 22.11.2004. Idem: STJ, 3ª T., AgRg nos EDcl no AgRg no Ag nº 631.528/ES, Min. Ari Pargendler, D.J. de 01.02.2006.

<sup>54</sup> STJ, Corte Especial, EREsp. nº 302.177/SP, Min. Francisco Peçanha Martins, D.J. de 27.09.2004.

de declaração inadmissíveis produzem o efeito de interromper a fluência dos demais prazos recursais:

*“Ainda que não conhecidos, os embargos de declaração interrompem o prazo para interposição de outros recursos. Embargos de divergência conhecidos e providos”*<sup>55</sup>.

Em verdade, a exceção a tal princípio, dentro da ótica prevalente na referida Corte de Justiça, é a de se negar efeito interruptivo aos embargos intempestivos. Nesse sentido, já decidiu a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça que “se não forem manifestamente intempestivos, os embargos de declaração interrompem o prazo para interposição de outro recurso”<sup>56</sup>. Da mesma forma, mais recentemente, a Quinta Turma daquela Colenda Corte considerou que “não sendo intempestivos, os embargos de declaração, a teor do art. 538, *caput*, do CPC, interrompem o prazo recursal para a interposição de outros recurso”<sup>57</sup>.

Acrescente-se ainda que contra decisão que examina embargos de declaração também é possível a oposição de novos embargos. Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira afirma que “constitui grave erro, por conseguinte, dizer, *sic et simpliciter*, que contra acórdão proferido em embargos de declaração não se podem interpor novos embargos de declaração”<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> STJ, Corte Especial, REsp. nº 453.493/MG, Min. Ari Pargendler, D.J. de 13.06.2005.

<sup>56</sup> STJ, 3. T., AgRg no REsp. nº 816.537/PR, Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 25.09.2007, D.J. de 15.10.2007.

<sup>57</sup> STJ, 5. T., AgRg no AgRg nos EDcl no REsp. nº 1.019.583/RS, Min. Felix Fischer, j. em 26.06.2008, D.J. de 25.08.2008.

<sup>58</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, p. 557-558. No mesmo sentido, Adroaldo Furtado Fabrício: “Como de passagem já se mencionou, é admissível o recurso de embargos declaratórios voltados ao esclarecimento de julgado proferido em anterior recurso da mesma natureza” (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Embargos de declaração: importância e necessidade de sua reabilitação” *in Meios de impugnação ao julgado cível: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 82). E ainda Humberto Theodoro Júnior: “São cabíveis ditos embargos até mesmo da decisão que tenha solucionado anteriores embargos declaratórios, desde, é claro, que não se trate de repetir simplesmente o que fora argüido no primeiro recurso. É preciso que se aponte defeito (obscuridade, omissão ou contradição) no julgamento dos próprios



É necessário, contudo, que os vícios de omissão, contradição ou obscuridade indicados na petição de embargos de declaração digam respeito a essa última decisão e não àquela primeira já embargada. Dessa forma, conforme leciona José Carlos Barbosa Moreira, “a decisão supostamente defeituosa tem de ser a que constitui objeto dos embargos presentes, jamais a outra, objeto dos embargos passados”<sup>59</sup>. E conclui o processualista:

*“O que na verdade não se admite é a tentativa de reproduzir, nos segundos embargos, crítica feita nos primeiros à decisão contra qual haviam estes sido interpostos. Se, por exemplo, o embargante alegara omissão, e o órgão julgador, ferindo o ponto, negou que ela existisse, não há como pretender, mediante novos embargos, insistir na mesma censura: trata-se de matéria vencida”<sup>60</sup>.*

Assim, caso os primeiros embargos de declaração sejam desprovidos, não é o caso de oposição de novos embargos de declaração insistindo naqueles mesmos vícios eventualmente contidos na decisão original<sup>61</sup>. Trata-se de caso de recurso pela via regular, no qual um dos capítulos poderá até ser a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil e ao dever de fundamentação lógica e completa das decisões judiciais, previsto no art. 93, IX, da Constituição da República. Comungando desse entendimento, transcreva-se a lição de Adroaldo Furtado Fabrício:

---

embargos” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I, p. 707). No mesmo sentido, cite-se relevante precedente do Supremo Tribunal Federal: “Cabíveis são embargos declaratórios de acórdão prolatado em idêntico recurso, se nele se aponta omissão, dúvida ou contradição. A rejeição pura e simples, por considerá-lo inadmissível, nega prestação jurisdicional” (STF, 2ª T., RE nº 115.911, Min. Carlos Madeira, D.J. de 03.06.1988).

<sup>59</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, p. 557-558.

<sup>60</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, p. 557-558.

<sup>61</sup> A jurisprudência da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de considerar protelatórios esses embargos: “Embargos de declaração reiterando tema debatido e decidido em anterior recurso integrativo, guardam propósito protelatório, dando azo à aplicação de penalidade” (STJ, Corte Especial, EDcl nos EDcl no AgRg na Pet. nº 1.088/MG, Min. Fernando Gonçalves, D.J. de 07.06.2004).

*“Assim, se a decisão dos embargos, fundamentadamente, estatuir que não ocorreu no decisório embargado o vício nele apontado de omissão, contradição ou obscuridade, ao embargante não é dado insistir na existência dessas baldas mediante novos embargos. Pode, sim, atacar a nova decisão, mas por outra via recursal acaso cabível; pode, também, embargar dela, mas só se nela mesma apontar algum daqueles defeitos que constituem pressupostos do recurso de aclaração”<sup>62</sup>.*

É interessante analisar situação peculiar atinente ao efeito interruptivo dos embargos de declaração nesses casos. Cumpre saber se o efeito interruptivo ocasionado pela oposição de embargos de declaração de uma parte interrompe o prazo para oposição também de embargos de declaração da outra parte contra a mesma decisão. Seria possível que o embargado aguardasse a decisão dos embargos de declaração para, só depois, apresentar os seus embargos de declaração? Isso seria possível ou já teria ocorrido a preclusão?

A questão, como se vê, está centrada na interpretação da expressão “outros recursos”, presente no texto do art. 538 do Código de Processo Civil. Pela referida expressão, devem-se entender, de forma ampla, quaisquer recursos, inclusive os embargos de declaração da outra parte? Ou, de maneira mais restritiva, quaisquer recursos à exceção dos embargos de declaração da outra parte? A divergência pode trazer consequências práticas graves, como a perda do prazo para interposição do recurso principal e, conseqüentemente, o trânsito em julgado da decisão desfavorável.

Araken de Assis afirma que “a regra [do art. 538 do estatuto processual] visa aos recursos que podem reformar ou invalidar o ato impugnado”, mas mesmo assim, continua o professor, “se aplica aos embargos de declaração de qualquer outro legitimado

<sup>62</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Embargos de declaração: importância e necessidade de sua reabilitação” in *Meios de impugnação ao julgado cível: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 83.

a recorrer”<sup>63</sup>. Em sua opinião, o efeito interruptivo aproveitaria os embargos de declaração da outra parte contra a mesma decisão. Em seguida, conclui seu pensamento:

*“Segundo o art. 538, caput, a interrupção alcança ‘outros recursos, por qualquer das partes’. (...). Na prática, a parte que não embargou no prazo do art. 536 beneficiar-se-á da devolução do prazo para obter outros embargos declaratórios. Reputada excessiva a consequência, a jurisprudência do STJ nega efeito interruptivo aos embargos da outra parte, permitindo-os tão-só para aclarar o provimento resultante do julgamento dos embargos interposto pelo adversário. Não há base sólida para semelhante discriminação. Os embargos declaratórios aperfeiçoam o provimento, erradicando defeitos graves, e nem sempre ambas as partes têm interesse em corrigi-los simultaneamente. (...). Ora, parece preferível restituir o prazo aparentemente perdido do que tolerar a presença de defeito não corrigido pelos embargos de uma das partes”<sup>64</sup>.*

A verdade, contudo, é que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou a matéria no sentido de que “os embargos de declaração não interrompem o prazo para a oposição, por outros interessados, de embargos declaratórios contra a decisão já embargada”<sup>65</sup>, conforme ressaltou o Ministro Teori Albino Zavascki em julgamento na Corte Especial. A primeira vez que a Corte Especial julgou a matéria foi no Recurso Especial nº 330.090/RS, cuja ementa é a seguinte:

*“PROCESSO CIVIL. PRAZO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. O prazo para a oposição dos embargos de declaração é comum a ambas as partes, esgotando-se tão logo decorrido o pra-*

<sup>63</sup> ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 2007, p. 609-610.

<sup>64</sup> ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 2007, p. 609-610.

<sup>65</sup> STJ, Corte Especial, EREsp. nº 722.524/SC, Min. Teori Albino Zavascki, D.J. de 18.12.2006.

*zo de cinco dias contado da publicação do julgado; consequentemente, ainda que opostos embargos de declaração por uma das partes, o curso desse prazo não se interrompe, devendo a outra aproveitá-lo se o acórdão se ressentir de um dos defeitos previstos no art. 535, I e II, do Código de Processo Civil, sob pena de preclusão. Recurso especial não conhecido”<sup>66</sup>.*

Assim, a expressão “outros recursos”, presente no texto do art. 538 do Código de Processo Civil, se refere a quaisquer recursos, salvo aos próprios embargos de declaração, já que o prazo para oposição desse recurso é comum para todos os legitimados e a oposição dos primeiros embargos de declaração por qualquer dos interessados não interrompe o prazo para os demais também apresentarem seus embargos de declaração contra essa mesma decisão.

## **6. O PROJETO DE LEI Nº 138/2004 DO SENADO FEDERAL**

É interessante mencionar, por fim, que atualmente tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 138/2004 do Senado Federal. Originariamente, o referido projeto pretendia, sob a justificativa de resolver o problema da lentidão da Justiça, restringir a lista de recursos do art. 496 do Código de Processo Civil à apelação, aos embargos de declaração, ao recurso extraordinário e aos embargos de divergência em recurso extraordinário.

A limitação atingiria todas as causas, sob rito comum ordinário, rito comum sumário e rito especial que se enquadrassem no disposto no art. 3º da Lei dos Juizados Especiais Cíveis (Lei nº

---

<sup>66</sup> STJ, Corte Especial, REsp. nº 330.090/RS, Min. Ari Pargendler, D.J. de 30.10.2006. A sessão contou com interessante debate. Ao final, a tese vencedora foi sustentada pelos Ministros Ari Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Hamilton Carvalhido e Arnaldo Esteves. Votaram vencidos os Ministros Humberto Gomes de Barros, Paulo Gallotti, Luiz Fux e Francisco Peçanha Martins. No mesmo sentido do julgado pela Corte Especial: STJ, 1ª T., REsp. nº 898.055/SP, Min. José Delgado, D.J. de 03.09.2007; STJ, 2ª S., Emb. Decl. Emb. Decl. CC nº 36.933, Min. Nancy Andrighi, D.J. de 19.04.2004 e STJ, 3ª T., REsp. nº 722.524/SC, Min. Nancy Andrighi, D.J. de 13.06.2005.

9.099/95), desde que obedecido o limite de quarenta salários mínimos. Contudo, por proposta de substitutivo do Governo Federal, o projeto foi totalmente alterado, para passar a prever apenas a extinção dos embargos de declaração como recurso, versão essa que conta, inclusive, com sugestões do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

Em breve resumo, pode-se dizer que, na forma do substitutivo, os embargos de declaração deixam a enumeração constante do art. 496 do estatuto processual e passam a ser disciplinados como “pedido de correção” nos novos arts. 463-A, 463-B e 463-C do Código de Processo Civil, cabíveis nos casos de (i) manifesta obscuridade ou contradição, (ii) omissão ou (iii) manifesto erro formal.

O substitutivo prevê ainda, no art. 463-A, § 2º, que “a mesma parte não poderá apresentar segundo pedido de correção, sem prejuízo de a matéria poder ser renovada, como preliminar, no recurso que venha a interpor”, o que corresponde ao entendimento predominante da doutrina e da jurisprudência. Ademais, a proposta de alteração legislativa estatui, no art. 463-B, parte final, que “nos casos em que se alegue que o dispositivo foi contraditório ou omissivo, será aberta vista à parte contrária por igual prazo”, o que também corresponde ao entendimento da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria<sup>67</sup>.

<sup>67</sup> Recentemente, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, pacificando a questão, considerou que “a atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração supõe a prévia intimação da contraparte; sem o contraditório, o respectivo julgamento é nulo” (STJ, Corte Especial, EDcl nos EDcl na AR nº 1.228/RJ, Min. Ari Pargendler, D.J. de 02.10.2008). No mesmo sentido, a jurisprudência do Pretório Excelso: “Os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal são reiterados no sentido da exigência de intimação do embargado quando os declaratórios veiculem pedido de efeito modificativo” (STF, 2º T., RE nº 250.396/RJ, Min. Marco Aurélio Mello, D.J. de 12.05.2000). Na doutrina, defendendo a necessidade de oitiva da parte contrária nos embargos de declaração com efeito infringente, cite-se a posição de Cândido Rangel Dinamarco: “Em termos práticos, o procedimento dos embargos declaratórios com fins infringentes deve incluir a oportunidade para que o embargado ofereça contra-razões, sob pena de nulidade” (DINAMARCO, Cândido Rangel. “Os embargos de declaração como recurso” *in Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 186). No mesmo sentido são as lições de Humberto Theodoro Júnior (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I, p. 708), Adroaldo Furtado Fabrício (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Embargos de declaração: importância e necessidade de sua reabilitação” *in Meios de impugnação ao julgado cí-*

Por fim, o art. 463-C do substitutivo determina que “o pedido de correção interrompe o prazo para a interposição de recurso por qualquer das partes”, o que também resolve a questão anteriormente debatida, pois a suspensão se refere a “recurso” e não a outros “pedidos de correção”, que deverão, assim, ser manifestados no prazo comum de cinco dias.

Como se vê, o substitutivo, se aprovado, pretende sepultar muitas das divergências hoje existentes na doutrina a respeito dos embargos de declaração, notadamente aquela relacionada à sua natureza jurídica. A partir da aprovação do mencionado substitutivo, os embargos de declaração serão considerados como incidente nos procedimentos sujeitos ao Código de Processo Civil, como já previsto na Lei de Arbitragem brasileira (art. 30 da Lei nº 9.307/96).

## 7. CONCLUSÃO

Diante de todas essas divergências doutrinárias e jurisprudenciais, bem como em razão da importância dos embargos de declaração como meio de aperfeiçoar a decisão judicial, permita-se encerrar essa breve exposição com as primorosas palavras do Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, que acaba de completar trinta anos de magistratura:

*“Os embargos de declaração não consubstanciam crítica ao ofício judicante, mas servem-lhe ao aprimoramento. Ao apreciá-los, o órgão deve fazê-lo com espírito de compreensão, atentando para o fato de consubstanciarem verda-*

---

vel: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 60) e Luiz Fux (FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I, p. 866). Contra, no sentido de dispensar as contra-razões mesmo nesse caso, confira-se a posição de Sergio Bermudes: “Essa natureza incidente dispensa o contraditório sem ofender, no entanto, o art. 5º, LV, da Constituição Federal. Afinal, o órgão judicial trabalhará sobre o mesmo material constante do processo, acerca do qual já se terá operado o contraditório. Presume-se que a decisão dada nos embargos teria sido aquela, desde o início” (BERMUDES, Sergio. “O efeito infringente dos embargos de declaração” in *Direito processual civil: estudos e pareceres*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 72).

*deira contribuição da parte em prol do devido processo legal”<sup>68</sup>.*

Espera-se, pois, que o substitutivo apresentado pelo Governo Federal seja aprovado e que, em definitivo, os embargos de declaração possam ser tratados como incidente. Ainda assim eles permanecerão como um meio de aperfeiçoamento da decisão judicial e, como tal, nunca deverão ser considerados como uma crítica ao ofício judicante, razão pela qual, seja como recurso, seja como incidente, confia-se que a magistratura brasileira saberá recebê-los e analisá-los com espírito de compreensão. ☐

---

<sup>68</sup> STF, 2ª T., Emb. Decl. no AgRg no AI nº 163.047/PR, Min. Marco Aurélio Mello, D.J. de 08.03.1996.

# Efeitos Cíveis e Processuais da Sentença Condenatória Criminal. Reflexões sobre a Lei 11.719/2008

Alexandre Freitas Câmara  
*Desembargador do TJ/RJ*

## I - INTRODUÇÃO

Recentemente foi reformado o Código de Processo Penal. Das alterações legislativas operadas nessa sede têm tratado, com grande proficiência, os maiores especialistas em direito processual penal brasileiros. Há, porém, um ponto em que a reforma do processo penal toca no processo civil. Refiro-me, evidentemente, à inclusão, entre os elementos que devem estar contidos na sentença penal condenatória, da determinação do valor mínimo da indenização devida pelos danos decorrentes da prática do crime.

O objetivo desta exposição é analisar a nova redação do art. 387, IV do Código de Processo Penal, estabelecida pela Lei n. 11.719/2008, a partir de uma ótica processual civil. Isto não impede, porém, que algumas considerações sejam feitas, à luz do direito processual penal. De toda sorte, o que se busca é saber se, e em que medida, esta inovação pode trazer consequências para o processo civil brasileiro.

## II - SISTEMAS DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELA PRÁTICA DE ILÍCITOS PENAIIS

Para início desta breve exposição, impende tecer algumas considerações acerca do modo como o direito contemporâneo tem



tratado da relação entre o crime e a responsabilidade civil pelos danos daí decorrentes.

São conhecidos, no direito moderno, dois sistemas de fixação da responsabilidade civil pelos danos decorrentes da prática de ilícitos penais:

*a) Sistema da separação: proíbe que no processo penal se postule reparação civil: é o modelo adotado no direito anglo-saxônico e no holandês. É o sistema que o direito brasileiro adotou no período imediatamente anterior à reforma do CPP aqui examinada.*

*b) Sistema da adesão: permite que no processo penal se postule reparação civil. Em alguns casos a postulação é feita pela vítima ou seus sucessores, em outros pelo Ministério Público, atuando como substituto processual. É o adotado, por exemplo, na Itália. Pode ser de “adesão obrigatória” ou de “adesão facultativa”.*

O exame do tema que constitui o objeto desta exposição deverá levar a se verificar se a Lei 11.719/2008 terá operado ou não alguma modificação quanto a este ponto no direito brasileiro.

Para isto, impende conhecer o sistema adotado antes de tal lei, o que se faz com brevíssima análise dos regramentos anteriores à mesma, desde o ordenamento dos tempos do Império até os dias imediatamente anteriores a tal diploma legislativo.

### **III - O SISTEMA BRASILEIRO ANTERIOR À LEI 11.719/2008**

Inicialmente se adotou, no Brasil, o sistema da adesão (primeiro adesão facultativa, ao tempo do Código Criminal do Império, de 1830, já que havia casos em que a vítima poderia postular a reparação do dano no juízo cível; depois adesão obrigatória, com a fixação do valor da indenização na sentença, a partir do Código de Processo Criminal do Império, de 1832). A partir da Lei 261, de 1841, passou-se a adotar o sistema da separação.

O art. 63 do CPP estabelece que “transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no ju-

ízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros”. E isto se dá porque, na forma do art. 91, I, do Código Penal, é efeito da condenação “tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”. Daí porque, como consequência disso tudo, o art. 475-N, II do CPC estabelece que a sentença penal condenatória transitada em julgado é título executivo no plano civil.

A rigor, porém, a condenação penal jamais foi verdadeiro título executivo civil. Isto se diz pelo fato de que a condenação penal torna a obrigação de indenizar certa, mas não a torna (ou, pelo menos, não a tornava) líquida. Daí então porque sempre se afirmou que a sentença penal condenatória era título capaz de tornar adequada a postulação de liquidação de sentença para, só depois, permitir a instauração de execução.<sup>1</sup>

#### **IV - O SISTEMA INSTITUÍDO PELA LEI 11.719/2008**

A reforma do CPP estabeleceu que a sentença conterà a indicação do valor mínimo da indenização devida ao ofendido (art. 387, IV). Por sua vez, o novo parágrafo único do art. 63 do CPP estabelece que uma vez “transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do *caput* do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido”.

Diga-se, em primeiro lugar, que este novo regime não impede o ajuizamento de demanda civil de reparação de danos. Afinal, permanece em vigor o art. 64 do CPP, segundo o qual, “sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for o caso, contra o responsável civil”. Disso se pode, então, extrair que o direito brasileiro teria passado, por força da Lei 11.719/2008, do regime da separação para o da adesão facultativa.

Sem que se faça, ainda, qualquer análise crítica dos novos dispositivos, limitado este estudo, por ora, a um exame da litera-

<sup>1</sup> Assim, por todos, Humberto Theodoro Júnior, Curso de direito processual civil, v. II. Rio de Janeiro: Forense, 42ª ed., 2008, p. 79.

lidade do texto, caberá ao juízo criminal, na sentença condenatória, fixar um valor mínimo de indenização. Uma vez transitada em julgado a sentença penal, caso a vítima se dê por satisfeita com o valor indicado naquele provimento, promoverá desde logo a execução; caso lhe pareça insuficiente aquele valor, deverá primeiro postular a liquidação da sentença.

Importa destacar que, tanto no caso de se demandar desde logo a execução, quanto no caso de se postular primeiro a liquidação da obrigação, a legitimidade passiva para o processo civil será, apenas, daquele que tenha sido condenado pela prática do crime (ou de seu espólio ou de seus sucessores, caso já tenha falecido o condenado no momento da instauração do processo civil).

## V - CRÍTICAS AO NOVO SISTEMA

### 1. O problema da correlação entre demanda e sentença

O primeiro problema que, a meu ver, deve ser enfrentado, é o da correlação entre a demanda e a sentença. Como ensina a mais autorizada doutrina sobre o tema, toda violação desse princípio implica, na verdade, em um desrespeito ao princípio do contraditório.<sup>2</sup>

A necessidade de respeito ao princípio da correlação nada mais é do que a imperiosa garantia que devem ter as partes de que poderão prever, com absoluta exatidão, todos os possíveis resultados do processo. Têm elas, pois, o direito de participar do processo de modo a influenciar o juízo na formação do seu resultado. Admitir decisões que não sejam perfeitamente congruentes com a demanda, ressalvados casos raríssimos, implica permitir a formação de um resultado do processo que a parte não pôde prever e, por isso, não teve como nela influir. Isto viola a garantia do contraditório e, pois, é absolutamente inadmissível - salvo, repita-se, casos excepcionalíssimos, todos de natureza não penal.

<sup>2</sup> Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: RT, 2000, p. 143. No plano do direito processual civil, seja permitido fazer referência ao que escrevi em Alexandre Freitas Câmara, "Princípio da correlação entre demanda e sentença no direito processual civil", *in* Alexandre Freitas Câmara, *Escritos de direito processual - Terceira série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 5.

Deste modo, para que se admita que o juiz penal, na sentença, fixe o valor da indenização, é absolutamente essencial que isto tenha sido pedido, sob pena de se ter uma sentença incongruente. Surge, então, o problema de saber quem fará tal pedido, e como isto se dará.

Não me parece possível, em primeiro lugar, que ao Ministério Público, titular da ação penal, seja possível atribuir-se tal legitimidade, pois a mesma teria inegável natureza extraordinária, e dependeria, para existir, de expressa previsão legal, que não existe.<sup>3</sup>

A solução, então, seria reconhecer a possibilidade de o próprio ofendido, ou seus sucessores, postularem a indenização perante o juízo criminal. Assim, estar-se-ia a reconhecer a competência do juízo criminal para o processo civil que tivesse por objeto a reparação do dano causado pelo mesmo fato que, no processo penal, se afirma ser crime.

Este entendimento, porém, esbarra no disposto no art. 125, § 1º da Constituição da República. Afinal, estabelecer a competência *ratione materiae* dos juízos estaduais é tema de organização judiciária, o qual é reservado à legislação estadual de iniciativa do Tribunal de Justiça. Assim, o entendimento aqui apresentado acaba por esbarrar em uma inconstitucionalidade formal, já que lei federal não pode tratar da matéria.

Veja-se, por exemplo, a diferença entre o vigente texto do CPP e o da lei que trata da violência doméstica e familiar contra a mulher. O art. 14 desta lei estabeleceu que os Estados poderiam criar Juizados com competência cível e criminal para as causas que versassem sobre a matéria regida por aquele diploma. Coube, porém, a lei estadual de iniciativa do Tribunal de Justiça a efetiva previsão de um órgão com competência cível e criminal.

A atribuição, por lei federal, a um juízo criminal, de competência cível é formalmente inconstitucional e, portanto, não se pode admitir a interpretação até aqui apresentada.

<sup>3</sup> Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci, “Considerações sobre a indenização civil fixada no processo criminal”, in <http://www.cartataforense.com.br/Materia.aspx?id=3131>, acesso em 29.3.2009.

A solução deste problema seria considerar-se que a fixação do valor da indenização pelo juízo criminal independeria de demanda civil, o que criaria outro problema, como visto, de ordem constitucional, já que a inclusão da determinação do valor mínimo da indenização no objeto do processo penal independentemente de pedido geraria uma ilegítima violação do princípio da correlação entre demanda e sentença e, pois, da garantia constitucional do contraditório.

O sistema estabelecido pela Lei 11.719/2008, portanto, padece de vício de inconstitucionalidade, não podendo ser aplicado.

## 2. O problema dos limites subjetivos da coisa julgada

Admitida, apenas como hipótese de trabalho, a possibilidade de que o juízo criminal, independentemente de demanda proposta pelo ofendido ou seus sucessores, fixe o valor mínimo da indenização, ter-se-á outro problema a examinar: o da eficácia dessa fixação quando considerados os limites subjetivos da coisa julgada.

Início por registrar um ponto que, a meu ver, será de grande importância. É que a doutrina tradicionalmente afirma que a condenação penal equivale, no plano civil, a uma sentença declaratória da existência da obrigação de indenizar, a qual, dispensado por lei o momento condenatório, teria eficácia de título executivo.<sup>4</sup> Assim, porém, não me parece. Sentença declaratória é a que contém o acerto da existência ou inexistência de uma relação jurídica (ou, nos casos admitidos, de um fato). Ocorre que a condenação penal não contém (ou, pelo menos, não continua, antes da Lei 11.719/2008) o acerto da existência da obrigação de indenizar, limitando-se a conter juízos de valor sobre aspectos penais.<sup>5</sup>

Tornar certa a obrigação de indenizar, como afirma o art. 91, I, do CP, não é declarar sua existência. E isto porque em matéria de títulos executivos, quando se fala em *certeza* da obrigação, não

<sup>4</sup> Neste sentido, por todos, Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. IV. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 233.

<sup>5</sup> Bruno Corrêa Burini, *Efeitos civis da sentença penal*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 111-112.

se alude à certeza quanto à sua existência. Sobre o tema, cite-se a conhecida lição de Dinamarco:<sup>6</sup>

*“Afastada a imprópria vinculação do título ao acertamento do crédito, não pode sobrar espaço para a falsa ideia de que se exija a certeza quanto à existência do crédito, como requisito para executar. Nem o mais idôneo de todos os títulos executivos, que é a sentença civil condenatória passada em julgado, seria capaz de atestar a existência do crédito no momento da execução: o lapso que medeia entre sua prolação possibilita a extinção do crédito pelo próprio adimplemento, por prescrição, novação etc. A equivocada definição contida no art. 1.533 do Código Civil [de 1916, sem correspondente exato no Código Civil de 2002] é incapaz de remover essa realidade.*

*Na busca do verdadeiro significado da certeza como requisito substancial do título executivo, tenha como apoio a consciência da razão de sua exigência pela lei processual. É para poder fixar em cada caso os limites do sacrifício a ser imposto ao patrimônio do executado, que a lei dita a indispensabilidade dos elementos que concorram para a perfeita individuação e dimensionamento do direito a executar.*

*“Assim é que, quando se fala em direito certo, pensa-se num direito cujos elementos sejam perfeitamente conhecidos; em outras palavras, será certo um direito, se definidos os seus sujeitos (ativo e passivo) e a natureza da relação jurídica e do seu objeto. Não haveria como nem por quê exigir a segura existência do direito, como requisito para executar. Como ficariam os embargos à execução [ou a impugnação]?”*

A mesma ideia é afirmada em moderníssima obra doutrinária:<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Execução civil*. São Paulo: Malheiros, 5ª ed., 1997, p. 489-490.

<sup>7</sup> Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, v. II. Bolonha: Il Mulino, 4ª ed., 2006, p. 297. É minha a tradução livre do texto italiano.

*“Quanto aos requisitos do direito consagrado no título, vai antes de tudo afirmado que ‘certeza’ não significa incontestabilidade ou certeza absoluta, mas apenas relativa, no sentido de que o direito deve emergir, nos seus limites, seja objetivos seja subjetivos, do próprio título”.*

Vê-se, pois, que a condenação penal não contém (ou, pelo menos, não continua) a declaração da existência da obrigação de indenizar mas, tão somente, produzia o efeito de tornar certa tal obrigação, no sentido de que a partir daquela sentença seria possível afirmar-se quem são os sujeitos da obrigação exequenda (o ofensor e o ofendido ou seus sucessores), assim como a natureza e o objeto da obrigação (sendo obrigação de indenizar, o objeto só pode ser indenizar em dinheiro).

Deste modo, é possível considerar que, ao menos antes da reforma, o efeito executivo civil da sentença penal não guardava qualquer relação com a autoridade de coisa julgada material alcançada por aquele pronunciamento jurisdicional. E isto porque, como sabido, a coisa julgada é a imutabilidade do conteúdo da sentença, não guardando qualquer relação com seus efeitos.<sup>8</sup>

Com a reforma operada pela Lei 11.719/2008, porém, a sentença penal condenatória passa a *conter* a declaração do valor mínimo da indenização a ser paga. Daí se tem de extrair, também, e inevitavelmente, que a sentença penal *contém* a própria declaração da existência da obrigação do ofensor de reparar o dano suportado pelo ofendido.

Consequência de tudo isso é que, com a redação vigente da lei processual penal, os limites objetivos da coisa julgada penal passam a abarcar, também, a declaração da existência da obrigação de indenizar e do valor mínimo a ser pago. Afinal, tais declara-

---

<sup>8</sup> Neste sentido, seja permitido fazer referência ao que sustento em Alexandre Freitas Câmara, *Lições de direito processual civil*, v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 19<sup>o</sup> ed., 2009, p. 459. No mesmo sentido, José Carlos Barbosa Moreira, “Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada”, *in* Barbosa Moreira, *Temas de direito processual - Terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 99 e seguintes.

rações estarão *contidas* na sentença, sendo alcançadas pela autoridade de coisa julgada.

Constatado o fato de que com a reforma do CPP a declaração da existência da obrigação de indenizar e do valor mínimo da indenização passam a ser alcançados pela autoridade de coisa julgada material, impende verificar os limites subjetivos da imutabilidade dessas declarações.

Deve-se considerar, com apoio na mais autorizada doutrina, que no processo penal a coisa julgada se opera apenas *inter partes*.<sup>9</sup> E não poderia, mesmo, ser diferente. Afinal, admitir que a coisa julgada alcance quem não participou do processo (nem foi substituído por alguém que tenha promovido a defesa de seu interesse) acarretaria uma inconstitucional violação ao princípio do contraditório.

É de se considerar, então, que se o ofendido não participa do processo em que é fixado o valor mínimo da indenização (e já se viu anteriormente a razão pela qual não pode participar), não haverá coisa julgada entre ofensor e ofendido.

O que acaba de ser dito nada mais é do que a aplicação, ao caso, de algo que é absolutamente tranquilo em matéria de limites subjetivos da coisa julgada. Basta ver o seguinte exemplo: em um processo no qual são partes A e B, disputa-se a propriedade de um certo bem. Proferida a sentença, declara-se que a propriedade é de A. Isto não impede, porém, que haja outros processos, entre A e C, ou entre B e C, em que se dispute a propriedade do mesmo bem. Veja-se que C não pode invocar a coisa julgada nem mesmo perante B, que saiu vencido naquele primeiro processo, e isto porque - conforme regra universalmente reconhecida - a coisa julgada não alcança terceiros, nem para os prejudicar nem para os beneficiar (*res inter alios iudicata aliis nec nocet nec prodest*).

Aplicados estes princípios ao caso em exame, verifica-se que não haverá coisa julgada nem a prejudicar, *nem a beneficiar* o

<sup>9</sup> Assim, por todos, na doutrina mais atualizada, Aury Lopes Júnior, *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 373. No mesmo sentido, na doutrina clássica, Leonardo Prieto-Castro y Ferrándiz e Eduardo Gutiérrez de Cabiedes, *Derecho procesal penal*. Madri: Tecnos, 4<sup>a</sup> ed., 1989, p. 347-348.



ofendido, que não participa do processo penal. Deste modo, nada impediria que no processo civil se discutisse até mesmo a existência de dano a reparar.

É absolutamente desnecessário dizer aqui que nem todo ilícito penal gera danos indenizáveis. Assim, seria perfeitamente possível que, em um processo civil instaurado por demanda do ofendido pela prática de crime, ainda que tenha havido a afirmação na sentença penal de que existe obrigação de indenizar, e até mesmo no caso de se ter fixado naquela sentença o valor mínimo a ser pago a título de indenização, se viesse a afirmar a inexistência de qualquer dano e, portanto, a inexistência da obrigação de indenizar. Isto, perdoe-se a insistência, não seria uma ofensa à coisa julgada por não estar a hipótese obstada pelos limites subjetivos da coisa julgada que se tiver formado.

Daí se extrai, pois, que não há qualquer utilidade em se fixar, na sentença penal condenatória, o valor mínimo da indenização, pois o juízo cível não estará vinculado a tal fixação, podendo estabelecer valor menor ou, até mesmo, declarar a inexistência do dever de indenizar por ausência de dano indenizável. A regra trazida pela Lei 11.719/2008 que aqui se analisa, portanto, é absolutamente inútil e, deste modo, despida de qualquer efetividade. Por tal motivo, há de ser vista como letra morta, dela se fazendo *tabula rasa*, já que sua observância em nada contribuirá para a tutela jurisdicional de quem quer que seja.

Deste modo, é mesmo de se considerar que tal dispositivo, por inútil que é, se revela inconstitucional, já que despido de razoabilidade, sendo certo que qualquer norma jurídica que viole o princípio da razoabilidade ofende, diretamente, o disposto no art. 5º, LIV, da Constituição da República.

### **3. A INCOMPATIBILIDADE ENTRE A NOVA REGRA E O SISTEMA ACUSATÓRIO**

Chama-se sistema acusatório ao “conjunto de normas e princípios fundamentais, ordenadamente dispostos e orientados a partir do principal princípio, tal seja, aquele do qual herda o nome:

*acusatório*".<sup>10</sup> No direito contemporâneo, o sistema penal acusatório tem as seguintes características fundamentais:<sup>11</sup>

- a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;*
- b) a iniciativa probatória deve ser das partes;*
- c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo;*
- d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);*
- e) o procedimento é em regra oral (ou predominantemente);*
- f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte);*
- g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa);*
- h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;*
- i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;*
- j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição*".

Não tenho qualquer dúvida em afirmar que a regra estabelecida pela Lei 11.719/2008, na nova redação do art. 387, IV, do CPP, é contrária ao primeiro daqueles postulados componentes do sistema acusatório. É que, ao permitir que o juiz criminal fixe o valor mínimo da indenização sem que haja demanda com este objeto, a lei acaba por fazer com que as atividades de acusar e julgar incidam sobre a mesma pessoa. Afinal, aplicada a norma, seria do

<sup>10</sup> Geraldo Prado, *Sistema acusatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 114.

<sup>11</sup> Aury Lopes Júnior, *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª ed., 2009, p. 58. Sobre a compatibilidade entre o sistema acusatório e os poderes de iniciativa instrutória do juiz, em ponto no qual divirjo da opinião dominante na doutrina processual penal, seja permitido remeter a Alexandre Freitas Câmara, "Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático", in Freitas Câmara, *Escritos de direito processual - Terceira série*, cit., p. 264-265.

juiz a atividade de acusar o réu de ter causado dano indenizável ao ofendido.

Ocorre que a adoção do sistema acusatório é absolutamente fundamental para a conformidade constitucional das normas processuais penais. Afinal, como tem reconhecido o Supremo Tribunal Federal, no ordenamento jurídico brasileiro vigora o sistema acusatório.<sup>12</sup>

Registro, neste ponto, que o sistema acusatório é estabelecido, modernamente, sobre a assim chamada “presunção de inocência”. Sobre o ponto, em obra que já se tornou clássica, pode-se ler que “presunção de inocência e ‘devido processo legal’, na verdade, são conceitos que se complementam, traduzindo a concepção básica de que o reconhecimento da culpabilidade não exige apenas a existência de um processo, mas sobretudo de um processo ‘justo’, no qual o confronto entre o poder punitivo estatal e o direito à liberdade do imputado seja feito em termos de equilíbrio”.<sup>13</sup> É preciso ter claro, então, que esta garantia (de que ninguém será tratado como culpado senão depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória), é fundamental na construção de um “escudo protetor contra o poder arbitrário, e que

<sup>12</sup> Assim, por exemplo, confira-se a ementa do acórdão proferido no julgamento do HC 84051/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 17.8.2004: “Habeas Corpus. 2. Alegações de: i) ofensa ao disposto no art. 28 do Código de Processo Penal; e ii) omissão na aplicação do art. 9º da Lei no 10.684/2003 ao caso concreto. 3. *No ordenamento jurídico brasileiro, vigora o sistema acusatório.* Porém, a hipótese descrita nos autos não configura iniciativa probatória exercida pelo juiz. 4. Ausência de violação ao art. 28 do CPP, vez que o próprio magistrado consignou em seu despacho não poder determinar medidas apuratórias, em face do pedido de arquivamento, limitando-se a remeter à consideração do Ministério Público “a possibilidade de se realizar ainda uma tentativa de elucidação” (fl. 148). 5. No caso concreto, a ocorrência de fatos novos ensejou o legítimo oferecimento de denúncia pelo *Parquet*. Não há colisão com o entendimento firmado pelo Plenário no julgamento do INQ nº 2.028/BA, Relatora Ministra Ellen Gracie, maioria, DJ 16.12.2005. 6. Configuração de ofensa ao art. 9º da Lei no 10.648/2003, pois a paciente tem direito à suspensão da pretensão punitiva, diante do parcelamento concedido à pessoa jurídica - PAES. 7. Ordem parcialmente deferida, para que o Superior Tribunal de Justiça, completando o julgamento do acórdão recorrido (Recurso Especial nº 502.881/PR), examine a alegação do paciente, no sentido da aplicação do art. 9º da Lei no 10.684/2003 ao caso ora em apreço conforme orientação da Procuradoria-Geral da República” (grifei).

<sup>13</sup> Antônio Magalhães Gomes Filho, **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 47.

está incluído em todas as garantias que fazem parte do processo penal”.<sup>14</sup> Inserido em tal contexto, o juiz penal tem de ser visto como um juiz de garantia, um “garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal”.<sup>15</sup>

Disto se extrai que o juiz penal tem uma função diferente da do juiz civil. Isto porque ao juiz civil não se atribui a função de proteger o demandado das imputações do demandante. Admitir, então, que o juiz penal fixe valor de indenização acaba por contrariar essa função do juiz penal garantidor, o que reforça o argumento da existência de conflito entre esta regra agora inserida no CPP e o moderno processo penal, constitucionalmente legítimo, que se tem tentado construir no direito brasileiro.

A incompatibilidade entre a norma veiculada pela redação dada ao art. 387, IV, do CPP pela Lei 11.719/2008 é, pois, contrária ao sistema acusatório. Só não haveria essa incompatibilidade se coubesse ao ofendido ou ao Ministério Público demandar pela reparação do dano o que, como visto anteriormente, não decorre da norma aqui examinada. Assim, é a mesma inconstitucional, não podendo ser aplicada.

## VI - CONCLUSÃO

De todo o exposto, a única conclusão possível é pela inconstitucionalidade da norma aqui examinada. E se é inconstitucional tal norma, então é preciso concluir que nada mudou, e que se continua a adotar, no Brasil, o sistema da total separação entre o juízo penal e o juízo cível. Não quer isto dizer, evidentemente, que a sentença penal não possa produzir (como produz) efeitos civis. Não se admite, porém, ao menos diante do direito vigente, que o juiz penal, ao proferir a sentença condenatória, fixe qualquer valor a título de indenização, seja mínimo ou não.

Em síntese: tudo como dantes no quartel de Abrantes. ☐

<sup>14</sup> Alberto M. Binder, *Introdução ao direito processual penal*. Trad. bras. de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 85.

<sup>15</sup> Aury Lopes Júnior, *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantística)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 74.

# A Nova Pastoral do Menor\*

Siro Darlan

*Desembargador do TJ/RJ. Presidente do Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente.*

Há alguns meses ocupei espaço na mídia para mostrar minha indignação com a desconstrução de mais um projeto de apoio e orientação de crianças e adolescentes desvalidas. A iniciativa do Cardeal Eusébio pareceu-me em descompasso com o discurso do Divino Mestre que admoestou os apóstolos que desejavam afastar Dele as crianças que o buscavam: “Deixai vir a mim as crianças...”

Contudo, devo dar a mão à palmatória, porque testemunhei em Vila Kennedy, na Paróquia do padre Lino, no último dia 20, consagrado ao padroeiro São Sebastião, um verdadeiro renascer e com bases muito sólidas de uma nova Pastoral do Menor. O nome ainda me incomoda, porque desde 1990 que não mais se usa o termo menor e sim criança e adolescente, mas isso não é importante diante da relevância dessa retomada.

A nova pastoral tem um Conselho composto de católicos ilustres e comprometidos com a causa social, e suas propostas são ousadas, e não apenas ousadas, mas são ações concretas, como a que foi inaugurada em Vila Kennedy com a introdução naquela comunidade tão carente de um posto de inclusão digital com vinte computadores doados pela Mútua dos Magistrados.

O compromisso da nova pastoral não é com a manutenção do *status quo* através de ações caritativas, mas visa ao desenvolvimento de crianças e adolescentes, que passam a ter a oportunidade de viajar nas asas da Internet, podendo conhecer um novo

---

\* Publicado no *Jornal do Commercio*, de 23.01.2009.

e surpreendente planeta até então inacessível. O projeto se complementa com ações esportivas, com professores e voluntários de qualidade, comprometidos com o desenvolvimento sadio daquela infância até então esquecida.

O entusiasmo da comunidade e sobretudo de seu Pastor eram contagiantes, e o chamado que fazem a toda a sociedade para a implantação de outros polos semelhantes poderá ser a nova luz de esperança para todos os homens de boa vontade. A comunidade de Acari será o próximo investimento. Agora acredito que a Igreja de Cristo está realizando seu verdadeiro papel de evangelização, que começa pelo respeito aos fiéis e com prioridade para as crianças. O catecismo que produz bons frutos é esse em que os pastores se voltam para as bem aventuranças anunciadas.

Fico imaginando o que as igrejas podem fazer com suas lideranças junto a essas comunidades. Com sua mensagem de paz e esperança, muito rapidamente ocuparão os lugares até então preenchidos pelas forças do mal. A liderança daqueles que portam a mensagem de Jesus Cristo pode ajudar as famílias a retomarem a responsabilidade na educação dos filhos. A lição de respeito e dignidade se sobreporá à negligência e à violência que acometem crianças e adolescentes.

A introdução do programa Escola de Família nas igrejas e escolas será um passo importante na retomada do processo de conquista da paz nas comunidades. O desconhecimento da realidade das comunidades pobres e o abandono pelo poder público acabam por gerar juízos equivocados de condenação das famílias por atos de negligência e violência. O que precisam essas famílias é de orientação e apoio para vencerem suas dificuldades e assumirem suas responsabilidades no exercício do poder familiar.

A proposta em estudo de assunção, nas paróquias do Rio de Janeiro, do vitorioso e reconhecido programa de Escola de Família pode ser o caminho de paz e dignidade nas comunidades mais empobrecidas.

“Bem aventurados os humildes de espírito, porque deles é o reino dos céus”.☐

# Direitos Fundamentais Legítimas Prerrogativas de Liberdade, Igualdade e Dignidade

Alexandre Guimarães Gavião Pinto  
*Juiz de Direito do TJ/RJ*

Os direitos fundamentais, que, em essência, são direitos representativos das liberdades públicas, constituem valores eternos e universais, que impõem ao Estado fiel observância e amparo ir-restrito.

Constituem os direitos fundamentais legítimas prerrogativas que, em um dado momento histórico, concretizam as exigências de liberdade, igualdade e dignidade dos seres humanos, assegurando ao homem uma digna convivência, livre e isonômica.

Vê-se, portanto, que os direitos fundamentais representam o núcleo inviolável de uma sociedade política, com vistas a garantir a dignidade da pessoa humana, razão pela qual não devem ser reconhecidos apenas formalmente, mas efetivados materialmente e de forma rotineira pelo Poder Público.

Convém destacar que os direitos fundamentais impõem ao Poder Público fundamentadas e legítimas vedações às ingerências do mesmo na esfera jurídica individual.

Tais direitos consubstanciam limitações impostas pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado, sendo encarados como o inevitável resultado de diversos eventos históricos e ideologias marcadas, de forma indelével, pelos primados da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, cujas ideias foram sendo inspiradas tradicionalmente nos movimentos que se voltaram para a reforma do Estado e a formação do Estado Democrático de Direito.

Importante notar que, apesar de os direitos fundamentais serem tratados pela doutrina majoritária, como sendo inerentes à própria condição humana, forçoso é reconhecer a existência de traços distintivos entre os direitos fundamentais e os direitos humanos.

Os direitos do homem são oriundos da própria natureza humana e possuem caráter inviolável, intemporal e universal, sendo válidos em todos os tempos e para todos os povos.

Já os direitos fundamentais são os direitos do homem jurídico, institucionalizados e amparados objetivamente em determinada ordem jurídica concreta, ou seja, os direitos fundamentais são os direitos do homem, garantidos e limitados espaço temporalmente, o que implica no reconhecimento de que enquanto os direitos do homem são decorrentes da própria natureza humana, possuindo, destarte, caráter inviolável, intemporal e universal, os direitos fundamentais são os direitos vigentes numa específica ordem jurídica.

Pode-se afirmar, nessa linha de raciocínio, que fundamentais são os direitos objetivamente reconhecidos e positivados na ordem jurídica de um Estado, que são espacial e temporariamente delimitados, e os direitos humanos são reconhecidos nos documentos internacionais, independentemente de qualquer vinculação do indivíduo com uma dada ordem constitucional. Isto porque os direitos humanos são posições jurídicas reconhecidas aos seres humanos, independentemente de seu vínculo jurídico estatal.

É de fundamental importância traçarmos também as diferenças mais marcantes entre os direitos fundamentais e as garantias fundamentais.

É sabido que as garantias traduzem-se no direito de os cidadãos exigirem dos Poderes Públicos a proteção de seus direitos, e que os direitos fundamentais vinculam-se à atuação do Estado.

Destarte, podemos concluir que as garantias fundamentais são estabelecidas na Constituição da República para servirem como um eficiente manto protetivo dos direitos fundamentais.

Convém assinalar que os direitos fundamentais possuem as seguintes características: 1) são imprescritíveis, posto que tais di-



reitos não perecem pelo decurso do prazo; 2) são inalienáveis, uma vez que não há possibilidade de transferência de tais direitos; 3) são irrenunciáveis, eis que, em regra, não podem ser renunciados; 4) são invioláveis, já que é impossível serem vulnerados por leis infraconstitucionais ou por atos de autoridades públicas; 5) são universais, posto que a abrangência dos aludidos direitos engloba todos os indivíduos; 6) são marcados pela efetividade, uma vez que se impõe ao Poder Público, em sua rotineira atuação, a adoção de mecanismos que garantam a efetivação dos relevantes direitos que informam; 7) são interdependentes, levando-se em conta que as variadas previsões constitucionais, muito embora autônomas, possuem diversas intersecções para atingirem as suas finalidades, e 8) são complementares, já que não devem ser objeto de interpretações isoladas, exigindo análise conjunta e completa, com o fim de alcançar os objetivos almejados pelo legislador constituinte.

Como marco inicial dos direitos fundamentais, a doutrina comumente indica a Magna Carta Inglesa de 1215, que contribuiu indubitavelmente e de forma marcante para que essa espécie de direitos passasse a ser inserida nas Constituições de todos os Estados modernos.

É imperioso salientar, contudo, que na realidade, a verdadeira Constituição liberal surgiu com a Declaração dos Estados Americanos, na qual os direitos fundamentais foram positivados e organizados de uma forma mais coerente e oportuna.

Não se pode perder de perspectiva, entretanto, que posteriormente a positivação dos direitos fundamentais se concretizou a partir de 1789 com a Revolução Francesa, oportunidade em que foi, de forma precisa, consignada no texto constitucional a proclamação da liberdade, da igualdade, da propriedade e das garantias individuais de cunho liberal.

Forçoso é convir que a Revolução Francesa inegavelmente universalizou e difundiu, de forma mais marcante, os direitos fundamentais.

É certo que os primogênitos direitos fundamentais surgiram com o fito de limitação e controle dos abusos e arbitrariedades

comumente cometidas pelo próprio Estado e seus agentes. E é por esse motivo que se costuma afirmar, com correção, que os primeiros direitos fundamentais vieram a lume como uma legítima e necessária forma de proteção do indivíduo frente ao Estado.

Vale lembrar que, inicialmente, as normas consagradoras dos direitos fundamentais eram marcadas pelo cunho negativo, impondo, em respeito à liberdade do indivíduo, um não agir por parte do Estado.

Lembremo-nos de que, apenas a partir do reconhecimento dos direitos fundamentais de segunda geração, que se relacionam com os direitos sociais, culturais e econômicos, é que as normas que albergavam tais direitos passaram a impor ao Estado uma atuação positiva, consubstanciada em um agir estatal em prol do bem estar do indivíduo.

Por tudo o que acima foi dito, já podemos aferir que os direitos fundamentais desempenham o nobre escopo de proteger os direitos dos cidadãos em uma dupla perspectiva, a saber: ora constituem normas de competência negativa para os poderes públicos, vedando fundamentadamente ingerências destes na esfera individual, e ora representam o poder de exercer positivamente direitos fundamentais e de exigir omissões legítimas dos poderes públicos, com o intuito de coibir injustas agressões e arbitrariedades por parte dos mesmos.

No que tange a classificação dos direitos fundamentais, algumas considerações se fazem necessárias.

Tradicionalmente, os direitos fundamentais são classificados em “dimensões” ou “gerações”, o que se faz de acordo com o momento de seu surgimento e de seu amparo constitucional.

É bem verdade que a terminologia “gerações” vem suportando as mais acirradas discussões doutrinárias e críticas pertinentes, não se revelando realmente a mais adequada forma de classificação. Isto porque traz em seu bojo a idéia de que cada “geração” teria início e término, induzindo, aos mais desavisados, a impressão de ruptura com as antecedentes ditas “gerações”.

Parece-nos, de fato, mais adequada a terminologia “dimensões”, já que as anteriores gerações não são suprimidas

com o advento de novas “gerações” de direitos fundamentais.

A seguir, trataremos da classificação que se revela mais oportuna em nosso ponto de vista, levando-se em conta tão somente o momento do surgimento dos direitos fundamentais, sendo certo, obviamente, que o aparecimento de uma nova “geração” não implica, de forma alguma, na supressão das “gerações” antecedentes.

Didaticamente, podemos dizer que os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira “dimensões” formam o lema da Revolução Francesa, a saber: liberdade, igualdade e fraternidade.

Os direitos de primeira “dimensão”, que são direitos civis e políticos ligados à liberdade, surgiram no final do século XVIII, e compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais.

Na realidade, os direitos de primeira “dimensão” consubstanciam um remédio eficaz na defesa da liberdade do indivíduo, caracterizando-se como instrumentos para assegurar a não ingerência arbitrária dos Poderes Públicos na esfera privada do indivíduo.

Podemos dizer, portanto, que tais direitos impõem restrições à atuação do Estado em prol da esfera de liberdade do indivíduo, exigindo um “não fazer” do Estado, motivo pelo qual podem ser denominados de “liberdades negativas” ou direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado.

Tais direitos refletiam o individualismo que predominava no século XIX, profundamente influenciado pelos dogmas do Estado Liberal, que se baseava na defesa intransigente da liberdade individual contra ingerências do poder estatal.

Os direitos de segunda “dimensão”, que se relacionam com as liberdades positivas, são ligados à idéia de igualdade, englobando direitos econômicos, sociais e culturais.

Cumprе ressaltar que as legítimas reivindicações e justificáveis anseios dos movimentos sociais surgidos no século XIX evidenciaram a necessidade de se complementar o rol de direitos e liberdades da primeira “dimensão” com a criação de uma nova

geração de direitos, de índole positiva, relacionada ao princípio da igualdade.

O florescer da segunda “dimensão” dos direitos fundamentais sinaliza a gradual passagem do Estado Liberal, de cunho marcadamente individualista, para o Estado Social de Direito, introduzido no século XX.

Esta nova realidade, decorrente do surgimento da segunda “dimensão” dos direitos fundamentais, revela-se justificável no Estado do bem estar social, que procura garantir um padrão mínimo de vida, no âmbito econômico, ao conjunto dos cidadãos, compensando as distorções e carências geradas pela economia de mercado.

O Estado do bem estar social se relaciona intimamente com o instituto jurídico da igualdade e com o compromisso do Estado com a função social, o que reafirma a idéia de que o direito é o instrumento humano de coesão social, dotado de um fim definido, que é o bem comum, relacionado com o desenvolvimento integral das potencialidades humanas.

Os direitos fundamentais de segunda “dimensão” correspondem, portanto, aos direitos de participação, exigindo-se dos Poderes Públicos uma atuação positiva consubstanciada em uma implementação de políticas e serviços públicos.

Tais direitos exigem uma postura positiva do Estado na realização da justiça social, com vistas a substituir-se a igualdade e liberdade abstratas pela igualdade e liberdade concretas.

Os direitos fundamentais de segunda “dimensão” são, na verdade, direitos fundamentais sociais, destinados à proteção do hipossuficiente econômico, parte indubitavelmente mais fraca no teatro social, o que nos revela que os direitos em tela expressam o intervencionismo estatal na defesa da parte mais vulnerável, compensando desigualdades e rechaçando distorções inevitáveis no modelo capitalista.

Os direitos de terceira “dimensão”, destinados à coletividade e à fraternidade, materializam poderes de titularidade coletiva, sendo atribuídos genericamente a todas as formações sociais. Albergam, com efeito, o princípio da solidariedade, tais como o direito ao meio ambiente, à paz e ao progresso.

Os direitos fundamentais de terceira “dimensão”, cujo traço mais marcante é a proteção dos direitos de titularidade coletiva, dotados de caráter humanitário e universal, não se destinam, como visto anteriormente, ao amparo dos interesses individuais, mas sim dos direitos difusos, ou seja, direitos de grupos de indivíduos.

Mister se faz salientar, outrossim, que certa parcela da doutrina pátria capitaneada pelo mestre Paulo Bonavides ainda cita a existência de uma quarta “dimensão” de direitos fundamentais, que correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social.

Para os doutrinadores que sustentam a existência de uma quarta “dimensão” de direitos fundamentais, consistem eles nos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

Quanto aos destinatários dos direitos fundamentais, revela-se pertinente identificá-los como sendo predominante e originariamente as pessoas naturais.

É preciso se ter presente, contudo, que com o passar do tempo, gradativamente, os textos constitucionais foram reconhecendo direitos fundamentais não só às pessoas jurídicas, mas também às pessoas estatais. Isto porque, hodiernamente, o Estado passou a ser considerado também titular de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais surgiram como normas que impunham limitações à interferência do Estado em prol da liberdade do indivíduo, o que implica no reconhecimento de que, originariamente, os direitos fundamentais tinham o indivíduo no polo ativo e o Estado no polo passivo.

Com a inevitável evolução de tais direitos, no entanto, podemos vislumbrar, eventualmente, o Estado no polo ativo da relação jurídica, na condição de titular do direito fundamental, e o particular no polo passivo, como, por exemplo, se depreende da simples leitura da norma contida no artigo 5º, inciso XXV da Carta Magna, que dispõe que *“no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano.”*

Assim, ressoa evidente que os direitos fundamentais regulamentam principalmente as relações travadas entre o Estado e o particular, sendo, com efeito, direitos de índole positiva ou negativa.

Insta salientar, porém, que atualmente os direitos fundamentais obrigam também as relações entre particulares, uma vez que não podem os mesmos, com fulcro no princípio da autonomia de vontades, afastar livremente e de forma injusta e imotivada tais direitos.

É indispensável afirmar que os direitos fundamentais possuem natureza relativa, o que significa que tais direitos não possuem caráter absoluto, encontrando limites nos demais direitos igualmente reconhecidos e amparados na Constituição da República.

Cumprir consignar que não se pode identificar no sistema constitucional pátrio direitos ou garantias que sejam acobertados por caráter absoluto, até porque razões de ponderável interesse público ou mesmo a inafastável aplicação do princípio da convivência das liberdades autorizam a adoção, excepcionalmente, por parte do Poder Público, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que observados os ditames constitucionais.

Destaque-se que a Lei Maior autoriza a incidência de limitações às liberdades públicas, com vistas a proteger o interesse social e a coexistência necessariamente harmoniosa das liberdades.

Isto se justifica pelo fato de que nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou por meio de desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

Esta é a razão pela qual não podem os direitos fundamentais, por exemplo, ser manejados como um manto protetivo da prática de atividades ilícitas, sob pena de vulneração do Estado Democrático de Direito, que tem como principal característica a existência de poderosos instrumentos e instituições destinadas a combater abusos, arbitrariedades ou violações do indivíduo, em prejuízo da ordem pública.

Considerando-se que a Carta Magna não prevê a existência de direitos ou garantias de caráter absoluto e tendo em vista que

razões de interesse público podem justificar a adoção de medidas restritivas de tais liberdades por parte dos órgãos estatais, é crucial concluir que o exercício dos direitos e garantias fundamentais pode suportar legítimas restrições por parte do legislador ordinário.

A própria Constituição da República atribui ao legislador o poder de prever restrições ao exercício dos direitos fundamentais. Tais restrições são classificadas da seguinte maneira: 1) reserva legal simples - que se verifica quando a Carta Magna limita-se a prever que eventual restrição do legislador ordinário seja estabelecida em lei, como, por exemplo, se vislumbra na redação dos incisos VI, VII e XV do artigo 5º da Lei Maior, e 2) reserva legal qualificada - que ocorre quando a Lei Maior não só exige que seja a restrição prevista em lei, mas também traça as condições e fins que devem ser observados pela norma restritiva, como, por exemplo, se depreende dos incisos XII e XIII do artigo 5º da Constituição da República.

Ressoa evidente que os direitos e garantias constitucionais não estão sujeitos a restrição ilimitada, já que o atuar do legislador ordinário não se reveste de caráter ilimitado, encontrando tais restrições limites inspirados no princípio da razoabilidade.

É vedado ao legislador ordinário estabelecer imotivadas e impertinentes limitações, que se revelem desproporcionais aos direitos fundamentais em foco.

É por este motivo que se proíbe a restrição ilimitada e desmotivada dos direitos fundamentais, com ataque frontal ao seu núcleo essencial, posto que não se pode extirpar o conteúdo da norma, suprimindo injustamente a garantia outorgada originariamente pela Lei Maior.

Incumbe aos três poderes garantir a efetividade dos direitos fundamentais. No entanto, é inquestionável o papel de extrema importância do Poder Judiciário na defesa de direitos tão relevantes.

Sábias as lições ministradas pelo eminente Rui Barbosa, em sua **Oração aos Moços**, em que, ao destacar o relevante papel do Poder Judiciário e dos Magistrados na defesa intransigente dos direitos fundamentais, asseverou:

*“(...) Dessas democracias, pois, o eixo é a justiça, eixo não abstrato, não supositício, não meramente moral, mas de uma realidade profunda, e tão seriamente implantado no mecanismo do regime, tão praticamente embebido através de todas as suas peças, que, falseando ele ao seu mister, todo o sistema cairá em paralisia, desordem e subversão. Os poderes constitucionais entrarão em conflitos insolúveis, as franquias constitucionais ruirão por terra, e, da organização constitucional, do seu caráter, das suas funções, das suas garantias apenas restarão destroços. Eis o de que nos há de preservar a justiça brasileira, se a deixarem sobreviver, ainda que agredida, oscilante e malsegura, aos outros elementos constitutivos da república, no meio das ruínas, em que mal se conservam ligeiros traços da sua verdade (...) Magistrados futuros, não vos deixeis contagiar de contágio tão maligno. Não negueis jamais ao Erário, à Administração, à União, os seus direitos. São tão invioláveis, como quaisquer outros. Mas o direito dos mais miseráveis dos homens, o direito do mendigo, do escravo, do criminoso, não é menos sagrado, perante a justiça, que o do mais alto dos poderes. Antes, com os mais miseráveis é que a justiça deve ser mais atenta, e redobrar de escrupulo; porque são os mais maldefendidos, os que suscitam menos interesse, e os contra cujo direito conspiram a inferioridade na condição com a minguada nos recursos (...) A ninguém importa mais do que à magistratura fugir do medo, esquivar humilhações, e não conhecer covardia. Todo bom magistrado tem muito de heróico em si mesmo, na pureza imaculada e na plácida rigidez, que a nada se dobre, e de nada se tema, senão da outra justiça, assente, cá embaixo, na consciência das nações, e culminante, lá em cima, no juízo divino. Não tergiveréis com as vossas responsabilidades, por mais atribuições que vos imponham, e mais perigos a que vos exponham. Nem receeis soberanias da terra: nem a do povo, nem a do poder (...) Os governos investem contra a justiça, provocam e desrespeitam a tribunais, mas, por mais que lhes espumem contra as*



*sentenças, quando justas, não terão, por muito tempo, a cabeça erguida em ameaça ou desobediência diante dos magistrados, que os enfrentam com dignidade e firmeza (...) Os tiranos e bárbaros antigos tinham, por vezes, mais compreensão real da justiça que os civilizados e democratas de hoje (...).” (Oração aos Moços - Texto integral - Editora Martin Claret - p. 50/55)*

No que tange a hipótese de eventual conflito entre direitos fundamentais, releva-se indispensável a correta aplicação de ricos mecanismos de solução, incumbindo ao intérprete sopesar com moderação os direitos fundamentais em colisão.

Ora, não deve o intérprete abandonar completamente um direito fundamental em benefício do outro, tendo em mente, ainda, que não se pode falar em hierarquia entre direitos de tal natureza.

É realmente necessário que o intérprete harmonize os direitos em rota de colisão, analisando criteriosamente as circunstâncias de cada caso concreto. Na verdade, é diante das circunstâncias de cada hipótese retratada que o intérprete deverá decidir qual direito fundamental deve prevalecer.

Incumbe ao intérprete harmonizar os direitos fundamentais em conflito, de maneira a pacificar os bens jurídicos em colisão, evitando ao máximo o sacrifício total de uns em relação aos outros.

Deve o intérprete reduzir proporcionalmente o âmbito de alcance de cada direito fundamental submetido à análise, na busca incessante do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com seus principais escopos.

Importante na solução do problema ora em debate é a aplicação do princípio da proporcionalidade.

De acordo com o princípio da proporcionalidade dos valores contrastantes, nenhuma garantia constitucional possui peso absoluto.

O princípio da proporcionalidade opera-se no sentido de permitir que o Juiz gradue o peso da norma em uma determinada in-

cidência, evitando que a mesma promova um resultado indesejado pelo sistema, buscando a justiça do caso concreto.

A nova interpretação constitucional orienta-se por relevantes princípios, que são aplicados através da técnica da ponderação; incumbe ao intérprete realizar a interação entre o fato e a norma e fazer escolhas fundamentadas, visando a justa solução para o caso em exame.

Deve o Magistrado identificar as normas pertinentes, selecionar os fatos relevantes e atribuir o peso devido a cada interpretação constitucional, sem deixar de considerar que nenhum direito fundamental tem cunho de absoluto, razão pela qual ao julgador incumbe a tarefa de realizar a equilibrada ponderação entre os valores em conflito e efetuar escolhas fundamentadas.

O princípio da proporcionalidade, que teve seu desenvolvimento delineado pelo Tribunal Constitucional alemão, por não ter sido agasalhado expressamente no texto constitucional, caracteriza-se como sendo um postulado implícito.

Torna-se oportuno assinalar que o princípio da proporcionalidade é constituído de três elementos, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O elemento “adequação” revela-nos que qualquer medida restritiva de direito deve ser pertinente à persecução da finalidade almejada, eis que o meio adotado deve ser o mais oportuno para se atingir a meta perseguida.

O elemento “necessidade” sinaliza que a medida restritiva deve ser indispensável para a manutenção do próprio ou de outro direito, ainda que possa ser substituída por outra providência também eficaz, porém menos gravosa, o que implica no reconhecimento de que deve o intérprete avaliar se há a possibilidade de adotar outra medida menos gravosa para a concretização do resultado ambicionado.

Por fim, o elemento “proporcionalidade em sentido estrito” demonstra-nos que este somente deve ser exercido após a verificação da adequação e necessidade da medida restritiva, devendo ser analisado se os resultados positivos a serem concretizados compensam as desvantagens decorrentes da restrição imposta.

Vê-se que quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores devem ser os fundamentos justificadores dessa intervenção excepcional, até porque o princípio da proporcionalidade é aplicável a todas as espécies de atos dos Poderes Públicos, vinculando, desta feita, o Legislador, a Administração e o Judiciário, cujos atos estão sujeitos a padrões mínimos de razoabilidade.

O artigo 5º da Carta Magna dispõe que estão protegidos pelos direitos fundamentais os brasileiros e os estrangeiros residentes no País.

Ora, uma precipitada e superficial leitura do supramencionado dispositivo constitucional poderia nos induzir a pensar que somente estariam amparados pelos direitos fundamentais os estrangeiros quando residissem no País.

Tal entendimento é obviamente incorreto e inaceitável. Os direitos fundamentais são titularizados não só pelos estrangeiros residentes no País, mas por todos os estrangeiros que estejam sob as leis brasileiras em nosso território.

É relevante destacar, também, que o extenso rol de direitos individuais e coletivos contido no artigo 5º da Lei Maior é meramente exemplificativo, o que se depreende da simples leitura do § 2º do próprio dispositivo legal em comento. Isto se justifica pelo fato de que os direitos fundamentais são, por sua própria natureza, mutáveis.

Por outro lado, embora a regra seja a eficácia e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, conforme determinado pelo § 1º, do artigo 5º da Carta Magna, podemos identificar certos direitos fundamentais que se caracterizam como normas de eficácia limitada, e que dependem de regulamentação por lei para a produção de seus plenos efeitos, como, por exemplo, nos mostram as normas dos incisos XX e XXVII, do artigo 7º da Lei Maior.

Sobre a classificação dos direitos fundamentais, podemos dizer que o texto constitucional classificou-os em cinco grupos, a saber: 1) direitos individuais; 2) direitos coletivos; 3) direitos sociais; 4) direitos à nacionalidade, e 5) direitos políticos.

Os direitos individuais estão intimamente relacionados com o conceito de pessoa humana e de personalidade, como, por exemplo, o direito à vida, à dignidade e à liberdade.

Nos direitos coletivos tem-se a idéia exata de direitos pertencentes a uma coletividade, ou seja, pertinentes a um grupo de pessoas.

Os direitos sociais relacionam-se com as liberdades e prestações positivas do Estado, e visam a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes econômicos e dos setores mais vulneráveis da sociedade; encontram-se disciplinados, não só no artigo 6º da Magna Carta, mas também no artigo 201 do mesmo diploma legal. São os direitos de conteúdo econômico e social que almejam a melhoria significativa das condições de vida e de trabalho dos cidadãos.

Os direitos à nacionalidade tratam dos vínculos jurídicos e políticos que se estabelecem entre o indivíduo e o Estado, capacitando o primeiro a exigir proteção do segundo e sujeitando-o, outrossim, a deveres, cuja disciplina se encontra na norma do artigo 12 da Lei Maior.

Já os direitos políticos, que se encontram enumerados no artigo 14 da Constituição da República, versam sobre regras organizadoras das formas de atuação da soberania popular, e franqueiam ao indivíduo o exercício da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado. São, na verdade, os direitos de participação da vida política nacional, o que inclui o direito de votar e de ser votado.

A nacionalidade é um vínculo jurídico entre o indivíduo e o Estado. A cidadania é um vínculo político que confere ao nacional o direito de participar da formação da vontade política do Estado, enquanto a naturalidade é um mero vínculo territorial, que indica tão somente o local de nascimento de alguém.

Insta salientar, também, que o artigo 5º da Carta Magna, em seu § 3º, determina que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, o que nos revela que tais diplomas, cumpridos os requisitos exigidos na

norma em comento, terão *status* constitucional, posicionando-se no mesmo plano hierárquico das outras normas constitucionais.

Com efeito, o § 3º do artigo 5º da Carta Política estabelece que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados em conformidade com os ditames constitucionais acima delineados, deverão ser fielmente respeitados e observados pelas normas infraconstitucionais, sendo certo que apenas poderão ser modificados pelo procedimento legislativo rígido, anteriormente exposto, incidindo, na espécie, a limitação prevista no artigo 60, § 4º da Constituição da República.

Por todo o exposto, uma conclusão é inevitável e, por isso, salta aos olhos: a de que os direitos fundamentais, que são aqueles considerados indispensáveis à pessoa humana, são mais do que necessários para assegurar a todos uma existência livre, igualitária, justa e digna. Por isso, o Estado não deve, apenas, reconhecê-los formalmente, pois é imperiosa a busca incessante e rotineira de sua plena concretização, incorporando-os à vida dos cidadãos. Somente assim se aperfeiçoará e se efetivará, definitivamente, o Estado Democrático de Direito, atendendo-se as justas e legítimas expectativas do povo brasileiro. ☐

# Contratos Bancários nas Relações de Consumo: uma Breve Abordagem

**Ludmilla Vanessa Lins da Silva**

*Juíza de Direito do TJ/RJ. Professora da Escola da Administração Judiciária/RJ e da Universidade Estácio de Sá, das Disciplinas Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil. Pós-graduada - lato sensu -pela EMERJ.*

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste em uma abordagem acerca dos contratos bancários nas relações de consumo, examinada, num primeiro momento, sob um breve enfoque histórico-evolutivo do CDC, seus elementos e a responsabilidade civil, para depois retratá-los nos dias atuais, abordando algumas questões controvertidas.

## 2. BREVE ABORDAGEM HISTÓRICA

Após dezoito anos em vigor, o Código de Defesa e Proteção do Consumidor finalmente vem sendo efetivamente reconhecido e aplicado. Hoje é notório que as demandas envolvendo relação de consumo chegam a ser a maioria no Judiciário. E não é para menos, quase tudo é relação de consumo: transporte, saúde, educação, alimentação, viagem, turismo, vestuário, energia elétrica, telefonia, contratos bancários, entre outros, são exemplos de contratos que estão submetidos às regras insculpidas no CDC.

A questão do consumidor começou a ter realce entre nós nos anos 70, quando surgiram vários movimentos que envolviam a pro-

teção nas relações de consumo, consolidados com a Constituição da República de 1988, na qual, no art. 48 do ADCT, o Constituinte Originário determinou que o Congresso Nacional elaborasse um Código de Defesa do Consumidor, colocando a questão em nível de Direito Fundamental (art. 5º, XXXII).

Como Princípio Constitucional, a defesa do consumidor foi introduzida no Título VII da Constituição da República, que trata da Ordem Econômica e Financeira (art. 170, V). Foi elencada entre os princípios gerais da atividade econômica, inaugurando-se, assim, a fase do dirigismo contratual econômico, pelo qual o Poder Público produz uma estratégia sistemática, de forma a participar ativamente dos fatos econômicos e das relações privadas. Nesse tipo de atuação, o Estado procura garantir melhores condições de vida aos mais fracos, atendendo aos reclamos da ordem social com vistas a reduzir as desigualdades entre os indivíduos.

### **CONTRATOS BANCÁRIOS INSERIDOS NO CONCEITO SERVIÇO**

Como toda e qualquer relação jurídica, a relação de consumo, para que possa existir, reclama também os seus elementos: os sujeitos, o vínculo e o objeto. Entretanto, na relação consumista, os protagonistas são conhecidos como consumidor e fornecedor; o vínculo decorre da lei ou de um contrato; o objeto será sempre produto ou serviço.

Quanto aos consumidores, o CDC tem quatro definições. A primeira encontra-se no artigo 2º, *caput*, que é o chamado consumidor *stricto sensu*; a segunda está no parágrafo único desse mesmo artigo; a terceira está localizada no artigo 17 e, finalmente, a quarta, no artigo 29. Os três últimos são chamados consumidores por equiparação.

Os fornecedores de produto ou serviço estão definidos no art. 3º do CDC, que assim dispõe:

*“Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação,*

*exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.*

O objeto da relação de consumo, como já destacado, é o produto ou o serviço, cujos conceitos estão nos parágrafos 1º e 2º do art. 3º do CDC.

Dispõe o art. 3º do CDC no seu parágrafo 1º: “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

Para alguns, o CDC deveria ter utilizado a expressão “fornecedor de bens” e não “fornecedor de produto”, por ser um termo mais abrangente. Neste sentido, José Geraldo Brito Filomeno, ao analisar a questão, ressaltou: “Melhor, entretanto, no nosso entendimento, seria falar-se em “bens” e não “produto”, mesmo porque, como notório, o primeiro termo é bem mais abrangente do que o segundo, aconselhando tal nomenclatura, aliás, a boa técnica jurídica, bem como a economia política” (**Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 6ª Edição, revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 43).

Contudo, a despeito da lei ter feito uso da palavra “produto”, entende-se por este qualquer objeto que satisfaça as necessidades dos consumidores, podendo ser material ou imaterial, móvel ou imóvel, durável ou não durável, como alimentos, desde que seja destinado à satisfação do consumo.

Em seguida, temos o conceito de serviço no parágrafo 2º do art. 3º do CDC:

*“Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.*

É aqui que estão inseridos os contratos bancários. O CDC fez referência expressa às atividades de natureza bancária, securitária e de crédito. Muito embora tenha sido feita menção expressa aos serviços bancários, os bancos não admitiam ser considerados



fornecedores de serviços. Não obstante a inclusão expressa dos serviços bancários no texto da lei, para evitar possíveis interpretações que os excluíssem do conceito legal, até bem pouco tempo se discutiu a constitucionalidade do parágrafo 2º do art. 3º da lei de consumo na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.591/DF. A tese foi esposada pelo Min. Nelson Jobim ao entender que os contratos de empréstimo e de conta-corrente não geravam relação de consumo, ao argumento de que o dinheiro não seria um produto, pois, na verdade, serviria para aquisição deste. Além disso, afirmou que em tais contratos não se vislumbrava uma prestação de serviço, mas uma operação bancária.

O referido Ministro, no seu voto, discorreu ainda sobre as diferenças entre o regime de proteção ao consumidor e o regime de proteção do poupador e do mutuário do sistema financeiro; fez distinção entre o usuário do sistema bancário e o cliente (correntista); destacou a existência da resolução do Banco Central que protege a relação do usuário que busca atendimento bancário.

Por fim, o Min. Nelson Jobim vislumbrou uma distinção entre os serviços prestados pelos bancos e as operações financeiras feitas por intermédio das instituições financeiras, afirmando que só no primeiro caso (serviços bancários) há incidência do parágrafo 2º do art. 3º do CDC.

Contudo, prevaleceu entendimento diverso, na linha do voto do Min. Eros Grau, acompanhado pelos Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Sepúlveda Pertence, pela improcedência da referida ação.

De fato, afastar da definição legal de serviço a atividade das instituições financeiras, bancárias e de crédito, seria violar o Princípio da Vulnerabilidade do consumidor, verdadeiro alicerce da relação de consumo. Não mais resta dúvida, portanto, de que toda a atividade realizada pelos bancos, bem como os contratos que celebram com consumidores (destinatários dos seus serviços), estão inseridos no conceito legal de serviço, uma vez que se fazem presentes os requisitos da habitualidade e onerosidade.

O argumento de que no contrato de conta-corrente ou de empréstimo os bancos não seriam fornecedores por não ter o di-

nheiro característica de produto, já que se enquadra no conceito de produto intermediário, não merece acolhida. Não é em relação ao objeto “produto” que os bancos são fornecedores, mas sim em relação dos “serviços” prestados por eles; estão incluídos no conceito estabelecido no parágrafo 2º, do art. 3º do CDC.

Aliás, na discussão que se travou no Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação do CDC às atividades bancárias e financeiras, o Ministro Eros Graus, acompanhando o Ministro Néri da Silveira, em seu voto afirmou que a relação entre o banco e cliente é, nitidamente, uma relação de consumo, não acolhendo a distinção feita pelo Ministro Nelson Jobim.

Vale ressaltar, igualmente, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, sumulado no verbete nº. 297: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Também ficou assentado pelo referido Tribunal Superior que as empresas que administram cartão de crédito são instituições financeiras - verbete nº. 283. Logo, terão a incidência do CDC.

Sendo assim, importante termos em mente que a doutrina e jurisprudência majoritariamente reconheceram a aplicação do CDC a todo e qualquer contrato oferecido pelos bancos, pelas empresas de seguro, de crédito e de financiamento, desde que, é claro, esteja presente a figura do consumidor.

#### **4. DA RESPONSABILIDADE DOS BANCOS PELO FATO DO SERVIÇO**

O Código de Defesa do Consumidor expressamente dispôs que a responsabilidade civil do fornecedor, tanto pelo fato produto quanto pelo fato serviço, é objetiva.

Mas quando haverá a responsabilidade civil objetiva do fornecedor? A resposta se encontra nos arts. 12 e 14 do CDC. Diz ali que o fornecedor responde pela reparação dos danos causados pelo *defeito* do produto ou do serviço. No caso dos bancos, por serem prestadores de serviço, a responsabilidade será pelo *defeito* do serviço.

O § 1º do art. 14 expressamente define o serviço defeituoso como sendo aquele que não oferece a *segurança* que dele legitimamente se espera. Eis aí o dever de segurança imposto a todos

que executam atividade de risco. Na parte final do art. 14, *caput*, está destacado o dever de *informação*, cuja omissão caracteriza *defeito* do serviço ensejador do dever de indenizar.

O Código de Defesa do Consumidor permitiu causas excludentes da responsabilidade do fornecedor; contudo, deve-se ter em mente que é o próprio fornecedor que tem o dever de prová-las, ou seja, o ônus da prova é exclusivamente seu. Isto porque a lei expressamente estabeleceu, no parágrafo 3º do art. 14, a inversão *ope legis*.

Para excluir o seu dever de indenizar, terá o fornecedor que provar:

- a) *Que não colocou o produto no mercado de consumo. Por conseguinte, não responde por não existir qualquer relação entre a atividade do fornecedor e o dano sofrido pela vítima;*
- b) *Que colocou o produto no mercado de consumo, porém inexistente defeito no seu produto;*
- c) *Culpa exclusiva da vítima;*
- d) *Culpa exclusiva de terceiro.*

A propósito, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro firmou o entendimento no sentido de que o fato de terceiro, quando equiparado a um caso de fortuito interno, não exclui o dever de reparar, visto que, neste caso, inclui-se no risco da atividade, conforme se verifica do enunciado transcrito abaixo, *in verbis*:

*“Cuidando-se de fortuito interno, o fato de terceiro não exclui o dever do fornecedor de indenizar.” Justificativa: O fortuito interno não exclui a responsabilidade do fornecedor, porque faz parte do risco da atividade”. (Ref.: REsp 56502/MG, STJ, 4º Turma, DJ de 24/03/1997, p.9021; ApCiv 2004.001.12501, TJERJ, 9ª C.Cível, julgada em 29/06/2004; ApCiv 2003.001.29710, TJERJ, 8ª C.Cível, julgada em 17/02/2004).*

Assim, haverá casos em que o dano, embora tenha decorrido de um caso fortuito ou de um fato de terceiro, que em princí-

pio seriam causas excludentes da responsabilidade, não excluirá a obrigação de indenizar do fornecedor, por serem decorrentes da atividade do fornecedor, um fortuito interno que não afasta a responsabilidade.

## **5. QUESTÕES CONTROVERTIDAS ENVOLVENDO CONTRATOS BANCÁRIOS:**

Diante da análise acima exposta e com referencial na aula ministrada pelo Dr. Paulo Maximilian, iremos abordar, de forma sucinta, as questões postas em discussão.

### **5.1. Contrato de Cofre**

O contrato de cofre bancário é um tipo de contrato cuja natureza jurídica é controvertida, exatamente pelas características desse contrato. Aqui o fornecedor, no caso, o banco, não sabe do conteúdo depositado pelo consumidor/cliente no cofre. Aliás, esta é a característica mais relevante do contrato. Por isso na doutrina há quem entenda ser um contrato genuíno, no qual existe uma cláusula de segurança.

O entendimento do Professor e Desembargador Sergio Cavaliari Filho, exposto em sua obra **Programa de Responsabilidade Civil** parece-nos correto quando diz que no contrato de cofre há uma cláusula de segurança que constitui a sua essência, o seu objeto específico, que gera, portanto, uma obrigação de resultado, próxima ao risco integral, sendo ineficaz a cláusula de não indenizar. E uma vez ocorrida a ilícita subtração dos objetos que estavam no interior do cofre, por qualquer motivo, não tem o cliente de fazer prova da culpa do banco, porquanto a responsabilidade é objetiva por violar o dever de segurança; nem a mesma será afastada pelo caso fortuito ou força maior. A ocorrência do furto ou do assalto, por si só, evidencia falha na segurança e vigilância do banco (Ed. Atrás. 8º ed., p. 407/408).

Também se discute, neste tipo de contrato, o ônus da prova do dano no caso de furto ou assalto ao banco. Embora haja relação de consumo, o certo é que não se pode imputar ao fornecedor o dever de provar o que havia no interior do cofre. Por isso, enten-

demos que, quanto aos objetos que estavam depositados no cofre, essa prova recai sobre o próprio consumidor/cliente.

A cláusula de limitação de valor é, na verdade, uma limitação ao direito do consumidor, portanto, válida. É bom lembrar que o Código de Defesa do Consumidor não vedou a limitação do direito do consumidor - art. 54, parágrafo 4º -, apenas exigiu que o fornecedor, com base nos Princípios da Boa-Fé, Informação e Transparência, ao inserir uma cláusula desta natureza, o faça redigindo com destaque, a fim de permitir a imediata e fácil compreensão pelo consumidor. Outra coisa distinta e, portanto, abusiva, é a limitação da obrigação do fornecedor. Havendo uma cláusula que limita a obrigação assumida pelo fornecedor, esta é nula de pleno direito por ser considerada abusiva - art. 51, I.

Igualmente não é válida a chamada cláusula de não indenizar por ser considerada abusiva, já que afasta do fornecedor o dever de segurança - art. 51, I.

## **5.2. Contrato de Conta-Corrente**

Segundo o afirmado pelo Dr. Paulo Maximilian, nos contratos de conta-corrente estão inseridos a conta-salário, a conta especial e a conta-poupança.

Assim, como já analisado, no contrato de conta corrente, não importando as variações acima, há relação de consumo, o que faz erigir a responsabilidade objetiva quando ocorrer a violação dos deveres de segurança ou de informação.

Destarte, se a conta é salário, mas o consumidor/cliente, sem ter conhecimento, adere a outros serviços, tais como cheques, cartão de crédito etc., e os utiliza, o banco não poderá cobrar tarifa pelo uso dos referidos serviços, por violação do dever de informação.

A questão da abertura de conta com documentos falsos já foi amplamente discutida na jurisprudência. Hoje é praticamente pacífico que os bancos respondem pelos danos causados àquele que foi negativado sem que tivesse qualquer relação com as instituições financeiras, pois estas são responsáveis por proceder a uma análise minuciosa acerca dos dados cadastrais dos consumidores. A propósito, sobre o tema, já decidiu a 13ª Câmara Cível do Tribunal

de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conforme se verifica da ementa que transcrevo abaixo:

*“RESPONSABILIDADE CIVIL. Negativação indevida em Cadastro Restritivo de Crédito. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Consumidor por Equiparação. Dano Moral. Arbitramento. Fato Negativo. Prova Impossível. Fato de Terceiro Não Configurado.*

*Se o autor da ação alega inexistir relação contratual, não lhe cabe fazer prova de fato negativo. Ao réu é que caberá provar o inadimplemento do autor.*

*Responde o fornecedor de serviço pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento, sem indagação da culpa. Deve o fornecedor dos serviços observar as normas de segurança da sua própria atividade. O fato de terceiro só exclui a responsabilidade quando é causa exclusiva do dano, não se configurando quando o evento ocorre em razão de procedimento adotado pelo próprio fornecedor.*

*A indenização deve representar compensação razoável pelo constrangimento experimentado, levada em conta intensidade da dor, pena de causar um novo ilícito e um enriquecimento sem causa.*

*Indenização que deve ser reduzida, de forma a se adequar a casos semelhantes, já apreciados por esta Câmara.*

*Provimento parcial de ambos os recursos”.*

Outro ponto igualmente relevante diz respeito aos cheques falsificados. À luz dos princípios cardeais inseridos no CDC, devem os bancos suportar o prejuízo decorrente de qualquer modalidade de ilícito desta natureza. O Des. Sergio Carvalieri afirma que “o dinheiro entregue por engano, é do banco, e *res perit domino*” (ob. cit. p. 403). No mesmo sentido é o entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal no verbete nº. 28.

Quanto aos saques indevidos nas máquinas fornecidas pelos bancos, cremos que os bancos deverão ser responsabilizados, pelos seguintes motivos: a uma, porque se trata de atividade de

risco com responsabilidade objetiva; a duas, porque os saques indevidos são considerados fortuito interno, pois decorrem da falta de segurança dos bancos, portanto, inseridos na sua atividade; a três, porque há violação do dever de segurança, já que o serviço é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera. Ora, se o fornecedor coloca máquinas com dinheiro à disposição do consumidor, tem o dever de oferecer a segurança, não podendo ser esta obrigação suportada pelo consumidor; a quatro, porque sendo do conhecimento dos bancos ilícitos desta natureza, eles têm o dever de se modernizar a fim de evitar o dano. Por isso, há que se entender que tais máquinas deveriam ser equipadas com câmara. Hoje é possível ver publicidade de bancos mostrando máquinas com leitura das digitais, o que não é nenhuma novidade, haja vista que, até em academias, maquininhas com leitura de digitais são instaladas.

### **5.3. Contrato de Cartão de Crédito**

Tema igualmente relevante é o contrato de cartão de crédito. Embora se reconheça que as instituições de crédito têm personalidade jurídica diversa da das instituições bancárias, ninguém discute que entre elas há uma atividade de fomento. É o banco que indica a instituição de crédito aos consumidores, permitindo, ainda, que seja colocada a sua logomarca no cartão de crédito, dando a impressão aos consumidores de que estão contratando com o banco. Portanto, com base no parágrafo único do art. 7º do CDC e na Teoria da Aparência, entendemos que são solidários.

Em suma, a responsabilidade civil das instituições de crédito é objetiva, por se tratar de relação de consumo, e os bancos são responsáveis solidários pelos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes da prestação de serviço.

## **6. CONCLUSÃO**

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, fundado em razões de equidade e justiça, estabeleceu a responsabilidade objetiva para o fornecedor de serviço pelos riscos da atividade, em decorrência do dever de segurança e informação.

Tratando-se o CDC de uma norma de ordem pública e interesse social, o que faz com que seja um diploma mais efetivo no combate à abusividade praticada pelos fornecedores de serviços, o fortuito interno não exclui o dever de indenizar os danos decorrentes do defeito na prestação do serviço.

Os princípios da Segurança, da Informação, da Transparência e da Boa-Fé Objetiva norteiam os contratos bancários, pelo que, impossível afastá-los do dever de segurança. Por consequência, não pode o fornecedor querer que o consumidor venha a suportar o risco decorrente da atividade de lucro prestada por ele. O direito de proteção do consumidor está amplamente reconhecido na doutrina e na jurisprudência.

Norberto Bobbio disse: “o problema dos direitos não é mais o de fundamentá-los, mas sim o de protegê-los”. (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, Rio de Janeiro: Campus, 1992).

E é o CDC, com seu reconhecimento gradativo, o diploma legal de que se valem a sociedade e o Poder Judiciário para regular as relações em massa, nestas inserido o contrato bancário. ☐



# Notas sobre a Ilegalidade e a Inconstitucionalidade da Imposição do Ônus, por Órgãos Jurisdicionais, de Esgotamento de Diligências pelo Exequente para o Deferimento da Penhora de Dinheiro Via BACEN-JUD

Marlos Lopes Godinho Erling

*Economista e Advogado. Procurador do Banco Central do Brasil no Estado do Rio de Janeiro; especializando em Direito Processual Civil pela PUC/RJ.*

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como propósito sustentar a ilegalidade e a inconstitucionalidade de decisões judiciais que exigem do exequente a realização e o “esgotamento” de diligências com a finalidade de encontrar bens do executado para o deferimento da penhora de dinheiro via BACEN-JUD, independentemente do advento da Lei nº 11.382/2006.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, sem fundamento legal e constitucional, firmou jurisprudência no sentido de que só poderia haver o deferimento da penhora *on-line* caso fossem esgotados todos os meios para localizar bens passíveis de penhora do executado, seja pela tese equivocada de que o uso do sistema BACEN-JUD configura quebra de sigilo bancário, admitida a quebra

apenas excepcionalmente<sup>1</sup>, seja porque a execução deve ser conduzida da forma menos onerosa para o executado, nos termos do artigo 620 do CPC<sup>2</sup>.

No ano de 2008, em virtude do processamento e julgamento de Recursos Especiais interpostos com fundamento na violação do artigo 655-A do CPC, o qual positivou e reforçou a juridicidade da penhora de dinheiro pelo sistema BACEN-JUD, com o advento da Lei nº 11.382/2006, o Superior Tribunal passou a tratar o tema como mera questão de direito intertemporal, ao frisar que somente as penhoras de dinheiro via BACEN-JUD realizadas após a entrada em vigor da Lei nº 11.382/2006 não exigiriam a comprovação do esgotamento de diligências de busca de bens passíveis de penhora do executado.

As ementas dos precedentes citados abaixo são bastante elucidativas sobre o que acima ressaltado:

*TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PENHORA. ARTS. 655 E 655-A DO CPC. ART. 185-A DO CTN. SISTEMA BACEN-JUD. REQUERIMENTO FORMULADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.382/2006. PENHORA ENTENDIDA COMO MEDIDA EXCEPCIONAL. NÃO-COMPROVAÇÃO DO EXAURIMENTO DE DILIGÊNCIAS PARA BUSCA DE BENS DE EXECUTADO. SÚMULA N. 7/STJ. NOVA JURISPRUDÊNCIA DO STJ APLICÁVEL AOS PEDIDOS FEITOS APÓS A VIGÊNCIA DA ALUDIDA LEI. AGRAVO REGIMENTAL NÃO-PROVIDO.*

*1. A jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte é firme no sentido de admitir a possibilidade de quebra do sigilo bancário (expedição de ofício ao Banco Central para obter informações acerca da existên-*

<sup>1</sup> STJ, AgRg Resp 755743/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julg. 18/08/2005, DJ 07/11/2005; STJ, Resp 780365/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julg. 20/06/2006, DJ 30/06/2006; STJ, Resp 802897/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, julg. 21/03/2006, DJ 30/03/2006; STJ, AgRg no REsp 664522/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 15/12/2005, DJ 13/02/2006; STJ, Resp 904385/MT, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, julg. 13/03/2007, DJ 22/03/2007.

<sup>2</sup> STJ, Resp 141103/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, julg. 28/03/2000, DJ 02/05/2000; STJ, AgRg Ag 952491/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, julg. 18/03/2008, DJe 23/04/2008.

*cia de ativos financeiros do devedor), desde que esgotados todos os meios para localizar bens passíveis de penhora.*

*2. Sobre o tema, esta Corte estabeleceu dois entendimentos, segundo a data em que foi requerida a penhora, se antes ou após a vigência da Lei n. 11.382/2006.*

*3. A primeira, aplicável aos pedidos formulados antes da vigência da aludida lei, no sentido de que a penhora pelo sistema BACEN-JUD é medida excepcional, cabível apenas quando o exeqüente comprova que exauriu as vias extrajudiciais de busca dos bens do executado. Na maioria desses julgados, o STJ assevera que discutir a comprovação desse exaurimento esbarra no óbice da Súmula n. 7/STJ.*

*4. Por sua vez, a segunda solução, aplicável aos requerimentos realizados após a entrada em vigor da mencionada lei é no sentido de que essa penhora não exige mais a comprovação de esgotamento de vias extrajudiciais de busca de bens a serem penhorados. O fundamento desse entendimento é justamente o fato de a Lei n. 11.382/2006 equiparar os ativos financeiros a dinheiro em espécie.*

*5. No caso em apreço, o Tribunal a quo indeferiu o pedido de penhora justamente porque a considerou como medida extrema, não tendo sido comprovada a realização de diligências hábeis a encontrar bens a serem penhorados.*

*6. Como o pedido foi realizado antes da vigência da Lei n. 11.283/2006, aplica-se o primeiro entendimento. Saliento, ainda, que analisar o exaurimento ou não dessas diligências esbarra no óbice da Súmula n. 7/STJ.*

*7. Agravo regimental não-provido<sup>3</sup>.*

**PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÕES AOS ARTS. 458 E 535 DO CPC NÃO CONFIGURADAS. EXECUÇÃO FISCAL. CONVÊNIO BACEN-JUD. PENHORA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. LEI Nº 11.382/06. (...)**

<sup>3</sup> STJ, AgRg no Ag 1007114/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julg. 18/11/2008, DJe 26/11/2008.

2. *Esta Corte admite a expedição de ofício ao Bacen para obterem-se informações sobre a existência de ativos financeiros do devedor, desde que o exequente comprove ter exaurido todos os meios de levantamento de dados na via extrajudicial.*

3. *No caso concreto, a decisão indeferitória da medida executiva requerida ocorreu antes do advento da Lei 11.382/06, a qual alterou o Código de Processo Civil para: a) incluir os depósitos e aplicações em instituições financeiras como bens preferenciais na ordem de penhora, equiparando-os a dinheiro em espécie (art. 655, I) e; b) permitir a realização da constrição por meio eletrônico (art. 655-A). Desse modo, o recurso especial deve ser analisado à luz do regime normativo da época. Precedentes de ambas as Turmas da Primeira Seção.*

4. *Recurso especial não provido*<sup>4</sup>.

Sem embargo, com o devido respeito à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a qual deve ser considerada deveras formalista e conservadora, a exigência de esgotamento de diligências pelo exequente para encontrar bens passíveis de penhora do executado não é questão de direito intertemporal, mas de efetivação constitucional do postulado normativo da tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República), independentemente da edição da Lei nº 11.382/2006.

## **2. FORMAS DE PENHORA DE DINHEIRO**

Desde o Código de Processo Civil de 1973 (Código Buzaid), o artigo 655, em seu inciso I, prevê o dinheiro como o primeiro bem da ordem de penhora, devido à liquidez que lhe é inerente. À época, por evidente, diante da inexistência dos meios tecnológicos atuais, a operacionalização e a efetivação da penhora de

<sup>4</sup> STJ, REsp 1074404/BA, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, julg. 16/10/2008, DJe 06/11/2008.

dinheiro ficou esquecida pelas partes e, até mesmo, pelos órgãos jurisdicionais.

Não havia, portanto, meios idôneos e eficazes de penhora de dinheiro e sua efetivação cingia-se à hipótese raríssima de o oficial de justiça encontrar, em diligência de efetivação de penhora, uma mala de dinheiro ou situação semelhante.

Muito embora também não houvesse qualquer óbice para que fosse requerida ao juízo e deferida a expedição de ofício pelo órgão jurisdicional, dirigido a determinada instituição financeira depositária, para se efetivar a penhora de dinheiro mantido em conta corrente ou aplicação financeira titularizada pelo executado, a dificuldade em saber em qual instituição financeira, a agência, o número da conta e os valores depositados em nome do executado era recorrente.

Também não havia impedimento para que fosse expedido ofício ao Banco Central do Brasil, de modo a repassar às instituições financeiras depositárias integrantes do Sistema Financeiro Nacional a ordem judicial de penhora de dinheiro em conta corrente ou aplicação financeira, mas tais requerimentos eram inco-muns e nem sempre eficazes.

No entanto, com o decorrer do tempo, em virtude da denominada “crise da execução”, e com o advento da Constituição vigente, da qual se extrai o dever jurídico do Estado de prestação da tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva, um sistema de efetivação de penhora de dinheiro mantido em depósitos em instituições financeiras se mostrava uma necessidade inadiável, até porque, em regra, ninguém mais guarda dinheiro embaixo do colchão.

Com a concepção e a criação do sistema BACEN-JUD, o procedimento de efetivação de penhora de dinheiro ficou mais rápido, eficaz e acessível, porquanto bastará o órgão jurisdicional, via meio eletrônico, ordenar a penhora, a qual será circularizada no sistema bancário sem que se saiba o saldo do executado nos depósitos e aplicações, eis que a ordem ocorre de modo a tão só penhorar a quantia executada determinada, que corresponderá ou não à quantia mantida em depósito em conta corrente ou aplica-

ção financeira do executado. O sistema BACEN-JUD viabiliza, portanto, de forma eletrônica, o que se pretendia com a expedição de ofício ao Banco Central do Brasil para repassar ao sistema bancário a ordem de penhora de dinheiro.

Logo, evidencia-se que há fundamento legal para a penhora de dinheiro antes do advento da Lei nº 11.382/2006, e que não há quebra de sigilo bancário.

### **3. FUNDAMENTOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS LEGITIMADORES DA UTILIZAÇÃO DO BACEN-JUD**

De início, cumpre frisar que o requerimento de penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, mediante requisição à autoridade supervisora do sistema bancário, com a determinação de indisponibilidade (penhora *on-line*, via sistema BACEN-JUD), até o valor indicado na execução, tem fundamento, conforme já frisado, no artigo 655, inciso I do CPC; com o advento da Lei nº 11.382/2006, reforçou-se a juridicidade do requerimento com a introdução, no Código de Processo Civil, do artigo 655-A e parágrafos, também aplicável aos títulos executivos judiciais, nos termos do artigo 475-R do CPC<sup>5</sup>.

Nesse sentido, é bom lembrar que a penhora de dinheiro tem preferência legal sobre a penhora de outros bens e pode ser efetuada onde eles se encontrem (artigo 659, § 1º do CPC)<sup>6</sup>, cabendo ao executado, se tiver o interesse de se submeter ao cumprimento da sentença de forma menos onerosa, indicar bens líquidos para tanto (artigo 620 do CPC), pois a execução se dá no interes-

<sup>5</sup> “Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006). - I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006)”; “Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006)”; “Art. 475-R. Aplicam-se subsidiariamente ao cumprimento da sentença, no que couber, as normas que regem o processo de execução de título extrajudicial. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)”.

<sup>6</sup> “Art. 659. A penhora deverá incidir em tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, juros, custas e honorários advocatícios. (Redação dada pela Lei nº

se do credor (artigo 612 do CPC)<sup>7</sup>, com vistas a expropriar bens do devedor (artigo 646 do CPC)<sup>8</sup>, que tem o direito à adequada, efetiva e tempestiva prestação da tutela jurisdicional (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República)<sup>9</sup> e à duração razoável do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição da República)<sup>10</sup> e do artigo 8º, 1 do Pacto de São José da Costa Rica - Decreto 678/92<sup>11</sup>).

A propósito, segundo o novo regime jurídico da execução, o excesso de penhora ou eventual constrição sobre bens eventualmente impenhoráveis deve ser alegada e comprovada pelo executado<sup>12</sup>, nos termos do parágrafo 2º do artigo 655-A do Código de Processo Civil<sup>13</sup>.

Notadamente, todo o complexo normativo pertinente ao regime jurídico de execução não exige, em nenhum momento, a comprovação de esgotamento de todos os meios de que dispõe o

---

11.382, de 2006). § 1º Efetuar-se-á a penhora onde quer que se encontrem os bens, ainda que sob a posse, detenção ou guarda de terceiros. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006)”.

<sup>7</sup> “Art. 612. Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal (art. 751, III), realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados”.

<sup>8</sup> “Art. 646. A execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor (art. 591)”.

<sup>9</sup> “Art. 5º, XXXV, da CRFB: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>10</sup> “Art. 5º, LXXVIII, da CRFB: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

<sup>11</sup> “Art. 8º, 1., Decreto n.º 678/92: “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente (...)”.

<sup>12</sup> MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. Volume 3. Execução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 277: “De modo que a penhora *on-line*, uma vez efetivada, fica à espera de alegação do executado, que passa a ter o ônus de demonstrar que o valor é marcado por impenhorabilidade absoluta ou que está revestido de “outra forma de impenhorabilidade”. Como é evidente, no momento em que a penhora *on-line* é realizada, é impossível saber se o valor está gravado por alguma forma de impenhorabilidade. Em razão disso, e como não poderia ser de outra forma, a lei posterga o exame desta questão, impondo ao devedor o ônus de alegar e provar a existência de razão que inviabilize a penhora do valor indisponibilizado (art. 655-A, §2.º, do CPC)”.

<sup>13</sup> “Art. 655-A § 2º 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. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006)”.

exequente para localizar o patrimônio do executado como requisito para o deferimento da penhora *on-line*.

Citam-se, nesse sentido, os ensinamentos doutrinários desenvolvidos por Daniel Mitidiero:

*“Já encontradiza na praxe judiciária brasileira, à vista de convênio outrora firmado entre o Banco Central, o Superior Tribunal de Justiça, o Conselho de Justiça Federal e o Tribunal Superior do Trabalho, a penhora pela via eletrônica encontra agora expressa solução legal. Haja vista que na gradação de bens e valores a penhorar ocupa lugar de destaque o ‘dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira’ (art. 655, I, CPC), natural que o órgão jurisdicional possa se valer, a requerimento do exequente, dessa técnica eletrônica para lograr êxito na segurança do juízo. Mais: tendo em conta a prioridade de constrição pecuniária, legitima-se a procura e penhora de valores on-line logo de chofre, sem qualquer nota de excepcionalidade. (...) No mesmo momento em que oficial à autoridade supervisora do sistema financeiro a fim de perquirir a respeito da existência ou não de ativos em nome do executado, poderá o órgão jurisdicional desde logo determinar a indisponibilidade de eventuais valores tantos quanto bastem para satisfação do direito do exequente. Trata-se de ato executivo, cujo fito evidente é vincular, à expropriação, a quantia afetada. (...) Tem o executado de levantar a impenhorabilidade da quantia bloqueada em embargos à execução ou em adição aos embargos (art. 655-A, § 2º, CPC). Cuida-se de ônus do executado, admitindo ampla dilação probatória.”<sup>14</sup>*

As ponderações de Cássio Scarpinella Bueno são igualmente pertinentes, *in verbis*:

<sup>14</sup> MITIDIERO, Daniel. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. A Nova Execução de Títulos Extrajudiciais. Rio de Janeiro: Forense, 2007, 70/71.



*“O caput do art. 655-A exige que haja ‘requerimento do exequente’ para a efetivação da chamada ‘penhora on line’. (...) A regra é inequivocamente inspirada em razões de interesse público, de maior eficiência da prestação jurisdicional, não havendo razão para relegá-la à disponibilidade das partes e, menos ainda, para um ‘segundo plano’, como se a penhora on line tivesse como pressuposto, por qualquer razão, o malogro de outras tentativas de penhora sobre outros bens do executado.”<sup>15</sup>*

Ou seja, qualquer decisão que atribua ao exequente o ônus processual de esgotar diligências para encontrar bens passíveis de penhora do executado é ilegal e inconstitucional, eis que se condiciona e se restringe a forma mais eficaz de penhora<sup>16</sup>, quando certo que sequer se sabe quais são os aludidos meios, bem como o limite do dito esgotamento, em prejuízo ao princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II, da Constituição da República), da prestação de tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva, da duração razoável do processo e da eficiência (artigo 37, *caput*, da Constituição da República)<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Volume 3. Tutela Jurisdicional Executiva. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 244/245.

<sup>16</sup> MARINONI, Luís Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. Volume 3. Execução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 274: “A penhora de dinheiro é a melhor forma de viabilizar a realização do direito de crédito, já que dispensa todo o procedimento destinado a permitir a justa e adequada transformação do bem penhorado - como o imóvel - em dinheiro, eliminando a demora e o custo de atos como a avaliação e a alienação do bem a terceiro. Além disso, tal espécie de penhora dá ao exequente a oportunidade de penhorar a quantia necessária ao seu pagamento, o que é difícil em se tratando de bens imóveis ou móveis, os quais possuem valores ‘relativos’ e, por isto mesmo, são objetos de venda em leilão público, ocasião em que a arrematação pode ocorrer por preço inferior ao de mercado”.

<sup>17</sup> GRECO, Leonardo. “Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo”. In: *Estudos de Direito Processual*, Campos dos Goytacazes, Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 225: “Afinal, o processo judicial de solução de conflitos ou de administração de interesses privados se insere no universo mais amplo das relações entre o Estado e o cidadão, que no Estado de Direito Contemporâneo deve subordinar-se aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, consoante o disposto no artigo 37 da Constituição que, não sem razão, se refere a tais princípios como inerentes ‘a qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios’”.

Não custa frisar que, no Estado Democrático de Direito, a jurisdição deve ser compreendida como a função estatal de prestação adequada, efetiva e adequada da tutela jurisdicional de direitos das pessoas, cujo instrumento é o processo, dotado de aptidão para conferir tutela jurídica de forma efetiva e célere até o encerramento da atividade jurisdicional<sup>18</sup> - o que inclui, a toda evidência, a fase executiva -, a qual se dá com a entrega do direito material. Trata-se, à evidência, da concepção do processo como instrumento de resultados efetivos e úteis em razão do direito deduzido em juízo.

No mais, após a Emenda Constitucional n.º 45/04<sup>19</sup>, é evidente que as formas mais eficazes e céleres de prestação da tutela jurisdicional adequada, dentre as quais a penhora *on-line*, devem ser asseguradas pelos órgãos jurisdicionais aos jurisdicionados, mormente porque o executado tem o dever jurídico de pagar<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> MARINONI, Luis Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 112: “Frise-se que o direito de ação - visto como contrapartida da proibição da autotutela e da reserva do poder de dirimir os conflitos ao Estado - foi concebido, já há bastante tempo, como direito a uma sentença de mérito. Acontece que a sentença que reconhece a existência de um direito, mas não é suficiente para satisfazê-lo, não é capaz de expressar uma prestação jurisdicional efetiva, uma vez que não tutela o direito e, por isso mesmo, não representa uma resposta que permita ao juiz se desincumbir do seu dever perante a sociedade e os direitos. Diante disso, não há dúvida de que a tutela jurisdicional só se aperfeiçoa, nesses casos, com a atividade executiva. Portanto, a jurisdição não pode significar mais apenas *iuris dictio* ou ‘dizer o direito’, como desejavam os juristas que enxergam na atividade de execução uma mera função administrativa ou uma ‘função menor’. Na verdade, mais do que o direito à sentença, o direito de ação, hoje, tem como corolário o direito ao meio executivo adequado”.

<sup>19</sup> CAMBI, Eduardo. “Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo”. In: DIDIER JR., Fredie. (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 6. ed. Salvador: Juspodvim, 2008, p. 163: “A Emenda Constitucional 45/2004, ao introduzir o direito fundamental à razoável duração do processo a todos, no âmbito judicial e administrativo, e assegurar os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (Art. 5º, inc. LXXVIII, CF), veio a ressaltar a necessidade de construção de outras técnicas processuais capazes de reformular conceitos e institutos clássicos do direito processual.”

<sup>20</sup> MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. Volume 3. Execução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 277: “Contudo - como já foi salientado anteriormente -, agora o exequente tem o direito de indicar bens à penhora (art. 475-J, §3º, do CPC), não existindo mais a previsão de que o executado deve ser citado para pagar ou nomear bens à penhora. O real significado desta mudança está em evidenciar que o executado tem apenas e tão somente o dever de pagar”.

#### 4. O AGRAVO DE INSTRUMENTO COMO RECURSO CABÍVEL EM DECISÕES DE INDEFERIMENTO DE PENHORA DE DINHEIRO VIA BACEN-JUD

Na hipótese de indeferimento do requerimento de penhora de dinheiro via BACEN-JUD, deve-se frisar que o agravo retido não é cabível, eis que não se terá a possibilidade de reiteração após, pois não haverá ulterior sentença sujeita a recurso de apelação. O agravo de instrumento é o recurso cabível, portanto.

Há de se frisar que o agravo de instrumento não é cabível somente quando há urgência, mas também quando o agravo retido for incompatível ou inadequado, embora não se olvide que o não deferimento do BACEN-JUD, de forma tempestiva, possa frustrar a execução e causar lesão de difícil reparação.

A propósito, o entendimento sobre não ser o agravo retido o recurso idôneo à impugnação de decisões proferidas em sede de execução é unânime entre os melhores processualistas do Brasil e conta com precedente favorável no Superior Tribunal de Justiça, da relatoria do ilustre processualista e Ministro Teori Albino Zavascki, no que foi acompanhado pelos demais membros da 1ª Turma, inclusive o também processualista e Ministro Luiz Fux.

Pois bem, confira-se a ementa do precedente acima referido, *verbis*:

*PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA CONVERSÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AGRAVO RETIDO. CABIMENTO. PRECEDENTES. RECURSO INTERPOSTO EM FACE DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA EM EXECUÇÃO DE SENTENÇA. INUTILIDADE DO APELO, CASO NÃO DEFERIDO O SEU PROCESSAMENTO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO<sup>21</sup>.*

Sem embargo, transcreve-se trecho do voto do acórdão a respeito do que ora é sustentado:

<sup>21</sup> STJ, RMS 23843/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julg. 20/05/2008, DJe 02/06/2008.

*“A despeito da discussão relativa à presença ou não dos pressupostos ensejadores do imediato processamento do agravo de instrumento, deve ser reconhecida a pretensão da recorrente de ver processado o seu recurso, sob pena de sua absoluta inutilidade. Isso porque, não havendo sentença final de mérito em sede de execução, não haverá oportunidade de interposição de apelação e, por conseqüência, ficará inviável a reiteração do agravo retido”.*

No âmbito doutrinário, são trazidas as lições de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Fredie Didier Jr., Leonardo José Carneiro da Cunha, Gleydson Kleber de Oliveira e Athos Gusmão Carneiro, no sentido da incompatibilidade do agravo retido para se impugnar decisões em execução, transcritas abaixo e na ordem enunciada neste parágrafo:

*“(...) cumpre advertir que há casos em que, a despeito da existência de urgência, somente caberá agravo de instrumento em razão da incompatibilidade do regime do agravo retido com a situação concreta. Seguem alguns exemplos. Só cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias proferidas em processo de execução, pois o agravo retido, conforme apontado, não cabe, por incompatível, nesse tipo de processo (...) Em todas essas situações, incabível o agravo retido por inadequação; impõe-se, assim, como recurso cabível, o agravo de instrumento<sup>22</sup>. O agravo, em sua modalidade por instrumento, portanto, somente será admitido contra decisões que puderem causar à parte lesão grave e de difícil reparação, ou, de forma geral, quando o agravo, em sua forma retida, for manifestamente inadequado para impugnar o ato judicial (...)*

<sup>22</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Volume 3. Salvador: Juspodvim, 2008, p. 149/150.

*Realmente, a exceção - em que será cabível o agravo de instrumento - fica por conta do exame do interesse recursal. Quando o agravo em sua forma retida for incompatível com a necessidade de impugnação do ato judicial, faltará interesse recursal em seu uso, de modo que a única via que se divisa será a via por instrumento. (...) Idêntica a solução a ser dada para casos em que há alteração em um dos polos da demanda, ou em qualquer outro caso em que a demora na análise do agravo retido inviabilize a fruição de qualquer utilidade em sua decisão. Por fim, também não caberá o agravo retido em casos em que não há sentença prevista, ou não é usual a interposição de apelação contra a sentença finalmente dada, como ocorre com a fase de “cumprimento de sentença”, ou com o processo de execução<sup>23</sup>.*

*A respeito, bem observou Gleydson Kleber de Oliveira que não poderia ser imposto o regime do agravo retido às decisões proferidas após a sentença nas ações executivas lato sensu, pois nestas o conhecimento e a “execução” (rectius, o “cumprimento de sentença”) são efetuados no mesmo processo, não havendo uma posterior sentença relativa à execução.*

*(...) Anotemos, outrossim, naqueles casos em que o agravo não pode ser retido porque o andamento processual não prevê a superveniência de uma sentença de julgamento da lide, sentença que dê azo à apelação do sucumbente e, pois, à reiteração do agravo nas razões ou na resposta da apelação (art. 523, §1º). Neste passo enquadram-se as decisões tomadas no decurso de processo de execução (em que não há julgamento da lide) (...)”<sup>24</sup>.*

<sup>23</sup> MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 534/536.

<sup>24</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. “Do Recurso de Agravo e suas alterações pela Lei nº 11.187/05”. In: FURTADO FABRÍCIO, Adroaldo (Coord.). *Meios de Impugnação ao Julgado Civil: Estudos em Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Forense: Rio de Janeiro, 2007, p. 119 e 126.

## 5. CONCLUSÃO

No Estado Democrático de Direito, em que a Constituição da República prevê o direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva do direito das pessoas (artigo 5º, inciso XXXV), todos os meios eficientes para tal desiderato devem ser assegurados e prestigiados.

Desde o Código de Processo Civil de 1973 (Código Buzaid), o artigo 655, em seu inciso I, prevê o dinheiro como o primeiro bem da ordem de penhora, devido à liquidez que lhe é inerente, sendo a penhora *on-line* o meio mais eficaz na hipótese de inadimplemento do executado, diante de sua responsabilidade patrimonial pelo pagamento do valor executado.

Com o advento da Lei nº 11.382/2006, reforçou-se a juridicidade do requerimento de penhora de dinheiro via BACEN-JUD, de modo que qualquer decisão que atribua ao exequente o ônus processual de esgotar diligências para encontrar bens passíveis de penhora do executado é ilegal e inconstitucional, sob pena de violação a diversas regras do Código de Processo Civil e princípios da Constituição da República.

Logo, independentemente do advento da Lei nº 11.382/2006, por ter o executado o dever jurídico de pagar e não ter adimplido a obrigação representada pelo título executivo judicial ou extrajudicial, a penhora *on-line* deve ser deferida ao exequente, pois a execução se dá com vistas à satisfação do crédito. A questão não deve ser vista sob o aspecto do direito intertemporal, e tem por base a entrada em vigor da Lei nº 11.382/2006 (ponto de vista formal), segundo vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça, mas com ênfase na natureza substancial do direito constitucional à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. ☐

# A Execução da Prestação de Alimentos e a Prisão Civil do Alimentante

Daniel Roberto Hertel

*Professor e Advogado. Pós-graduado em Direito Público e DPC pela Faculdade Cândido Mendes de Vitória-ES.*

## 1. INTROITO

Os alimentos constituem matéria de grande relevância no Direito. Na verdade, os alimentos estão relacionados diretamente com o direito à vida das pessoas, com o direito à dignidade<sup>1</sup> e, também, com o direito à solidariedade familiar. Dessa forma, tutelando-se os alimentos, em última análise, o que se tutela é o direito à vida e à dignidade, ambos com assento no texto constitucional.

Pretende-se, neste ensejo, analisar alguns aspectos decorrentes da execução da prestação de alimentos, assim como da possibilidade de prisão civil do executado. Na verdade, a obrigação alimentar possibilita ao credor a utilização da técnica processual de execução do tipo coação, com a respectiva possibilidade de cerceamento do direito de liberdade do devedor dos alimentos.

É importante consignar, desde logo, que a prisão civil do devedor constitui regime de exceção, sendo, inclusive, limitada a sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal tão somente aos casos de dívida de alimentos. Considerou-se, de fato, no julgamento do recurso extraordinário de nº. 466.343-SP, a prisão do depositá-

<sup>1</sup> Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e o processo civil moderno, cf.: HERTEL, Daniel Roberto. “O processo civil moderno e a dignidade da pessoa humana”. *Revista Dialética de Direito Processual - RDDP*, São Paulo, nº 55, out., 2007.

rio infiel como sendo inconstitucional, por estar em contradição com os princípios preconizados nos tratados de direitos humanos subscritos pela República Federativa do Brasil, em particular, o Pacto de São José da Costa Rica.

Nesse contexto de valorização e de realocação dos direitos humanos, queda claro que a prisão civil do devedor de alimentos também merece tratamento metuculoso. A despeito da inexistência de discussão sobre a sua constitucionalidade, é importante realizar, à luz dos direitos humanos, tanto sob a ótica do credor como do devedor, uma análise balizadora da possibilidade de prisão do alimentante.

## 2. DIREITO AOS ALIMENTOS

Os alimentos correspondem a uma prestação destinada a uma pessoa, sendo indispensável para a sua subsistência e para a manutenção da sua condição social e moral.

A expressão “alimentos” apresenta uma acepção vulgar e outra técnica. No sentido vulgar, os alimentos representam o que é necessário à manutenção da vida de uma pessoa. Na acepção técnica, como destaca Cahali<sup>2</sup>, basta acrescentar à citada noção a idéia de obrigação que é imposta em função de uma causa jurídica prevista em lei.

É importante mencionar, ainda, que o termo “alimentos”, além de designar a obrigação de sustento de uma outra pessoa, também designa o próprio conteúdo da obrigação a ser prestada. Assim, o termo “alimentos” pode ser utilizado no sentido de obrigação alimentar, assim como o seu respectivo conteúdo.

O valor da prestação dos alimentos deverá ser fixado com base nas necessidades do alimentando e nas possibilidades do alimentante. Não pode o magistrado, outrossim, deixar de utilizar o critério de proporcionalidade. Reza, com efeito, o art. 1.694, § 1º do Código Civil: “Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.”

<sup>2</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 16.



De qualquer modo, cumpre registrar que o estudo daqueles que são obrigados a pagar alimentos deve ser realizado em outra seara, ou seja, no Direito de Família. Em rápida síntese, contudo, pode-se dizer que são obrigados ao pagamento de alimentos os parentes, os cônjuges e os companheiros (art. 1.694 do CC). O Código Civil de 2002 também inovou ao prever, no art. 1.700, que a obrigação de pagar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor.

A ordem de responsabilização pelo pagamento dos alimentos é a seguinte: ascendentes, descendentes e colaterais de segundo grau, o que inclui apenas os irmãos, sejam eles germanos ou unilaterais.

### **3. EXECUÇÃO DOS ALIMENTOS SOB PENA DE PRISÃO**

Tecidas as considerações propedêuticas sobre os alimentos, cumpre, doravante, analisar alguns aspectos decorrentes da execução da prestação de alimentos sob pena de prisão. Enceta-se este estudo pela abordagem dos títulos que permitem a utilização da execução pelo rito do art. 733 do Código de Processo Civil.

#### **3.1 Títulos que dão suporte à execução dos alimentos sob pena de prisão: judiciais e extrajudiciais**

Insta registrar, inicialmente, que o art. 733 do Código de Processo Civil, o qual dispõe sobre o rito da execução dos alimentos sob pena de prisão, faz referência à “execução de sentença ou de decisão”. Desse modo, não há qualquer dúvida quanto à possibilidade de um título judicial dar suporte à execução sob pena de prisão. Por outro lado, a questão da possibilidade de serem executados sob pena de prisão os alimentos contemplados em título extrajudicial não se mostra tão simples assim.

De fato, como consignado, o art. 733 do CPC, que trata da execução sob pena de prisão, não faz referência a título extrajudicial, mas tão somente à sentença ou decisão. O professor Alexandre Câmara, nesse contexto, não admite a execução dos alimentos previstos em título extrajudicial pelo rito de

prisão<sup>3</sup>. Por outro lado, Wambier, Talamini e Almeida admitem a execução dos alimentos que estão previstos em título extrajudicial sem qualquer restrição<sup>4</sup>.

Parece-me que, à luz do princípio da efetividade do processo e das modernas tendências do direito processual civil, deve ser admitido o processamento da execução dos alimentos previstos em título extrajudicial nas modalidades sob pena de penhora ou sob pena de prisão.

De fato, o art. 19 da Lei de Alimentos (Lei n. 5.478/68)<sup>5</sup> faz referência ao “cumprimento do julgado ou do acordo”. Desse modo, o preceptivo não limita a execução apenas aos títulos judiciais. Parece-me, então, perfeitamente admissível a execução dos alimentos previstos em título extrajudicial sob pena de prisão.

Nesse particular, deve-se mencionar que poderão ser executados sob pena de prisão os alimentos acordados em sede de escritura pública de separação ou de divórcio consensual, realizado com base na Lei n. 11.441/07. A referida lei, com efeito, implementou no CPC a possibilidade de serem realizados a separação e o divórcio pela via administrativa, isto é, por meio de escritura pública.

Eventual acordo de separação, realizado por escritura pública, que estabeleça o pagamento de pensão alimentícia, portanto, poderá ser executado tanto pelo rito da execução sob pena de penhora (art. 732 do CPC), como pelo rito da execução sob pena de prisão (art. 733 do CPC). Aplica-se, aqui, a mesma orientação antes expendida. Realmente, o art. 19 da Lei de Alimentos faz referência a julgado ou a acordo, incluindo-se, assim, o título extrajudicial que resultar da escritura de separação.

<sup>3</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 11. ed. ver. atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. 3. p. 366.

<sup>4</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de direito processual civil*. 8. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2. p. 443.

<sup>5</sup> Art. 19 da Lei n. 5.478/68. “O juiz, para instrução da causa, ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para o seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias.”

### **3.2 Tipos de alimentos que comportam execução sob pena de prisão**

A fim de dar maior efetividade à execução e de se tutelarem os direitos aos alimentos na perspectiva que a sua magnitude impõe, parece-me que o melhor entendimento é aquele que admite que sejam executados pelo rito do art. 733 do Código de Processo Civil os alimentos provisórios, os definitivos e os provisionais.

Não se pode mesmo estabelecer qualquer distinção entre os alimentos fixados em sede de ação cautelar ou em sede de qualquer outra ação que envolva o Direito de Família. Sejam os alimentos fixados liminarmente (alimentos provisórios) ou na sentença (alimentos definitivos), permitirão a utilização do rito da execução sob pena de prisão do art. 733 do Código de Processo Civil.

Da mesma forma, os alimentos gravídicos, cujo suporte encontra-se na recente Lei n. 11.804/08, também permitem a utilização da execução sob pena de prisão do art. 733 do CPC. Tal se dá até mesmo em decorrência do que está previsto no art. 11 da referida lei, que esclarece serem aplicáveis aos alimentos gravídicos, supletivamente, as disposições da Lei de Alimentos e do Código de Processo Civil.

### **3.3 Prestações dos alimentos que são exigíveis na execução sob pena de prisão**

Insta registrar que a jurisprudência tem limitado as prestações que podem ser executadas sob pena de prisão. De fato, não se tem admitido que toda a dívida relativa aos alimentos seja cobrada com a utilização do meio de coerção do tipo prisão. Realmente, admitir-se isso implicaria violação ao princípio do menor sacrifício possível do devedor, previsto no art. 620 do Código de Processo Civil.

O Superior Tribunal de Justiça, a propósito, tem limitado a execução da prestação dos alimentos sob pena de prisão às últimas três prestações e às que se vencerem durante a tramitação da execução. A referida orientação já está cristalizada na súmula de n. 309 do STJ, *in verbis*: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações

anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”.

Assim, se o devedor de alimentos estiver devendo dez prestações, não poderão todas elas serem objeto de execução sob pena de prisão (art. 733 do CPC). Apenas darão suporte à execução dos alimentos sob a modalidade coercitiva (art. 733 do CPC) as três últimas e as que vencerem durante a tramitação da execução. As demais prestações em aberto deverão ser cobradas por meio de execução por sub-rogação, ou seja, de acordo com o rito do art. 732.

### 3.4 Rito

O rito da execução dos alimentos sob pena de prisão está alinhavado no art. 733 do Código de Processo Civil e também na Lei n. 5.478/68, que é a Lei de Alimentos. A execução dos alimentos é iniciada por meio de uma ação de execução<sup>6</sup>, que deverá preencher os requisitos genéricos e específicos da exordial.

O magistrado deverá proferir despacho inaugural, no qual será, regra geral, determinada a citação do devedor. O executado, no procedimento da execução dos alimentos sob pena de prisão, não é citado para apresentar defesa. Na verdade, o executado é citado para realizar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo, sob pena de ser preso. Tal conclusão decorre do disposto no art. 733 do CPC.

Uma vez realizada a citação, basicamente quatro situações poderão ocorrer. O devedor poderá: a) pagar; b) provar que pagou; c) apresentar justificação suscitando a impossibilidade de realizar o pagamento; d) manter-se inerte.

Se o devedor pagar a importância que é cobrada na *actio iudicati*, o magistrado proferirá sentença de extinção da execução na forma dos art. 794, inc. I, c/c art. 795 do CPC. Ao exequente

---

<sup>6</sup> Registre-se que, para aqueles que defendem a aplicação da Lei n. 11.232/05 à execução da prestação de alimentos, não haveria necessidade de petição inicial, mas sim de mero requerimento. Particularmente, como adiante se exporá, não nos parece ser possível aplicar-se o rito de cumprimento de sentença, previsto no art. 475-J do CPC, à execução dos alimentos sob pena de prisão.

cabará requerer, então, a expedição do mandado de levantamento do dinheiro que foi depositado.

O executado poderá também, ao ser citado, provar que pagou. Com essa postura, afastará eventual decretação da prisão. De qualquer sorte, uma vez provado o pagamento, o magistrado também proferirá sentença de extinção da execução na forma dos arts. 794, inc. I e 795 do CPC.

A terceira situação que poderá ocorrer é aquela em que o devedor apresenta defesa. A defesa é aviada mediante justificação, que deverá ser apresentada no prazo de três dias, contados da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido. Nessa peça de defesa, o executado, além de poder arguir as matérias de ordem pública (falta de pressupostos processuais ou de condições da ação), deverá aduzir os motivos para a não decretação da sua prisão.

Parece-me que, além de o executado poder apresentar a justificação, poderá ele também apresentar os embargos do devedor, nos termos do art. 736 *et seq.* Essa orientação, na verdade, prima pela observância do princípio do contraditório substancial. De qualquer modo, o prazo para apresentação dessa modalidade de defesa será de quinze dias, contados a partir da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido, *ex vi* do disposto no art. 738 do Código de Processo Civil.

Registre-se, ainda, que, apresentada a justificação, o magistrado deverá proferir uma decisão interlocutória. Se rejeitar a justificação, decretará a prisão do devedor de alimentos; por outro lado, se o juiz acatar a justificação apresentada pelo devedor, ele deixará de decretar a prisão do executado, mas isso não eximirá o devedor de realizar o pagamento das prestações, devendo ser intimado o credor para que requeira o prosseguimento da execução, doravante pelo rito sob pena de penhora.

A última situação que poderá ocorrer é aquela em que o executado, a despeito de ter sido citado para, em três dias, pagar, provar que pagou ou justificar a impossibilidade de fazê-lo, se queda inerte. Por outras palavras: deixa transcorrer *in albis* o prazo legal. Nesse caso, o juiz determinará a oitiva do credor, que poderá, então, requerer a prisão do executado. Requerida a prisão, o magistrado a

decretará por meio de decisão interlocutória. Reza o art. 733, § 1º do CPC, o seguinte: “Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de um (1) a três (3) meses”.

### 3.4.1 Inaplicabilidade da Lei 11.232/05

A Lei nº. 11.232/05 institui uma nova forma de cumprimento das decisões judiciais que imponham obrigações de pagar importância em pecúnia. Na verdade, de acordo com o art. 475-J do CPC, sendo o devedor condenado a pagar importância em dinheiro, terá quinze dias para realizar o pagamento, sob pena de incidir multa de dez por cento do valor cobrado.

Tal rito não pode ser aplicado à execução da prestação de alimentos sob de prisão. Na verdade, essa modalidade de execução tem rito próprio, definido no art. 733 do CPC, não havendo por que aplicar-se o rito de cumprimento de sentença. Ademais, eventual aplicação do rito de cumprimento de sentença, previsto no art. 475-J do CPC, à execução da prestação de alimentos implicaria verdadeiro tumulto processual, com confusão no procedimento a ser adotado e possibilidade de diferenças de rito a ser aplicado por cada magistrado.

Basta imaginar o seguinte: o devedor terá o prazo de três dias para pagar (art. 733 do CPC) ou de quinze dias (art. 475-J do CPC)? A defesa seria aviada mediante justificção ou impugnação? No caso de não pagamento, a prisão poderá ser decretada juntamente com a imposição da multa de 10%? A cumulação das medidas não implicaria em *bis in idem*, com a violação do princípio do menor sacrifício possível do devedor?

Reconhece-se, aqui, a existência de orientação em sentido diverso, mas por questão de segurança jurídica e de observância ao princípio do devido processo legal, defende-se a inaplicabilidade do rito de cumprimento de sentença à execução da prestação dos alimentos sob pena de prisão.

### 3.5 Decretação da prisão *ex officio*

Aforada a ação de execução dos alimentos sob pena de prisão, poderá o juiz *ex officio* determinar a prisão do executado? A doutrina diverge a respeito.

José Carlos Barbosa Moreira, por exemplo, entende que o magistrado poderá decretar a prisão do devedor de alimentos sem haver necessidade de requerimento. Destaca que “omisso o executado em efetuar o pagamento, ou em oferecer escusa que pareça justa ao órgão judicial, este, sem necessidade de requerimento do credor, decretará a prisão do devedor”.<sup>7</sup> Ademais, dando suporte a essa orientação, tem-se também a redação imperativa do art. 733, § 1º, do CPC.

Em sentido contrário, ressalta Rios Gonçalves que não é possível o juiz decretar de ofício a prisão porquanto “o credor e o devedor são pessoas que têm entre si relação de direito de família; a conveniência e a oportunidade da medida coercitiva devem ficar a critério do credor”.<sup>8</sup>

Coaduno com a segunda vertente. É que a conveniência da prisão deve ser avaliada pelo próprio credor. Ademais, por se tratar de medida extremamente restritiva de direito, caberá à parte avaliar a sua necessidade ou não. Importante consignar, outrossim, que, quando o executado está preso, ele não pode exercer atividade laboral, o que pode dificultar ainda mais o adimplemento das prestações de alimentos. A conveniência deve, portanto, ser analisada pela parte exequente. E essa tem sido a orientação adotada nos Tribunais<sup>9</sup>.

### 3.6 Requerimento de prisão pelo representante do *Parquet*

Segundo Theodoro Júnior<sup>10</sup>, por ser a prisão civil uma medida de exclusivo interesse e iniciativa do credor, não poderá o Ministério Público requerê-la. Essa orientação alinha-se com a corrente

<sup>7</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 261.

<sup>8</sup> GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3. p. 23-1. Esse mesmo entendimento é defendido por: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de Execução*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: LEUD, 2004. p. 420.

<sup>9</sup> RT 488/294, 486/258, 497/289 e 732/357. Ressalta Yussef Cahali, a propósito, citando inúmeras decisões, que a jurisprudência é dominante no sentido da impossibilidade de decretação da prisão *ex officio*. Cf.: CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 1055.

<sup>10</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 2. p. 417.

que defende que a aferição da conveniência da prisão pertence ao credor.

Parece-me, de qualquer sorte, que em casos excepcionais é perfeitamente possível admitir-se o requerimento de prisão por parte do Ministério Público. Basta imaginar situação na qual o causídico que patrocina a causa, por desleixo ou desídia, deixe de requerer a decretação da prisão. Como há interesse público na demanda, nada obsta que, em situações desse naipe, o *Parquet* requeira ao magistrado a decretação da prisão civil.

### **3.7 Pagamento da dívida, alvará de soltura e oitiva do representante do Ministério Público**

O Ministério Público deve intervir nas ações de alimentos, por força do disposto no art. 9º da Lei de Alimentos, assim como do disposto no art. 82, inc. I ou II do CPC. Nas execuções de alimentos, por óbvio, o Ministério Público também deverá intervir, por aplicação subsidiária à execução das regras do processo de conhecimento, nos exatos termos do art. 598 do Código de Processo Civil.

Deve-se registrar, contudo, que se o executado estiver preso e alguém realizar o pagamento da dívida, não deve o juiz determinar a prévia oitiva do Ministério Público. A providência imediata a ser adotada é a determinação da expedição do alvará de soltura, uma vez que o objetivo da medida coercitiva de prisão foi alcançado. Assim, não deve o juiz mandar ouvir o Ministério Público nesses casos, sob pena de causar indevida dilação da prisão do devedor.

## **4. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS**

Tecidas as considerações sobre o rito da execução sob pena de prisão, cumpre, agora, analisar os principais aspectos da prisão civil do devedor de alimentos. A primeira questão a ser enfrentada refere-se ao próprio prazo dessa modalidade de prisão.

### **4.1 Prazo da prisão do alimentante**

É importante registrar que em relação ao prazo da prisão civil do devedor de alimentos, o ordenamento jurídico apresen-



ta uma antinomia relativa. De fato, existem dois dispositivos que versam sobre o prazo da prisão do devedor de alimentos, os quais são dissonantes. São eles: o art. 733, § 1º do CPC e o art. 19 da Lei n. 5.478/68.

O art. 733, § 1º do CPC estabelece o prazo de 1 a 3 meses, enquanto o art. 19 da Lei de Alimentos dispõe que o prazo é de até 60 dias. A partir dessa incompatibilidade surgiram várias correntes na doutrina sobre o prazo da prisão civil do devedor de alimentos.

Sérgio Pereira<sup>11</sup>, por exemplo, considera que o prazo da prisão do devedor de alimentos deve ser o fixado na Lei de Alimentos, isto é, não pode exceder sessenta dias. Essa orientação tem por base o princípio do menor sacrifício possível do devedor, previsto no art. 620 do Código de Processo Civil. Realmente, reza o mencionado dispositivo o seguinte: “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.

Nelson Nery<sup>12</sup> e Humberto Theodoro Júnior<sup>13</sup>, de outro vértice, defendem tese no sentido de que o prazo da prisão do devedor de alimentos será de até sessenta dias, no caso de alimentos definitivos ou provisórios, ou de até 3 meses, quando a hipótese for de alimentos provisionais. Essa orientação diferencia os alimentos fixados em sede de ação cautelar (alimentos provisionais), dos alimentos fixados em sede de ação de conhecimento (alimentos provisórios, se fixados liminarmente, ou definitivos, se fixados na sentença).

Há, ainda, o entendimento de Barbosa Moreira<sup>14</sup> no sentido de que o prazo da prisão do devedor de alimentos é o previsto no CPC, não podendo, portanto, exceder três meses. Essa orientação

<sup>11</sup> PEREIRA, Sérgio. *Ação de Alimentos*. 3. ed. Porto Alegre: SAFE, 1983. p. 60.

<sup>12</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006. p. 902.

<sup>13</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 2. p. 418.

<sup>14</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 261.

tem por espeque o fato de que o CPC teria derogado o art. 19 da Lei n. 5.478/68, que estabelece o prazo da prisão de até sessenta dias.

Parece-me que o prazo da prisão do devedor de alimentos deve ser analisado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Impende, aqui, destacar que essa modalidade de prisão tem finalidade coercitiva e não punitiva. Por isso mesmo, o seu prazo deve ser apenas o mínimo necessário para o fim de coagir o devedor a adimplir as prestações em atraso.

Realmente, de nada adianta a prisão do devedor de alimentos por longo prazo para forçá-lo ao adimplemento das prestações. O devedor de alimentos, com efeito, se estiver preso, não terá qualquer condições de exercer uma atividade laborativa para o fim de adimplir as prestações de alimentos vencidas!

O princípio da dignidade da pessoa humana, nesse particular, conduz à orientação exegética de que o prazo da prisão do devedor de alimentos deve ser o menor possível, isto é, de, no máximo, sessenta dias. Em síntese: à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, deve, pois, preponderar o disposto no art. 19 da Lei n° 5.478/68 em detrimento do previsto no art. 733, § 1° do CPC<sup>15</sup>.

#### **4.2 Natureza jurídica da prisão do devedor de alimentos**

A prisão civil do devedor de alimentos não tem natureza punitiva, mas tão somente coercitiva. De fato, por meio dessa técnica executiva, visa-se a coagir o devedor ao adimplemento da obrigação. Trata-se, a rigor, de mecanismo de execução indireta.

<sup>15</sup> Outro argumento utilizado para justificar o prazo de, no máximo, 60 dias para a prisão do devedor de alimentos é destacado por Alexandre Câmara: “Parece-nos fora de dúvida que está em vigor o art. 19 da Lei de Alimentos, revogado (ainda que tacitamente) o § 1° do art. 733 do CPC. É certo que o Código de Processo Civil é lei posterior à Lei de Alimentos (que, repita-se, é de 1968). Ocorre, porém, que o art. 19 deste diploma legal foi mantido em vigor por lei posterior ao Código, qual seja, a Lei n. 6.014/73. (...) Assim sendo, parece-nos fora de dúvida que a prisão civil do devedor de alimentos jamais poderá exceder o prazo de sessenta dias, pouco importando se os alimentos devidos são provisionais ou definitivos” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v. 2. p. 366).

Ademais, cumpre esclarecer que, por não se tratar de medida punitiva, mas sim coercitiva, o cumprimento da prisão não eximirá o devedor da responsabilidade pelo pagamento das prestações vencidas e das vincendas. Reza, a propósito, o art. 733, § 2º do CPC: “O cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas.”

### 4.3 Meios de impugnação da decisão que decreta a prisão do devedor de alimentos

Registre-se, inicialmente, que a decisão que decreta a prisão do devedor de alimentos é interlocutória. Desse modo, pode ser impugnada por meio do recurso de agravo de instrumento, na forma do art. 524 do CPC, ou por meio de *habeas corpus*, na forma do art. 5º, inc. LXVIII da Constituição Federal.

De qualquer modo, é importante destacar que a mera interposição do recurso de agravo de instrumento não gerará qualquer efeito em relação à decisão que decretou a prisão do devedor de alimentos. É que o recurso de agravo de instrumento tem efeito somente devolutivo, *ex vi* do disposto no art. 497, *in fine* do CPC.

Incumbirá, então, ao agravante pleitear a concessão de efeito suspensivo ao Relator do agravo de instrumento - o chamado efeito suspensivo *ope judicis* - na forma dos arts. 527, inc. III e 558 do CPC.

Desse modo, resta claro, então, que poderá o executado interpor o recurso de agravo de instrumento e requerer ao Relator que seja concedido o efeito suspensivo *ope judicis* para que a decisão que decretou a prisão não seja cumprida. Poderá também o executado impetrar *habeas corpus*, direcionando-o à Câmara ou Turma competente do Tribunal. Registre-se, apenas, que o agravo de instrumento deve ser interposto no prazo de dez dias, enquanto o *habeas corpus*, não tem prazo.

### 4.4 Prisão civil do devedor de alimentos e prisão especial

Uma vez decretada a prisão civil do devedor de alimentos, poderá ele cumpri-la em prisão especial? A prisão civil tem fi-

nalidade coercitiva e deve o magistrado agir com muita cautela antes de autorizar que o devedor a cumpra em cela especial. Dependendo da situação, a eficácia da prisão pode esvaziar-se por completo.

Sobre a matéria, há dispositivo expresso, que é o art. 201 da Lei n. 7.210/84. Do preceito mencionado é possível inferir-se, em princípio, que a prisão civil do devedor de alimentos deve ser cumprida em estabelecimento adequado. Não existindo este, a prisão do devedor de alimentos deverá ser cumprida em seção especial da cadeia pública.

#### **4.5 Impossibilidade de decretação da prisão civil nos casos de alimentos oriundos de indenização civil e de inadimplementos de custas processuais e honorários de advogado**

É oportuno consignar que os alimentos que dão suporte à execução especial, ou seja, à execução sob pena de prisão são apenas os que decorrem do Direito de Família. Destaca Cândido Rangel Dinamarco<sup>16</sup>, a propósito, que os alimentos para fins de execução especial são os que derivam apenas do direito de família, excluindo-se, desse modo, os que decorrem de responsabilidade civil por ato ilícito.

Da mesma forma, é oportuno consignar que a prisão do devedor de alimentos somente poderá ser decretada pelo não pagamento da prestação de alimentos, incluindo-se, nesse particular, a atualização monetária e os juros de mora. Não há, com efeito, a possibilidade de ser decretada a prisão do devedor de alimentos pelo não pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios. O mandado de citação deverá ser expedido com a distinção dos valores dos alimentos e das custas e honorários de advogado.

À guisa de exemplificação, basta imaginar situação na qual o devedor de alimentos, ao ser citado em uma execução de alimentos sob pena de prisão, realize o pagamento das prestações atrasadas, mas deixe de pagar as custas e os ho-

<sup>16</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 4. p. 601.

norários de advogado que daquela demanda resultaram. Nesse caso, o magistrado não poderá decretar a prisão do executado, sob pena de causar constrangimento ilegal. A cobrança dos valores relativos às custas processuais e aos honorários de advogado deverá ser realizada por meio de execução sob pena de penhora.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS


Os alimentos constituem meio de manutenção da vida e da dignidade de certas pessoas. A sua importância justifica a utilização de medidas coercitivas para sua cobrança, em particular a decretação da prisão civil. Não há qualquer discussão quanto à constitucionalidade da prisão do devedor de alimentos.

De toda a sorte, a medida coercitiva deverá ser bem balizada pelo Magistrado, uma vez que o cerceamento do direito de liberdade constitui medida de exceção e poderá até mesmo dificultar o recebimento das prestações em atraso. Nesse particular, o prazo da prisão não poderá ser superior a sessenta dias.

Ademais, os limites estabelecidos pela jurisprudência, como a limitação da execução da prestação dos alimentos sob pena de prisão somente às três últimas prestações e às que se vencerem durante a tramitação da ação, deverão ser rigorosamente observados. Entendimento contrário implicará em violação ao princípio do menor sacrifício possível do devedor, previsto no art. 620 do Código de Processo Civil.

Não se pode perder de vista, outrossim, a diretriz de que a conveniência da prisão civil deve ser decidida pelo próprio credor. Nesse particular, não deve o Magistrado decretar *ex officio* a prisão civil do devedor de alimentos. Da mesma forma, o requerimento aviado pelo presentante do Ministério Público deverá ser visto dentro dessa perspectiva.

Quanto ao rito da execução sob pena de prisão, não se pode utilizar a nova estrutura de cumprimento de sentença estabelecida pela lei n. 11.232/05. É que, como registrado alhures, tal ado-

ção implicaria verdadeiro tumulto processual, com a possibilidade de existência de ritos diferenciados em relação a cada julgador. A segurança jurídica e a observância ao princípio do devido processo legal conduzem a essa orientação. 

# Proteção e Inserção da Mulher no Estado de Direito: A Lei Maria da Penha

Emerson Garcia

*Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduado em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa.*

## 1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

A interação sociopolítica entre indivíduos, grupos ou Estados, longe de ser caracterizada por uma linearidade constante, pautada por referenciais de harmonia e pacífica coexistência, tem sido historicamente marcada por posições de domínio. No plano existencial, que muitas vezes se distancia e em outras contradiz o plano idealístico-formal, a igualdade não é propriamente um valor inato e indissociável, tanto da espécie humana, como das estruturas de poder que a partir dela se formam. Em verdade, a presença de posições jurídicas dominantes tem acompanhado a própria evolução da humanidade, refletindo-se em praticamente todas as relações interpessoais e interestatais. Conquanto não se negue a sua dureza, é absolutamente realista a sentença do Marquês de Vauvenargues: *“a natureza não conhece a igualdade; sua lei soberana é a subordinação e a dependência”*.

No direito internacional, a guerra de conquista somente foi efetivamente proscrita no início do século XX;<sup>1</sup> em meados

---

<sup>1</sup> O Pacto de Paris, conhecido como *Briand-Kellog*, de 27 de agosto de 1928, condenou o recurso à guerra para a solução dos conflitos internacionais e vedou a sua utilização como instrumento de política nacional.

do mesmo século, convivíamos com possessões coloniais<sup>2</sup>; e, ainda hoje, Estados mais fortes subjugam princípios há muito sedimentados na sociedade internacional, fazendo uso da força em defesa de seus interesses. A recente invasão, por forças norte-americanas, dos territórios afegão e iraquiano bem ilustra essa possibilidade;<sup>3</sup> não sendo demais realçar que, até então, a denominada “legítima defesa preventiva”, tese utilizada na tentativa de legitimar o uso da força, ainda não frequentara os anais dos tribunais internacionais.

No direito interno, o liberalismo clássico sedimentou dogmas cujos contornos semânticos em muito destoavam de sua projeção na realidade. A cansativa retórica da igualdade é um desses exemplos, sempre contemplada em sua plasticidade formal, mas raramente materializada em toda a sua potencialidade de expansão. Daí se afirmar que, na igualdade liberal, “*todos são iguais, mas alguns são mais iguais que outros.*”<sup>4</sup> O acerto dessa afirmação

---

<sup>2</sup> Apesar de a Carta das Nações Unidas (art. 73), de 1945, preconizar a descolonização, dispondo que as metrópoles deveriam promover o governo próprio e o desenvolvimento de instituições políticas livres nas colônias, a inexistência de mecanismos de controle e coerção em muito contribuíram para a sua inefetividade, isto sem olvidar a situação daqueles países que, como Portugal e Espanha, sequer haviam aderido à ONU, o que só veio a ocorrer em 1955. Esse quadro somente foi alterado a partir de 1960, quando a União Soviética aderiu vigorosamente à causa da descolonização, com o que buscava auferir a simpatia de alguns Estados e alterar a polarização pró-ocidente que marcava as assembleias da ONU. Em 1961, foi aprovada a Resolução nº 1.514, que veiculou a Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais, com 89 votos a favor, nenhum contra e 9 abstenções (Austrália, Bélgica, Espanha, EUA, França, Portugal, República Dominicana, Reino Unido e União Sul-Africana), indicativo de uma posição nitidamente anti-colonial da ONU. Pouco depois, foi criada uma Comissão para acompanhar o cumprimento da Declaração, o que motivou sucessivas denúncias à Assembleia Geral da ONU, aumentando a pressão pela descolonização. Na década de setenta do Século XX, as grandes questões ainda pendentes refletiam-se na situação dos territórios ultramarinos portugueses, da Rodésia (a independência declarada pelo governo de minoria branca em 1965 não fora reconhecida pela ONU e somente em 1980 um novo governo escolhido por eleições gerais assumiu o poder, fundando a República do Zimbábue) e da Namíbia (então denominada “Sudoeste Africano”, fora colônia alemã até o fim da I Guerra Mundial e posteriormente administrada, em regime de tutela, pela África do Sul, somente teve sua independência declarada em 1990). Cf. MOTA DE CAMPOS, João *et alli*. **Organizações Internacionais**, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 296-304.

<sup>3</sup> Sobre os poderes do Presidente norte-americano na guerra contra o terrorismo, vide CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional Law, Principles and Policies**, 3ª ed., New York: Aspen, 2006, p. 376/385.

<sup>4</sup> OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**, v. I, Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 255.



pode ser facilmente constatado com um mero passar de olhos pela ordem de valores subjacente à gênese do liberalismo, fartamente ilustrada pela revolução franco-americana.

Em terras francesas, apregoava-se uma igualdade que distinguia entre ricos e pobres, somente admitindo a participação política dos primeiros, não dos últimos.<sup>5</sup> Em paragens americanas, por sua vez, a discriminação racial não só contribuiu para a eclosão da guerra de secessão, quase levando ao fim a Federação,<sup>6</sup> como,

<sup>5</sup> Cf. SIEYÈS, Abade. *Exposição Refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão (Préliminaire de La Constitution. Reconnaissance et Exposition Raisonnée des Droits de l'Homme et du Citoyen)*, trad. de Emerson Garcia, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 69.

<sup>6</sup> No Caso *Dread Scott vs. Sandford* (60 U.S. 393, 1857), a Suprema Corte entendeu que os americanos descendentes de africanos, quer escravos, quer livres, não poderiam ser considerados cidadãos dos Estados Unidos, tendo julgado inconstitucional o Missouri Compromise Act, de 1820, por entender que teriam sido violados os direitos dos senhores de escravos sem o devido processo legal. Anota Peter Irons que nenhum litigante individual na história constitucional da América teve fama semelhante à de *Dread Scott*, tamanha a importância dos interesses que foram apreciados no julgamento de seu caso (*A People's History of the Supreme Court*, New York: Penguin Books, 2000, p. 157). Para mencionar apenas um, basta dizer que a decisão da Suprema Corte foi decisiva para a deflagração da guerra de secessão, pois era manifestamente favorável à postura escravagista mantida pelos Estados do sul. Em sua gênese, o caso está vinculado à solicitação do Território do Missouri, ao Congresso dos Estados Unidos, para que fosse admitido como Estado da Federação, do que resultou o Missouri Compromise Act, segundo o qual estaria para todo o sempre abolida a escravidão e a servidão involuntária, salvo na punição de crime pelo qual a parte tenha sido regularmente condenada, em todo o território denominado Louisiana, “excetuando a parte que é incluída nos limites do estado contemplado por esta Lei”. Assim, tinha-se a abolição da escravidão em toda a Louisiana, com exceção do Missouri. O processo propriamente dito teve início em 1846, tendo o escravo negro *Dread Scott* proposto uma ação em face da viúva de seu antigo senhor sob o argumento de que havia sido levado por seu amo (Dr. John Emerson), um cirurgião militar, do Missouri, Estado escravagista, para Fort Armstrong, situado em Illinois (1834) e, posteriormente, para Fort Snelling, localizado em Wisconsin (1836), sendo os negros livres em ambos os territórios. Ulteriormente, e desta feita com a família que constituía, *Dread Scott* foi trazido de volta para o Estado do Missouri, tendo retomado a condição de escravo. Entendendo ser ilegítimo o seu retorno à servilidade, sustentou que ao ingressar em Illinois, território livre por força do Missouri Compromise Act, adquirira a liberdade, que não mais lhe poderia ser retirada (“*once free, always free*”). Não obstante a decisão favorável em primeira instância, a Suprema Corte Estadual, em grau de apelação, terminou por entender que *Dread Scott* retomara o seu primitivo estado servil. A questão, posteriormente, foi renovada, agora perante a Justiça Federal (Circuit) e com o Sr. John A. Sandford no polo passivo (a antiga viúva de seu amo passou a compactuar com a causa abolicionista e forjou a venda do escravo ao Sr. Sandford para que a questão pudesse voltar a ser discutida). O caso finalmente foi julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 6 de março de 1857, restando decidido que: a) os escravos negros não eram cidadãos

ainda no Século XX, ensejava calorosos debates em torno da política segregacionista de alguns Estados-Membros.<sup>7</sup>

A igualdade, em seus aspectos mais estritos, vale dizer, aqueles que não digam respeito unicamente à inserção na humanidade, pode apresentar múltiplas variações, que acompanharão as vicissitudes do meio social (v.g.: na Roma antiga, todos os cidadãos possuíam direitos políticos, mas os escravos e os bárbaros não eram considerados cidadãos). Práticas tidas como igualitárias num certo contexto sociocultural podem ser consideradas discriminatórias com o evoluir do grupamento, fazendo que verdades absolutas se transmutem em relativas e daí em censuráveis equívocos.

Nesse contexto de fluxo e refluxo, a situação jurídica da mulher passou por diversas mutações na evolução do Estado de Direito, principiando por um estado de subordinação e dependência quase absoluta até que, a partir de conquistas pontuais, mas de indiscutível relevância, tem alcançado não só a sua autonomia existencial, como a paulatina inserção nos setores mais hegemônicos do grupamento. A compreensão dessas mutações exige reflexões em torno das dimensões em que se desenvolveu a construção jurídica dos direitos da mulher, o tratamento que lhe tem sido assegurado pelo constitucionalismo contemporâneo e, a partir de um referencial de igualdade formal, a identificação da juridici-

---

americanos, não tendo direitos a serem protegidos; b) deveria ser observada, pela Suprema Corte, a lei do Estado do Missouri que considerava o demandante um escravo; e c) o mais importante, que o Missouri Compromise Act excedia o poder do Congresso ao abolir a escravidão nos territórios, pois a Constituição não outorgara a este poderes para intervir no direito de propriedade dos senhores dos escravos, que haviam sido privados de sua propriedade sem o *due process of law*. Em 1868, a Décima Quarta Emenda alterou o entendimento fixado pelo Tribunal. Para uma visão mais ampla da posição do Supremo Tribunal norte-americano em questões raciais e de seu impacto no meio social, vide: Prigg vs. Pennsylvania (41, U.S. 539, 1842), The Civil Rights Cases (109 U.S. 3, 1883), City of Richmond vs. J. A. Croson Co. (488 U.S. 469, 1989) e Shaw vs. Reno (509 U.S. 630, 1995).

<sup>7</sup> Em Brown vs. Board of Education (344 U.S. 1, 1952), a Suprema Corte decidiu pela inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas públicas, política moralmente reprovável e que privava a sociedade do talento em potencial dos membros das minorias raciais. Essa decisão, de 1952, louvável sobre todos os aspectos, invocou o disposto na Seção 1 da Décima Quarta Emenda, de 1868, que dispunha sobre privilégios e imunidades, devido processo legal e igual proteção das leis, princípios de indiscutível relevância, mas que, até então, não haviam sido interpretados por nenhum Tribunal de modo a obstar a segregação racial.

dade, ou não, das medidas adotadas para coibir a discriminação de gênero e alcançar a igualdade material. Na linha desses indicadores argumentativos, analisaremos os contornos estruturais e a compatibilidade da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, também denominada “Lei Maria da Penha”,<sup>8</sup> com a Constituição de 1988. A análise se faz necessária por duas razões básicas: (1<sup>a</sup>) a igualdade de gênero foi incluída entre os direitos fundamentais (art. 5º, I) e (2<sup>a</sup>) a Lei Maria da Penha confere um tratamento diferenciado à mulher vítima de violência doméstica, o que termina por gerar resistência em relação à aplicação de alguns de seus preceitos.

## 2. A CONSTRUÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS DA MULHER

A construção de um referencial de igualdade, ainda que meramente formal, sempre ensejou uma polarização dos interesses envolvidos: de um lado, os excluídos, de outro, múltiplos atores sociais, que poderíamos subdividir em (1) hegemônicos, desejosos de manter a sua posição de primazia, (2) simpatizantes, estranhos à classe excluída, mas que reconheciam a injustiça da exclusão, e (3) indiferentes, prosélitos de seus próprios interesses e que normalmente consubstanciam a grande massa social. A partir desse quadro, o grande desafio é construir uma base axiológica que permita seja alcançado um referencial de coesão social, de modo que os componentes do grupamento vejam uns aos outros como iguais. O pensamento cristão, por exemplo, sustenta que todos os homens são filhos de Deus, tendo a sua imagem e semelhança, o que serve de alicerce à universalidade dos direitos humanos e justifica a igualdade entre todos aqueles que aceitem a fé cristã. Como afirmou o Apóstolo Paulo, “*não há judeu nem grego, não há servo nem livre; não há macho nem fêmea; porque todos vós sois*

---

<sup>8</sup> A Sra. Maria da Penha Maia Fernandes, biofarmacêutica cearense, foi vítima, em 1983, de duas tentativas de homicídio praticadas por seu marido, Marco Antonio Herredia Viveros, tendo ficado paraplégica na primeira delas. Face à injustificada demora do Estado brasileiro em solucionar o caso (Viveros somente foi preso em 2002), foi provocada a manifestação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, que o acolheu.

um em Cristo Jesus” (Gálatas, 3: 28). Samuel Pufendorf (1632-1694), por sua vez, invocando aspectos inatos da espécie humana, também defendeu a igualdade dos homens na natureza.<sup>9</sup> Qualquer que seja o referencial argumentativo utilizado, teleológico ou jus-naturalístico, a construção de uma ordem de valores igualitária é uma preocupação constante.

Mesmo Platão, escrevendo numa época em que a mulher ainda era subjugada pelo homem, apesar de reconhecer a maior robustez física deste último, era categórico ao afirmar que “*não há na administração da cidade nenhuma ocupação, meu amigo, própria da mulher, enquanto mulher, nem do homem, enquanto homem, mas as qualidades naturais estão distribuídas de modo semelhante em todos os seres, e a mulher participa de todas as atividades, de acordo com a natureza, e o homem também, conquanto em todas elas a mulher seja mais débil do que o homem.*”<sup>10</sup>

O primeiro grande desafio enfrentado foi obter o reconhecimento normativo da igualdade jurídica entre homens e mulheres, o que certamente contribuiria para a paulatina inserção desse vetor axiológico no contexto social. Conquanto seja exato que o axiológico apresenta inegável ascendência sobre o normativo, influenciando no delineamento do seu conteúdo e lhe conferindo legitimidade perante o grupamento, a alteração do quadro de dependência e subserviência da mulher somente pôde ser alterado na medida em que iniciativas isoladas assumiram ares de generalidade e, acima de tudo, imperatividade.

O liberalismo clássico apregoava a igualdade entre todos os homens, mas a mulher não era incluída sob essa epígrafe. Não é por outra razão que, na França, o célebre texto de 1789 foi denominado de *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Em 1791, Olympe de Gouges, que logo depois foi condenada à morte na guilhotina, apresentou, sem êxito, um projeto de *Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã*, almejando que as conquistas da Declaração de 1789 fossem estendidas à mulher. As tentativas de inclusão sociopolítica da mulher foram uma preocu-

<sup>9</sup> *Of the Law of Nature and Nations*, 2ª ed., Oxford: L. Litchfield, 1710, p. 174 e ss.

<sup>10</sup> *A República*, trad. de Maria Helena da Rocha Pereira. 9ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 220.

pação constante no decorrer dos séculos XVIII e XIX, mas somente apresentaram um avanço significativo no decorrer do século XX. A intensidade das dificuldades enfrentadas pode ser facilmente imaginada ao constatar-mos, por exemplo, que somente em 1871 o direito norte-americano começou a proibir a imposição de castigos corporais, pelo homem, à mulher, e isto apenas em alguns Estados da Federação, como Alabama e Massachussets.<sup>11</sup>

Na esfera do direito internacional privado, definia-se o direito estrangeiro aplicável a partir da nacionalidade do marido. Na Alemanha, o *Bundesverfassungsgericht* proferiu a sua primeira sentença ab-rogativa em 22 de fevereiro de 1983, tendo decidido que “*a disciplina de conflitos do art. 15, § 1º e § 2º (2ª frase), que submete as relações patrimoniais entre os cônjuges à lei do marido, está em contraste com o art. 3º, § 2º, da GG*”.<sup>12</sup> Em 8 de janeiro de 1985, o Tribunal reconheceu a inconstitucionalidade de norma que privilegiava a lei do marido na disciplina do divórcio. Com a reforma legislativa de 1986, as normas de conflito foram ajustadas ao princípio da igualdade e o problema superado. Na Itália, de acordo com as “*Disposizioni Sulla Legge in Generale*”, que antecediam o Código Civil e, até a entrada em vigor da Lei nº 218, de 31 de maio de 1995 (Reforma do Sistema Italiano de Direito Internacional Privado), disciplinavam integralmente a matéria, as relações pessoais<sup>13</sup> e patrimoniais<sup>14</sup> entre

<sup>11</sup> Cf. SOARES, Barbara Musumeci. *Mulheres Invisíveis. Violência Conjugal e Novas Políticas de Segurança*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p. 25.

<sup>12</sup> O Caso versava sobre mulher alemã casada com iraquiano e que, no curso do matrimônio, obtivera a nacionalidade alemã. Com a morte do marido, a viúva pretendeu fosse considerada herdeira em concurso com o filho. O órgão competente pela expedição do certificado de herdeiro foi instado, pela viúva, a reconhecer não só a sua parte da herança (1/4), como também uma outra parte (também 1/4) a título de liquidação da sociedade conjugal. O pedido foi negado sob o argumento de que, para o direito islâmico vigente no Iraque, o matrimônio não tinha nenhuma influência sobre os bens dos cônjuges, o que, no caso, exigiria a utilização de um regime jurídico de bens correspondente ao da separação no direito alemão: afinal, esse tipo de relação patrimonial, de acordo com o art. 15 do EGBGB, determinava a aplicação da lei do marido ao tempo da celebração do matrimônio.

<sup>13</sup> Art. 18: “*I rapporti personali tra coniugi di diversa cittadinanza sono regolati dall’ultima legge nazionale che sia stata loro comune durante il matrimonio o, in mancanza di essa, dalla legge nazionale del marito al tempo della celebrazione del matrimonio*”.

<sup>14</sup> Art. 19, § 1º: “*I rapporti patrimoniali tra coniugi sono regolati dalla legge nazionale del marito al tempo della celebrazione del matrimonio*.”

cônjuges estavam sujeitas à lei nacional do marido, acrescentando-se que as relações entre genitor e filhos eram reguladas pela lei nacional do pai.<sup>15</sup> O Tribunal Constitucional italiano, na Sentença nº 71/1987, reconheceu que “*as normas de direito internacional privado são sindicáveis em sede de juízo de constitucionalidade*”, não podendo destoar da Constituição.<sup>16</sup> Quanto à questão de fundo, declarou a inconstitucionalidade parcial da segunda parte do art. 18 da “*Disposizioni Sulla Legge in Generale*”, por violar o princípio específico da igualdade moral e jurídica entre os cônjuges<sup>17</sup> e o princípio geral da igualdade perante a lei.<sup>18</sup> Na sentença nº 477/1987, o Tribunal, com base nos mesmos fundamentos, declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 20 das referidas Disposições.<sup>19</sup>

No decorrer do século XX, o movimento feminista floresceu e os atos internacionais de proteção à mulher se multiplicaram. A Declaração Universal dos *Direitos do Homem*, firmada no seio das Nações Unidas em 1948, teve sua denominação alterada para Declaração Universal dos *Direitos Humanos*;<sup>20</sup> e as organizações internacionais, de cunho universal ou regional, passaram a desempenhar um relevante papel na sedimentação de uma visão cosmopolita da igualdade de gênero. No âmbito da Organização dos Estados Americanos, merecem referência: (1) a Conferência sobre Nacionalidade da Mulher, adotada, em 1933, na VII Conferência Internacional Americana, realizada em Montevidéu,<sup>21</sup> (2) a Convenção Interamericana sobre a Concessão de Direitos Políticos à Mulher, adotada, em 1948, na IX Conferência Internacional Ame-

<sup>15</sup> Art. 20, § 1º: “*I rapporti tra genitori e figli sono regolati dalla legge nazionale del padre, ovvero da quella della madre se soltanto la maternità è accertata o se soltanto la madre ha legittimato il figlio*”.

<sup>16</sup> Rel. Corasaniti, j. em 26/02/1987, GU de 11/03/1987.

<sup>17</sup> Art. 29, § 2º, da Constituição italiana de 1947.

<sup>18</sup> Art. 3º, § 1º, da Constituição italiana de 1947.

<sup>19</sup> Rel. Corasaniti, j. em 25/11/1987, GU de 16/12/1987.

<sup>20</sup> A designação atual resultou da Resolução no 548 (VI), da Assembleia Geral, que deliberou pela substituição da anterior - Declaração Universal dos Direitos do Homem - em todas as publicações das Nações Unidas.

<sup>21</sup> Aprovada, no Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 111, de 24/09/1937, e promulgada pelo Decreto nº 2.411, de 23/02/1938.

ricana, realizada em Bogotá,<sup>22</sup> e (3) a Convenção Interamericana sobre a Concessão de Direitos Civis à Mulher, também adotada na IX Conferência Internacional Americana.<sup>23</sup> No âmbito das Nações Unidas, podemos mencionar a (1) Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, adotada em 1979,<sup>24</sup> e (2) Protocolo Facultativo a essa Convenção, adotado em 2001.<sup>25</sup>

Como se constata pelo teor desses atos internacionais, a mulher, em pleno século XX, ainda lutava pelo direito de escolher a própria nacionalidade, por uma plena capacidade civil e pelo direito de participação política. No Brasil, por exemplo, somente após o advento da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, a mulher casada deixou de ser relativamente incapaz.

A mulher, ao menos no Ocidente, parece ter conquistado a sua definitiva inserção no plano da igualdade formal, o que, se é suficiente para tranquilizar os menos exigentes, não logra êxito em afastar a infeliz constatação de que a realidade ainda é pródiga em exemplos de massivos e reiterados atos de discriminação contra a mulher. Afinal, o normativo, por maior que seja a sua plasticidade, jamais seria apto a eliminar uma longa história social de dependência e subordinação em relação ao homem.

O segundo grande desafio a ser diuturnamente enfrentado é o de transplantar a igualdade de gênero do plano meramente formal para o real, de modo que as mulheres, no curso de suas relações intersubjetivas, possam ter acesso a todos os benefícios e desempenhar as mesmas atividades asseguradas aos homens, desde, é óbvio, que os atributos físicos não assumam, legitimamente, um papel determinante no processo seletivo. A realização desses

<sup>22</sup> Aprovada, no Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 32, de 20/09/1949, e promulgada pelo Decreto nº 28.011, de 19/04/1950.

<sup>23</sup> Aprovada, no Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 74, de 19/12/1951, e promulgada pelo Decreto nº 31.643, de 23/10/1952.

<sup>24</sup> Aprovada, no Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 93, de 14/11/1983, que estabeleceu reservas aos arts. 15, § 4º e 16, § 1º, a, c, g e h, reservas estas posteriormente afastadas pelo Decreto Legislativo nº 26, de 22/06/1994.

<sup>25</sup> Aprovado, no Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 107, de 06/06/2002, e promulgado pelo Decreto nº 4.316, de 30/07/2002.

objetivos passa pelo reconhecimento formal da igualdade de gênero e alcança a adoção de medidas de inserção, conferindo-se um tratamento diferenciado à mulher de modo a compensar a posição de inferioridade que a evolução da humanidade sedimentou.

### 3. O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A PROTEÇÃO DA MULHER

Costuma-se afirmar que a Constituição representa uma infindável série de escolhas, o que enseja questionamentos sobre se deve ser vista como um texto, uma intenção, uma ordem de deduções estruturais ou uma série de premissas políticas e morais.<sup>26</sup> Com abstração da linha argumentativa que venha a ser seguida, não é possível subtrair da Constituição a imperatividade ou deixar de reconhecer a sua condição de “ordem suprema do Estado”. Não há nenhuma norma jurídica de grau superior que lhe assegure a existência e imponha a observância, cabendo à própria ordem constitucional o fornecimento dos instrumentos que permitam a sua tutela e garantia.<sup>27</sup>

Não é por outra razão que o constitucionalismo contemporâneo, mais especificamente após o segundo pós-guerra, tem se preocupado com a construção de uma ordem de valores pautada em referenciais de igualdade e dignidade. Em decorrência do histórico de adversidades, a igualdade de gênero é uma preocupação constante. A *Grundgesetz* alemã de 1949, por exemplo, dispõe, em seu art. 3º, que “*todos os homens são iguais perante a lei. Homens e mulheres têm iguais direitos. Ninguém poderá ser prejudicado ou favorecido em razão do seu sexo...*”. A Constituição espanhola de 1978, do mesmo modo, visualiza a igualdade como um valor superior (art. 1º), reconhece o livre exercício profissional, assegurando que “*em nenhum caso possa existir discriminação em razão do sexo*” (art. 35) e ainda dispõe que compete aos Poderes Públicos promover as medidas necessárias, eliminando os obstácu-

<sup>26</sup> TRIBE, Lawrence H. *Constitutional Choices*, Massachusetts: Harvard University Press, 1985, p. 267.

<sup>27</sup> Cf. DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Diritto Costituzionale*, 15ª ed., Napoli: Jovene Editore, 1992, p. 03/04.



los para que o exercício desses direitos seja viabilizado (art. 9º,<sup>28</sup> 2). As Constituições italiana de 1947 (art. 3º) e brasileira de 1988 (art. 5º, I) também consagram um mandamento amplo de igualdade, vedando a distinção de sexo, mas a última delas ressalta que tal se daria nos termos prescritos na ordem constitucional.<sup>29</sup> Em outras palavras, o tratamento diferenciado seria possível desde que harmônico com as normas constitucionais. Prescrições dessa natureza, é importante frisar, desempenham um papel de cunho mais diretivo, que propriamente restritivo. Em outras palavras, o tratamento diferenciado, ainda que não haja norma autorizadora expressa, sempre será possível, bastando seja demonstrada a presença de características distintas, intensas o suficiente para justificar um tratamento igualmente distinto.

O que se vislumbra na Constituição brasileira de 1988 é a existência de (1) um mandamento geral de igualdade (art. 5º, *caput* - “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...*”), (2) um mandamento específico de igualdade de gênero (Art. 5º, I - “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações...*”) e (3) uma cláusula de remissão, indicando a possibilidade de tratamento constitucional diferenciado (Art. 5º, II - “*... nos termos desta Constituição*”). Essa última cláusula mostra-se coerente com o sistema na medida em que a igualdade total entre homens e mulheres é expressamente excepcionada pelo próprio texto constitucional, ao contemplar, por exemplo, a necessidade de proteção do mercado de trabalho da mulher (v.g.: art. 7º, XX) e a aposentadoria das mulheres com menor tempo de contribuição previdenciária (art. 40, § 1º, III, a e b). A análise desses dois comandos constitucionais permite concluir que a razão de ser do primeiro está na histórica exclusão da mulher do mercado de tra-

<sup>28</sup> O mandamento geral de igualdade também fora contemplado pelas Constituições de 1824 (art. 179, XIII), 1891 (art. 72, § 2º), 1934 (art. 113, 1, 1ª parte), 1937 (art. 122, 1º), 1946 (141, § 1º) e 1967 (art. 150, § 1º), bem como pela Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 153, § 1º).

<sup>29</sup> As Constituições de 1934 (art. 113, 1) e 1967 (art. 150, § 1º), bem como a Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 153, § 1º), além da cláusula geral de igualdade, vedavam a existência de privilégios ou distinções em razão do sexo.

balho, o que exige a adoção de medidas protecionistas pelo Poder Público; o segundo, por sua vez, é diretamente influenciado por componentes (1) orgânicos, vale dizer, a menor resistência física da mulher, e (2) sociais, isto por ser comum o acúmulo de atividades, vale dizer, exercidas gratuitamente no lar e onerosamente no ambiente de trabalho.

Além das situações expressamente contempladas no texto constitucional, o tratamento diferenciado, em prol das mulheres, apresentará indiscutível juridicidade em sendo possível demonstrar que uma aparente discriminação formal busca, em verdade, alcançar a igualdade material.

#### **4. AS NOÇÕES DE IGUALDADE E DISCRIMINAÇÃO**

No plano normativo, apregoar a igualdade é estruturar uma sociedade em que todos estejam seguros e tenham sua condição humana reconhecida.<sup>30</sup> Nessa linha, a existência de referenciais de análise que possuam a mesma essência é requisito indispensável a qualquer construção normativa relacionada à igualdade de direitos e deveres. Exige-se, assim, uma aferição comparativa, permitindo seja identificado em que medida as semelhanças se manifestam e quais são os bônus ou ônus delas decorrentes. Para tanto, é necessário isolar as características relevantes, decisivas e umbilicalmente conectadas a uma dada consequência jurídica, o que pressupõe a correta identificação dos objetivos da norma, e proceder à comparação. O equívoco na individualização dessas características ou a incorreta associação entre característica e consequência jurídica, conferindo demasiada importância a um aspecto destituído de toda e qualquer relevância, certamente conduzirão a uma manifesta injustiça. Identificada a não uniformidade das características relevantes, será evidente a correção do tratamento diferenciado, conclusão que, à evidência, não afasta a necessidade de juízos valorativos extremamente delicados em relação à justa medida desse tratamento diferenciado, o que exigirá o emprego de um critério de proporcionalidade.

<sup>30</sup> Cf. JAYAWICKRAMA, Nihal. *The Judicial Application of Human Rights Law. National, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 604.

A simples constatação de que um indivíduo pertence à espécie humana, conquanto demonstre uma igualdade de essência, não afasta a possibilidade de, em círculos mais estreitos de análise, serem identificadas dissonâncias que justifiquem o tratamento diferenciado. Nesse particular, a neutralidade do Estado, elemento característico do *laissez faire* que direcionava o liberalismo clássico, somente se harmoniza com a denominada *igualdade perante a lei*, sendo vedada a outorga de posições jurídicas favoráveis a indivíduos ou grupos, ainda que notória a sua posição de inferioridade no contexto sociopolítico. O liberalismo clássico ainda apresentava um especial modo de ver e entender a “essência igualitária”, legitimando, por exemplo, a discriminação racial e a discriminação de gênero, isto em razão de uma pseudo-superioridade do branco em relação ao negro e do homem em relação à mulher. A fórmula da igualdade geral, conquanto prevista pela ordem jurídica, era interpretada de modo a excluir certos grupos, como os negros e as mulheres. A Constituição brasileira de 1824 é um exemplo singular dessa igualdade seletiva, pois, num período em que a mulher estava sob o jugo do homem e o negro atado aos grilhões da senzala, o seu art. 179, XIII, com inegável plasticidade, dispunha que “*a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue*”.

A evolução da humanidade demonstrou o desacerto da tese de que certos grupos não seriam abrangidos pela fórmula da igualdade geral. Ocorre que a mera igualdade formal pouco a pouco se mostrou absolutamente inócua, já que incapaz de transpor o plano semântico e alcançar a realidade. Apesar de todos receberem o mesmo tratamento legal e o Estado não estar autorizado a introduzir discriminações arbitrárias, nem todos gozavam das mesmas oportunidades de inserção social. Assim, de modo correlato ao sentido clássico das discriminações, que assume contornos negativos ou de exclusão, assume indiscutível relevância o seu sentido positivo ou de inclusão, que se disseminou a partir da primeira metade do Século XX. Nesse período, o pensamento jurídico-político apercebeu-se que a simples igualdade perante a lei, sem discriminações atentatórias à dignidade humana, não seria apta, por si só, a estabelecer uma igualdade real. Em outras palavras, afirmar

que o miserável é igual ao rico ou que, numa sociedade historicamente segregacionista, o negro, doravante, passaria a ser igual ao branco, não tem o condão de gerar qualquer benefício real para as pessoas que se encontrassem em situação de inferioridade. Significa, tão-somente, que, perante os olhos da lei, todos são iguais. Esse tipo de igualdade, no entanto, em nada influi sobre as forças sociais que traçam os contornos da realidade. Na conhecida crítica de Anatole France, “*a lei proíbe tanto o rico, como o pobre, de viver debaixo das pontes, de pedir nas ruas e de roubar*”.

A pura e simples inclusão, sob uma fórmula geral de igualdade, de grupos historicamente discriminados em decorrência de certos referenciais socioculturais, por si só, pode vir a refletir uma forma de discriminação. A partir dessa constatação, a doutrina norte-americana desenvolveu a “*doutrina do impacto desproporcional*” (“*disparate impact doctrine*”), construção teórica que busca demonstrar o impacto desproporcional que a norma geral pode ocasionar sobre certos grupos que não ostentam, de fato, uma posição de igualdade. A Suprema Corte encampou essa linha argumentativa no *leading case* Griggs vs. Duke Power Co.<sup>31</sup> A ação foi ajuizada por um grupo de pessoas negras em face da Duke Power Co., empresa de energia elétrica que historicamente somente admitia os negros para o desempenho de funções subalternas, sendo arguida a ilicitude do “teste de inteligência” utilizado como critério de promoção. Argumentavam os autores da ação que esse requisito aparentemente igualitário, ao exigir a aprovação numa prova escrita, em vez da tradicional apresentação de certificados escolares, terminaria por perpetuar o *status quo*, já que os negros, por terem estudado em escolas segregadas, não poderiam competir em igualdade de condições com os brancos. Em sua decisão, reconheceu a Corte que o “teste de inteligência”, conquanto lícito, não se harmonizava com um referencial de igualdade material, pois, estatisticamente, não se mostrava apto a indicar a maior eficiência profissional para fins de promoção, podendo “congelar” o *status quo* de práticas empregatícias discriminatórias do passado”.

<sup>31</sup> 401 U.S. 424, 1971.

Desenvolveu-se, assim, o entendimento de que a igualdade, como parte integrante e indissociável do ideal de justiça, somente seria alcançada com a adoção de medidas efetivas, não meramente formais, que permitissem a sua efetiva implementação, não mera contemplação. Seria necessário transitar da *igualdade formal* para a *igualdade material*. O artificialismo da igualdade formal entra em refluxo, o dogma da neutralidade estatal é repensado e o pensamento jurídico-filosófico passa a ser direcionado à materialização da igualdade substancial, ontologicamente calcada na inserção social, e ao oferecimento de oportunidades para o livre desenvolvimento da personalidade. É com esse objetivo que surgem e se desenvolvem as denominadas ações afirmativas, fruto do pensamento político norte-americano e que buscam eliminar, ou ao menos diminuir, as desigualdades sociais que assolam certos grupos (v.g.: as mulheres e os afrodescendentes).

## **5 - A RATIO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS E A LEI MARIA DA PENHA**

Situações de igualdade formal e de igualdade material estão normalmente articuladas com posições diametralmente opostas aos valores que apregoam. Numa sociedade capitalista, de contornos essencialmente liberais, em que a livre iniciativa e o sistema de mérito são levados a posições extremas, não será incomum constatarmos a presença, no plano jurídico, de uma igualdade formal, e, no plano fático, de uma flagrante desigualdade material. Iguais na lei, desiguais na realidade. Por outro lado, presente a preocupação com a igualdade material, será ela inevitavelmente acompanhada de uma desigualdade formal, já que a lei veiculará discriminações positivas com o objetivo de atenuar a real posição de inferioridade de certos grupos. Desiguais na lei, tendencialmente iguais na realidade. Fala-se em tendencialmente iguais na medida em que a lei, ainda que sistêmica e finalisticamente imbuída dos melhores propósitos, normalmente só terá êxito na atenuação das diferenças, não na sua total supressão.

Sobre o argumento de que as ações afirmativas terminariam por violar a cláusula de igual proteção (*equal protection clause*),

observa Ronald Dworkin<sup>32</sup> que essa cláusula não assegura que cada cidadão receba igual benefício de cada decisão política, mas, apenas, que será tratado como um igual, com igual interesse e respeito no processo político de deliberação. Essa linha argumentativa, apesar de ter objetivos opostos, apresenta certa semelhança com a construção de Edmund Burke (1729-1797), que defendia o direito de todo homem a uma porção justa de tudo o que a sociedade, a partir da combinação de sua força e habilidade, podia fazer em seu favor, acrescentando que “*nessa participação todos os homens têm iguais direitos, mas não a coisas iguais*”<sup>33</sup>. Em decorrência disso, ainda segundo Burke, aqueles que contribuíssem mais deveriam receber mais: era a tônica do Estado Liberal.

Ao adotar uma política pública em benefício de um grupo específico, o Estado não promove qualquer afronta aos direitos dos demais membros da coletividade, isto porque não seria necessário disponibilizar-lhes aquilo que já possuíam ou estava ao seu alcance possuir. Violação à igualdade haveria se o mesmo benefício fosse oferecido aos que estão na posição 0 e na posição +1. À simplicidade dessa constatação, no entanto, contrapõe-se à premissa de que a atuação estatal é vocacionada à satisfação do bem comum, e este nem sempre se confundirá com os interesses do grupo a que se atribuiu preeminência. A análise, assim, há de assumir proporções mais amplas, incursionando, igualmente, nos aspectos negativos da atuação estatal, mais especificamente nos efeitos que a priorização de uma dada política pública causará em relação aos interesses de outros grupos igualmente representativos. Em tempos de escassez, em que “*escolhas trágicas*” são uma constante, é necessário redobrado cuidado para que “*ações afirmativas*” não se transmudem em “*ações negativas*”.

A Lei nº 11.340/2006, como se constata pelo teor de sua ementa, “*cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da*

<sup>32</sup> “Affirmative Action: Is it Fair?”, in *Sovereign Virtue, The Theory and Practice of Equality*, 4ª imp., Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 411.

<sup>33</sup> “Reflexiones sobre la Revolución francesa” (1790), in *Textos Políticos*, 1ª ed., 2ª imp., México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 92.

*Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências”.* São indicados, assim, (1) os objetivos, (2) os destinatários da proteção e (3) os fundamentos de justificação e de validade da lei.

Principiando pelos objetivos, observa-se a preocupação em criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar, providência salutar na medida em que contribui para a preservação da família, fator indispensável ao saudável desenvolvimento humano e à formação de um Estado forte e coeso. A primeira dificuldade, no entanto, reside na opção de manter adstrita às mulheres a proteção dispensada pela Lei nº 11.340/2006. Na medida em que a Constituição brasileira possui uma cláusula geral de igualdade de gênero<sup>34</sup> e a norma constitucional programática de coibição à violência doméstica não é direcionada exclusivamente à mulher,<sup>35</sup> questiona-se: a Lei nº 11.340/2006 é constitucional?

A resposta a essa proposição inicial é especialmente relevante ao constatarmos que raras são as vozes que se insurgem contra a inconstitucionalidade da lei em sua totalidade, mas, tanto na doutrina, como na jurisprudência, múltiplas são aquelas que, com fundamento na cláusula geral de igualdade de gênero, advogam a inconstitucionalidade de algumas normas que atribuem uma posição jurídica desfavorável ao homem que pratica, nas relações familiares e domésticas, um ilícito contra a mulher. Essa constatação, como se percebe, bem demonstra a fragilidade da tese. Afinal, se a igualdade de gênero veda seja dispensado tratamento desfavorável ao homem que pratique um ilícito contra a mulher, por identidade de razões, haveria de ser vedada a edificação de um diploma normativo integralmente voltado à proteção da mulher,

<sup>34</sup> CR/1988, art. 5º, I: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

<sup>35</sup> CR/1988, art. 226, § 8º: “O Estado assegurará a assistência na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

como sói ser a Lei nº 11.340/2006. Essa linha argumentativa, no entanto, não encontra maior ressonância nos críticos pela singela razão de que a mulher, historicamente, é discriminada pelas leis e pela sociedade, isto em razão da posição hegemônica mantida pelo homem. Como desdobramento dessas premissas, é possível afirmar que a inconstitucionalidade, acaso sustentada, há de se abeberar em fontes outras que não a cláusula geral de igualdade.

Uma norma de conduta, qualquer que seja ela, não é um corpo estranho à realidade. Pelo contrário, a norma, lembrando a metódica concretista de Friedrich Müller,<sup>36</sup> é obtida a partir da interpretação do programa normativo (*rectius*: o texto) à luz do seu âmbito de aplicação (*rectius*: a realidade). A Lei nº 11.340/2006 é endereçada à mulher justamente por ser ela, como vítima principal e quase que exclusiva da violência doméstica (lembre-se de que os idosos, bem como as crianças e os adolescentes, já contam com proteção específica), a destinatária da norma resultante da interpretação do parágrafo 8º do art. 226 da Constituição de 1988.

Além de não destoar da ordem constitucional em seus aspectos mais gerais, únicos analisados até aqui, a Lei nº 11.340/2006 busca concretizar os compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro, mais especificamente na (1) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como Convenção de Belém do Pará, de 1994;<sup>37</sup> e na já mencionada (2) Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, adotada em 1979 no âmbito da Organização das Nações Unidas. A última Convenção, como deflui de sua denominação, é essencialmente voltada à eliminação da discriminação contra a mulher, tanto no setor público, quanto no privado, ressaltando que “*a adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará*

<sup>36</sup> *Discours de la Méthode Juridique (Juristische Methodik)*, trad. de Olivier Jouanjan, Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 186 e ss..

<sup>37</sup> Aprovada, no Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 107, de 31/08/1995, e promulgada pelo Decreto nº 1.973, de 1º/10/1996.



*discriminação na forma estabelecida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados”* (art. 4º). A Convenção Interamericana, por sua vez, dispõe que os Estados-Partes devem empenhar-se em “*tomar todas as medidas apropriadas, incluindo medidas de tipo legislativo, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes, ou para modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência ou a tolerância da violência contra a mulher”* (art. 7º, d). Essas convenções, como se percebe, demonstram uma efetiva preocupação com a alteração da realidade, não se contentando com a mera plasticidade formal de disposições normativas alegadamente igualitárias. A mulher deve ser igual ao homem e a violência praticada contra ela deve ser coibida, não apenas na lei, mas na realidade.

## **6. AS AÇÕES AFIRMATIVAS ADOTADAS PELA LEI MARIA DA PENHA**

Principiando pela juridicidade das ações afirmativas, a primeira dificuldade reside em individualizar os grupos destinatários dessas discriminações positivas, o que exige reflexões em torno do contexto social e das razões históricas que contribuíram para a sua formação. Escolhas equivocadas, privilegiando aqueles que não deveriam ser privilegiados, podem redundar numa instabilidade social, deflagrando e institucionalizando desigualdades, não combatendo-as. Fatores econômicos e raciais são constantemente invocados, sendo reflexo da própria movimentação das forças sociais.

As ações afirmativas fazem com que a *igualdade inata*, presente pela só condição de ser humano, ceda lugar a uma *igualdade construída*, de modo a assegurar a sua materialização na realidade e a concretização de certos padrões de justiça material. Esses padrões, por sua vez, refletem os valores comuns à ordem constitucional, que direcionam qualquer processo de normatização ou de execução normativa. É o caso dos incisos I e III do art. 3º da Constituição de 1988, que dispõem serem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “*construir uma sociedade livre,*

*justa e solidária*”, bem como “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*”. Esses preceitos podem ser considerados o epicentro axiológico de qualquer ação afirmativa promovida em território brasileiro, direcionando a adoção de políticas públicas aptas à consecução dos objetivos neles referidos. Especificamente em relação à mulher, tem-se uma sistemática constitucional sensível à sua histórica situação de dependência e subordinação, justificando os tratamentos diferenciados que ela diretamente contemplou e permitindo que o legislador infraconstitucional venha a ampliá-los, sempre pautado pela base axiológica que dá sustentação às medidas de proteção e inserção da mulher.

Individualizados os destinatários e o objetivo fundamental, devem ser escolhidos os instrumentos a serem utilizados para alcançá-lo. As discriminações positivas refletem a essência das ações afirmativas, que apresentam natureza e objetivos extremamente variáveis. Podem assumir natureza legislativa ou administrativa e normalmente têm por objetivo assegurar (1) a igualdade de oportunidades, permitindo que certos grupos tenham plena possibilidade de desenvolver suas aptidões (v.g.: reserva de vagas em universidades), (2) a concessão de prestações sociais mínimas e indispensáveis à preservação da dignidade humana (v.g.: saúde e educação básica) ou (3) a concessão, ampla e irrestrita, de forma igualitária, de todas as prestações sociais necessárias ao indivíduo (v.g.: direitos sociais nos antigos regimes socialistas). São exemplos corriqueiros a garantia de acesso a serviços e a bens considerados essenciais ao pleno desenvolvimento da personalidade ou à própria sobrevivência (v.g.: ingresso no ensino superior, programas assistenciais de distribuição de recursos e alimentos etc.). A medida dessas prestações, em regra, oscilará entre prestações mínimas, indispensáveis à existência digna, e prestações voltadas ao nivelamento social, de modo a igualar os membros da coletividade. Essa última possibilidade, no entanto, apresenta um acentuado colorido teórico, pois destoa de qualquer sistema baseado no livre desenvolvimento e no mérito pessoal, isto sem olvidar a notória escassez de recursos.

No direito brasileiro, são múltiplas as iniciativas voltadas à construção da igualdade material, sendo normalmente utilizados, como critérios de individualização dos destinatários, (1) a cor, (2) o sexo, (3) a deficiência física e (4) a deficiência econômica. Podem ser mencionados, no plano federal: a) o programa diversidade na universidade, que dispõe sobre a concessão de incentivos a organizações não governamentais voltadas à preparação de jovens carentes para o vestibular (Lei nº 10.558/2002); b) o programa universidade para todos, que trata da concessão de bolsas de estudos no ensino superior (Lei nº 11.096/2005); c) a reserva de vagas aos portadores de deficiência nos concursos públicos (CR/1988, art. 37, VIII; e Lei nº 8.112/1990, art. 5º, § 2º); e d) a reserva de vagas a candidatas do sexo feminino nas eleições (Lei nº 9.504/1997, art. 10, § 3º).<sup>38</sup>

Centrando nossa análise na Lei nº 11.340/2006, é possível visualizar a utilização de quatro ordens de medidas, que são as de (1) inserção, (2) prevenção, (3) proteção e (4) coibição.

As medidas de inserção, que, além de não constituírem o principal objetivo da lei, assumem contornos essencialmente programáticos, estando condicionadas à adoção de políticas públicas específicas, buscam assegurar oportunidades e facilidades à mulher, com a correlata garantia de direitos essenciais a uma vida digna.<sup>39</sup>

As medidas de prevenção variam desde a integração operacional dos órgãos governamentais que atuam nos casos de violência doméstica (Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Polícia Judiciária etc.), passando pela adoção de medidas que permitam monitorar a intensidade e frequência com que os ilícitos são praticados (v.g.: com a realização de estudos estatís-

<sup>38</sup> No direito francês, deve ser mencionada a alteração dos arts. 3º e 4º da Constituição de 1958, promovida pela revisão de 08/07/1999, destinada a permitir a existência de cotas, de acordo com o sexo, para as candidaturas às eleições políticas. Com isto, contornou-se a decisão do Conselho Constitucional, de 18/11/1982, que entendeu inconstitucional norma que consagrava cotas dessa natureza para a composição das listas eleitorais (Decisão nº 82-146, "Recueil", p. 66, RJC, p. I-134, JO de 19/11/1982, p. 3475). Cf. Jean-Pierre Camby, "Supra-constitutionnalité: la fin d'un mythe", in RDPSP nº 3, Maio-Junho/2003, p. 671 (685).

<sup>39</sup> Lei nº 11.340/2006, arts. 2º e 3º.

ticos), até alcançar as providências voltadas à formação de uma nova identidade sociocultural para o povo brasileiro, com o efetivo respeito pela mulher.<sup>40</sup>

No âmbito das medidas de proteção, tem-se (1) aquelas especificamente direcionadas à esfera jurídica da mulher, vítima da violência doméstica, que deve receber todo o auxílio necessário à garantia de sua integridade física e mental, sendo-lhe assegurado, quando necessário, proteção policial, e, dentre outros, o direito de ser acompanhada para a retirada dos seus pertences do local da ocorrência;<sup>41</sup> e (2) aquelas direcionadas à esfera jurídica do ofensor, isto com o objetivo de assegurar a proteção da ofendida, podendo assumir múltiplas formas, como o afastamento do lar e a restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, medida drástica e que deve ser aplicada com muita cautela, isto em razão do seu potencial de desintegração da família.<sup>42</sup>

Por último, temos as medidas de coibição, sendo enquadradas sob essa epígrafe aquelas que não ostentam cunho propriamente cautelar (v.g.: afastamento do lar) e que estão direta ou indiretamente relacionadas à punição do infrator pelo ilícito que praticou. Essas medidas têm sido objeto de alguma polêmica em relação à sua constitucionalidade, em especial aquelas contempladas nos arts. 17, 33, parágrafo único e 41 da Lei nº 11.340/2006. Eis o seu inteiro teor:

<sup>40</sup> Lei nº 11.340/2006, arts. 8º e 38.

<sup>41</sup> Lei nº 11.340/2006, arts. 11, 15, 18 a 21, 23 e 24.

<sup>42</sup> Lei nº 11.340/2006, art. 22: “*Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.*”

*“Art. 17. É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.*

*Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.*

*Parágrafo único. Será garantido o direito de preferência, nas varas criminais, para o processo e o julgamento das causas referidas no caput.*

*Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995”.*

À luz desses preceitos, constata-se uma evidente preocupação com a celeridade dos processos relativos à violência doméstica e a não incidência de algumas medidas despenalizadoras, em especial daquelas contempladas na Lei nº 9.099/1995, como a transação penal (art. 76) e a suspensão condicional do processo (art. 89). Aqueles que apregoam a inconstitucionalidade desses preceitos argumentam com a violação à cláusula geral de igualdade na medida em que a mesma infração penal, pelo só fato de ter sido praticada contra a mulher, sujeitaria o agente a consequências jurídicas mais severas.<sup>43</sup> Trata-se, no entanto, de argumento

<sup>43</sup> Em prol da constitucionalidade, podem ser mencionadas as posições de BASTOS, Marcelo Lessa. “Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher - Lei ‘Maria da Penha’ - Alguns Comentários”, in FREITAS, André Guilherme Tavares de. Estudos sobre as Novas Leis de Violência Doméstica contra a Mulher e de Tóxicos (Lei 11.340/06 e 11.343/06), Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 125 (131/132); DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 107/108; PRADO, Geraldo. Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, org. por

superficial, que “*ao mais leve sopro se espalha e desvanece*”, isto para lembrarmos as belas palavras de Raul Pompéia no monumental **O Ateneu**.

Inicialmente, observa-se que o estabelecimento de penalidades mais severas em razão da especial qualidade da vítima não é algo novo no direito brasileiro. Nesse sentido, nosso Código Penal, em sua versão original, de 1940, já previa, como circunstâncias agravantes, a prática de crime contra “*ascendente, descendente, irmão ou cônjuge*”, bem como contra “*criança, velho ou enfermo*” (art. 44, II, f e i). No primeiro caso, argumentava Aníbal Bruno,<sup>44</sup> a agravante decorria da “*grave manifestação de insensibilidade moral dada pelo agente*”; no segundo, da “*covardia e impiedade do autor, que agiu sem atenção à situação pessoal da vítima*”. Roberto Lyra,<sup>45</sup> por sua vez, realçava que a qualidade das vítimas refletia, em relação ao autor, “*manifestações negativas da personalidade*”. A técnica, que já ornava o Código Criminal de 1890, foi preservada na nova Parte Geral, em vigor desde 1984 (art. 61, II, e e h). Embora atentos ao risco de nos alongarmos em questões

---

MELLO, Adriana Ramos de., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 87/89. Sustentando a inconstitucionalidade do art. 41 da Lei nº 11.340/2006: TJMG, 1ª Câmara Criminal, Apelação nº 1.0672.07.244893-5/001(1), Rel. Des. Judimar Biber, DJ de 14/08/2007; e GRANDINETTI, Luis Gustavo. **Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**, org. por MELLO, Adriana Ramos de., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 172/173. É importante frisar que a situação aqui analisada em nada se confunde com aquela gerada pela 10.259/2001. Em outras palavras, até a edição da Lei nº 11.313/2006, havia previsão formal de que somente seriam de competência dos Juizados Especiais Criminais aquelas infrações penais cuja a pena máxima não superasse 1 (um) ano. Com o advento da Lei nº 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, foi alterado o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, passando a serem enquadradas sob tal epígrafe aquelas cuja pena máxima não fosse superior a dois anos de prisão, independentemente da natureza do rito processual a ser seguido na persecução penal, ou multa. Em que pese à existência de preceito expresso vedando a incidência da Lei nº 10.259/2001 na seara estadual (art. 20), era inconcebível que uma infração fosse, ou não, de menor potencial ofensivo, não em virtude de suas características intrínsecas, mas em razão do órgão jurisdicional que iria julgá-la. Tal restrição, além de irrazoável, importaria em flagrante afronta ao princípio da isonomia, já que o elastecimento do conceito deveria permitir a incidência das medidas despenalizadoras sobre aqueles que estavam em idêntica situação jurídica. Sendo idêntica a norma incriminadora em que se subsumiam as condutas, idênticas haveriam de ser as reprimendas ou os benefícios, ressalvando-se, unicamente, as peculiaridades de ordem pessoal inerentes aos sujeitos ativos.

<sup>44</sup> **Comentários ao Código Penal**, v. II, Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 113.

<sup>45</sup> **Comentários ao Código Penal**, v. II, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 303.

de inegável obviedade, não devemos esquecer que a qualidade da vítima também tem sido considerada para a configuração de crime específico ou como causa especial de aumento de pena, como ocorre, de longa data, com os crimes praticados contra criança (art. 121, § 4º, parte final, e 129, § 7º, ambos do Código Penal) e, por força da Lei nº 11.340/2006 (art. 44), também em decorrência da violência doméstica (art. 129, § 9º, do Código Penal). Ao que sabemos, a inconstitucionalidade desses preceitos nunca foi suscitada ou, se foi, não auferiu maior publicidade.

Do mesmo modo que a pena cominada pode ser exasperada, não vislumbramos qualquer óbice a que o legislador, lastreado em motivos harmônicos com a realidade e o sistema social, venha a restringir a aplicação de certos institutos processuais de modo a agravar a situação jurídica daqueles que pratiquem crimes contra pessoas que se encontrem em evidente situação de fragilidade no contexto social.

A violência doméstica praticada contra a mulher é fato que não pode ser desconsiderado e, muito menos, ignorado. Fruto de uma sociedade desenvolvida sobre alicerces patriarcais, a sua situação de inferioridade (fática), ainda presente em muitos rincões do nosso País, é justificativa não só plausível, como suficiente à defesa da legitimidade da técnica legislativa adotada. Ressalte-se, no entanto, que o tratamento diferenciado por razões de gênero somente deve ser admitido naqueles casos em que encontre ressonância em situações de discriminação preexistentes, não como mola propulsora dessas discriminações. A Suprema Corte norte-americana, por exemplo, no caso *Mississippi University for Women vs. Hogan*,<sup>46</sup> reconheceu a inconstitucionalidade da política de admissão de alunos praticada por Faculdade de Enfermagem, à época beneficiada por subsídios financeiros de origem pública, por só permitir o acesso de mulheres; isto porque a discriminação não buscava atender a nenhum “*importante objetivo governamental*”.

Considerando que as ações afirmativas têm por objetivo reduzir ou suprimir as desigualdades sociais e regionais, que se mani-

<sup>46</sup> 458 U.S. 718, 1982.

festam entre pessoas do mesmo âmbito social ou entre sociedades de distintas regiões do País, é intuitivo que cessarão ou serão paulatinamente reduzidas tão logo as desigualdades sejam eliminadas ou atenuadas. Ressalvadas as hipóteses em que alicerçadas em situações de inferioridade inerentes à própria espécie humana, invariáveis e imutáveis, como se verifica com a fragilidade de crianças e idosos, as ações afirmativas sempre serão temporárias; isto sob pena de se inaugurar um novo quadro de desigualdade, com atores diversos, tão logo cesse a desigualdade que, de início, se buscava combater. Daí a relevância dos estudos e dados estatísticos referidos na Lei nº 11.340/2006, permitindo seja acompanhada a situação da mulher vítima de violência doméstica, o que pode justificar, ou não, a manutenção da sistemática inaugurada por esse diploma legal.

## EPÍLOGO

O delineamento da igualdade passa pela (1) definição da igualdade formal do modo mais amplo possível, (2) contenção da discriminação, punindo-se as iniciativas que atentem contra a igualdade formal e (3) construção da igualdade material. Especificamente em relação à situação da mulher vítima da violência doméstica, a reversão desse quadro somente será alcançada com a alteração dos padrões histórico-culturais há muito sedimentados na sociedade brasileira, o que exigirá a implementação de políticas públicas voltadas ao esclarecimento e à formação das novas gerações. O grande desafio é evitar que a constatação de German Proverb, ao afirmar que *“a única igualdade real está no cemitério”*, assumam ares de sacralidade e tenha sua imutabilidade reconhecida, terminando por manter a mulher na triste condição de estereótipo da violência doméstica. 📄



# Exercício da Advocacia Privada pelo Advogado Público: Ponderação entre Riscos e Benefícios

Afrânio Carlos Moreira Thomaz  
*Procurador do Banco Central do Brasil no Rio de Janeiro. Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Empresarial da Universidade Candido Mendes.*

## 1. EXPOSIÇÃO DA CONTROVÉRSIA

A Lei Complementar 73/93, que trata da estruturação da Advocacia Federal da União, possui o seguinte dispositivo:

*“Art. 28. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União é vedado:  
I - exercer advocacia fora das atribuições institucionais”.*

No mesmo sentido passou a estabelecer o art. 38, § 1º, I da Medida Provisória 2.229-93 e o art. 17-A da Lei 9.650/98, com relação, respectivamente, aos cargos de Procurador Federal e Procurador do Banco Central do Brasil, cujos ocupantes, até então, não tinham restrição para o exercício da advocacia privada:

*“Art. 38. Os integrantes da Carreira de Procurador Federal têm os direitos e deveres que lhes prevê a Lei no 8.112, de*

*1990, e sujeitam-se às proibições e aos impedimentos estabelecidos nesta Medida Provisória.*

*§ 1º Ao Procurador Federal é proibido:*

*I - exercer a advocacia fora das atribuições do respectivo cargo”.*

*“Art. 17-A. Além das proibições previstas no art. 17, ao Procurador do Banco Central do Brasil também é proibido:*

*I - exercer a advocacia fora das atribuições do respectivo cargo”.*

É de se supor que as proibições acima mencionadas tiveram por finalidade propiciar um maior engajamento do advogado público com a instituição em que atua e com as funções que desempenha, impedindo que suas atenções fossem desviadas para outras atividades advocatícias que não guardassem vínculo com as atribuições e responsabilidades inerentes ao seu cargo, otimizando o trabalho no âmbito da advocacia pública federal.

A vedação para o exercício da advocacia fora das atribuições do cargo evitaria ainda possíveis conflitos de interesses que surgiriam entre o ente estatal no qual o advogado público atua e eventuais constituintes que viessem a contratar seus serviços profissionais particulares.

Seriam também minimizados os riscos de que informações estratégicas e/ou sigilosas da Administração Pública federal a que esses servidores viessem a ter acesso no exercício de seus respectivos cargos fossem vazadas ao setor privado, em prejuízo do interesse maior da segurança do Estado e da sociedade.

A manutenção da proibição sob comento também é vista com bons olhos por muitos advogados particulares sem vínculo com a Administração Pública, pois acreditam que, se assim não fosse, estaria configurada uma “concorrência desleal”, propiciando uma “reserva de mercado” para os membros das carreiras da advocacia pública federal.

Internamente, o tema vem se mostrando bastante controverso entre os membros da advocacia pública federal. De um lado, há segmentos que defendem a manutenção da proibição, por acre-

ditarem tratar-se de um importante expediente para a valorização das carreiras e para a eficiência do serviço público, acentuando sua natureza de “carreiras típicas de Estado”. A proibição para advogar fora do serviço público reforçaria, destarte, os pleitos para que fossem estendidas as prerrogativas (e os subsídios) de outras carreiras essenciais à justiça, como a Magistratura e o Ministério Público. Aliás, receia-se que a liberação para o exercício da advocacia privada poderia servir de pretexto para que, em dados momentos, o Governo Federal deixasse de conceder reajustes aos subsídios devidos aos membros dessas carreiras, já que estes poderiam livremente auferir outras remunerações no desempenho da profissão de advogado.

Por outro lado, há um grupo, aparentemente majoritário, que almeja recuperar o direito que lhes foi tolhido pelos preceitos legais acima mencionados.

De nossa parte, aderimos, sem qualquer hesitação, àqueles que não só desejam, mas também clamam pela liberação dessa atividade. Isso porque a vedação para o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais se nos afigura um equívoco em dose dupla. Com efeito, nessa proibição vislumbramos flagrantes vícios de inconstitucionalidade, além da total falta de correspondência entre os fins pretendidos com a medida e os efeitos verdadeiramente criados junto aos profissionais das carreiras jurídicas da União.

## **2 - DA INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PRIVADA**

### **2.1 - Ofensa ao art. 5º, IX e XIII da Constituição**

A vedação sob comento transgride materialmente o art. 5º, *caput* da Carta de 1988, na parte em que é feita referência ao direito fundamental à liberdade, que, à luz do tema sob análise, se desdobra no direito à “*liberdade de expressão intelectual*” (inc. IX) e no direito à liberdade do “*exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*” (inc. XIII).

Observe-se, portanto, que com relação à liberdade para o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão assegurada no art. 5º, XIII da Constituição, a única restrição imposta por esse preceito diz respeito ao atendimento das *“qualificações profissionais que a lei estabelecer”*. Atualmente, a lei que regula a profissão de advogado no Brasil é o Estatuto da Advocacia - Lei 8.906/94. Assim, aqueles que preencherem os requisitos desse diploma legal podem advogar. Já os que não preencherem, por não atenderem à *qualificação profissional* que o dispositivo constitucional menciona, não podem advogar.

No texto da Lei 8.906/94 merece destaque o seguinte preceito:

*“Art. 3º (...).*

*§ 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional”.*

Como se vê, dúvida não há de que os membros da advocacia pública federal nada mais são, em sua essência, do que advogados - conclusão essa que se afigura até redundante. Nunca é demais lembrar também que o art. 21, § 4º da própria Lei Complementar 73/93, e o art. 36, parágrafo único da Medida Provisória 2.229-93, preveem a participação da OAB nos concursos de ingresso nas carreiras da advocacia pública federal, sendo que os editais dos certames preceituam que, tanto para a inscrição como para a investidura no cargo, deve o candidato comprovar registro naquele órgão de classe.

Na Lei 8.906/94, as únicas restrições previstas para os advogados públicos estão contidas em seus arts. 29 e 30, a saber:

*“Art. 29. Os Procuradores Gerais, Advogados Gerais, Defensores Gerais e dirigentes de órgãos jurídicos da Administra-*

*ção Pública direta, indireta e fundacional são exclusivamente legitimados para o exercício da advocacia vinculada à função que exercam, durante o período da investidura”.*

*“Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia:*

*I - os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora”.*

A disposição do art. 29 se justifica em razão do acentuado caráter político-administrativo da função exercida pelos dirigentes nele mencionados. Tratando-se de cargos de confiança, titulizados por advogados nomeados politicamente (o Advogado-Geral da União, inclusive, possui *status* de Ministro de Estado), e considerando a especial relevância da função que desempenham, é razoável admitir que esses profissionais se dediquem tão somente à atividade para a qual foram designados.

Por sua vez, o impedimento de que trata o art. 30, I reflete imperativo de ordem ética, decorrente do princípio da moralidade da Administração Pública previsto no art. 37, *caput* da Constituição. Com efeito, não se concebe que um advogado público, ainda que liberado fosse para exercer a profissão em caráter privado, pudesse vir a patrocinar interesses particulares contra quaisquer pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública direta ou indireta do ente federativo ao qual se encontra vinculado.

Partindo-se da premissa de que o art. 3º, § 1º da Lei 8.906/94 estatui que os servidores públicos nele mencionados exercem atividade de advocacia, percebe-se que aquele diploma legal, fora das hipóteses abordadas em seus arts. 29 e 30, não apresenta nenhum obstáculo para a prática dessa profissão pelos bacharéis em Direito regularmente inscritos na OAB, sejam, ou não, advogados públicos federais. Disso se infere, por evidente, que os integrantes dessas carreiras possuem a qualificação profissional que a lei estabelece para desempenhar o ofício de advogado, tendo assim liberdade para exercer sua profissão dentro ou fora do serviço público, observadas apenas as restrições impostas pelo Estatuto da Advocacia.

Portanto, qualquer texto normativo que venha a limitar o exercício profissional de alguém que detenha qualificação legal

para tanto incorre em patente inconstitucionalidade, pois a liberdade em apreço não está sujeita a critérios de conveniência, vantagem ou desvantagem para quem quer que seja, nem mesmo para a Administração Pública.

À luz dessas considerações, pensamos ser evidente a inconstitucionalidade dos preceitos legais que vedam, para os advogados públicos federais, o exercício da advocacia fora das atribuições de seus respectivos cargos, eis que tais servidores se encontram aptos, habilitados e qualificados para tanto nos termos da Lei 8.906/94, conforme exigência contida no art. 5º, XIII da Carta de 1988.

Por fim, diga-se que, tendo em vista que o exercício da advocacia - pública ou privada - pressupõe esforço intelectual por parte de quem desempenha essa atividade, fica patente que o legislador infraconstitucional, ao estabelecer a proibição sob comento, também transgrediu o inc. IX do art. 5º da Lei Maior, na medida em que cerceou a liberdade dos profissionais que, legitimamente, tencionam expressar sua produção criativa na área do Direito.

## 2.2 - Ofensa ao princípio da proporcionalidade

A vedação do exercício da advocacia privada por advogados públicos federais também ofende o princípio constitucional implícito da proporcionalidade. Sobre esse princípio, José dos Santos Carvalho Filho discorre nos seguintes termos:

*“O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido.”<sup>1</sup>*

<sup>1</sup> Manual de Direito Administrativo, 19ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 33.

Atentando-se para a lição doutrinária acima exposta, deve-se considerar que, se o objetivo da medida era o de buscar maior eficiência da advocacia pública federal e maior dedicação por parte desses servidores, o Direito Administrativo já dispõe de um rigoroso aparato jurídico para coibir e sancionar os profissionais - sejam advogados, sejam membros de quaisquer outras carreiras do serviço público - que desempenham suas funções de forma inadequada. É o que se confere com a transcrição dos seguintes dispositivos da Lei 8.112/90:

*“Art. 116. São deveres do servidor:*

*I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;*

*II - ser leal às instituições a que servir;*

*III - observar as normas legais e regulamentares;*

*(...)*

*VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição;*

*IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa;*

*X - ser assíduo e pontual ao serviço.*

*Art. 117. Ao servidor é proibido:*

*I - ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato;*

*II - retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição;*

*(...)*

*IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;*

*(...)*

*XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro;*

*(...)*

*XIII - aceitar comissão, emprego ou pensão de Estado estrangeiro;*

- XV - proceder de forma desidiosa;*  
*XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares;*  
*(...)*  
*XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho”.*

Especificamente no tocante aos Procuradores do Banco Central do Brasil, vigoram ainda as seguintes regras, nos termos da Lei 9.650/98:

*“Art. 17. Além dos deveres e das proibições previstos na Lei nº 8.112 de 1990, aplicam-se aos servidores em efetivo exercício no Banco Central do Brasil:*

*I - o dever de manter sigilo sobre as operações ativas e passivas e serviços prestados pelas instituições financeiras (sigilo bancário), de que tiverem conhecimento em razão do cargo ou da função;*

*II - as seguintes proibições:*

*a) prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade é controlada ou fiscalizada pelo Banco Central do Brasil, salvo os casos de designação específica”.*

Fica claro, portanto, que se o advogado público federal incorrer em alguma das situações acima descritas - seja em razão de estar exercendo a advocacia privada, seja por qualquer outro motivo -, haverá ensejo para que a Administração instaure o competente processo administrativo disciplinar visando à apuração de eventuais responsabilidades do servidor.

Por que, então, ser cerceada ainda mais a liberdade do membro da advocacia pública federal, impedindo-o de advogar fora das atribuições de seu cargo, se a lei já lhe impõe todos esses deveres, proibições e responsabilidades? Se o advogado público não vier a incorrer em nenhuma daquelas situações previstas nos dispositivos legais acima reproduzidos, qual é a razão lógica de não poder



exercer a advocacia privada, ou qualquer outra atividade? Ou, sob outro prisma, se o exercício da advocacia privada não o leva, ou não o levar, a incorrer naquelas situações, que mal existe em se permitir que ele se dedique a esse tipo de trabalho?

Fica patente, pois, que a vedação em apreço representa um cerceamento à liberdade manifestamente desproporcional, tratando-se de uma medida muito além do necessário à proteção do interesse público, que já se encontra devidamente tutelado, nesse aspecto, pela Lei 8.112/90 e pela Lei 9.650/98.

### **2.3 - Ofensa ao princípio da isonomia**

A proibição sob comento ofende ainda o princípio da *isonomia* veiculado no *caput* do art. 5º da Constituição, eis que servidores de outras áreas (economistas, médicos, engenheiros, contabilistas, professores etc.) não possuem vedação para exercer suas profissões fora do serviço público. O que justifica, à luz do art. 5º, *caput* da Constituição, esse tratamento diferenciado em detrimento dos advogados públicos federais? A propósito, é importante que se diga que boa parte daqueles profissionais desimpedidos têm acesso a informações da Administração Pública tão ou mais importantes do que os advogados, e, teoricamente, poderiam provocar repercussões muito mais graves se acaso fizessem “mau uso” desses dados.

Existem até mesmo casos de servidores federais que, embora graduados em Direito e regularmente inscritos nas Seccionais da OAB de seus respectivos Estados, não ocupam cargo de Advogado ou Procurador, mas integram outras carreiras que não requerem formação específica na área jurídica, como as de técnicos, fiscais, auditores etc.. Para esses profissionais não se aplica qualquer proibição além daquela prevista no já citado art. 30, I da Lei 8.906/94, havendo, não raro, casos de servidores que militam cotidianamente na advocacia privada, ao mesmo tempo em que exercem suas funções no serviço público. Por essa realidade, torna-se, em tese, até mais interessante para um bacharel em Direito inscrito no OAB prestar concurso para alguma dessas áreas, do que para o cargo específico de advogado público - algo que somente uma legislação tacanha poderia produzir.

## 2.4. Ofensa aos requisitos da urgência e da relevância para a edição de Medidas Provisórias

Outro aspecto que merece ser abordado é a não observância do requisito da *urgência* para a edição de Medidas Provisórias, no tocante especificamente à MP 2.229-93. Afinal, os advogados públicos abordados naquele diploma, até o advento da Medida Provisória em que tal restrição foi instituída pela primeira vez, por décadas permaneceram livres para exercer a advocacia privada (com exceção, naturalmente, do impedimento de advogar contra a Fazenda Pública que os remunerava).

Que tipo de urgência poderia justificar que, de uma hora para outra, tal direito fosse suprimido, após tantos anos em que fora assegurado aos advogados públicos federais? Qual a situação de *periculum in mora* que demandava a súbita alteração do ordenamento jurídico, no que diz respeito ao *status libertatis* daqueles servidores?

Reconhece-se ser pequena a frequência com que o Judiciário proclama a inconstitucionalidade de Medidas Provisórias por alegada falta de urgência, predominando amplamente o entendimento de que suas edições, em geral, ficam sujeitas à avaliação discricionária do Chefe do Poder Executivo. No entanto, o próprio STF já se pronunciou no sentido de que a análise da discricionariedade é possível para a verificação da regularidade dos atos administrativos em relação às *causas*, aos *motivos* e à *finalidade* que ensejam (RE 365.368/SC). Assim, por mais que se procure respostas para aquelas indagações, a verdade é que nada, absolutamente nada, poderia justificar a súbita supressão do referido direito através da edição de Medida Provisória.

Por outro lado, não se pode desconsiderar o fortíssimo impacto que o súbito advento da medida restritiva teve nas relações mantidas entre advogados públicos federais, que exerciam seu ofício em caráter particular, e seus respectivos clientes. Muitos advogados públicos federais que, por anos patrocinavam em juízo os interesses de seus clientes em determinados processos, se viram obrigados a renunciar imediatamente aos mandatos que lhes haviam sido outorgados, ou a substabelecer para outros profissionais,

mesmo contra a vontade de seus constituintes. A esses advogados públicos não foi sequer ressaltada a possibilidade de concluir os trabalhos pendentes, tampouco a de intervir no decêndio previsto no art. 45 do CPC. Seus clientes, da noite para o dia, se tornaram “órfãos” de seus advogados, em quem depositavam sua confiança e suas esperanças, e que foram contratados em caráter *intuitu personae*.

Nesse contexto, infere-se que a proibição em apreço em nada se mostrou *relevante* para a sociedade, a ponto de ter de ser veiculada por Medida Provisória.

### **3 - As vantagens da liberdade para o exercício da advocacia privada**

Além das questões de ordem constitucional que envolvem a proibição da advocacia privada pelos advogados federais, há que se registrar que, diferentemente do que se pretendeu quando da instituição dessa medida, tal vedação, na verdade, vem se mostrando não apenas desinteressante, mas até mesmo nociva para a própria advocacia pública, conforme será abordado nos tópicos seguintes.

#### **3.1 - A proibição da advocacia privada como fator de enfraquecimento das carreiras da advocacia pública federal**

É absolutamente inegável que a proibição para o exercício da advocacia privada desestimula muitos potenciais candidatos a concursos públicos promovidos pela AGU, PFN e demais Procuradorias federais a concorrer a esses certames. Não havendo a possibilidade de exercer a advocacia privada paralelamente à função pública, é natural que muitos advogados priorizem os concursos da Magistratura e do Ministério Público, cujos membros têm *incompatibilidade* com o exercício da advocacia (Lei 8.906/94, art. 28, II), mas, em contrapartida, percebem subsídios mais atraentes.

Mesmo para muitos candidatos que se inscrevem nos concursos da advocacia pública federal e são, ao final aprovados e empossados nos respectivos cargos, existe a intenção de fazer com que essas carreiras representem apenas um “trampolim” para,

futuramente, ingressar na Magistratura ou no Ministério Público. Muitos desses servidores - principalmente os mais jovens - dedicam grande parte de seu tempo para prosseguir nos estudos para outros concursos públicos, lendo e relendo livros, pesquisando jurisprudências, frequentando cursos, viajando para outros Estados onde esses certames são realizados, enfim, submetendo-se a atividades que podem trazer mais ocupações (e preocupações) do que o exercício da advocacia privada.

Existe ainda a disputa desigual com outras carreiras que não impedem o exercício da advocacia privada pelos seus membros. Várias Procuradorias Estaduais e Municipais - inclusive a do Distrito Federal e as do Estado e do Município do Rio de Janeiro -, embora remunerem seus integrantes em valores mais ou menos equivalentes aos recebidos pelos membros da advocacia federal, promovem concursos que têm justamente dentre os maiores atrativos a prerrogativa da liberdade para advogar fora das atribuições institucionais. Há casos, inclusive, de advogados federais que optam por prestar concursos para aqueles órgãos regionais, atraídos não propriamente pelos vencimentos, mas sim pela possibilidade de atuar profissionalmente fora da carreira, como já ocorreu com integrantes da Procuradoria do Banco Central no Rio de Janeiro em passado mais ou menos recente. Uma vez aprovados nesses concursos, os colegas não hesitaram em pedir exoneração do órgão federal e ingressar em outra Procuradoria que não impunha obstáculos para a atividade sob comento.

Aliás, o argumento de que, em ocorrendo o fim da proibição, teria o Governo Federal um pretexto para deixar de conceder reajustes aos subsídios dos membros das carreiras, tanto não procede que em diversas Procuradorias tal liberdade lhes é assegurada, e nem por isso deixam de remunerar seus profissionais de forma interessante. Além disso, as citadas Procuradorias do Distrito Federal, do Estado do Rio de Janeiro e do Município do Rio de Janeiro, dentre outras, têm se notabilizado pela excelência de seus quadros e pelos trabalhos de alto nível que habitualmente realizam, não obstante estarem seus membros desimpedidos para exercer a advocacia privada.

No caso específico da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, basta lembrarmos de alguns nomes de destaque, como, dentre outros, os de Luís Roberto Barroso, José Edwaldo Tavares Borba, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Marcos Juruena Vilela Souto. Imagine-se agora se a advocacia desempenhada por esses grandes profissionais estivesse restrita apenas à Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro. Por certo a advocacia nacional não teria sido contemplada com contribuições tão valiosas como a que foram - e vêm sendo - dadas por esses juristas, se acaso estivessem proibidos de realizar suas produções intelectuais em caráter particular. E a projeção por eles alcançada na advocacia privada se reverte em benefício para a própria Procuradoria em que atuam, pois a aposição de suas respectivas assinaturas em qualquer peça processual ou parecer jurídico seguramente confere maior peso àquelas manifestações, aumentando as chances de que as teses lá sustentadas em favor do ente público venham a sensibilizar os órgãos judiciais e administrativos a que forem submetidas.

Se algum dia a advocacia privada vier a ser novamente liberada para os advogados públicos federais (com exceção, naturalmente, das situações previstas nos arts. 29 e 30, I da Lei 8.906/94), por certo os concursos para esses cargos atrairão maior número de candidatos qualificados, tornando os certames mais disputados. Além disso, tenderia a haver uma redução drástica na evasão desses profissionais para a Magistratura, para o Ministério Público e até para as Procuradorias locais que permitem a advocacia privada, pois a abertura dessa prerrogativa certamente representaria um estímulo para que os membros das carreiras permanecessem em seus cargos.

Com isso, a Administração Federal geraria uma interessante economia com a redução da frequência de concursos destinados a preencher as vagas de advogados públicos, além de evitar o constante rodízio de profissionais, já que muitos, tão logo estejam chegando ao ponto de amadurecer no exercício de suas funções, arromam suas malas para ingressar em outras carreiras jurídicas que oferecem melhores remunerações e/ou maiores prerrogativas.

Enfim, é intuitivo que quanto maiores forem as liberdades e prerrogativas funcionais do cargo, maior será a valorização e o

fortalecimento da respectiva carreira. Conseqüentemente, maior será o interesse de profissionais qualificados em nela ingressar. Ao se reduzir ou suprimir essas prerrogativas, quem perde com isso não são apenas os membros das carreiras jurídicas, mas sim o serviço público de modo geral.

### **3.2 - Estímulo para que os advogados públicos exerçam clandestinamente a advocacia privada**

Outro aspecto que deve ser destacado é o de que, em tese, a proibição em apreço é muito fácil de ser burlada, por não representar nenhuma garantia de que o advogado público federal irá realmente se abster de exercer a advocacia privada. Basta que o advogado público federal peça para que algum sócio ou colega assine a petição e acompanhe o processo, realizando audiências que forem designadas, e informando sobre qualquer movimento que demande nova intervenção nos autos. Embora essa prática, a rigor, configure a infração disciplinar prevista no art. 34, V da Lei 8.906/94, a verdade é que tal irregularidade é de difícil comprovação, sendo muito pouco provável que a OAB e a própria Administração Pública logrem apurar concretamente um ato dessa natureza.

É de se lembrar ainda que o exercício da advocacia privada não se restringe à atuação no contencioso. A Lei 8.906/94, em seu art. 1º, II, reza que “*as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas*” são privativas de advocacia. Na prática, nada impede que o advogado público federal venha a se dedicar profissionalmente a essas atividades, orientando e aconselhando seus clientes particulares sobre as mais diversas questões jurídicas que lhe venham a ser submetidas, sem que isso pressuponha a assinatura de peças processuais ou quaisquer outros documentos, tornando-se extremamente improvável para a Administração apurar o cometimento desse “desvio”.

Ou seja, ao invés de incentivar a transparência na relação com seus advogados públicos, a Administração federal, na verdade, os impele para o exercício clandestino da advocacia privada, uma vez que, diante do eventual surgimento de uma oportunidade

profissional interessante fora do serviço público, muitos simplesmente poderão não se sentir desencorajados pela proibição em vigor, bastando que se valham dos expedientes acima citados.

### **3.3 - Advocacia privada x magistério**

Curioso notar ainda que os advogados públicos federais não têm impedimento para se dedicar ao magistério superior. No entanto, a atividade de magistério se afigura muitas vezes tão ou mais complexa do que o exercício da advocacia privada. Engana-se quem imagina que o magistério pouco ou nada representa no rol de atribuições do advogado público federal, em razão de as aulas, em geral, serem ministradas após o “expediente” na repartição pública, no horário noturno. Com efeito, o magistério pressupõe o preparo de aulas, a elaboração e a correção de provas e trabalhos, e a atualização constante do professor. Tudo isso demanda tempo e dedicação, levando o advogado público a voltar suas atenções a essas atividades por várias horas ao longo de cada semana. Será que isso também não poderia “prejudicar” o trabalho do advogado público federal?

Pode-se argumentar que o exercício do magistério impele o advogado público a se aperfeiçoar nas matérias jurídicas que leciona, em virtude dos estudos a que tem de se dedicar para ministrar suas aulas. Mas será que a advocacia privada não poderia trazer o mesmo benefício? O fato é que, na advocacia privada, tanto contenciosa, como consultiva, o advogado se vê diante da necessidade de estar a todo tempo estudando e pesquisando os temas relacionados com os casos concretos que lhe são submetidos, enriquecendo sua cultura jurídica em intensidade equivalente àquela proporcionada pelo magistério. E com um detalhe: não se pode desconsiderar que a confecção de uma inicial de despejo, por certo, representa para o advogado uma tarefa bem menos complexa do que, por exemplo, preparar uma aula de Direito Tributário.

### **3.4 - O caráter meramente simbólico da jornada de trabalho de 40 horas semanais**

Os que se opõem à advocacia privada pelos advogados públicos alegam também que a carga horária de 40 horas semanais (ou 8

horas diárias) corresponderia ao “horário de expediente integral”, dificultando ou inviabilizando a prática de atividades profissionais fora daquele período. Nada mais falso.

Seria compatível com o senso comum de justiça impedir que um advogado público se dedique a outras atividades em seus horários de almoço, no seu período de férias, nos feriados e nos finais de semana? Ou mesmo no período compreendido entre as 18:00 e as 09:00 horas do dia seguinte? Por que tem a Administração de interferir na vida do servidor público advogado, relativamente ao que este faz ou deixa de fazer fora da repartição, em horário diverso de seu “expediente”?

Na verdade, a noção de expediente deve ser relativizada em se tratando de advogados, pois para esses profissionais a obrigação de cumprir a carga de 40 horas semanais se afigura uma exigência meramente simbólica. O advogado público não é um plantonista, nem tem a incumbência de prestar atendimento ao público diante de um balcão. Constitui uma aberração impor ao advogado que permaneça rigorosamente por 8 horas diárias dentro do recinto da repartição. O “batimento de ponto” não se compatibiliza com o exercício da advocacia, seja pública ou privada - até porque frequentemente esses profissionais realizam diligências externas, como audiências, reuniões, comparecimento a cartórios ou a outras repartições, verificação de autos processuais diretamente nas varas, entrevistas com magistrados e autoridades etc.

Ou seja, nada mais é do que uma hipocrisia considerar que os advogados têm “jornada de trabalho” ou “expediente”. Advogados simplesmente têm tarefas. Se tais tarefas são executadas tempestivamente e apresentam boa qualidade, revelando que o advogado público desempenha de forma responsável as atribuições de seu cargo, pouco importa se das 09:00 às 18:00 horas (ou mesmo fora desses horários) ele permaneceu na repartição, na praia, na igreja, na boate, no cinema, no jardim zoológico, no estádio de futebol, na sua residência ou em seu escritório particular, ainda mais em uma época como a atual, em que as facilidades de comunicação são cada vez maiores (telefone celular, fax, e-mail etc.).



A se interpretar de forma rigorosa essa questão do cumprimento da “jornada” de 8 horas diárias pelos advogados públicos, teríamos que admitir, por outro lado, que certas tarefas de maior complexidade, que demandassem mais tempo para serem executadas, pudessem validamente deixar de ser concluídas nos prazos que lhes foram determinados sob a justificativa de que não puderam ser finalizadas dentro do horário de “expediente”, já que não são remunerados para trabalhar além daquele período.

O que a experiência tem revelado é que a intensidade da carga de trabalho na advocacia pública oscila periodicamente. Há ocasiões em que grandes quantidades de processos são distribuídas simultaneamente para cada advogado público, demandando o dispêndio de muitas horas de análise e estudo de cada caso, que podem se estender além de seu “expediente”. No entanto, há épocas em que existe uma demanda menor de trabalho, com reduzida quantidade de tarefas, que, em poucas horas diárias de dedicação, podem ser resolvidas de modo satisfatório. Nesses períodos, exigir do advogado público federal que cumpra rigorosamente 8 horas diárias de “expediente” representa um estímulo a manifestações de ócio no recinto da repartição - o que, por certo, em nada engrandece o servidor, nem a Administração Pública. Em tais ocasiões, a simples presença física do advogado no recinto após a execução de todas as suas tarefas, por força de sua inócua obrigação de ter de cumprir a “jornada” de 8 horas diárias, pode acarretar desnecessário dispêndio de energia elétrica e de outros suprimentos da repartição (água, telefone, materiais de escritório, etc.), o que, evidentemente, não condiz com o interesse público.

A propósito, cumpre registrar um interessante episódio ocorrido recentemente com um Advogado da União lotado no Rio Grande do Norte. Esse profissional se recusava a assinar as folhas de ponto da repartição - o que o levou a responder a um processo administrativo disciplinar instaurado pela AGU. Na decisão daquele processo administrativo, a AGU concluiu que os advogados públicos estariam dispensados de preencher e assinar a folha de ponto, devendo a frequência do servidor ser aferida através do sistema informatizado de controle de processos utilizado naquele órgão.

Trata-se, portanto, de mais uma evidência da inocuidade da exigência do cumprimento rígido da “jornada” de 40 horas semanais, para a qual a própria AGU parece ter se dado conta.

O que aqui se sustenta não é, entretanto, a concessão de um salvo-conduto para que o advogado público fique permanente e impunemente ausente da repartição. Evidentemente que não é isso que está sendo proposto. É fora de qualquer dúvida que o advogado público deve, ao menos diariamente, comparecer à sede do órgão para tomar ciência das atribuições que lhe são cometidas e prestar contas dos trabalhos já realizados, além de passar instruções a estagiários e realizar intercâmbio de informações com outros servidores - o que poderá ser cumprido em 8 horas, ou menos. Enfim, essa questão da “jornada de trabalho”, portanto, deve ser interpretada de forma maleável, mas também com bom-senso, razoabilidade e, sobretudo, responsabilidade.

### **3.5 - Da alegação de que a liberação da advocacia privada pelos advogados públicos acarretaria “concorrência desleal” e “reserva de mercado”**

Não trata este item de uma questão de vantagem ou desvantagem que a eventual liberação para a advocacia privada poderia trazer para os advogados públicos federais ou para a Administração Pública. Trata-se apenas de impugnar os argumentos daqueles que sustentam que a hipotética adoção dessa medida acarretaria uma “concorrência desleal” com os advogados privados que não exercem nenhum cargo público, e que os advogados públicos federais teriam para si uma “reserva de mercado”.

É muito simples apresentar argumentos contra essa tese. Com efeito, não são poucos os escritórios de advocacia formados exclusivamente por advogados particulares que prestam seus serviços para grandes conglomerados empresariais e/ou companhias multinacionais, proporcionando a seus sócios remunerações muito mais expressivas do que os subsídios percebidos pelos advogados públicos federais. Além disso, alguns dos filões mais rentáveis da advocacia particular envolvem a propositura de ações judiciais em face do Poder Público - o que, pela dicção do art. 30, I da Lei

8.906/94, exclui os advogados públicos federais do patrocínio dessas demandas.

Na verdade, a advocacia pública federal é composta, em sua esmagadora maioria, de profissionais de excelente nível, que se acaso pudessem atuar fora do serviço público certamente teriam condições de captar significativa clientela. Mas essa captação não seria fruto de uma “concorrência desleal”, pois decorreria simplesmente do talento e da competência do profissional, e não de qualquer benefício de “reserva de mercado”. Isto, inclusive, forçaria os advogados particulares a se aprimorar cada vez mais, a fim de poderem enfrentar em melhores condições tal “concorrência”. Quem ganharia com isso, certamente, seria a sociedade, que passaria a contar com mais profissionais preparados e qualificados para prestar serviços advocatícios a quem deles necessita.

#### 4 - A ADIn 4.036/DF

Atualmente, tramita no STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.036/DF, proposta pela Confederação Nacional dos Servidores Públicos do Brasil contra os dispositivos legais que proíbem o exercício da advocacia privada pelos advogados públicos federais - quais sejam, o art. 28 da Lei Complementar 73/93 e o art. 38, § 1º, I da Medida Provisória 2.229-43/01 -, cujo relator é o Min. Carlos Britto.

Os autos foram recentemente encaminhados ao Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando de Souza, para a emissão de parecer sobre o tema. Para o PGR, a ADIn não deve ser conhecida em razão da ilegitimidade ativa da pessoa jurídica que a intentou, cujos argumentos “*melhor viriam organizados se apresentados por entidade mais próxima à categoria profissional atingida pelas regras atacadas*”.

Não se pretende aqui discutir a legitimação, ou não, da referida entidade para impugnar, em sede de ADIn, a legislação em apreço. Todavia, no que diz respeito ao mérito, considerando que o PGR opinou pela improcedência do pedido formulado naquela demanda, cabe pôr sob questionamento as ideias que o levaram a assim concluir.

O PGR contesta o argumento lançado pela entidade autora segundo o qual, se o constituinte tivesse a intenção de vedar a advocacia privada, o tê-lo-ia feito de forma expressa, como acontece com Defensores, Magistrados e membros do Ministério Público. De acordo com o parecerista, tal raciocínio “*resultaria na falaciosa conclusão de que toda e qualquer exigência fixada para o exercício de determinado ofício deveria ter status constitucional, o que por certo está longe do razoável*”.

A tese de que haveria necessidade de emenda constitucional para que a proibição da advocacia fosse estendida aos membros da AGU se afigura, de certa forma, discutível, não nos parecendo de grande clareza a sua pertinência. De toda sorte, com todas as vênias devidas ao máximo representante do *parquet* federal, a justificativa apresentada em seu parecer não se mostra consistente, e o caso nada tem a ver com a “*falaciosa conclusão*” por ele mencionada. Com efeito, pode-se contra-argumentar que, ao contrário de todas as outras profissões, a Advocacia da União, a Magistratura, o Ministério Público e a Defensoria Pública foram as únicas carreiras profissionais expressamente abordadas no texto constitucional, tendo lá sido designadas como “*funções essenciais à justiça*”. Nessa perspectiva, observe-se que a Constituição explicitou a proibição para que os membros das três últimas exerçam a advocacia (não a advocacia *privada*, mas a advocacia de forma geral - reconheça-se), mas nenhuma restrição impôs em relação aos da primeira. Evidentemente não se pode sustentar que as condições para o exercício de todas as profissões teriam de ser destrinchadas pela Constituição. Porém, como o impedimento para o exercício da advocacia foi veiculada no texto magno para três das quatro carreiras que desempenham *funções essenciais à justiça*, sem que tivesse sido igualmente estendida para apenas uma delas, intui-se que, nesse último caso, não bastaria o advento de simples lei dispondo em tal sentido, afigurando-se necessário o advento de emenda à Constituição.

Ou seja, o legislador constituinte, ao dispor sobre as funções essenciais à justiça, houve por bem impor essa restrição para Defensores Públicos, Magistrados e membros do Ministério

Público, mas não o fez em relação aos Advogados da União, tendo considerado que a vedação sob comento não seria relevante o suficiente para receber tratamento em sede constitucional. À luz do princípio da isonomia, parece sustentável a tese de que, se os Advogados da União, Defensores Públicos, Magistrados e membros do Ministério Público exercem todos, indistintamente, *função essencial à justiça*, não haveria sentido em que o mesmo impedimento tenha sido veiculado no texto constitucional para uns, mas possa sê-lo por simples lei (ordinária ou complementar) para outros.

Em seu parecer, o PGR afirma ainda que a tese de ofensa ao princípio da isonomia *“desconsidera o nível de responsabilidade e a complexidade das atividades postas a cargo da Advocacia Geral da União, vindo a equipará-las afoita e genericamente a toda e qualquer atividade desenvolvida no âmbito da administração pública por seus servidores”*. Aduz que as normas restritivas, *“antes de serem uma limitação ao exercício de profissão, representam um instrumento capaz de garantir a excelência de outra”*.

Diferentemente do argumento anterior, que ainda é passível de suscitar alguma controvérsia, pensamos que a tese da violação ao princípio da isonomia se afigura irrespondível. Tais assertivas da lavra do PGR, além de não nos demover quanto ao entendimento sustentado no item 2.3 supra, desqualificam os servidores de outras áreas, como se mais nenhuma carreira pudesse desempenhar atividades tão ou mais complexas e carregadas de responsabilidade que a dos advogados. Se a proibição para advogar em caráter particular representa um instrumento para *“garantir a excelência”* da profissão, então todas as demais carreiras para as quais não existe tal vedação são desprovidas desse atributo - o que certamente é uma constatação falsa.

O PGR, no parecer proferido na ADIn 4.036/DF, alega ainda que as normas impugnadas não são inconstitucionais, pois *“uma carga considerável de processos estranhos à advocacia pública poderia desviar a atenção dos profissionais durante o expediente regular no serviço público”*. Declarou também que *“mesmo que*

*não o faça, é certo o prejuízo às atribuições do cargo, quando exercidas por profissional que utiliza de suas horas de almoço e descanso para desenvolver outra jornada de trabalho”.*

Tais argumentos, *data venia*, são totalmente infundados, e até reforçam as ideias articuladas no item 2.2. Por coerência com o raciocínio esposado no referido parecer, deveria haver também proibição para o magistério, a elaboração de livros, teses e artigos jurídicos, bem como para qualquer outra atividade profissional, esportiva, social, artística, religiosa ou cultural que, em tese, pudesse “desviar a atenção” do advogado público. Deveria igualmente ser proibido ao advogado público federal inscrever-se em outros concursos, que demandariam dedicação e estudo de sua parte, e “por certo”, “desconcentrariam” o profissional dos afazeres de seu cargo.

A alegação apresentada pelo PGR quanto a esse ponto também deve ser questionada levando-se em consideração, também, o período de férias do advogado público federal. Por mais esforço que se faça, a verdade é que nenhum prejuízo às atribuições do cargo de advogado público se vislumbraria na hipótese desse profissional se dedicar à advocacia privada em seus períodos de férias.

Ademais, o PGR fala em “*carga considerável de processos estranhos*” (sic). Mas o que se entende por “*carga considerável*”? E quando a carga de “*processos estranhos*” for pequena, e não “*considerável*”? Seria ainda assim justificável a vedação?

Por outro lado, e se houver “*carga considerável*” de aulas a serem ministradas em instituições de ensino? Aí poderia o advogado público lecionar normalmente, como fazem muitos membros da Magistratura e do Ministério Público? Isso não traria algum “risco” para a advocacia de Estado?

Não se pode prever como o STF irá julgar a ADIn sob comento, mas espera-se que aquela Colenda Corte, caso venha a se debruçar sobre o mérito, leve em conta os aspectos sobre os quais se discorreu, que indubitavelmente apontam para a inconstitucionalidade dos dispositivos que impedem o legítimo exercício da advocacia privada pelos membros da AGU.

## 5 - CONCLUSÃO

A impressão que se tem é a de que o legislador, ao instituir a regra sob comento, partiu da falsa presunção de que todo advogado público que se dedica à advocacia privada é (ou tende a ser) um mau profissional, que não desempenhará satisfatoriamente a sua função no âmbito da Administração. Ledo engano. A verdade é que a grande maioria dos membros da advocacia federal possui competência suficiente para conciliar e exercer com zelo ambas as atividades - a particular e a pública -, como Procuradores de vários outros entes federativos vêm demonstrando ao longo de décadas. Se assim não for, que então se puna o advogado público federal através de processo administrativo disciplinar, a fim de coibir e sancionar eventuais abusos que forem perpetrados.

A proibição em apreço não imuniza o advogado público federal contra erros e trabalhos de má qualidade. Mesmo advogados que permanecem diariamente das 09:00 às 18:00 dentro do recinto da repartição podem cometer erros, como também podem realizar trabalhos de nível insatisfatório. Para causar danos ao serviço público, o mau servidor não precisa exercer a advocacia fora das atribuições de seu cargo. Quaisquer atividades privadas, remuneradas ou não - sejam profissionais, sociais, esportivas, artísticas, religiosas ou de mero lazer -, têm potencial para interferir no desempenho do servidor público, advogado ou não. Tudo vai depender, apenas, de organização, seriedade e responsabilidade. O legislador, ao instituir a proibição em apreço, subestimou a capacidade dos advogados públicos federais de assim proceder.

Acreditamos que todos teriam a ganhar caso aos advogados públicos federais fosse lícito exercer novamente a advocacia privada. Primeiro, os próprios advogados públicos federais, em razão das perspectivas profissionais e econômicas que lhes seriam abertas a partir do fim da restrição. Segundo, a Administração Pública, pelo maior potencial de atrair (e manter) profissionais qualificados que a medida em cogitação proporcionaria. E, por fim, a sociedade inteira sairia ganhando, pelo maior número de bons advogados que passariam a atuar no mercado de trabalho, e que estariam à disposição de todos aqueles que necessitam de serviços jurídicos.

Nesse contexto, há de se considerar que a Constituição, em seu art. 1º, estatui serem princípios da República Federativa do Brasil “a dignidade da pessoa humana” (inc. III) e “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (inc. IV). Mais adiante, em seu art. 170, a Lei Maior consagra como princípios gerais da atividade econômica a “redução das desigualdades regionais e sociais” e a “busca do pleno emprego”, que por sua vez são fundados na “valorização do trabalho humano” e na “livre iniciativa”, na dicção de seu parágrafo único. E a Lei 8.906/94 reza em seu art. 2o, § 1º que “no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social”. À luz desses preceitos, não conseguimos conceber como um advogado público federal possa vir a sofrer alguma sanção administrativa disciplinar pelo simples fato de exercer a advocacia fora de suas atribuições institucionais, almejando prosperidade econômica para si e sua família, ampliando sua experiência profissional, e contribuindo com seu trabalho para o aperfeiçoamento das relações sociais, sem que os deveres impostos na Lei 8.112/90 tenham sido concretamente inobservados, e sem que alguma transgressão ao art. 30, I, tenha sido cometida.

Pudesse o advogado público federal exercer a advocacia privada, certamente esse profissional se tornaria mais tarimbado, mais experiente. Com uma bagagem profissional mais rica graças à militância na advocacia privada, muitas ideias e soluções lá surgidas poderiam ser proficuamente aplicadas no exercício da advocacia pública, no interesse do ente estatal em que atua. O advogado público federal tenderia a se tornar mais dinâmico e criativo, a ter mais iniciativa, sentiria mais satisfação em pertencer a uma carreira que lhe oferece essa prerrogativa. Ele, enfim, passaria a se sentir mais advogado, na acepção técnica do vocábulo, e menos funcionário público, na conotação pejorativa do termo. ▣



# Do Instituto da Prescrição como Fator Impeditivo à Instauração do Inquérito Civil Público e do Posterior Ajuizamento da Ação de Improbidade Administrativa

Mauro Roberto Gomes de Mattos  
*Advogado no Rio de Janeiro. Vice-Presidente do Instituto Ibero-Americano de Direito Público*

## I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Órgão do Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, e incumbe-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, de conformidade com o que vem estabelecido no artigo 127, da Constituição Federal.

A autonomia e independência dos Membros integrantes do Órgão do Ministério Público são prerrogativas da própria sociedade, em decorrência de que elas foram estabelecidas para que o respectivo Órgão ministerial não se submetesse às influências externas.

Por essa razão, lúgubre seria uma sociedade que não tivesse no Órgão do Ministério Público um dos guardiões da legalidade pública.

E coube ao inciso III, do artigo 129, da CF atribuir ao Órgão do Ministério Público a competência para promover o inquérito civil público e ação civil pública, objetivando a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

O inquérito civil e a ação civil pública foram instituídos pela Lei nº 7.347/85, com a finalidade de promover a responsabilização de agentes públicos e de particulares por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico e ao patrimônio público.

Contudo, a relevante atuação dos Membros integrantes do Órgão do Ministério Público perante o nosso ordenamento jurídico, possui condicionantes legais, estabelecidas justamente para que não ocorram desvios ou excessos da aludida competência funcional dos representantes do *parquet*.

Isso porque, como fiscal da Lei, o Órgão do Ministério Público obrigatoriamente se submete a ela para legitimar a prática de seus atos.

Mesmo o Constituinte moderno tendo lhe outorgado uma titularidade genérica para promover medidas necessárias à proteção da vigência e da eficácia da Constituição, essa permanente vigilância possui no ordenamento jurídico as suas condicionantes.

Isso porque, nenhum Órgão ou Poder pode estar acima da lei, inclusive em termos de competência, decisões e prática de atos de qualquer espécie.

Dessa forma, para que se tornem atos legítimos perante nosso ordenamento jurídico, os Membros integrantes do Órgão do Ministério Público devem agir dentro das limitações legais, extensíveis a todos os demais Órgãos, Poderes e partes de um processo, estabelecidas pela Constituição Federal e pela Lei infraconstitucional, criadas para disciplinar seus atos, em proeminência da segurança jurídica que permeia nosso Estado Democrático de Direito.

Uma dessas limitações legais previstas pelo ordenamento jurídico é o instituto da prescrição, que se opera em decorrência do decurso do lapso temporal, afetando, portanto, o ato jurídico pelo tempo. Sendo que a prescrição trata-se de um efeito que o transcurso do tempo produz no que diz respeito aos direitos subjetivos, em relação a sua eficácia e exigibilidade.

A estabilidade das relações jurídicas trata-se de uma necessidade absoluta e preocupação real de todos os cidadãos, má-

xime quando diz respeito a vinculações com o Poder Público. Não é salutar para o ordenamento jurídico que nas relações pessoais, entre si ou com o Estado, não vigore o princípio da segurança jurídica, capaz de proteger o passado, pelo decurso do tempo.

Abaladiça seria a situação jurídica do ser humano que não pudesse ter no tempo já transcorrido a segurança de que seus atos, certos ou errados, após o transcurso do prazo prescricional, estariam estabilizados.

O decurso dos prazos previstos pelo ordenamento legal vigente extingue determinada pretensão, em decorrência do seu não exercício no lapso temporal previsto em Lei.

Segundo orientação de Câmara Leal,<sup>1</sup> o prazo de prescrição ocorre quando presentes os seguintes requisitos: “a) uma ação ajuizável; b) a inércia do titular; c) o tempo e; d) extinção das ações por negligência do seu titular.”

O instituto da prescrição, em qualquer área do direito, é matéria de ordem pública, estabilizando as relações jurídicas, independentemente do direito em que se funda a pretensão aduzida.

Essa garantia estabelecida pela ordem jurídica possui como fundamento proporcional a segurança e a paz social, tendo em conta que exceto os direitos inalienáveis e imperecíveis por sua própria natureza - exemplo: direitos da personalidade ou da cidadania - a regra geral estabelece um limite temporal para o exercício de determinado direito não como punição pela inércia do seu titular, mas como necessidade de evitar-se a perpetuidade de litígios.

Nosso posicionamento é no sentido de que: “o tempo funciona como senhor da razão, cicatrizando chagas de injustiças, ou curando atos delituosos, que passam por um período de maturação até que se tornem inatingíveis.”<sup>2</sup>

<sup>1</sup> LEAL, Antônio Luiz Câmara. *Da Prescrição e da Decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 12.

<sup>2</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Lei nº 8.112/90 Interpretada e Comentada: Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 818.

Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira<sup>3</sup> deixou assente que “a prescritibilidade é a regra e a imprescritibilidade a exceção”, destacando a imprescritibilidade “como imoral e atentatória à estabilidade das relações sociais.”

Em sendo assim, vige também para o Órgão do Ministério Público o sistema jurídico de prazos prescriteveis, em decorrência do que, sua atuação deve ser balizada pela tempestividade da prática dos atos de sua competência.

Portanto, a legitimação ativa ou extraordinária outorgada pela Lei para legalizar a atuação do Órgão do Ministério Público está submetida a prazos prescricionais, previamente estabelecidos em Lei, de forma a preservar o transcurso do tempo como estruturante da segurança jurídica dos cidadãos.

Por essa razão, analisamos nessa oportunidade a perda da legitimidade ordinária e da extraordinária do Órgão do Ministério Público quando é extrapolado o prazo legalmente estabelecido pela Lei como limite para a persecução do Estado. Mesmo assim, já prescrito determinado direito, Membros integrantes do referido Órgão, em algumas situações, têm insistido, de forma ilegal, em manter tramitando inquérito civil público, o que não trará resultado útil, em face da perda de prazo para ingressar com a posterior ação contra o investigado.

O tema é de grande relevância, contudo pouco explorado pelos doutrinadores, que não questionam justamente o exaurimento do prazo do direito de investigar, quando já operada a prescrição. Como o resultado da investigação será inútil, em face da impossibilidade do ajuizamento de uma futura ação judicial (ação civil pública ou de improbidade administrativa), por que manter em tramitação o inquérito civil público?

Nessas circunstâncias, não há como manter-se em andamento uma investigação, às custas do erário, sem que haja o seu devido desdobramento judicial.

Além do desperdício de tempo e do dispêndio de recursos, a tramitação do inquérito civil público se transformará em um meio

<sup>3</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. 1, p. 477.

ilegal de investigação, em virtude da ausência de desdobramentos futuros contra o agente público ou particular investigado.

Não se defende o cerceamento do poder investigatório do Órgão do Ministério Público, mas sim a violação do direito da intimidade dos cidadãos, pois ausente uma justa causa futura.

De que adianta a manutenção de uma investigação, através do inquérito civil público, se a prescrição que se operou não permitirá o futuro ajuizamento, v.g., de uma ação civil pública, de improbidade administrativa ou de ressarcimento ao erário.

Observando-se que, em um primeiro momento, pode parecer imprescindível o ingresso em Juízo com a ação de ressarcimento ao erário por parte dos Membros integrantes do Órgão do Ministério Público; entretanto o mesmo não é o seu titular, em decorrência de que, originalmente, a pessoa jurídica de direito público lesada é a detentora do direito subjetivo de invocar a referida tutela jurisdicional.

## **II. DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO COMO FATOR IMPEDITIVO À INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO**

Para averiguar a prática de qualquer fato ilícito, previsto na Lei nº 8.429/92, ao representante do Órgão do Ministério Público, face sua competência funcional, é permitido de ofício, através de inquérito civil público, investigar a conduta delituosa do agente público.

Contudo, uma vez instaurado o inquérito civil público, devem ser observadas em seu trâmite todas as disposições legais cabíveis, inclusive em termos processuais, porquanto o representante do *parquet* que conduz o referido inquérito não está acima da Lei, e em assim sendo, não possui autorização para violá-la. Tal observância necessariamente deve ocorrer, justamente porque, atuam os Membros integrantes do Órgão em questão como guardiões da legalidade, perante toda a sociedade.

Dessa forma, o inquérito civil público, para a sua instauração, deve sempre ser precedido de uma justa causa em decorrência de que se submete ao princípio da legalidade, como fundamento de sua validade. Havendo motivo justo e relevante, devidamente

comprovado, estará apto o Membro integrante do Órgão do Ministério Público para proceder a investigação da prática de um fato ilícito através do referido inquérito.

Sucedo que, apesar da absoluta exigência da demonstração e comprovação de uma justa causa para iniciar-se a investigação conduzida pelo representante do *parquet*, ela não poderá retroagir para abranger fatos ilícitos praticados pelo investigado no período em que já se operou a prescrição (artigo 23, incisos I e II, da Lei nº 8.429/92).

Em sendo assim, na hipótese de término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança, o prazo prescricional é de 05 (cinco) anos. Essa situação jurídica é regulada pelo disposto no inciso I, do artigo 23, da Lei nº 8.429/92, no qual se encontra previsto o *dies a quo* da fluência do prazo prescricional, que ocorre com o término da última função de confiança, de cargo em comissão ou mandato exercido pelo agente público investigado.

Por outro lado, em razão da disposição contida na regra especial que se refere ao instituto da prescrição prevista no inciso II, do artigo 23, da Lei nº 8.429/92, e dentro do prazo prescricional determinado por Lei especial aplicável para as infrações disciplinares puníveis com a imposição de pena de demissão, é que estará legitimado o representante do *parquet* para promover investigações e apurações por intermédio de inquérito civil público ou até ajuizar dentre outras, ações de improbidade administrativa.

Por conseguinte, após o decurso dos respectivos prazos legais, e em operando-se a prescrição, perde o Membro integrante do Órgão do Ministério Público sua legitimação extraordinária para investigar o agente público que, porventura, tenha praticado um fato ilícito, quer por intermédio da instauração do inquérito civil público, quer pelo próprio ajuizamento de ação civil pública.

Consequentemente, a Portaria exarada pelo Órgão do Ministério Público no sentido de efetuar-se a apuração de fato ilícito certo e determinado praticado por agente público, sujeita-se aos prazos prescricionais previstos em Lei, justamente para garantir a segurança jurídica de todos os cidadãos. Portanto, decorrido o prazo legal e,

por conseguinte, operando-se a prescrição, caso não tenha sido proposta a ação judicial competente, não mais poderá ser promovida.

Estando prescrito o fato ilícito praticado pelo agente público e previsto em Lei, a propositura da respectiva ação de improbidade administrativa perante o Poder Judiciário, implica diretamente que a continuação da tramitação do inquérito civil público se torna abusiva e ilegal.<sup>4</sup>

Afronta a própria regra da eficiência a manutenção de uma investigação interna (administrativa) levada a efeito por Membros integrantes do Órgão do Ministério Público, quando o próprio direito material se encontra prescrito.

Operando-se a prescrição do direito material em que se funda a investigação levada a efeito por representantes do *parquet*, inexistente processualidade prevista em Lei para a manutenção da tramitação do inquérito civil público.

Isso porque, os Membros integrantes do Órgão do Ministério Público promovem corriqueiramente a instauração e a tramitação de inquérito civil público para colher elementos que possam embasar uma possível e posterior ação civil pública. Entretanto, se o direito material em que se funda a futura ação a ser intentada em Juízo se encontra prescrito, qual será a utilidade da manutenção em trâmite do inquérito civil público?

Não haverá nenhuma utilidade, em decorrência de que operando-se a prescrição ocorre a estabilização das relações intersubjetivas das partes, tornando-se imutáveis e irreversíveis aquelas que são produzidas no curso dos anos e que não foram revistas ou atacadas no prazo legal.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> “1. Mandado de Segurança. 2. Inquérito Civil instaurado por órgão do Ministério Público, para apuração de responsabilidade de ex-Secretário de Estado, visando a ação de improbidade administrativa, por fato perfeitamente definido e conhecido. 3. O Inquérito Civil é facultativo, e não obrigatório, podendo a ação judicial ter início com ou sem ele. 4. Já estando prescrita a própria ação, inoportuna e desnecessária se mostra a continuidade do inquérito, uma vez que, ou a ação foi iniciada, não havendo notícia a propósito nos autos, ou não mais poderá sê-lo, face à prescrição já evidenciada. 5. Ordem concedida.” (TJ/RJ. Rel. Des. Mário dos Santos Paulo, Ms nº 2003.004.01648, 4ª C.C., julgado em 10 de jul. 2007).

<sup>5</sup> Semelhante entendimento possui o mestre SILVIO RODRIGUES, que com grande propriedade sobre o tema, aduz: “Mister que as relações jurídicas se consolidem no tempo. Há um

Apesar do entendimento dos Legisladores, doutrinadores e jurisprudencial no sentido de que é imprescritível o direito material em que se funda a ação de ressarcimento ao erário em decorrência de eventual prática de ato ilícito por parte de agente público (art. 37, § 5º, da CF), o representante do *parquet* não possui legitimidade ativa para investigar a referida infração e ingressar com a respectiva ação, pois somente a pessoa jurídica de direito público lesada é que está legitimada para ajuizar a competente ação de ressarcimento em face do prejuízo que lhe foi causado.

A pessoa jurídica de direito público terá, privativamente, o direito de ingressar em juízo postulando o ressarcimento, consistente no pagamento ou na reversão de bens, conforme o caso, tendo em vista o prejuízo sofrido (dano) com a prática do fato ilícito pelo agente público (art. 18, da Lei nº 8.429/92).

A competência dos Membros integrantes do Órgão do Ministério Público é *extraordinária*, e deverá ser exercida no prazo legal, pois, após o decurso do referido prazo, já não mais poderão promover medidas judiciais, cabendo ao ente de direito público lesado, através da via própria, que não será a ação de improbidade administrativa, ingressar em Juízo com o pedido de ressarcimento pelos danos sofridos.

Muito embora o direito dos Membros integrantes do Órgão do Ministério Público de investigarem e ingressarem em Juízo com ações seja considerado um direito público subjetivo autônomo e abstrato, incumbindo-lhes de igual forma, a defesa e proteção da ordem jurídica, entre outras, sendo que a Lei estabelece as condições necessárias ao exercício do referido direito, como forma de evitar a prática de abusos e violações de disposições contidas nos textos legais, v.g., a propositura de ações genéricas ou inúteis, nas quais o pedido, desde seu início, já está contaminado pela insubsistência.

---

interesse social em que situações de fato, que o tempo consagrou, adquiram juridicidade, para que sobre a comunidade não paire, indefinidamente, a ameaça de desequilíbrio representada pela demanda. Que esta *seja proposta enquanto os contendores contam com elementos de defesa*, pois é do interesse da ordem e da paz social liquidar o passado e evitar litígios sobre atos cujos títulos se perderam e cuja lembrança se foi.” - [Itálico nosso]- (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 327).



Como consequência do aduzido, operando-se a consumação da prescrição, ocorre o impedimento absoluto do prosseguimento do inquérito civil público, e apesar de a Lei nº 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública, não estabelecer expressamente em seu texto nenhum dispositivo sobre o instituto da prescrição, aplica-se analogicamente a regra constante do Decreto nº 20.910/32, ou, de igual forma, por guardar estrita similitude com a ação popular a Lei nº 4.177/65, que dispõe em seu artigo 21, o prazo prescricional de 05 (cinco) anos para o ingresso da referida ação.

Corroborando o aduzido, enfatiza a Desembargadora Letícia Sardas, em suas oportunas, brilhantes e bem lançadas colocações, *verbis*:<sup>6</sup> “O brilhante advogado Mauro Roberto Gomes de Mattos, em sua obra intitulada **O Limite da Improbidade Administrativa**, publicada pela Editora América Jurídica, 3ª edição, 2006, na qual comenta os artigos da Lei nº 8.429/92, exaure com brilhantismo as questões atinentes à prescrição quinquenal para o agente público ao comentar o art. 23 da referida norma. Relata aquele advogado, *op. cit.* p. 800, que, após o julgamento do RESP nº 136.204-RS pelo STJ, no âmbito federal foi promulgada a Lei nº 9.784/99 que teria pacificado em seu art. 54, o contido no Decreto 20.910/32 e no art. 22, I, da Lei 8.429/92, tendo em vista que fixa em 5 (cinco) anos o direito de a Administração anular seus atos, contados da data em que foram praticados. A propósito, é bom ressaltar que, no âmbito estadual, temos a Lei nº 3.870/02 que também fixou o prazo de cinco anos para a Administração anular os seus atos. No que pertine ao prazo prescricional das ações contra a Administração Pública, aplica-se o disposto no art. 1º do Decreto nº 20.910/32 que estabelece: ‘Art. 1º - As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.’ E vice-versa, por força da aplicação do princípio da igualdade, norma contida no *caput* do art. 5.º da CRFB/88, a

<sup>6</sup> TJ/RJ. Rel. Des. Letícia Sardas, AI nº 2007.002.08310, 20ª C.C., julgado em 17 de out. 2007.

consumação do lapso prescricional é endereçada tanto ao ente público como também ao administrado. Portanto, dúvidas não existem quanto à prescrição quinquenal do ato administrativo, devendo a Administração Pública, no lapso prescricional, respeitar as situações consolidadas pelo transcurso dos anos, sendo plenamente aplicável às ações de improbidade administrativa o disposto no inciso I do art. 23 da Lei 8.429/92. Desta forma, verifica-se que as ações de improbidade administrativa, segundo o inciso I do art. 23, só podem ser exercidas até cinco anos após o término do exercício de mandato.”

De consequência, ocorrendo o decurso do prazo legal e operando-se a prescrição do direito material em que se funda a ação, não há como ter prosseguimento a investigação que está sendo levada a efeito através do inquérito civil público.

A investigação se tornará abusiva e ilegítima, em face do princípio de que ninguém poderá ter a sua intimidade violada, sem uma causa legítima.

### **III. DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DIRECIONADA PARA O AGENTE PÚBLICO**

O artigo 23 da Lei de Improbidade Administrativa, em observância ao princípio da prescritibilidade, determina o prazo máximo para a imposição das sanções nele previstas.

Em sentido legal, pode-se afirmar que a prescrição exprime o modo pelo qual o direito se extingue, em vista do não exercício dele por certo lapso de tempo.<sup>7</sup>

Assim, a inércia em relação a determinado direito material, dentro de um prazo assinalado em Lei, possui, em determinados casos, o condão de aniquilar situações lesivas ao interesse de outrem.

Por igual, pelo instituto da preclusão opera-se a extinção ou consumação de uma faculdade legal, em decorrência de uma omissão ou do simples transcurso do prazo que não foi cumprido.

<sup>7</sup> DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário jurídico*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 634.

A preclusão é, conseqüentemente, um fato jurídico secundário, pois não extingue nem impede o exercício do direito, mas somente de uma determinada faculdade processual.<sup>8</sup>

Vale dizer que a preclusão funciona como uma consequência da prescrição que seria, sem sombra de dúvida, o fato jurídico extintivo do exercício de um determinado direito, sendo certo que os fatos jurídicos extintivos são os que possuem a eficácia de fazer cessar a relação jurídica.

Em síntese, o instituto da prescrição funcionaria como sendo o principal, e a preclusão como acessório.

A diferença doutrinária e processual do instituto da preclusão em relação ao da prescrição vem do direito processual civil, que é disciplinado por prazos legais e fatais, a fim de que se prestigie a celeridade da prestação jurisdicional, em que a perda de determinada faculdade processual extingue aquela etapa (preclusão) e não o direito material invocado pelas partes, que somente seria aniquilado, na presente hipótese, pela ocorrência da prescrição.

Efetuada essa diferenciação entre a conceituação dos institutos da prescrição e da preclusão, surge a necessidade de adentrar no tema sob o âmbito do direito administrativo, que é composto por um universo de leis que ensejam os mais variados procedimentos e processos administrativos, em que alguns comandos legais expressamente dispõem sobre os prazos prescricionais, e outros silenciam quanto à fluência dos mesmos.

Por certo que não se pode abstrair à regra a prescritibilidade quando o Poder Público se confronta com o interesse jurídico do agente público ou administrado.

Para regular a desigual situação jurídica, a regra inerente à prescrição e à preclusão aplica-se de maneira diversa, dependendo de cada situação concreta, cabendo ressaltar que o objetivo

<sup>8</sup> “Direito público não especificado. Improbidade administrativa. Medida de afastamento dos servidores reiterada pelo Magistrado *a quo*. Decisão que não foi objeto de insurgência dos ora agravantes. Pedido de reconsideração que não é suficiente para reabrir o prazo. Preclusão consumada. Agravo não-conhecido.” (TJ/RS. Rel. Des. Nelson Antonio Monteiro Roberto, 3ª C.C., Al nº 70006764898, julgado em 8 de set. 2003).

dessas regras reside na necessidade da estabilidade das relações jurídicas.<sup>9</sup>

Em abono ao que foi aduzido, o ex-Consultor Geral da República, Rafael Mayer,<sup>10</sup> teve a oportunidade de destacar que “a prescrição tem por base o interesse social pela estabilidade das relações jurídicas.”

Diante do fato de que o Direito Administrativo não possui codificação própria, o operador do referido direito e seu intérprete possuem a obrigação de consultar qual é a norma legal aplicável, entre as inúmeras existentes, para cada caso concreto.

No que pertine ao prazo prescricional das ações e direitos reivindicados contra a Administração Pública, e vice-versa, ainda vige o Decreto nº 20.910/32, que regula a prescrição quinquenal, dispondo em seu artigo inaugural que “as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em 5 anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem.” Sendo que o artigo 2º do citado decreto determina que: “Prescrevem igualmente no mesmo prazo todo o direito e as prestações correspondentes a pensões vencidas ou por vencerem, ao meio soldo e ao montepio civil e militar ou a quaisquer restituições ou diferenças.”

Sucede que o prazo prescricional previsto no referido Decreto não possui como finalidade apenas regular o ingresso de ações por parte dos interessados contra o Poder Público, funcionando também como obstáculo a revogabilidade dos atos administrativos estáveis pelo transcurso dos anos.

Esse raciocínio lógico depreende-se do próprio texto legal do Decreto nº 20.910/32, em decorrência de que o seu artigo 2º, observando o disposto no artigo 1º, prevê o prazo prescricional de 05 (cinco) anos para o exercício de “todo o direito”, sem exceção.

---

<sup>9</sup> Sobre o que foi afirmado, Clóvis Beviláqua já deixara consignado assaz de tempo: “A prescrição é uma regra de ordem, de harmonia e de paz imposta pela necessidade de certeza nas relações jurídicas.” (*In: Tratado Geral do Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 310).

<sup>10</sup> *In: RDA* 118/384.

Levando o intérprete a concluir que pela dicção do princípio da igualdade, norma assente no *caput* do artigo 5º, da CF, a consumação do lapso prescricional é direcionada tanto para o ente de direito público como também para o administrado.

Pensar de modo diverso seria o mesmo que desprezar os preceitos e objetivos do Estado Democrático de Direito, ao qual se refere a Constituição da República Federativa do Brasil. Portanto, o ente de direito público possui, como regra legal, a faculdade de rever seus atos administrativos dentro de 05 (cinco) anos, sob pena de, não o fazendo nesse aprazamento legal, operar-se a prescrição do direito de autotutela.

Ratificando o aduzido, nada melhor do que se ater ao teor do julgado do Col. STJ, sob a relatoria do ilustre Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, registrando nos anais daquela Corte que a prescrição do ato administrativo afeta tanto o direito do administrado como e, sobretudo, da Administração, *verbis*: “REsp. Administrativo. Prescrição. A prescrição afeta o direito de o credor exigir parcelas do direito ao devedor, a decadência atinge o próprio direito. A prescrição pode ser argüida tanto pela Pública Administração, como pelo servidor. Além do princípio da igualdade, o instituto visa a resguardar, com a seqüência do tempo, a estabilidade das situações jurídicas. Conta-se tempo igual para ambos.”<sup>11</sup>

Após ter sido proferido o julgado acima citado, foi promulgada a Lei nº 9.784, de 29.01.99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, pacificando em seu artigo 54, o contido no Decreto nº 20.910/32 e *a posteriori*, no art. 22, I, da Lei nº 8.429/92, fixando em 05 (cinco) anos o direito de a Administração anular seus atos, contados da data em que foram praticados: “Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. (...) § 2º. Considera-

<sup>11</sup> STJ. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, REsp nº 136.204-RS/97.0041207-5, 6ª T., julgado em 21 out. 1997.

se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.”

Nesse sentido, a prescrição administrativa estabiliza as relações intersubjetivas das partes, tornando irreversíveis e intocáveis aquelas que são produzidas no curso dos anos e que não foram revistas, impugnadas ou questionadas tempestivamente.

Sobre o *thema*, o saudoso administrativista lusitano, Marcello Caetano, deixou consignado que a prescrição administrativa cura o ato que possa ser considerado no futuro como ilegal: “O ato doente cura-se com o decurso do tempo, e isso se dá porque o legislador pensa que a ilegalidade cometida não é tão grave que deva sobrepor-se ao interesse de pôr termo à insegurança dos direitos. Aos interessados, incluindo os representantes do interesse público, é facultada a anulação do ato; *mas se não usarem oportunamente dessa faculdade, o interesse geral impõe que não fique indefinidamente a pesar sobre este ato a ameaça de anulação.*”<sup>12</sup>

Em abono ao que foi aduzido, abram-se parênteses para transcrever-se o voto condutor do então eminente Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro no citado REsp nº 136.204-RS /97.0041207-5, verbis: “Na vida social, importa que não se eternize o estado de incerteza e de luta quanto aos direitos das pessoas; por isso, consolida-se a situação criada pelo ato nascido, embora com pecado original (...). O Eminentíssimo Professor Hely Lopes Meirelles, na sua conhecida e renomada obra, menciona também que, salvo disposição expressa em contrário, o Estado deverá, para desconstituir uma situação jurídica, manifestar-se no prazo de cinco anos.”

Citado pelo nobre Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, o saudoso jurista Hely Lopes Meirelles em poucas, porém decisivas palavras, assim define a controvérsia: “A prescrição administrativa opera a preclusão da oportunidade de atuação do Poder Público sobre a matéria sujeita a sua apreciação (...). O instituto da prescrição administrativa encontra justificativa na necessidade de estabilização das relações entre o administrado e a Administração

<sup>12</sup> CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 187.

e entre esta e seus servidores. Transcorrido o prazo prescricional, fica a Administração, o administrado ou o servidor impedido de praticar o ato prescrito, sendo inoperante e extemporâneo.”<sup>13</sup>

Portanto, operando-se a prescrição para a Administração rever seus atos no prazo de 05 (cinco) anos, por igual tal instituto atinge o ato administrativo na sua essência.

De igual forma, a Advocacia-Geral da União, acatando a regra legal citada, proferiu o Parecer nº GQ-10, de 6 de outubro de 1993:8 “Ato Nulo. Revisão. Prescrição Quinquenal. - A prescrição quinquenal prevista no art. 1º do Decreto n.º 20.910/32 abrange tanto o ato nulo, quanto o anulável. - Revisão do Parecer JCF, de 30 de novembro de 1992, da Consultoria Geral da República.”

Os Tribunais pátrios sedimentaram o entendimento de que os atos administrativos nulos também se inserem ao princípio da prescrição quinquenal: TRF-AC nº 010865/90-DF, *in DJU* de 22 abr. 1991; TRF-AC nº 0200233/89-RJ, *in DJU* de 7 mai. 1991; STF-RE nº 5.559/90-SP, *in DJU* de 19 nov.1990.

Em sendo assim, não restam dúvidas quanto à prescrição quinquenal do ato administrativo, devendo a Administração Pública, operando-se a prescrição, respeitar as situações consolidadas pelo transcurso do referido prazo prescricional.

Nesse diapasão, até mesmo a Súmula nº 473 do STF, que após a promulgação do novo Texto Maior, aos 05.10.88, vem sendo interpretada com temperamentos, pelo fato de permitir que, em decorrência da regra do devido processo legal e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), a Administração revogue os seus atos nulos, possui obstáculo nos 05 (cinco) anos legais, contados da data de expedição do ato administrativo hostilizado, conforme disposição legal, posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários.

Em decorrência do aduzido, constata-se que as ações de improbidade administrativa, previstas no bojo da Lei nº 8.429/92, e de conformidade com o disposto no seu artigo 23, I, só podem ser exercidas até 05 (cinco) anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança. Nesse

<sup>13</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: RT, 1989, p. 577.

sentido é o teor do REsp nº 457723/SP, do STJ, sob a relatoria da ilustre Ministra Eliana Calmon, *verbis*: “Administrativo e processo civil. Ação civil por ato de improbidade: prescrição. 1. A Lei nº 7.347/85, disciplinadora da ação civil pública, não contém prazo prescricional, diferentemente da Lei nº 8.429/92, que estabelece prescrição quinquenal (art. 23). 2. O termo *a quo* da prescrição para a hipótese de falta de ocupantes de cargos eleitos, em comissão ou em função de confiança, é o término do exercício de mandato ou afastamento do cargo. 3. Recurso especial improvido.”<sup>14</sup>

Com observância das decisões do STJ seguem os seguintes precedentes de outras Colendas Cortes, que acatam e reconhecem a plena eficácia do artigo 23 da LIA: “Agravado de instrumento. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Prescrição quinquenal. Reparação de danos com fulcro no art. 159 do Código Civil de 1916. Legitimidade do Ministério Público. A prescrição quinquenal verificada no caso em tela, pelo decurso do lapso temporal, impede o curso da ação civil pública por improbidade administrativa pela extinção do direito de ação relativa à defesa dos interesses da Fazenda Pública. Impossibilidade de converter a ação civil pública em ação de reparação de danos, com fundamento no artigo 159 do Código Civil de 1916. Ilegitimidade do Ministério Público para postular em juízo pretensão indenizatória de sociedade de economia mista com fundamento no art. 159 do Código Civil de 1916. Extinção do processo decretada. Decisão reformada. Recurso provido.”<sup>15</sup>; “Improbidade administrativa. Prescrição. Ocorrência. Sentença confirmada. Em se tratando de improbidade administrativa, a apuração e a punição do ilícito submetem-se a prescrição prevista no art. 23 da Lei nº 8.429/92. Em reexame necessário, confirma-se a sentença.”<sup>16</sup>; “Ação cautelar inominada. Indisponibilidade de bens. Improbidade administrativa. Perda do objeto. É de ser extinta pela perda do objeto a ação cautelar contra o Prefeito por força da extinção, pela prescrição, da ação

<sup>14</sup> STJ. Rel. Min. Eliana Calmon, REsp nº 457723/SP, 2ª T., DJ de 25 agos. 2003, p. 282.

<sup>15</sup> TJ/RS. Rel. Des. Paulo de Tarso, AI nº 70006292759, 3ª C.C., julgado em 25 set. 2003.

<sup>16</sup> TJ/MG. Rel. Des. Kildare Carvalho, Reexame necessário, 3ª C.C., DJ de 22 agos. 2003.



de improbidade. Ação cautelar julgada prejudicada em relação a Classir Luiz Bassani. Autos remetidos ao juízo da 1ª instância.”<sup>17</sup>

Expirado o prazo prescricional, resta impossibilitado o ajuizamento da ação de improbidade administrativa, pois o disposto no artigo 23, I, da Lei nº 8.429/92 obstaculiza o ingresso perante o Poder Judiciário de lides extemporaneamente, em virtude da proeminência do interesse público, que objetiva estabilizar as relações jurídicas, a fim de que o tempo não seja o verdugo e sim o elemento de segurança de todos os cidadãos.

A grande incerteza que ocorre por ocasião da interpretação levada a efeito no presente dispositivo legal é quando o intérprete ou o operador do direito confrontam o que vem estatuído no art. 23, I, da Lei nº 8.429/92 com o disposto no § 5º, do art. 37, da CF, que declara como inconstitucional o prazo de prescrição quinquenal, por entender que o Legislador ordinário não poderia limitar algo que é tido como imprescritível pela Constituição Federal.

Ora, o equívoco fica evidenciado quando o autor, ao ingressar com a ação de improbidade administrativa, conjuga a mesma com as de ressarcimentos, estabelecendo a aplicação integral do disposto no § 5º, do art. 37, da CF, *verbis*: “Art. 37. (...) § 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

O preceito constitucional acima transcrito prevê duas situações distintas: uma, relativa à sanção imposta pela prática de um ato ilícito; outra, relacionada à reparação do prejuízo. Na primeira hipótese, o artigo 23, da Lei de Improbidade Administrativa fixou os prazos prescricionais; na segunda, garantiu-se a imprescritibilidade das ações, medida considerada imprópria, pois a regra é inversa, vigorando em outras situações legais a prescritebilidade, mas, como está previsto na Constituição Federal promulgada em 1988, não há que se infirmar o transcurso do tempo como uma pseudobarreira para ressarcir ao erário os valores que lhe foram retirados.

<sup>17</sup> TJ/RS. Rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, MC nº 70007117401, 22ª C.C., julgado em 21 de out. 2003.

Essa prerrogativa de jurisdição por parte do Poder Público deve ser eficiente e célere, visto que o fator temporal possui o condão de estabilizar as situações jurídicas, até aquelas que tenham sido praticadas com algum vício de legalidade ou de forma.

Por outro lado, no caso das ações de ressarcimento ao erário, consideradas pelo artigo 37, § 5º, da CF, como imprescritíveis não se pode deixar de observar que mesmo elas não se vinculando ao lapso do tempo, o Órgão do Ministério Público, por possuir a legitimação extraordinária, terá a contagem de prazo para exercer o seu *munus* público nos 05 (cinco) anos previstos em Lei. Após o decurso desse prazo, somente o ente de direito público lesado é que terá a legitimidade ativa, em tese, para ingressar perante o Poder Judiciário, reivindicando que retorne ao erário o que lhe foi retirado de maneira ilegal e imoral.

Portanto, a legitimidade extraordinária do Órgão do Ministério Público para ingressar tanto com a ação de improbidade administrativa, quanto com a ação de ressarcimento ao erário vincula-se ao fator do tempo.

Isso porque, apesar da Lei nº 7.347/85, que disciplina a ação civil pública não conter em seu texto dispositivo expresso versando sobre o instituto da prescrição ou o seu *dies a quo*, deve ser aplicada analogicamente a regra constante do Decreto nº 20.910/32, ou, por guardar estrita similitude com a ação popular, as disposições contidas na Lei nº 4.717/65 que a regula, e prevê em seu artigo 21, o prazo prescricional de 05 (cinco) anos.<sup>18</sup>

Não resta dúvida de que a propositura da ação civil pública por parte do Órgão do Ministério Público deve observar requisitos legais, entre os quais os denominados como condições de procedibilidade.

<sup>18</sup> “Prescrição. Ação Civil Pública. Ministério Público Estadual. EDIS. Devolução de diferenças de vencimentos além do devido. Prescrição Quinquenal. Existência. Se as eventuais irregularidades teriam ocorrido no ano de 1990 e a ação civil pública somente foi proposta em 1998, já se havia consumado, portanto, o prazo prescricional. *Na falta de dispositivo expresso na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública. Aplicação analógica e subsidiariamente, por guardar estrita similitude com a ação popular, a Lei nº 4.717/65, que, em seu art. 21, estabelece o prazo prescricional de 5 (cinco) anos. Recurso do autor desprovido.*” -[Itálico nosso]- (TJ/SP. Rel. Des. Xavier Aquino, AC nº 164.059-5, 5ª Câmara de Direito Público, julgado em 21 de jun. 2001).

Uma delas é a da prescritibilidade, que não obstante haver exceção, trata-se de regra geral.

Entender a regra constitucional inserta no § 5º, do artigo 37, como a instituição de uma imprescritibilidade, por mais relevante que seja coibir a lesão ao erário, é desconsiderar os fundamentos, preceitos e diretrizes do Estado de Direito em que vivemos.

Sendo certo que a ação civil pública de ressarcimento, como nos demais casos, não veicula bem jurídico mais relevante para a coletividade do que a ação popular. Nessa vertente, tanto a ação civil pública como a ação popular,<sup>19</sup> possuem o prazo quinquenal como marco limitador aos seus exercícios.

Esse posicionamento que adotamos é compatível com as premissas do Estado Democrático de Direito preconizado em nossa Carta Maior.

Corroborando o que aduzimos, a professora Ada Pellegrini Grinover<sup>20</sup> defende a aplicação da prescrição quinquenal para o Órgão do Ministério Público quando ele manejar ação civil pública de ressarcimento: “(...) o fenômeno extintivo inviabilizaria o aforamento de qualquer demanda (por qualquer sujeito legitimado para tanto) objetivando ressarcimento de alegados danos ao erário, forçoso seria - como de fato será - concluir que a consumação do lapso previsto na legislação infraconstitucional haveria de operar, quando menos e para argumentar, a extinção em relação ao Ministério Público que, diante da superação do lapso temporal previsto pela lei, teria - como de fato terá - perdido a pertinência subjetiva para a ação tendente à finalidade mencionada, pertinência que decorre de legitimação extraordinária. A tal conclusão se chega, primeiramente, pela aceitação de que a regra constitucional inserta no artigo 37, § 5º, não pode ser entendida como consagração de uma suposta imprescritibilidade. Por mais relevante que seja, e é - o ressarcimento ao erário, tal pretensão não se distingue substancialmente da defesa do patrimônio público que hodiernamente é feita em centenas ou mesmo milhares de outras demandas pelas

<sup>19</sup> Cf. STJ. Rel. Min. Luiz Fux, REsp nº 545/SP, 1ª T., DJ de 9 dez. 2002, p. 292.

<sup>20</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. “Ação de Improbidade Administrativa - Decadência e Prescrição”. In: *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, Nota Dez, nº 33, Ano VII, p. 63-64, 2005.

quais a Fazenda Pública (União, Estados e Municípios) buscam, por seus procuradores em diferentes níveis, alguma forma de ressarcimento aos cofres públicos. Portanto, é preciso que se extraia do ordenamento um regime unitário e coerente na disciplina dos prazos extintivos que envolvem o patrimônio público.”

A citada doutrinadora esclarece que a legitimidade para ingressar em juízo após os 05 (cinco) anos legais seria da pessoa jurídica cujo patrimônio foi afetado em consonância com o disposto no § 5º, do art. 37, da CF: “No plano material, a legitimação ativa é primariamente da pessoa jurídica cujo patrimônio foi afetado. Sendo assim, a se entender pela imprescritibilidade extraída do § 5º, do art. 37, só pode entender que essa imunidade é prerrogativa do titular do direito no plano material do ordenamento. E sua conclusão é também reforçada por regra de hermenêutica segundo a qual as exceções comportam interpretação estrita; o que, na questão jurídica examinada, apresenta dupla conotação. Em primeiro lugar, tem-se que a regra é a da prescritibilidade e, assim, a imprescritibilidade é a exceção (...). Em segundo lugar, a regra é a legitimação ordinária e a exceção é a legitimação extraordinária. Sendo assim, se a lei outorga a legitimação extraordinária, é lícito que ela mesma regule um prazo razoável para que tal legitimação seja efetivamente exercida, sob pena de se extinguir.”<sup>21</sup>

Nessas condições, o exercício da legitimação extraordinária pelo Órgão do Ministério Público para a promoção da ação civil pública de ressarcimento ao erário se submete ao prazo quinquenal. Após o decurso desse prazo, ocorre a perda do direito de acionar.

Por outro lado, a disposição contida no artigo 23, da Lei nº 8.429/92 se aplica integralmente aos atos de improbidade administrativa, não sendo inconstitucional, ao passo que o ressarcimento de prejuízo ou lesão ao erário não possui o limite de marco temporal, quando o autor da ação for o ente de direito público lesado, podendo ser a mesma ajuizada a qualquer tempo, não se confundindo com os trâmites da ação de improbidade administrativa.

<sup>21</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ibid.*, p. 68-69.

Decorridos 05 (cinco) anos do término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou função de confiança, prescreve o direito de acionar em se tratando de improbidade administrativa.

Todavia, se a propositura da ação se deu antes do término do prazo prescricional, a demora na efetivação da citação válida, por culpa exclusiva da máquina judiciária, faz incidir a regra contida na Súmula nº 106 do STJ, que afasta a consumação da prescrição, prevalecendo a data do protocolo de entrada da petição inicial na Justiça.<sup>22</sup>

Dessa forma, é de se fazer uma diferenciação na matéria *sub examen*, pois a imprescritibilidade assegurada pelo § 5º, do art. 37, da CF, como já aduzimos, somente aplica-se para ações de ressarcimento de dano ao erário, a serem propostas em outra via, que não a da ação de improbidade administrativa: “Agravo de instrumento. Ação civil de improbidade administrativa. Prescrição. Dano ao erário. Encontrando-se prescrita a ação de improbidade administrativa, o que ocorre no prazo de cinco anos a contar do dia seguinte àquele em que o agente deixar o cargo público, não mais é viável utilizar esta via para ressarcimento do dano, que também representa na Lei nº 8.429/92 uma sanção. Imprescritibilidade assegurada pela existência de vias adequadas. Correta inteligência do art. 37, § 5º da CF. Agravo desprovido.”<sup>23</sup>

Portanto, proposta a ação de improbidade administrativa, após o prazo prescricional previsto no artigo 23, I, da Lei nº

<sup>22</sup> “Agravo de instrumento. I. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Agente político ex-Prefeito. Prescrição. Arguição, citação válida após o decurso do prazo prescricional. Cômputo. Cinco anos após o término do mandato eletivo. Inocorrência. II. Propositura da ação. Despacho inicial. Interrupção da prescrição. II. Demora na citação. Possibilidade. *Ex vi* da Súmula nº 106 do STJ. I. Consumada a citação válida após o decurso do prazo prescricional, mas proposta a ação dentro do quinquídio legal, previsto no inc. I do art. 23 da Lei nº 8.429/92, não há se falar em prescrição do direito de ação. II. Sendo certo que a citação foi válida, forçoso é reconhecer que a interrupção da prescrição retroagirá a *actio nata*, *ex vi* do § 1º do art. 219 c/c 263 do Código de Processo Civil. III. Proposta a ação no prazo fixado para seu exercício e ocorrendo a demora na citação por motivos inerentes aos mecanismos da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição, inteligência da Súmula nº 106 do STJ. Recurso conhecido e improvido.” (TJ/GO. Rel. Des. Camargo Neto, AI nº 200202011784, 4ª C.C., DJ de 20 mar. 2003).

<sup>23</sup> TJ/RS. Rel. Des. Rejane Maria Dias de Castro Bins, AI nº 70005302146, 2ª C.C., DJ de 17 jun. 2003.

8.429/92, mesmo que ela cumule pedido de ressarcimento ao erário, não poderá ser recebida pelo Juízo, por ter sido protocolizada fora do prazo legal, face estar prescrito o direito de acionar: “Agravamento de instrumento. Administrativo. Constitucional. Processo civil. Decisão que rejeitou preliminares de prescrição e de incompetência da Justiça Federal. Argüidas pelo agravante. Preliminares de irregularidade de intimação e de imprescritibilidade da ação de improbidade. Argüidas pelo agravado em contra-razões. Lei nº 8.429/92. Prescrição da ação acolhida. 1. Apesar da prerrogativa de ser intimado pessoalmente, com a remessa dos autos, a intimação feita ao Ministério Público Federal por meio de ofício e pelo Oficial de Justiça não é irregular, tanto por ser o agravado parte autora da ação como por haver o ato atingido sua finalidade. Assim, não se repelirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte (CPC, art. 249, § 1º). 2. A jurisprudência deste Tribunal firmou-se no sentido de que as verbas da União, oriundas de convênios para fomento e desenvolvimento da educação em sentido amplo, que compreende, além do ensino propriamente dito, as práticas culturais e desportivas, ainda que aplicadas no Estado ou no Município, cuja prestação de contas deve ser feita ao Tribunal de Contas da União, não perdem a natureza originária de verbas públicas federais. Competência da Justiça Federal. 3. A prescrição da ação de ressarcimento de dano por improbidade administrativa ocorre no prazo quinquenal previsto no art. 23, inc. I, da Lei nº 8.429/92, contado ‘após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança’. O prazo não se interrompe pelo exercício subsequente de outra função pública, em sentido lato, pois a responsabilidade civil e administrativa decorre do exercício de cargo, função pública ou mandato eletivo em que se verificou a prática de improbidade. Com a exoneração do cargo em 30 de março de 1994 e ajuizamento da ação em 17 de dezembro de 1999, consumado está o lapso prescricional. 4. São imprescritíveis, tão-só, os crimes de racismo e de ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (Constituição Federal, art. 5º, incs. XLIII e XLIV). 5. A Lei nº 8.429/92, destinada a tornar efetivas as sanções previstas em seus arts. 9º, 10 e 11, entre os quais a perda dos bens

ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, não excepcionou da regra da prescrição quinquenal a ação de ressarcimento de dano.”<sup>24</sup>

Tal situação não é verificada (prazo prescricional), quando do ajuizamento de execução fiscal, proposta com fundamento nas disposições contidas na Lei nº 6.830/80, mesmo em se tratando de matéria que envolva improbidade administrativa, não incidindo a regra do artigo 23, I, da Lei nº 8.429/92: “Execução fiscal. Art. 23 da Lei nº 8.429/92. Multa. 1. O disposto no art. 23, inc. I, da Lei nº 8.429/92, que regula o prazo prescricional para o ajuizamento da ação de improbidade administrativa, não se aplica à execução fiscal relativa ao débito oriundo de multa decorrente de ausência de prestação de contas pelo Prefeito, uma vez que incidem dispositivos da Lei nº 6.830/80, que disciplina a execução de dívida ativa da Fazenda Pública. 2. Apelação desprovida.”<sup>25</sup>

Esse esclarecimento se faz necessário para deixar evidenciado que o disposto no artigo 23, da LIA, não se embate com o texto do § 5º, do art. 37, da CF, quando a respectiva ação traz também como pedido, o ressarcimento ao erário público.

Deverá o autor ajuizar, na via adequada, ação de ressarcimento, visando a obter o pagamento do dano ou prejuízo causado ao erário.

Portanto, prescrito o direito material em que se funda a ação, deve, de plano, ser a mesma rejeitada pelo Magistrado, quando de seu juízo de admissibilidade, pois o disposto nos incisos I e II, do artigo 23, da Lei nº 8.429/92 especifica os prazos que devem ser observados para a propositura da ação de improbidade administrativa.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> TRF-1ª Região. Rel. Des. Fed. Aloisio Palmeira Lima, AI nº 2001.01.00.035402-8/AM, 1ª T., DJ de 22 abr. 2003, p. 34.

<sup>25</sup> TRF-1ª Região. Rel. Juiz Fed. Convocado Leão Aparecido Alves, Ap. Cível nº 1998.0100.083370-7/MG, 2ª T. Suplementar, DJ de 24 out. 2002, p. 202.

<sup>26</sup> “Responsabilidade Civil. Improbidade Administrativa. Prescrição reconhecida. Processo extinto com o exame do mérito. Prefeito e Secretário Municipal que deixaram suas respectivas funções em 1997. Lide ajuizada pelo Ministério Público em 2004. Prescrição evidenciada. Inteligência do artigo 23 da Lei n.º 8.429/92, cuja norma tem o objetivo principal de

Com efeito, o artigo 23, inciso I, da Lei em comento prevê o instituto da prescrição quinquenal, cuja contagem inicia-se após o término do exercício do mandato, do cargo em comissão ou da função de confiança do agente político.

Desse modo, a fluência do *dies a quo* não é o da data da prática do ato tido como ilícito, em decorrência de que a sua contagem se inicia quando ocorre o término da relação do agente público com o Estado. Em sendo assim, somente com a cessação do vínculo transitório do agente público é que o prazo prescricional começa a fluir, independentemente do dia da prática do ato tido, em tese, como ímprobo e de má-fé.

Portanto, o decurso do prazo prescricional impede que seja proposta a ação de improbidade administrativa contra agentes políticos, servidores públicos que ostentem funções de chefia ou particulares nomeados para exercerem cargos em comissão, sendo o referido prazo de 05 (cinco) anos, contado a partir do término das respectivas funções.<sup>27</sup>

Já o disposto no inciso II, do artigo 23, da Lei nº 8.429/92, preconiza a incidência do prazo prescricional previsto em Lei específica, no que diz respeito à ação de improbidade administrativa, que responde o servidor público, em relação as infrações disciplinares puníveis com a imposição de demissão “(...) a bem do

---

responsabilizar o Agente que tenha praticado eventual improbidade administrativa. Resta desinflante se o suposto Município lesado integrou o pólo ativo da demanda como litisconsorte do Autor ou, ainda, se o M. P. tenha legitimidade para postular ressarcimento ao Erário Público após o prazo quinquenal, já que tal deve ser perseguido em ação autônoma e sede própria. Vários precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e deste Colendo Sodalício, como transcritos na fundamentação. R. Sentença que ultimou por reconhecer a prescrição que merece prestígio. Recurso que se apresenta manifestamente improcedente. Aplicação do *caput* do art. 557 do C.P.C. c.c. art. 31, inciso VIII do Regimento Interno deste E. Tribunal. Negado Seguimento.” (TJ/RJ. Rel. Des. Reinaldo Pinto Alberto Filho, Ap. Cível nº 2008.001.25087, 4ª C.C., julgado em 18 de mar. 2008).

<sup>27</sup> “Processual Civil. Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Prescrição. 1. O termo final para que seja intentada ação civil pública contra ex-prefeito é, nos termos do artigo 23 da Lei nº 8.249/92, de cinco anos a contar do término do mandato. 2. É válida para efeitos de interrupção da prescrição a citação válida do réu em ação civil pública, ainda que o Juízo não houvesse determinado a notificação prévia prevista no artigo 17 do mesmo diploma legal. 3. Recurso especial provido.” (STJ. Rel. Min. Castro Meira, REsp nº 665130/RS, 2ª T., DJ de 2 jun. 2006, p. 113).



serviço público, nas situações em que se configurem exercício de cargo efetivo ou emprego.”<sup>28</sup>

Conforme previsto no inciso acima referido e quando tratar-se de um servidor público que se encontrar no polo passivo da ação de improbidade administrativa, deverão ser observados os prazos prescricionais previstos em seu Regime Jurídico (Lei específica).

A Lei nº 8.112/90 (Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União), bem como alguns Estatutos dos servidores públicos de vários Estados brasileiros, estabelece o *dies a quo* do prazo prescricional do processo administrativo disciplinar como sendo o momento em que a infração disciplinar investigada se tornou conhecida/pública, desconsiderando a data em que ela foi, em tese, praticada (quando ocorreu a consumação).

Não se pode concordar com redações indeterminadas de textos legais, pois essas indefinições ferem o próprio plasmado do instituto da prescrição que objetiva, entre outros, possibilitar a segurança jurídica e a paz social. Isso porque a incerteza do *dies a quo* do prazo prescricional não é admitida pelo ordenamento jurídico, em decorrência de que a regra geral é a da prescrição, devendo ser certo o prazo de seu início e de seu término.

Ao contrário, o direito sancionatório traz no postulado da segurança jurídica o seu ponto basilar, sendo defeso a eternização de acusações ou de processos administrativos disciplinares.

O *ius puniendi* do Estado (abstrato) torna-se concreto em decorrência da prática de uma infração disciplinar por parte do servidor público, não sendo contudo ilimitado o exercício do poder punitivo, que encontra limites temporais como consequência da necessidade de não se aviltar o princípio da segurança jurídica, o qual tanto preconizam e enaltecem os países que estabeleceram em suas normas fundamentais o Estado Democrático de Direito.

Para a concretização do *ius puniendi* do Estado, inicialmente é necessário que a conduta do servidor público infrinja norma legal previamente estabelecida em legislação vigente.

<sup>28</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Limite da Improbidade Administrativa - O Direito dos Administrados dentro da Lei nº 8.429/92*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006, p. 813.

Constatada a prática da infração disciplinar pelo servidor público, o termo inicial da prescrição disciplinar é o do dia em que a mesma foi praticada, sendo ilegal considerar-se o dia de sua ciência pela Administração, pois, como representante do Poder Público, seus atos produzem efeitos jurídicos a partir da ocasião em que foram praticados/consumados.

Em sendo assim, é totalmente ilegal e contraria todos os dispositivos do ordenamento jurídico afirmar-se que um preposto do Poder Público, ao praticar uma infração disciplinar tenha que aguardar a Administração alegar que tomou conhecimento do fato oficialmente/publicamente, a fim de ser responsabilizado por sua prática.

Ora, o servidor público, como preposto do Estado, quando pratica atos representando o seu Órgão ou repartição pública, ao lesar ou violar direitos de pessoas ou terceiros, concede a eles a oportunidade de tentar reformar ou anular seus atos em até 05 (cinco) anos do dia em que foram praticados e não da data da tomada de conhecimento dos referidos atos por parte Administração Pública. Porque inverter esse princípio quando se trata da prática de infração disciplinar (desde que não se trate de um ilícito criminal) por parte do servidor público, ao ponto de considerar o **dies a quo** da prescrição o da data do conhecimento/ciência do fato por parte da Administração Pública?

Não existe justificação para tal ilegalidade, em decorrência de que o prazo prescricional começa a fluir no dia (**dies a quo**) em que se pratica a infração disciplinar.

No caso da infração disciplinar, a situação é bem bizarra, pois ela se subdivide em ilícito criminal e em infração disciplinar que apenas viola normas legais não penais. Assim, elas são divididas em dois grupos: as faltas disciplinares oriundas de um crime previsto no Código Penal e aquelas que não possuem essa característica.

Na infração disciplinar prevista como crime, de acordo com o disposto no § 2º, do art. 142, da Lei nº 8.112/90, o prazo prescricional é contado a partir “do dia em que o crime se consumou”, independentemente de a Autoridade administrativa ter tido ciência

do fato criminoso, eis que o referido parágrafo remete os prazos de prescrição para a lei penal. Assim, quando a infração investigada for, v.g., peculato, concussão, corrupção passiva, prevaricação, facilitação de contrabando, advocacia administrativa, violação de sigilo funcional, abandono de cargo ou função e etc., o prazo prescricional começa a fluir da consumação do fato ilícito praticado pelo servidor público. Sucede que o mesmo direito administrativo disciplinar estabelece, em relação a infração disciplinar que não seja prevista como crime, outro critério para o termo inicial da prescrição, qual seja, começa a fluir da ciência da infração por parte da Administração Pública e não da prática (consumação) do fato tido como irregular (§ 1º, do art. 142, da Lei nº 8.112/90). O critério adotado pelo Legislador, qual seja, de conhecimento pela Administração Pública é muito vago, pois é cediço que ela é representada pelo agente público de uma maneira geral.

De igual forma, não é especificado pela norma legal qual é a Autoridade administrativa que deverá tomar conhecimento da infração disciplinar.

Ao não estabelecer qual é a Autoridade responsável pelo conhecimento da prática da infração disciplinar, não cabe ao intérprete restringir situação legal onde o Legislador não o fez, para estabelecer que o prazo prescricional de 05 (cinco) anos começaria a fluir a partir da ciência da Autoridade que possui competência para instaurar o processo administrativo disciplinar, como decidido pelo STJ: “(...) comece a correr na data em que a autoridade da Administração tem ciência inequívoca do fato imputado ao servidor, e não apenas a partir do conhecimento das irregularidades pela autoridade competente para a instauração do processo administrativo disciplinar.”<sup>29</sup> Mesmo sendo indeterminado o critério adotado pelo artigo 142, §1º, da Lei nº 8.112/90, o operador do direito deve conferir efetividade à regra da prescribibilidade, pois a Administração Pública é representada por seus agentes, que, se tomarem conhecimento da prática de qualquer fato ilegal, são obrigados a solicitar ou

<sup>29</sup> STJ. Rel. Min. Laurita Vaz, MS nº 11.974/DF, 3ª S., DJ de 7 mai. 2007, p. 274.

determinar a imediata apuração do ilícito disciplinar (art. 143, da Lei nº 8.112/90).

Dessa forma, a infração disciplinar é apurada e investigada desde o seu conhecimento por qualquer dos agentes públicos.

Ora, o problema relativo à prescrição não pode ser objeto de uma regra diversa da prevista no Código Penal, pois tanto no momento da consumação do crime, quanto no dia da ciência por parte da Administração Pública da prática da infração disciplinar, o termo inicial da prescrição deve ser o da data em que o crime se consumou, conforme disposto no artigo 111, I ao VI, do Código Penal, observando-se a previsão de exceções à regra geral contida no inciso I.

Isso porque, o que é relevante para o direito é o momento em que o servidor público pratica o ato contrário ao comando da Lei, violando o bem jurídico tutelado por ela.

Nosso Direito Penal inspirou-se na Lei nº 261, da França, na qual o seu artigo 34, estatui que o prazo prescricional começa a fluir do dia em que foi cometido o delito.

Por essa razão, o art. 79, do Código Penal Brasileiro de 1890, dispôs que: “A prescrição da ação resulta exclusivamente do lapso de tempo decorrido do dia em que o crime foi cometido.”

Assim, desde essa fase do direito penal, estabeleceu-se como regra geral que o prazo prescricional começa a fluir da data em que o “crime se consumou” e não de quando o fato se tornou público/conhecido, para que não ocorra a indevida dilação do prazo prescricional, acarretando incertezas nas relações jurídicas, contrário ao estabelecido na atual redação do artigo 111, inciso I, do Código Penal, cuja rubrica dispõe sobre o termo inicial da prescrição antes de transitar em julgado a sentença final, havendo exceções.

Não é admissível que a Administração Pública beneficie-se da sua inércia para trazer a instabilidade jurídica aos seus subordinados. Contra a instabilidade jurídica gerada pela imprescritibilidade manifestou-se o Ministro Moreira Alves,<sup>30</sup> através

<sup>30</sup> STF. Rel. p/ acórdão Min. Moreira Alves, MS nº 20.069/DF, Pleno, julgado em 24 de nov. 1976, DJ de 02 set. 1977, p. 5969. In: RDA 135:75.

de seu brilhante voto vencedor no MS nº 20.069/DF, Pleno, do STF, no qual asseverou que: “(...) se até as faltas mais graves - e, por isso mesmo, também definidas como crimes - são, de modo genérico, suscetíveis de prescrição, no plano administrativo, não há como pretender-se que a imprescritibilidade continue a ser o princípio geral, por corresponder ao escopo da sanção administrativa, ou seja, o interesse superior da boa ordem do serviço público (...) Em matéria de demissão, não há qualquer razão, por causa da gravidade, para se considerar que possa prescrever a pretensão punitiva da Administração Pública, quanto a crimes e à ausência ao serviço, 60 dias interpoladamente sem causa justificada, e não possa prescrever a mesma pretensão, quanto a faltas menos graves do que as definidas como crime e que, como ausência contumaz, são de natureza meramente funcional. Haverá quem sustente que é o interesse superior da boa ordem do serviço público que permite a prescritibilidade, quanto a faltas que configuram crime, e a imprescritibilidade, no tocante a algumas poucas de natureza meramente funcional?”

A seguir, o eminente Ministro Moreira Alves<sup>31</sup> arremata: “(...) noutras palavras, se os crimes ditos contra a Administração, tipificados no Código Penal estão sob o amparo da prescrição penal, por que motivo não introduziu esse instituto também no âmbito administrativo? Fosse por deliberado propósito, fosse por mera omissão, o vigente Estatuto recusou guarida à prescrição da falta disciplinar. Postou-se, assim, como a célebre espada do episódio de Dâmocles sobre a cabeça do servidor público, acessando-lhe com a ameaça de punição em qualquer época até a mais remota, depois de cometido e olvidado o fato.”

Inexiste lógica jurídica para justificar como a prescrição no direito administrativo sancionador não se opera do mesmo modo para todos os fatos infracionais, em decorrência de que é muito mais amplo do que o direito penal, podendo incidir em campos distintos, como por exemplo: ilícitos fiscais, tributários, econômicos,

<sup>31</sup> STF. Rel. p/ acórdão Min. Moreira Alves. *Ibid.*, RDA 135:76.

de polícia, de trânsito, atentatórios à saúde pública, urbanismo, ordem pública,<sup>32</sup> disciplinar, etc.

Viola a razoabilidade diferenciar o termo inicial da prescrição, ou seja, quando for oriunda de uma infração disciplinar tipificada como crime, o *dies a quo* é o da data em que esse se consumou, ao passo que se a infração disciplinar for derivada de disposições estatutárias, o termo inicial da prescrição é o da data do conhecimento/ciência por parte da Administração Pública.

É incoerente, infundada e injurídica essa ilegal e irrazoável distinção do termo inicial da prescrição.

A redação do § 1º, do art. 142, da Lei nº 8.112/90 é insustentável, pois ela privilegia a tese da imprescritibilidade da sanção administrativa, como averbado por José Cretella Júnior:<sup>33</sup> “(...) é insustentável a tese da imprescritibilidade da sanção administrativa, defendida por ilustres cultores do Direito Administrativo, porque o fundamento da prescrição tem de ser buscado na categoria jurídica, sendo o mesmo para o Direito Penal e para o Direito Disciplinar, havendo diferenças, é claro, apenas naquilo que o Direito Positivo de cada país preceituou para uma e outra figura. A prescrição penal e a prescrição administrativa são espécies, repetimos, entre outras, da figura categorial ‘prescrição’, que reponta em vários ramos do Direito, definindo-se genericamente, como ‘a perda do direito de punir, em decorrência do tempo.’ ‘Os Estatutos do funcionalismo brasileiro dispõem que a punibilidade da falta administrativa também prevista em lei como crime, prescreve no mesmo prazo correspondente à prescrição da punibilidade deste. No caso, deixam de vigorar as regras *estatutárias*, estabelecidas pelo Direito Disciplinar e aplicadas quando tudo ainda se passa na esfera administrativa, para prevalecer a orientação do Direito Penal, fixada no capítulo ‘Da extinção da punibilidade’, catalogada na Parte Geral do nosso Código Penal.”

Outrossim, no tocante à fixação do *dies a quo* incidente na prescrição, José Cretella Júnior defende também a interpretação

<sup>32</sup> Cf. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: RT, 2005, p. 17.

<sup>33</sup> CRETILLA JÚNIOR, José. “Prescrição Administrativa”. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 544/12.

extensiva das disposições estatutárias, a fim de que o servidor público se beneficie da regra penal da prescrição, qual seja, “do dia em que o crime se consumou” e jamais “a partir da ciência/publicidade do fato”, *verbis*: “No estudo da prescrição da falta disciplinar, o aspecto mais relevante é a fixação do *dies a quo*, do momento ‘a partir do qual’ principia a fluir o prazo para a extinção da iniciativa de punir. O prazo, na esfera administrativa, pode escoar-se em decorrência: a) da inércia da Administração que, conhecendo o fato, deixa, por qualquer motivo, de abrir o devido processo administrativo para apurá-lo; b) da ignorância ou insciência do fato; c) do processo administrativo aberto, mas indefinidamente prolongado, até a prescrição, pelo decurso do tempo, fixado no Estatuto.’ ‘A terceira hipótese é equiparada também ao que decorre na esfera do Direito Penal quando, cometida a infração, a prescrição atinge o poder punitivo do Estado, antes da condenação, no decorrer do processo, cumprindo à Administração distinguir se trata de ilícito administrativo puro ou ilícito administrativo crime.’ ‘Em suma, a extrema gravidade da pena de demissão, não há a menor dúvida de que se deve dar às disposições estatutárias pertinentes interpretação extensiva, a fim de que o agente beneficie-se com as regras penais da prescrição ‘a partir do fato’ e jamais ‘a partir da ciência do fato’. Do contrário, chegaríamos ao absurdo, repetimos, de ser beneficiado com a regra da prescrição penal o agente público que cometeu crime contra a Administração ao qual o Estatuto comina a pena de demissão e de ser prejudicado com a regra da prescrição estatutária o funcionário que cometeu puro ilícito administrativo, ao qual, também, a pena cominada é a demissão.” -[Aspas e itálico no original]-

Incorporando essas razões, o Ministro Fernando Gonçalves,<sup>34</sup> no caso do disposto no inciso IX, do art. 117, da Lei nº 8.112/90, que versa sobre a violação à dignidade da função pública, conferiu interpretação extensiva das disposições estatutárias às regras penais da prescrição e estabeleceu o *dies a quo* a partir da

<sup>34</sup> STJ. Rel. Min. Fernando Gonçalves, MS nº 6877/DF, 3ª S., DJ de 21 mai. 2001, p. 55.

ocorrência do fato: “(...) na espécie, o art. 117, IX, da Lei nº 8.112/90, deve a prescrição regular-se pelo art. 142 daquele Diploma Legal, que prevê o prazo de cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato, em face da extrema gravidade da pena de demissão.”

Também não se pode deixar de olvidar que “a punição administrativa guarda evidente afinidade, estrutural e teológica, com a sanção penal”,<sup>35</sup> o que leva a concluir que não existe fundamento razoável capaz de validar a discriminação *sub oculis* do *dies a quo* da prescrição, inclusive para as mesmas penas disciplinares.

Avalisando a presente tese, o insigne Procurador Regional da República Brasilino Pereira dos Santos,<sup>36</sup> manifestou o seu inconformismo com a separação do direito administrativo para com o direito penal quando a prescrição for regulada pelo § 1º, do art. 142, da Lei nº 8.112/90, definindo tal situação como “um tamanho absurdo”, em decorrência de que “conta-se a prescrição do momento da consumação do crime, apenas excetuando-se a hipótese de falsidade de assentamento de registro civil.”

Para Edmir Netto de Araújo,<sup>37</sup> a situação narrada se afigura como uma aberração dos dispositivos estatutários federais, *verbis*: “(...) certas aberrações decorrentes dos dispositivos estatutários, especialmente federais, como se acham em vigor, mesmo cumprida a determinação constitucional (art. 37, § 5º) para fixação, por lei, dos prazos de prescrição de ilícitos administrativos. 1) a primeira delas: a prescrição da ação disciplinar do ilícito administrativo que ocasiona demissão, mesmo agravada, tem seu termo inicial da data do conhecimento da infração, ao passo que a falta-crime a tem na data do fato. Ou seja, é provável que, muitas vezes, a infração mais grave deixe de ser punível antes da infração menos

<sup>35</sup> STJ. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, REsp nº 19560/RJ, 1ª T., DJ de 18 out. 1993, p. 21.841.

<sup>36</sup> SANTOS, Brasilino Pereira dos. “O prazo da prescrição de punição disciplinar começa a correr do momento em que o fato se tornou conhecido?”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2278>>. Acesso em: 08 de jul. 2007.

<sup>37</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. *O Ilícito Administrativo e seu Processo*. São Paulo: RT, 1994, p. 249.



grave. 2) A fixação do *dies a quo* na data do conhecimento da autordade, e interrupção da prescrição pela instauração do respectivo procedimento administrativo levam a outros absurdos: será quase impossível ao servidor, especialmente federal, na prática livrar-se da ameaça de punição.” -[Itálico e parênteses no original] - O direito não pode atuar objetivando a eternização de uma futura punição disciplinar, capaz de ser manejada quando a Administração Pública se dignar a afirmar que tomou conhecimento de um fato após o transcurso do tempo. O *ius puniendi* não é absoluto e eterno, ele se sujeita à regra da segurança jurídica e do princípio da razoabilidade, dentre outros, exatamente para possibilitar a paz coletiva, afastando a idéia de um processo perpétuo.<sup>38</sup>

O prazo de 05 (cinco) anos, contados a partir da prática do fato tido como irregular não é suficiente para promover a apuração disciplinar, e se for o caso, após o *due process of law*, impor a penalidade cabível? Entendemos que esse critério é mais do que suficiente para apurar a prática ou não de uma infração disciplinar, sem que ocorra impunidade.

Em nossa Obra intitulada **Lei nº 8.112/90 Interpretada e Comentada: Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União**, averbamos que: “O prazo de prescrição é contado da data do ato tido como violador de deveres funcionais, pois não se admite, em hipótese alguma, que a Administração Pública não conheça

<sup>38</sup> Serrano Neves, com maestria repudiou a idéia do processo perpétuo: “O *ius puniendi* - convenhamos - nos regimes organizados sob claros e sólidos princípios liberais e libertários, não pode ser *absoluto e perpétuo*. Há de sujeitar-se, necessariamente, a certas restrições. Por mais respeitável que seja, em sede de direito penal disciplinar, o *criterium* tradicionalista, não nos parece muito respeitável a idéia de que o Estado, por si ou por seus órgãos de administração delegada, deve, *humanamente*, cercar seus administrados de umas tantas garantias, como, por exemplo, as *consequentes* ou *decorrentes* de sua própria *inércia*, ou *omissão*, ou *esquecimento*, ou *indiferença* quanto ao uso, por ele próprio, e segundo a lei, do direito de processar e de punir. - ‘Sob os regimes realmente liberais - fundados, pois, em postulados rigorosamente democráticos - não se tolera a idéia de *processo perpétuo*, seja este relativo ao direito comum, seja ao disciplinar’.” -[Aspas, itálico e negrito no original]- (In: “Decadência e Prescrição no Processo Disciplinar”. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Seção do Estado da Guanabara, v. 3, Ano II, p. 206), *apud* SANTOS, Brasilino Pereira dos. “O prazo da prescrição de punição disciplinar começa a correr do momento em que o fato se tornou conhecido?” *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2278>>. Acesso em: 08 de jul. 2007, p. 7-8.)

seus atos, que são públicos a todos, sendo-lhe defeso alegar torpeza ou desconhecimento.”<sup>39</sup>

Portanto, a interrupção do início da contagem do prazo de prescrição até que a Administração Pública declare que tomou conhecimento/ciência do fato tido como infracional não se coaduna com o instituto da prescrição que permeia os Estados Democráticos de Direito.

Da forma como está sendo interpretado pelo Poder Público o disposto no § 1º, do artigo 142, da Lei nº 8.112/90, não é recepcionado pela redação do artigo 5º, LXXVIII,<sup>40</sup> da Constituição Federal, que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, duração razoável do processo, com a utilização de meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Ora, não é mais admissível que possa haver na legislação infraconstitucional preceito capaz de impedir o curso da prescrição no processo administrativo disciplinar de forma permanente, até que a Administração Pública declare a sua ciência ou conhecimento do fato tido como violador de deveres funcionais, praticado por seu preposto e em seu nome.

A posição filosófica-política de que o Estado está acima de tudo e de todos já foi superada pelo Direito Constitucional moderno, em decorrência de que a essência do poder é a manutenção da preservação do homem, não como servo, mas como destinatário de princípios fundamentais, direitos, garantias e deveres.

Partindo dessa indelegável premissa, todos os cidadãos/servidores públicos passam a ter constitucionalmente assegurada não só a prestação da tutela jurisdicional tempestiva, como também a celeridade na tramitação dos processos administrativos disciplinares.

Sendo entendido como celeridade a fluência de um tempo razoável no transcurso de processos judiciais e administrativos, contrapondo-se a sua interrupção ou suspensão *ad eternum* do prazo

<sup>39</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Lei nº 8.112/90 Interpretada e Comentada: Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União. 3. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006, p. 86.

<sup>40</sup> Art. 5º, LXXVIII, da CF - “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

prescricional no processo administrativo disciplinar, em decorrência de que o Poder Público também é destinatário do comando constitucional a que alude o inciso LXXVIII, do art. 5º, da CF.

#### IV. DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO DIRECIONADO PARA O PARTICULAR/TERCEIRO

O instituto da prescrição é matéria de ordem pública, podendo ser alegada em qualquer grau de jurisdição de ofício ou pela parte a quem aproveita.

Todavia, na situação jurídica da fluência da prescrição para o particular/terceiro que tenha concorrido para a prática do ato de improbidade administrativa do agente público a lei é silente, não estabelecendo uma regra clara para sua aplicação, nem estipulando o seu *dies a quo*.

Isso porque o disposto no inciso I, do artigo 23, da Lei de Improbidade Administrativa, fixa em 05 (cinco) anos o prazo prescricional após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança, deixando de incluir em seu contexto legal o particular/terceiro que não possua vínculo público.

Diante da omissão da suprarreferida norma legal, que não se refere a situação jurídica dos particulares/terceiros prevalece a regra geral da prescrição, que é de 05 (cinco) anos, contados do fato tido como irregular ou ilícito. Esse raciocínio decorre da disposição contida no artigo 2º, do Decreto nº 20.910/32, que fixa o prazo prescricional de 05 (cinco) anos para o exercício de “todo o direito”, sem exceção, contra a Fazenda Pública ou dela para com os administrados.

Dessa forma, o prazo prescricional para o particular/terceiro que não exerça função pública deve ser de 05 (cinco) anos, contados da data da prática do ato tido como ímprobo, pois do contrário, haverá contradição com a regra geral de prescrição.

A omissão do referido texto legal tem induzido os operadores do direito a efetuarem interpretações equivocadas, fortuitas ou desarrazoadas, em decorrência de que a situação jurídica do particular/terceiro não investido em função pública, em termos

prescricionais, deixou de ser incluída no âmbito do citado comando legal sendo estendida a ele, portanto, analogicamente, a regra prescricional prevista para o agente público.

Deve-se observar para a presente situação legal o preceito contido no artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, pois o mesmo não revoga a regra geral da prescrição quinquenal para o particular/terceiro.

Assim, diferentemente do que se aplica ao agente público, para o particular/terceiro vigora a regra geral, que prevê o *dies a quo* da prescrição como sendo aquele em que ocorreu a prática ou a participação do particular/terceiro para a concretização do ato ímprobo.

Dessa forma, o prazo prescricional será de 05 (cinco) anos, a partir da prática do fato ilícito. Após o exaurimento desse prazo quinquenal, fica inviabilizada a propositura de ação de improbidade administrativa contra o particular/terceiro, em decorrência de ter-se operado a prescrição que atinge, além do direito de punir do Estado, também o direito de ação.

Diante do aduzido, verifica-se que essa grave e irreparável falha legislativa existente na LIA vem acarretando inúmeras injustiças, inclusive com o manejo indevido de natimortas ações, cujo direito material já foi atingido pela prescrição quinquenal, justamente por interpretar-se erroneamente que o *dies a quo* do prazo prescricional conta-se a partir da ciência/publicidade do fato pela Autoridade Pública e não do dia em que o ato de improbidade foi praticado (regra geral) e aplicável *in casu*.

Exemplo de equívoco de interpretação da presente regra do instituto da prescrição foi o proferido no REsp nº 965340/AM, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T., DJ de 8 out. 2007, p. 256, onde decidiu-se: "(...) 2. O ato de improbidade administrativa, em qualquer das modalidades previstas nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92 (enriquecimento ilícito, dano ao erário ou violação dos princípios da Administração Pública), constitui transgressão disciplinar punível com a pena de demissão, o que fixa o prazo prescricional, na esfera federal, em cinco anos, a partir da data em que o fato se tornou conhecido, conforme inciso VI do artigo 132 c/c § 1º do artigo 142,

ambos da Lei 8.112/90. 3. Se alguém estranho ao serviço público praticar um ato de improbidade em concurso com ocupante de cargo efetivo ou emprego público, sujeitar-se-á ao mesmo regime prescricional do servidor público. Precedente.”

Entretanto, não há como equiparar as regras do instituto da prescrição aplicáveis tanto ao particular/terceiro, quanto ao servidor público, em decorrência de que são regimes jurídicos diferentes e totalmente distintos. A conduta do servidor público é regida por dispositivos constantes da Lei nº 8.112/90 (Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União), no âmbito Federal e demais Estatutos na esfera Estadual e Municipal, não aplicáveis a quem não pertencer aos quadros públicos. Em sendo assim, o *dies a quo* do prazo prescricional aplicável aos servidores públicos e agentes políticos, previsto no artigo 23, inciso I, da Lei nº 8.429/92, jamais será extensivo aos particulares que concorreram para a prática do ato de improbidade administrativa,<sup>41</sup> porquanto os regimes jurídicos de aplicação do instituto da prescrição são diferentes, não se comunicando entre si.

Tal assertiva é verdadeira, uma vez que o Legislador não incluiu no contexto do inciso I, do artigo 23, da Lei nº 8.429/92, o particular/terceiro como destinatário da aplicação do prazo prescricional nele constante.

Assim, quando o STJ interpreta que a conduta do particular/terceiro se insere no bojo da Lei Especial que rege somente os atos praticados pelo agente público, para suprir a omissão legislativa constante da Lei nº 8.429/92 que deixou de incluir em seus dispositivos o particular/terceiro no aspecto referente a prescrição, violou o próprio ordenamento jurídico, porquanto jamais o particular/terceiro, não funcionário/agente público poderá ser objeto da aplicação da Lei do Regime Jurídico Único de Servidores Públicos.

Ao particular/terceiro que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade administrativa é aplicado o que vem estatuído no Decreto nº 20.910/32, que estabelece a prescrição

---

<sup>41</sup> Em sentido contrário ao nosso entendimento: STJ. Rel. Min. Francisco Falcão, REsp nº 704323/RS, 1ª T., DJ de 6 mar. 2006, p. 197.

quinquenal,<sup>42</sup> fixando o *dies a quo* do seu prazo a data da prática do fato tido como ilícito.

Pode parecer que não há diferença entre a aplicação das regras do instituto da prescrição em relação ao agente público e ao particular/terceiro, mas na prática, existe grande diferença entre uma e outra situação jurídica.

Isso porque ao agente público são aplicáveis 03 (três) regras diferentes de prescrição, quais sejam: 1)- o prazo prescricional começa a fluir da data do conhecimento/ciência do fato infracional pela Administração Pública; 2)- se o ilícito praticado for de natureza criminal, a prescrição é regulada por dispositivos constantes no Código Penal; 3)- interrupção parcial da fluência do prazo prescricional quando é instaurado processo administrativo disciplinar para apurar o mesmo ilícito praticado, objeto da ação de improbidade administrativa.

Para o particular/terceiro, o Decreto nº 20.910/32 prevê a ocorrência da prescrição quinquenal a partir do fato ilícito praticado, sem nenhuma condicionante especial.

Por outro lado, a Lei nº 7.347/85 (Ação Civil Pública) não contém dispositivo expresso sobre o instituto da prescrição, deixando uma lacuna similar a existente na LIA.

Deve, portanto, o intérprete e o operador do direito utilizarem-se, por analogia, em relação ao instituto da prescrição, dos dispositivos constantes do Decreto nº 20.910/32 e, também por guardar similitude com a ação de improbidade administrativa as disposições previstas na Lei nº 4.717/65 que regula a ação popular, observando e aplicando o prazo de 05 (cinco) anos contados a partir da prática do fato ilícito.

Nesse sentido, transcreve-se parte do teor do julgado no REsp nº 406545/SP, *verbis*: “6. A Ação Civil Pública não veicula bem

<sup>42</sup> “Processual Civil. Administrativo. Ação contra a Fazenda Pública. Militar. Promoção. Resarcimento por preterição. Prescrição. Fundo de direito. Decreto nº 20.910/32. - A prescrição quinquenal das ações contra a Fazenda Pública atinge o fundo de direito quando o ato lesivo da Administração negar a situação jurídica fundamental em que se embasa a pretensão veiculada. - Extinção do processo pela prescrição. - Recursos especiais não conhecidos.” (STJ. Rel. Min. Vicente Leal, REsp nº 398222/RJ, 6ª T., DJ de 1º jul. 2002, p. 422).

jurídico mais relevante para a coletividade do que a Ação Popular. Aliás, a bem da verdade, hodiernamente ambas as ações fazem parte de um microsistema de tutela dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da analogia legis, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Cíveis Públicas, tal como ocorre com a prescritibilidade da Ação Popular, porquanto *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*.<sup>43</sup>

É cediço que a Lei nº 8.429/92 é silente no que pertine ao prazo prescricional para o particular/terceiro que induza ou conorra para a prática do ato de improbidade administrativa. Em decorrência dessa lacuna, a aplicação analógica de outros comandos legais já declinados sugere: 1)- tanto a Lei nº 7.947/85, quanto a Lei nº 8.429/92 (apenas para o particular/ terceiro) deverão seguir a regra constante da Lei que regula a Ação Popular, a qual prevê o prazo prescricional de 05 (cinco) anos; 2)- aplicar a regra geral do instituto da prescrição quinquenal prevista em dispositivos constantes do Decreto nº 20.910/32.

Todavia, com a finalidade de dirimir dúvidas sobre a matéria, a Medida Provisória nº 2.180-35, de 24/08/2001, introduziu o artigo 1º - C na Lei nº 9.494/97 (que alterou a Lei nº 7.347/85), estabelecendo o prazo prescricional de 05 (cinco) anos para as ações que pleiteiam indenização por danos causados por intermédio de agentes de pessoas jurídicas de direito público e privado prestadoras de serviço.<sup>44</sup>

A ação civil pública, tal qual a ação de improbidade administrativa, não vincula bem jurídico mais relevante para a coletividade do que a ação popular, em decorrência de que todas elas visam a resguardar a tutela dos direitos difusos, preconizando pela

<sup>43</sup> STJ. Rel. Min. Luiz Fux, REsp nº 406545/SP, 1ª T., DJ de 9 dez. 2002, p. 292.

<sup>44</sup> “Art. 4º - A Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos: Art. 1º - C. Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.”

moralidade e probidade administrativa, entre outros relevantes valores.

Portanto, a analogia *legis* recomenda a aplicação da prescrição para o terceiro /particular compatível com o prazo quinquenal estabelecido como regra para a propositura da ação popular: “Processual Civil. Recurso Especial. Ação Civil Pública. Ressarcimento de danos ao Patrimônio Público. Prazo prescricional da ação popular. Analogia (*ubi eadem ratio ibi eadem legis* dispositio). Prescrição reconhecida. 1. A Ação Civil Pública e a Ação Popular veiculam pretensões relevantes para a coletividade. 2. Destarte, hodiernamente ambas as ações fazem parte de um micro-sistema de tutela dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da analogia *legis*, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Cíveis Públicas, tal como ocorre com a prescritibilidade da Ação Popular, porquanto *ubi eadem ratio ibi eadem legis* dispositio. Precedentes do STJ: REsp 890552/MG, Relator Ministro José Delgado, DJ de 22.03.2007 e REsp 406.545/SP, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 09.12.2002 (...).”<sup>45</sup>

Em sentido rigorosamente idêntico ao acima declinado, a ilustre Desembargadora Leticia Sardas, ao relator o AI nº 2007.002.08310,<sup>46</sup> assim se posicionou: “Agravado de Instrumento. Decisão que recebeu ação civil pública. Prescrição quinquenária. Imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário. Provisamento do apelo.1. O Ministério Público, ora apelado, imputa ao agravante e à Construtora e Fornecedora de Material Madre Constança Ltda. a prática de superfaturamento de preços em contrato celebrado entre o Município de São Gonçalo e a referida Construtora, à época em que o agravante foi Prefeito (01/01/97 a 31/12/00). 2. O agravante sustenta entre outras coisas a incidência da prescrição. 3. A ação foi proposta em 28/04/06 (fls.

<sup>45</sup> STJ. Rel. Min. Luiz Fux, REsp nº 727131/SP, 1ª T., DJ de 23 abr. 2008, p. 1.

<sup>46</sup> TJ/RJ. Rel. Des. Leticia Sardas, AI nº 2007.002.08310, 20ª C.C., julgado em 17 de out. 2007.



63), o agravante foi notificado na forma do art. 17 § 7º da Lei 8.429/92 em 27/06/2006 (fls. 108) e a citação foi determinada em 27/02/2007 (fls. 59). 4. Considerando que o mandato do agravante exauriu em dez/00 e a ação só foi proposta em abril de 2006, decorreram mais de 5 (cinco) anos. 5. Apesar de a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.947/85) não conter dispositivo expresse sobre a prescrição deve ser aplicada analogicamente a regra do Decreto nº 20.910/32, ou, por guardar estrita similitude com a ação popular, a Lei nº 4.717/65, que estabelece em seu art. 21, o prazo prescricional de 5 (cinco) anos. 6. Precedentes jurisprudenciais do STJ. 7. Entender a regra constitucional inserta no § 5º do art. 37 como a consagração de uma imprescritibilidade, por mais relevante que seja coibir o sangramento ao erário, é subtrair o Estado de Direito em que vivemos. 8. A conclusão é de que a norma constitucional prevê duas situações distintas: uma relativa à sanção pelo ato ilícito, outra relacionada à reparação do prejuízo, a ser proposta em outra via, que não é a da ação de improbidade administrativa. 9. Provimento do recurso para acolher a prescrição suscitada e declarar extinta a ação principal com resolução do mérito.”

Não resta dúvida de que diante da grave omissão legislativa constatada no texto do artigo 23, incisos I e II, da Lei nº 8.429/92, vige a regra da prescrição prevista em dispositivos da Lei que regula a Ação Popular para o particular que responder aos termos de uma ação de improbidade administrativa, em decorrência de que não é possível aplicar-se o preceito contido no inciso I, do aludido artigo 23, porquanto o particular não se insere no rol das pessoas abrangidas pelo Estatuto dos Servidores Públicos (Lei especial).

Destarte, o prazo prescricional a ser aplicado ao caso concreto que responde o particular/terceiro por ter infringido dispositivos constantes da LIA, deve ser aquele previsto na Lei que regula a Ação Popular, em decorrência de que eles se compatibilizam com o que vem estatuído no Decreto nº 20.910/32 (Lei Geral), em conformidade com as disposições previstas na Lei de Introdução ao Código Civil.

Isso porque, o artigo 21, da Lei nº 4.717/65 estabelece o prazo prescricional de 05 (cinco) anos para a propositura da ação popular.<sup>47</sup>

## **V. OPERANDO-SE O DECURSO DO PRAZO DE 05 (CINCO) ANOS PREVISTO EM LEI, O ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PERDE A SUA LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA PARA INGRESSAR COM A AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO PÚBLICO**

Após a análise do instituto da prescrição, é de se perquirir se o Órgão do Ministério Público possui legitimidade *ad causam* para propor a ação de ressarcimento ao erário, após o decurso do prazo de 05 (cinco) anos, da prática do ato ilícito.

Para tanto, faz-se necessário transcrever o disposto no § 5º, do artigo 37, da CF: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

Independentemente da lesão causada ao erário e da gravidade do ilícito praticado, é de se ressaltar que a legitimidade ativa para propor ação de ressarcimento é do ente de direito público lesado, destinatário, inclusive, de um posterior título judicial que determinará a devolução ao erário público dos valores desviados de seu patrimônio.

Já a legitimação extraordinária é aquela que resulta de dispositivo previsto em Lei (art. 6º, do CPC), em que a parte está autorizada para agir em juízo, em nome próprio, como autor ou réu na defesa de direito alheio.

Em relação a prática de atos de improbidade administrativa que possam causar lesão ao erário público, inexiste dúvida de que

<sup>47</sup> “Prescrição. Ação Civil Pública. Ministério Público Estadual. EDIS. Devolução de diferença de vencimentos além do devido. Prescrição quinquenal. Existência. Se as eventuais irregularidades teriam ocorrido no ano de 1990 e a ação civil pública somente foi proposta em 1998 já se havia consumado, portanto, o prazo prescricional. Na falta de dispositivo expresso na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública. Aplicação analógica e subsidiariamente, por guardar estrita similitude com a ação popular, a Lei 4.717/65, que, em seu art. 21, estabelece por prazo prescricional de 05 (cinco) anos. Recurso do autor desprovido.” (TJ/SP. Rel. Des. Xavier de Aquino, AC nº 164.059-5, 5ª Câmara de Direito Público, julgado em 21 de jun. 2001).

a legitimação ordinária é do ente de direito público que tenha sofrido a lesão que ocasionou a diminuição de seu patrimônio. A redução patrimonial ocorrida gera a legitimação ativa, em primeiro lugar, da pessoa jurídica de direito público cujo patrimônio foi aviltado pela prática de ato ilícito por agente público ou por terceiros.

Nesse sentido, ao interpretar-se como imprescritível a ação de ressarcimento ao erário público (artigo 37, § 5º, da CF) e, em sendo o titular do direito de acionar o ente público lesado, tem-se que essa prerrogativa de propor a ação a qualquer tempo é do titular do direito no plano material do ordenamento jurídico.

Isso porque a prescrição é a regra, sendo exceção a imprescritibilidade que, *in casu*, refere-se à ação de ressarcimento ao erário público. Sendo certo que, “a sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.” (art. 18, da Lei nº 8.429/92).

Por outro lado, tem-se que a regra é a legitimação ordinária (ente público lesado) e a exceção é a legitimação extraordinária (Órgão do Ministério Público). Em sendo assim, é factível que a Lei regule a matéria, de modo razoável, para que a legitimação extraordinária seja efetivamente exercida, sob pena de se extinguir tal direito subsidiário.

E conforme aduzido alhures, a Lei nº 8.429/92, pelo disposto em seu artigo 23, incisos I e II, estabeleceu o lapso temporal para o exercício do direito de propor a ação de improbidade administrativa.

Ocorrendo o decurso do prazo prescricional previsto no artigo 23, da Lei nº 8.429/92, cessa a legitimidade extraordinária do Órgão do Ministério Público, inclusive para ingressar em Juízo com ação de ressarcimento ao erário.

Isso porque, o Legislador originário ao facultar para o Órgão do Ministério Público o direito de extraordinariamente ingressar com a ação de improbidade administrativa, submeteu-o aos prazos previstos no artigo 23 e seus incisos, da Lei nº 8.429/92.

Posiciona-se no mesmo sentido a jurista Ada Pellegrini Grinover:<sup>48</sup> “(...) o decurso do prazo previsto pelo art. 23 da Lei nº 8.429/92 se opera também em relação a pretensão de ressarcimento do erário, impondo, quando menos a extinção da legitimação extraordinária do Ministério Público.”

É de salientar-se que a Constituição Federal estabeleceu a legitimidade ativa do Órgão do Ministério Público para as seguintes providências/ações:

- *promover privativamente a ação penal pública, na forma da Lei (art. 129, I, CF);*
- *ingressar com ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos na CF (art. 129, IV, da CF);*
- *defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, V, da CF);*
- *expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los na forma da lei complementar respectiva (art. 129, VI, da CF).*

Por sua vez, o inciso IX, do artigo 129, da CF, ao tempo em que confere ao Órgão do Ministério Público o direito de exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, *veda a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.*

Em sendo assim, exaurida a legitimidade extraordinária do Órgão do Ministério Público para ingressar com a ação de improbidade administrativa, incluindo nesse contexto a ação de ressarcimento ao erário, caberá à pessoa jurídica de direito público lesada tomar as medidas legais para reaver o que lhe foi retirado ilícitamente.

<sup>48</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. “Ação de Improbidade Administrativa - Decadência e Prescrição”. In: *Revista Interesse Público. Op. cit. ant.*, p. 69.

Em convergência com o que aduzimos, cita-se o posicionamento adotado no REsp nº 246698/MG:<sup>49</sup> “Processual Civil. Ação Civil Pública em defesa do patrimônio público. Hipóteses de cabimento. Legitimidade do Ministério Público. Limites. 1. A função institucional do Ministério Público, de promover ação civil pública em defesa do patrimônio público, prevista no art. 129, III, da Constituição Federal, deve ser interpretada em harmonia com a norma do inciso IX do mesmo artigo, que veda a esse órgão assumir a condição de representante judicial ou de consultor jurídico das pessoas de direito público. 2. Ordinariamente, a defesa judicial do patrimônio público é atribuição dos órgãos da advocacia e da consultoria dos entes públicos, que a promovem pelas vias procedimentais e nos limites da competência estabelecidos em lei. A intervenção do Ministério Público, nesse domínio, somente se justifica em situações especiais, em que se possa identificar, no patrocínio judicial em defesa do patrimônio público, mais que um interesse ordinário da pessoa jurídica titular do direito lesado, um interesse superior, da própria sociedade. 3. No caso, a defesa judicial do direito à reversão de bem imóvel ao domínio municipal, por alegada configuração de condição resolutória da sua doação a clube recreativo, é hipótese que se situa no plano dos interesses ordinários do Município, não havendo justificativa para que o Ministério Público, por ação civil pública, atue em substituição dos órgãos e das vias ordinárias de tutela. 4. Recurso especial a que se nega provimento.”

Sendo averbado pelo Ministro Relator Teori Albino Zavascki em seu voto condutor, que: “A conjugação dos dois dispositivos constitucionais acima referidos deixa evidenciado que, ordinariamente, a defesa judicial do patrimônio público é atribuição dos órgãos da advocacia e da consultoria dos entes públicos, que a promovem pelas vias procedimentais e nos limites da competência estabelecidos em lei. Portanto, ordinariamente, o Ministério Público não está legitimado a atuar em defesa da Administração

<sup>49</sup> STJ. Rel. Min. Teori Albino Zavascki, REsp nº 246698/MG, 1ª T., DJ de 18 abr. 2005, p. 213.

Pública. A sua intervenção nesse domínio, conseqüentemente, somente se justifica em situações não ordinárias, ou seja, em situações especiais. Que situações seriam essas? São as situações em que, no patrocínio judicial em defesa do patrimônio público, se possa identificar um interesse superior, que, por alguma razão objetiva e clara, transcende ao interesse ordinário da pessoa jurídica titular do direito lesado. Assim ocorre quando, pela natureza da causa, da magnitude da lesão, ou pelas pessoas envolvidas ou por outra circunstância objetiva, a eventual lesão trazer um risco, não apenas restrito domínio da pessoa jurídica, mas a valores especialmente protegidos, de interesse a toda a sociedade. É o que ocorre, por exemplo, quando o patrimônio público é lesado pelo próprio administrador (improbidade administrativa) ou quando os órgãos ordinários de tutela judicial do patrimônio público se mostrarem manifestamente omissos ou impossibilitados de atuar (o que põe em risco o funcionamento da instituição pública). Nessas ou em outras situações especiais semelhantes, em que o interesse superior esteja devidamente justificado é que se poderá considerar legítimas a atuação do Ministério Público e a utilização da ação civil pública para o exercício da pretensão à tutela jurisdicional.”

Destarte, o Órgão do Ministério Público em situações excepcionais e extraordinárias se encontra legitimado, desde que dentro do prazo estabelecido pela Lei, para exercitar o seu direito de ação, inclusive como forma de demonstrar a sua tão necessária atuação. Ultrapassado o prazo previsto em Lei, não há como se justificar a manutenção da legitimação excepcional do Órgão do Ministério Público.

Operando-se o decurso do prazo prescricional, relacionado ao direito material em que se funda a ação de improbidade administrativa, extingue-se a legitimidade ativa do ente de direito público lesado, bem como a legitimidade extraordinária do Órgão do Ministério Público, em decorrência da estabilização da situação de fato, face a inércia dos legitimados que não promoveram as medidas cabíveis no prazo legal, em prol da segurança jurídica.

Contudo, não havendo ressarcimento ao erário, em decorrência da lesão sofrida pela prática de ato ilícito, compete à pes-

soa jurídica de direito público que sofreu o prejuízo financeiro ingressar em Juízo com a devida ação de ressarcimento, em face da extinção da legitimidade *ad causam* do Órgão do Ministério Público, que deixou transcorrer *in albis* o prazo legal para exercer o seu direito de propor a respectiva ação (decadência), em face de a imprescritibilidade do ressarcimento direcionar-se para o ente público que sofreu a lesão.

Isso porque, mesmo sendo imprescritível, em tese, o direito de ressarcimento ao erário, não se pode deixar de observar que a não propositura da competente ação pelo Órgão do Ministério Público no prazo legal (art. 23, da Lei nº 8.429/92) opera a decadência, não havendo como suspender ou interromper o prazo extintivo da legitimidade extraordinária do representante do *parquet* federal ou estadual em ingressar com a referida ação.<sup>50</sup>

## VI. CONCLUSÃO

Após a presente explanação, concluímos que, uma vez operada a prescrição, fica obstada a instauração do inquérito civil público, bem como o posterior ingresso em Juízo com as ações civil pública e de improbidade administrativa, pois o ordenamento jurídico criou lapso temporal para o exercício do direito material.

O Ministério Público, como fiscal da lei possui a obrigação de respeitá-la, mesmo que em tal situação lhe seja retirado o direito de jurisdição.

A estabilidade jurídica, preconizada pela Constituição Federal, é um dos fatores imperantes do instituto da prescrição.

Portanto, pelas razões expostas, prescrito o direito investigado, não haverá resultado útil em manter-se efetivo o inquérito civil público e nem tampouco propor-se uma futura ação de improbidade administrativa. ¶

<sup>50</sup> Nesse sentido, posiciona-se Ada Pellegrini Grinover: “(...) quanto ao ressarcimento ao erário, porque, conforme amplamente demonstrado, a Constituição Federal não pode ser interpretada no sentido de consagrar, nesse caso, a imprescritibilidade. Quanto menos, também na linha do quanto fundamentado, é de se entender que o decurso do prazo previsto pelo art. 23, da Lei nº 8.429/92 há que acarretar a extinção da legitimação extraordinária de que é investido o Ministério Público para a propositura da ação de responsabilidade por improbidade administrativa.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. “Ação de Improbidade Administrativa - Decadência e Prescrição”. In: *Revista Interesse Público. Op. cit. ant.*, p. 89).

# Estudo Comparado da Tutela Penal da Liberdade Sexual no Brasil e na Itália

**Paulo César Corrêa Borges**

*Professor de Direito Penal da Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho”. Promotor de Justiça de Franca-SP.*

**Gil Ramos de Carvalho Neto**

*Bacharel em Direito da Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho”. Monitor na disciplina Direito Penal II, do Departamento de Direito Público.*

## INTRODUÇÃO

A tutela dos crimes contra a liberdade sexual vem de longa data. Para os hebreus, a Lei de Moisés já previa disposições a respeito: um homem que mantivesse conjunção carnal com uma donzela virgem e noiva de outrem que encontrasse na cidade seria punido, junto com ela, com a lapidação - que consistia no apedrejamento até a morte (PRADO, 2006). Se a mulher fosse virgem, mas não desposada, o homem deveria pagar cinquenta siclos de prata ao pai dela, e ainda se casar com sua vítima (ELUF, 1999).

Na Babilônia, o Código de Hammurabi definia o crime de estupro no seu artigo 130, que dizia: “se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto e a mulher irá livre” (PRADO, 2006).

No antigo direito romano, o estupro era qualquer relação sexual considerada indevida, praticada com homem ou mulher, ca-



sado ou não, incluindo-se o homossexualismo e o adultério (ELUF, 1999). O direito canônico, por sua vez, proibia e condenava (e ainda o faz nos dias de hoje) toda relação sexual fora do matrimônio, aplicando sanções espirituais como a fornicatio (LEITE, 2004).

A liberdade sexual era ainda protegida por outros povos, em suas diversas legislações: gregos, egípcios, espanhóis, ingleses, franceses, entre outros. Então, a importância do tema é inquestionável.

Dessa forma, por influência de outras leis, e pela constante preocupação com tal tutela, as leis portuguesas e, conseqüentemente, as brasileiras, bem como outras - como a italiana -, dispuseram sobre o tema, já que se trata de crimes cometidos até os dias de hoje, e os costumes e formas de praticar a conduta típica sempre estão em mutação.

O presente trabalho apresenta a evolução da tutela penal da liberdade sexual no Brasil e na Itália. A legislação penal italiana influenciou a elaboração do atual Código Penal Brasileiro, e ambos sofreram mudanças, desde os anos 1930 até hoje. Um estudo comparado, como o realizado, mostrará as diferenças e semelhanças, de maneira a esclarecer e, quem sabe, apontar caminhos.

## **EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO PENAL SEXUAL BRASILEIRA**

A história da legislação aplicada no Brasil terá como ponto de partida a legislação portuguesa, já que o país foi descoberto e colonizado pelos lusos. Somente em um segundo momento o processo legislativo passa às mãos dos nacionais.

As Ordenações Filipinas (período colonial - 1500-1822) previam em seu Livro V, Título XXIII, o estupro voluntário de mulher virgem. Tal conduta acarretava a obrigação, para o autor, de se casar com a vítima. Não podendo fazê-lo, passaria a ter o dever de constituir um dote para a moça. Se não possuísse bens, o autor seria açoitado e degredado, salvo se fosse um fidalgo ou pessoa de posição social - *status* que lhe propiciaria a punição com mero degredo. Havia ainda o estupro violento, inserido no Título XVIII, que era reprimido com a pena capital. E esta pena de morte subsistia mesmo que o autor do delito se casasse com sua vítima após cometer o crime (PRADO, 2006).

Com a independência política, começaram a surgir as primeiras leis elaboradas em nosso país. O primeiro código penal concebido no Brasil foi o Código Criminal do Império de 1830. Essa codificação listou vários delitos sexuais no Capítulo II - “Dos crimes contra a segurança da honra”, na Seção I, genericamente denominada *estupro*. Punia o defloramento no artigo 219: “Deflorar mulher virgem, menor de 17 anos”. A pena era o desterro (exílio) de 1 a 3 anos, para fora da comarca em que residia a ofendida, além da obrigação de dotar esta (LEITE, 2004). O artigo 220 tratava da situação de o estupro ter em seu poder ou guarda a vítima. Nesse caso, seria punido com desterro de 2 a 6 anos, além de ter que dotar a vítima. Já o artigo 221 apresentava a hipótese de o estupro ter sido cometido por parente em grau que não permitisse o casamento, com a punição de degredo de 2 a 6 anos, mais o pagamento de dote à vítima.

O estupro propriamente dito estava punido no artigo 222, segundo Luiz Regis Prado, e consistia em ter cópula carnal por meio de violência ou ameaça com qualquer mulher honesta. A pena para tal crime era de prisão de três a doze anos, somada à constituição de um dote em favor da ofendida. Na hipótese de a ofendida ser prostituta, havia atenuação da pena prevista, que era de apenas entre um mês e dois anos de prisão (PRADO, 2006). Ainda no artigo 223, havia a situação de simples ofensa pessoal para fim libidinoso, causando mal corpóreo à mulher, mas sem haver cópula carnal. Era penalizada com prisão de 1 a 6 meses, mais multa correspondente à metade do tempo de condenação, além das em que incorresse o réu pela ofensa. Todas as condutas ainda previam separadamente as penas do autor por cumplicidade.

O Código Penal de 1890, segundo José Henrique Pierangeli, apresentou os crimes sexuais em seu Título VIII - “Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”. Seu Capítulo I tratou do crime de violência carnal, com suas disposições tratando de crimes de atentado violento ao pudor (artigo 266), com pena de prisão celular de 1 a 6 anos, estabelecendo a mesma pena para aquele que corromper pessoa de menor idade, praticando com ela ou contra ela atos

de libidinagem (parágrafo único), e o de posse sexual mediante fraude (artigo 267), com suas penas previstas no artigo 268: pena de prisão celular de 1 a 6 anos. O parágrafo primeiro estabelecia a hipótese de o crime ser cometido contra mulher pública ou prostituta, fixando a pena de prisão celular de seis meses a dois anos. O parágrafo segundo previa o concurso de duas ou mais pessoas para a prática desse crime, situação em que a pena seria aumentada da quarta parte.

O crime de estupro é conceituado pelo artigo 269, e é considerado como o ato pelo qual o homem abusa, com violência, de uma mulher, seja virgem ou não. Ainda define a violência como sendo não apenas o emprego da força física, mas o de meios que privam a mulher de suas faculdades psíquicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, tais como o hipnotismo, o clorofórmio, o éter e, em geral, os anestésicos e narcóticos. Suas penas também estão no artigo 268 (PIERANGELI, 1980).

A Consolidação das Leis Penais de 1932 acabou por modificar apenas o crime de violência carnal (artigo 266), com a substituição do seu parágrafo único, e acréscimo de mais um. O parágrafo primeiro do artigo 266 passou a tipificar a conduta de excitar, favorecer ou facilitar a corrupção de pessoa de um ou de outro sexo, menor de 21 anos, induzindo-a a prática de atos desonestos, viciando a sua inocência ou pervertendo-lhe de qualquer modo o seu senso moral. Aplicava pena de prisão celular de seis meses a dois anos.

Por sua vez, o parágrafo segundo continha o delito de corromper pessoa menor de 21 anos, de um ou de outro sexo, praticando, com ela ou contra ela, atos de libidinagem. A pena era de prisão celular de dois a quatro anos.

Até que, finalmente, é promulgado o Código Penal de 1940, atualmente em vigor. Instituído pelo Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, seu projeto teve a exposição de motivos feita pelo então Ministro da Justiça e Negócios Interiores, Francisco Campos. No tocante aos crimes contra os costumes, a exposição deixou claro que se tratava dos mesmos crimes já contidos na lei vigente à época, sob a rubrica “Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”. Campos colocava que a

nova epígrafe seria dividida em cinco capítulos, entre os quais o que trata dos crimes contra a liberdade sexual. Nas palavras do ministro (CAMPOS, 1932 *apud* PIERANGELI, 1980):

*Entre os crimes contra a liberdade sexual, de par com as figuras clássicas do estupro e do atentado violento ao pudor, são incluídos a “posse sexual mediante fraude” e o “atentado violento ao pudor mediante fraude”. Estas duas entidades criminais, na amplitude com que as conceitua o projeto, são estranhas à lei atual.*

Dessa forma, a grande novidade do novo Código foi tipificar esses crimes de maneira ampla, e não meramente sujeitos a situações muito ímpares.

O Código foi dividido em parte geral (artigos 1 a 120) e parte especial (artigo 121 a 361), e foi muito inspirado no Código Penal Italiano de 1930. Continha, na parte especial, sob o Título VI - “Dos crimes contra os costumes”, o Capítulo 1, denominado “Dos crimes contra a liberdade sexual”. Esse capítulo continha os crimes dos artigos 213 a 217.

O artigo 213 do Código Penal trata do crime de estupro. Na sua definição:

*Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:  
Pena - reclusão, de três a oito anos.*

Assim, o crime só poderia ser cometido contra mulher por homem, já que a lei deixa claro isso pelo uso do termo conjunção carnal. Seria cometido quando a mulher fosse forçada a manter conjunção carnal com o homem, mediante a violência - física -, ou a grave ameaça, de cunho moral. O agente deve buscar a finalidade de constranger a fim de consumir a conjunção, para que se caracterize o delito.

O artigo 214, por sua vez, trata do crime de atentado violento ao pudor:

*Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:*

*Pena - reclusão, de dois a sete anos.*

Esse delito pode ser cometido por homem ou mulher, e ter qualquer um deles como vítima. Ocorre quando se força alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou a consentir que com ele se pratiquem atos libidinosos diferentes do coito natural (PRADO, 2006). Atingido o ato lascivo, existe o crime.

O artigo 215 trata da posse sexual mediante fraude:

*Art. 215 - Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude:*

*Pena - reclusão, de um a três anos.*

*Parágrafo único - Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos:*

*Pena - reclusão, de dois a seis anos.*

O injusto só pode ser cometido por homem contra mulher. Ocorre quando o agente tem cópula vagínica (conjunção carnal), conseguida de forma enganosa à vítima. Introduzido o pênis na cavidade vaginal, mesmo que parcialmente, o crime está consumado.

Por sua vez, o artigo 216 trata do atentado violento ao pudor mediante fraude:

*Art. 216 - Induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:*

*Pena - reclusão, de um a dois anos.*

*Parágrafo único - Se a ofendida é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos:*

*Pena - reclusão, de dois a quatro anos.*

Esse injusto, como foi concebido pelo Código, somente poderia ser praticado contra mulher. Consiste em induzi-la a praticar

ato libidinoso, que não seja a conjunção carnal, mediante um engodo. Concretizado o ato lascivo, o crime está consumado.

Ainda há, no Capítulo IV - “Disposições gerais”, as regras referentes a situações que podem acontecer com qualquer dos crimes contra os costumes. As formas qualificadas são:

*Art. 223 - Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave:*

*Pena - reclusão, de quatro a doze anos.*

*Parágrafo único - Se do fato resulta a morte:*

*Pena - reclusão, de oito a vinte anos.*

Tais disposições caracterizariam um delito qualificado pelo resultado, com dolo na conduta antecedente e culpa na consequente.

O artigo 224 trata da presunção de violência:

*Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima:*

*a) não é maior de catorze anos;*

*b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;*

*c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.*

A presunção, nas formas positivadas, busca proteger a vítima, que está em situação de inferioridade física ou psicológica mais extremada.

Há também normas referentes à ação penal. Diz o artigo 225:

*Art. 225 - Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.*

*§ 1º - Procede-se, entretanto, mediante ação pública:*

*I - se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;*

*II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.*

*§ 2º - No caso do nº I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.*

E ainda há disposições comuns sobre aumento de pena:

*Art. 226 - A pena é aumentada de quarta parte:*

*I - se o crime é cometido com o concurso de duas ou mais pessoas;*

*II - se o agente é ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;*

*III - se o agente é casado.*

Como o direito é dinâmico, novas modificações legislativas sempre buscam adaptar as condutas incriminadas aos valores e costumes sociais. O Projeto do Código Penal de 1969, que não chegou a entrar em vigor, modificaria em parte as disposições do Código de 1940, segundo José Henrique Pierangeli (PIERANGELI, 1980), que inclusive passariam a ser dispostas entre os artigos 238 a 241. Quanto ao crime de estupro (artigo 238), nada mudaria, mas quanto aos outros crimes contra a liberdade sexual, sim: no crime de atentado violento ao pudor (artigo 239), se acrescentaria a conduta de “presenciar” nos constrangimentos considerados criminosos que tipificam tal delito, e ainda diminuiria sua pena, para um máximo de seis anos. Já em relação ao crime de posse sexual mediante fraude (artigo 240), a única alteração seria a supressão da pena mínima - a pena seria de *reclusão, de até três anos*. E quanto ao atentado violento ao pudor, receberia novo nome - ofensa ao pudor mediante fraude -, extinguir-se-ia a pena mínima, passando a ter então a pena de *reclusão, de até dois anos*, e no parágrafo único, também se suprimiria a pena mínima - a pena seria de *reclusão, de até quatro anos*.

Após um hiato, o Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (BRASIL, 1990a), incluiu dispo-

sições em crimes contra a liberdade sexual. O crime de estupro seria assim tipificado, com a inclusão de um parágrafo único:

*Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:*

*Pena - reclusão, de três a oito anos.*

*Parágrafo único. Se a ofendida é menor de catorze anos:*

*Pena - reclusão de quatro a dez anos.*

Quanto ao crime de atentado violento ao pudor, a lei também inseriu um parágrafo único:

*Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:*

*Pena - reclusão de dois a sete anos.*

*Parágrafo único. Se o ofendido é menor de catorze anos:*

*Pena - reclusão de três a nove anos.*

Apenas alguns dias depois, com a promulgação da Lei dos Crimes Hediondos - Lei nº 8.072/1990 (BRASIL, 1990b), os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor tiveram suas penas elevadas: ambos passariam a ter pena de reclusão, de seis a dez anos. E ainda, as disposições gerais do capítulo IV, quanto às formas qualificadas, tiveram suas penas elevadas: resultando lesão corporal de natureza grave, a pena passa a ser de reclusão, de oito a doze anos; e se resulta morte, a reclusão passa a ser de doze a vinte e cinco anos.

Em 1996, a Lei nº 9.281 (BRASIL, 1996) veio a revogar os parágrafos únicos dos artigos 213 (estupro) e 214 (atentado violento ao pudor) do Código Penal Brasileiro.

No ano de 2001, o legislador incluiu, por meio da Lei nº 10.224 (BRASIL, 2001), uma grande novidade no Código: tipificou o crime de assédio sexual, que passou a ser incriminado pelo artigo 216-A:

*Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente*



*da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função:*  
*Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.*

Tal norma ainda teve, em seu projeto, um parágrafo único, que foi vetado. O parágrafo dizia:

*Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem cometer o crime:*

*I - prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade;*

*II - com abuso ou violação de dever inerente a ofício ou ministério.*

O Ministério da Justiça, autor do veto, justificou essa atitude com base na quebra do sistema punitivo do Código Penal, que aconteceria se fosse incluso tal parágrafo na lei, já que puniria com a mesma pena o autor do delito que se utilizasse das condições dos incisos, e tal norma, se positivada, lhe seria um benefício, já que o artigo 226 do C.P. lista causas especiais de *aumento de pena*, comuns aos crimes contra os costumes - caso do crime de assédio sexual.

Finalmente, em sua evolução histórica, os crimes contra a liberdade sexual tiveram uma derradeira modificação legislativa: a Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005 (BRASIL, 2005), retirou o termo “mulher *honest*a” das disposições dos crimes contra os costumes, e alterou o crime de atentado violento ao pudor mediante fraude. O crime de posse sexual mediante fraude passou a ser assim tipificado:

*Art. 215. Ter conjunção carnal com mulher, mediante fraude:*

*Pena - reclusão, de um a três anos.*

*Parágrafo único - Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos:*

*Pena - reclusão, de dois a seis anos.*

E o delito de atentado violento ao pudor mediante fraude passou a ter a seguinte redação:

*Art. 216. Induzir alguém, mediante fraude, a praticar ou submeter-se à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal:*

*Pena - reclusão, de um a dois anos.*

*Parágrafo único. Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (quatorze) anos:*

*Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.*

Dessa forma, agora os sujeitos ativo e passivo do crime do artigo 216 podem ser *qualquer pessoa*, sem restrições. E o legislador aproveitou para redigir de maneira mais adequada, mas sem mudanças no conteúdo, o parágrafo único e sua respectiva pena.

E a mesma lei ainda modificou as situações de aumento de pena do artigo 226 do C.P. Passaram a figurar assim:

*Art. 226. A pena é aumentada:*

*I - de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;*

*II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;*

Após tais mudanças legislativas, nada mais foi incluso ou alterado nas disposições do Código Penal Brasileiro, no que diz respeito aos crimes contra a liberdade sexual e às disposições comuns, que se referem a todos os crimes contra os costumes.

## **EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO PENAL SEXUAL ITALIANA PÓS 1930**

O Código Penal Italiano, em vigor desde 1930 - também conhecido como Código Rocco, em homenagem a seu criador, o Ministro da Justiça italiano Alfredo Rocco - é organizado em três livros, assim denominados: Livro Primeiro - Dos crimes em geral;

Livro Segundo - Dos crimes em particular; Livro Terceiro - Das contravenções em particular.

O livro primeiro seria o equivalente à Parte Geral do Código Penal Brasileiro, e o Livro Segundo, o correspondente à Parte Especial.

No Livro Segundo, o Código Rocco tipificou, em suas disposições, várias normas no tocante à tutela sexual. Sob o Título IX - Dos delitos contra a moralidade pública e os bons costumes, a codificação tratou da criminalização de algumas condutas no universo da sexualidade. O Capítulo 1 desse título trata dos delitos contra a liberdade sexual.

As condutas criminosas contra tal liberdade, para o Código, seriam: a violência carnal (artigo 519), a conjunção carnal cometida com abuso da qualidade de funcionário público (artigo 520), o ato libidinoso violento (artigo 521), o rapto com fins de matrimônio (artigo 522), o rapto com fins libidinosos (artigo 523), o rapto de pessoa menor de 14 anos ou enferma, com fins libidinosos ou de matrimônio (artigo 524), e o crime de sedução com promessa de matrimônio, cometido por pessoa casada (artigo 526). O artigo 525 trata das circunstâncias agravantes.

Com a dinamicidade do direito, que sempre deve se adequar às mudanças da sociedade, o legislador italiano foi modificando a tutela penal sexual através dos tempos. Algumas leis foram editadas após a promulgação do Código Penal de 1930, com a finalidade de atualizar normativamente o tema.

Segundo dossiê da Câmara dos Deputados da Itália (CAMERA DEI DEPUTATI, 1995), a discussão legislativa sobre a questão da violência sexual iniciou-se na segunda metade da década de 70. A VIII Legislatura italiana (20 junho 1979 - 11 julho 1983) iniciou o exame, em 1980, de três projetos de lei de iniciativa parlamentar e a eles, em seguida, juntaram-se outros quatro projetos de lei e um de iniciativa popular. Em 1982, a Comissão de Justiça da Câmara dos Deputados da Itália, responsável pelos trâmites legislativos de tais projetos, chegou a aprovar um texto unificado, mas seu exame na Assembléia foi suspenso e acabou por não ser concluído.

Na IX Legislatura (12 julho 1983 - 01 julho 1987), a Câmara aprovou, depois de um trâmite muito extenso pela Comissão de

Justiça, em 1984, um projeto de lei que estabelecia novas normas para a proteção da liberdade sexual - esse projeto resultou da soma de outros seis projetos, todos de iniciativa parlamentar, além do projeto de iniciativa popular apresentado na VIII legislatura, portanto traçando linhas por ela definidas. Em seguida, passou pela Comissão de Justiça do Senado italiano em 1986, que lhe negou provimento e apresentou um texto com mudanças significativas em relação ao aprovado na Câmara. Assim, após algumas sessões deliberativas ainda nesse ano, a Assembléia acabou por suspender o trâmite legislativo, alegando a necessidade de uma profunda reflexão sobre o conteúdo da lei, já que muitos posicionamentos opostos surgiram no seu debate. Não se chegou a nenhuma conclusão.

E ainda na X Legislatura (02 julho 1987 - 22 abril 1992), os projetos de lei referentes à violência sexual chegaram a pontos contrastantes. Em 1988, a Comissão de Justiça do Senado iniciou o exame de quatro projetos de iniciativa senatorial, criando um texto único, que foi aprovado. A Câmara, porém, o alterou, e ele voltou ao Senado. No ano seguinte, foi aprovado com novas mudanças e reenviado à Câmara. Sua Comissão de Justiça, em 1991, não chegou a conclusão, sendo então o texto recolhido em um arquivo separado.

Esse texto unificado tinha pontos importantes, como a relocalização dos crimes de ofensa sexual no âmbito dos crimes contra a pessoa, tirando-os do âmbito dos crimes contra a moralidade pública e os bons costumes. Unificava os crimes de estupro e de atos libidinosos no crime de violência sexual, e previa ainda para eles circunstâncias agravantes específicas, como o cometimento do delito contra menores de quatorze anos. Passou a punir rigorosamente a violência sexual em grupo, bem como determinou uma série de penas acessórias e outros efeitos penais para alguns dos crimes tipificados. Também tipificou a participação em processo de associação, cuja intervenção era subordinada ao consenso da pessoa ofendida, consenso que não podia ser atribuído a mais de uma associação e era sempre revogável.

Um outro ponto relevante, responsável por muitos debates políticos, foi a previsão de procedimentabilidade de ofício para

esses crimes, exceto na hipótese em que acontecesse entre as pessoas envolvidas uma relação de casamento ou coabitação *more uxorio*, caso em que se procederia a proposição pela parte. Tais exceções à regra da procedibilidade de ofício, bem como a previsão da irrevogabilidade da ação proposta foram aprovadas também no exame senatorial.

Finalmente, uma regra estabelecia a publicidade da audiência, salvo se houvesse solicitação em contrário por parte da pessoa ofendida. Previa-se também a inadmissibilidade de perguntas sobre sua vida privada ou sua vida sexual; essas disposições foram negadas pela Câmara, se tais perguntas fossem necessárias para a reconstrução do incidente.

A XI Legislatura (23 abril 1992 - 14 abril 1994) não deu maiores atenções à temática da violência sexual, mesmo tendo sido apresentadas diversas propostas de lei na matéria.

Na XII Legislatura (15 abril 1994 - 08 maio 1996), foi aprovada a Lei n.66, de 15 de fevereiro, que tratava de normas contra a violência sexual. Com seus dezessete artigos, ab-rogou o Capítulo 1 do Título IX do Código Rocco (“Dos delitos contra a liberdade sexual”), bem como os artigos 530 (corrupção de menores), 539 (idade da pessoa ofendida), 541 (penalidades e outras sanções acessórias), 542 (querela do ofendido) e 543 (causas especiais de extinção do crime) do Código. Os artigos esparsos incluíam-se nos capítulos II e III do Código (“Da ofensa ao pudor e à honra sexual” e “Disposições comuns aos capítulos antecedentes”, respectivamente).

No artigo segundo, a lei inseriu subartigos ao artigo 609 do Código Rocco, artigo localizado no Título XII (“Dos delitos contra a pessoa”), Capítulo III (“Dos delitos contra a liberdade individual”), Seção II (“Dos delitos contra a liberdade pessoal”). Os artigos 609-A ao 609-I foram inseridos, e suas disposições são, respectivamente, as estabelecidas pelos artigos de 3 a 11 da lei (ITALIA, 1996).

O artigo 609-A tratou da violência sexual ou estupro:

*Art. 609-bis (violenza sessuale). - Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali é punito con la reclusione da cinque a dieci anni.*

*Alla stessa pena soggiace chi induce taluno a compiere o subire atti sessuali:*

*1. abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto;*

*2. traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona.*

*Nei casi di minore gravità la pena é diminuita in misura non eccedente i due terzi.*

Diz o artigo que qualquer pessoa que, por violência ou ameaça, ou ainda por abuso de autoridade, forçar alguém a realizar atos sexuais, é punida com prisão, de 5 a 10 anos. A mesma pena será aplicada a quem induzir alguém a realizar ato sexual com abuso da condição de inferioridade física ou mental da pessoa ofendida, no momento do fato, e causando engano à pessoa ofendida, que pensava tratar-se de outrem. E ainda, em casos menos graves, a pena pode ser reduzida em, no máximo, dois terços.

O artigo 609-B trata de circunstâncias agravantes:

*Art. 609-ter (circostanze aggravanti). - La pena é della reclusione da sei a dodici anni se i fatti di cui all'articolo 609bis sono commessi:*

*1. nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni quattordici;*

*2. con l'uso di armi o di sostanze alcoliche, narcotiche o stupefacenti o di altri strumenti o sostanze gravemente lesivi della salute della persona offesa;*

*3. da persona travisata o che simuli la qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio;*

*4. su persona comunque sottoposta a limitazioni della libertà personale;*

*5. nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni sedici della quale il colpevole sia l'ascendente, il genitore anche adottivo, il tutore.*

*La pena é della reclusione da sette a quattordici anni se il fatto é commesso nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni dieci.*

O artigo diz que a pena será de prisão, de seis a doze anos, se as condutas do artigo 609-A forem cometidas contra pessoas menores de quatorze anos, ou com o uso de armas ou substâncias alcoólicas, narcóticas ou drogas e outras substâncias que afetem gravemente a saúde do ofendido, ou por pessoa travestida ou simuladora da qualidade de funcionário público ou encarregado de serviços públicos. E, ainda, contra pessoa que esteja submetida à limitação da liberdade pessoal, bem como contra pessoas que não tenham completado dezesseis anos, quando o culpado seja seu ascendente, mesmo que pai adotivo, ou tutor. O dispositivo ressalva ainda que a pena será de prisão, de sete a quatorze anos, se o delito é cometido contra quem não tenha completado seus dez anos.

O artigo 609-C se refere ao delito de atos sexuais com menores:

*Art. 609-quater (atti sessuali con minorenni). - Soggiace alla pena stabilita dall'articolo 609-bis chiunque, al di fuori delle ipotesi previste in detto articolo, compie atti sessuali con persona che, al momento del fatto: non ha compiuto gli anni quattordici; non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole sia l'ascendente, il genitore anche adottivo, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore é affidato o che abbia, con quest'ultimo, una relazione di convivenza. Non é punibile il minore che, al di fuori delle ipotesi previste nell'articolo 609-bis, compie atti sessuali con un minore che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di età tra i soggetti non é superiore a tre anni. Nei casi di minore gravità la pena é diminuita fino a due terzi. Si applica la pena di cui all'articolo 609-ter, secondo comma, se la persona offesa non ha compiuto gli anni dieci.*

Explicita a norma que se submetem à sanção prevista no artigo 609-B aqueles que, fora das hipóteses já referidas naquele artigo, praticam ato sexual com pessoa que, no momento do fato,

não tenha quatorze anos completos; que não tenha dezesseis anos completos quando o culpado seja seu ascendente, mesmo que pai adotivo, tutor ou outra pessoa a quem, por motivos de saúde, educação, instrução, supervisão ou guarda, o menor é confiado ou tenha, com o ofensor, uma relação de convivência.

Coloca ainda que não são puníveis os menores que, fora dos casos do artigo 609-B, realizem ato sexual com outros menores, se a diferença de idade for de até três anos.

Os casos menos graves, ainda, terão pena reduzida em até dois terços. E se aplicará a pena do artigo 609-B, parágrafo segundo, se o menor não tiver dez anos completos.

O artigo 609-D tipifica a corrupção de menores:

*Art. 609-quinquies (corruzione di minorenni). - Chiunque compie atti sessuali in presenza di persona minore di anni quattordici, al fine di farla assistere, é punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.*

Diz o artigo que quem pratica ato sexual na presença de menor de quatorze anos, a fim de fazê-lo assistir, é punido com prisão de seis meses a três anos.

Na sequência, o artigo 609-E trata da ignorância da idade da pessoa ofendida:

*Art. 609-sexies (ignoranza dell'età della persona offesa). - Quando i delitti previsti negli articoli 609-bis, 609-ter, 609-quater e 609-octies sono commessi in danno di persona minore di anni quattordici, nonché nel caso del delitto di cui all'articolo 609-quinquies, il colpevole non può invocare, a propria scusa, l'ignoranza dell'età della persona offesa.*

A letra da norma diz que quando os crimes previstos nos artigos 609-A, 609-B, 609-C são cometidos com dano à pessoa menor de quatorze anos, e no caso do delito do artigo 609-D, o culpado não pode invocar, como desculpa, a ignorância da idade da pessoa ofendida.



O artigo seguinte, de número 609-F, trata da queixa:

*Art. 609-septies (querela di parte). - I delitti previsti dagli articoli 609-bis, 609-ter e 609-quater sono punibili a querela della persona offesa.*

*Salvo quanto previsto dall'articolo 597, terzo comma, il termine per la proposizione della querela é di sei mesi.*

*La querela proposta é irrevocabile.*

*Si procede tuttavia d'ufficio:*

*1. se il fatto di cui all'articolo 609-bis é commesso nei confronti di persona che al momento del fatto non ha compiuto gli anni quattordici;*

*2. se il fatto é commesso dal genitore, anche adottivo, o dal di lui convivente, dal tutore, ovvero da altra persona cui il minore é affidato per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia;*

*3. se il fatto é commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio nell'esercizio delle proprie funzioni;*

*4. se il fatto é connesso con un altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio;*

*se il fatto é commesso nell'ipotesi di cui all'articolo 609-quater, ultimo comma.*

O artigo fala que os delitos previstos nos artigos 609-A, 609-B e 609-C são puníveis por queixa da pessoa ofendida. Salvo no tocante ao previsto no artigo 597, parágrafo terceiro, o período para propositura da queixa é de seis meses. Ainda positiva que a ação judicial proposta é irrevogável. Porém procede-se de ofício se o fato do artigo 609-A é praticado contra pessoa que no momento do crime não possua quatorze anos completos; se o fato é cometido pelos pais, mesmo que adotivos, ou por seus parceiros, ou pelo tutor, ou por outra pessoa a quem a criança esteja confiada por motivos de cuidados de saúde, educação, guarda ou supervisão; se o fato é cometido por um funcionário público ou pessoa encarregada de serviço público e esteja no exercício de suas funções; se o

fato está ligado a outro delito em que se deva proceder de ofício; ou ainda se o fato é cometido nas hipóteses do artigo 609-C, último parágrafo.

Por sua vez, o artigo 609-G trata da violência sexual em grupo:

*Art. 609-octies (violenza sessuale di gruppo). - La violenza sessuale di gruppo consiste nella partecipazione, da parte di più persone riunite, ad atti di violenza sessuale di cui all'articolo 609-bis.*

*Chiunque commette atti di violenza sessuale di gruppo é punito con la reclusione da sei a dodici anni.*

*La pena é aumentata se concorre taluna delle circostanze aggravanti previste dall'articolo 609-ter.*

*La pena é diminuita per il partecipante la cui opera abbia avuto minima importanza nella preparazione o nella esecuzione del reato. La pena é altresí diminuita per chi sia stato determinato a commettere il reato quando concorrono le condizioni stabilite dai numeri 3) e 4) del primo comma e dal terzo comma dell'articolo 112.*

Diz o artigo 609-G que o estupro (violência sexual) em grupo consiste na participação, por várias pessoas reunidas, em atos de violência sexual na forma do artigo 609-A. Quem os cometer será punido com prisão, de seis a doze anos. A pena será aumentada se concorrerem circunstâncias agravantes previstas no artigo 609-B. Porém, a pena é diminuída para o participante cuja contribuição tenha tido menor importância na preparação ou execução do delito. E também diminui para aqueles que foram determinados a cometer o crime e concorrem as condições estabelecidas nos números III e IV do primeiro parágrafo e no terceiro parágrafo do artigo 112.

O artigo 609-H fala nas penas acessórias e outros efeitos penais:

*Art. 609-nonies (pene accessorie ed altri effetti penali). - La condanna per alcuno dei delitti previsti dagli artico-*

*li 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies e 609-octies comporta:*

*1. la perdita della potestà del genitore, quando la qualità di genitore é elemento costitutivo del reato;*

*2. l'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela ed alla curatela;*

*la perdita del diritto agli alimenti e l'esclusione dalla successione della persona offesa.*

Estabelece tal artigo que a condenação por qualquer dos crimes previstos nos artigos 609-A, 609-B, 609-C, 609-D e 609-G implica na perda de poder do genitor, quando esta qualidade é elemento constitutivo do delito; na perpétua proibição de qualquer função de tutela e curatela; na perda do direito à alimentação e na exclusão na sucessão da pessoa ofendida.

Por fim, o artigo 609-I trata da comunicação ao tribunal de menores:

*Art. 609-decies (comunicazione al tribunale per i minorenni). - Quando si procede per alcuno dei delitti previsti dagli articoli 609-bis, 609-ter, 609-quinquies e 609-octies commessi in danno di minorenni, ovvero per il delitto previsto dall'articolo 609-quater, il procuratore della repubblica ne dà notizia al tribunale per i minorenni.*

*Nei casi previsti dal primo comma l'assistenza affettiva e psicologica della persona offesa minorenni é assicurata, in ogni stato e grado del procedimento, dalla presenza dei genitori o di altre persone idonee indicate dal minorenni e ammesse dall'autorità giudiziaria che procede.*

*In ogni caso al minorenni é assicurata l'assistenza dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia e dei servizi istituiti dagli enti locali.*

*Dei servizi indicati nel terzo comma si avvale altresì l'autorità giudiziaria in ogni stato e grado del procedimento.*

Fala este artigo que, quando se procede por algum dos crimes previstos nos artigos 609-A, 609-B, 609-D e 609-G cometidos

com danos a menores, ou o delito do artigo 609-C, o Ministério Público avisa o Tribunal de Menores. Nos casos previstos pelo primeiro parágrafo, o apoio psicológico e afetivo aos menores ofendidos é assegurado em todos os graus e fases do procedimento, com a presença dos pais ou de outras pessoas eleitas pelo menor e aceitas pelo Tribunal que julga. Em cada caso, ao menor é garantido o apoio dos serviços da administração da justiça de menores e os serviços criados pelas autoridades locais. E dos serviços enumerados no terceiro parágrafo, o Tribunal pode se utilizar em qualquer fase ou grau do procedimento.

Assim, a tutela da liberdade sexual na Itália foi reformada.

Finalmente, no ano de 2006, a Lei n. 38, de 6 de fevereiro (ITALIA, 2006), trouxe disposições em matéria de luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil pela Internet. Alterou os artigos 609-C, 609-F e 609-H do Código Penal Italiano, entre outras disposições.

O artigo 609-C, transcrito acima, teve as seguintes modificações: no primeiro parágrafo, número dois, o conteúdo foi substituído por:

*2) non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore e' affidato o che abbia, con quest'ultimo, una relazione di convivenza.*

Passou, então, a dizer que: “não tendo completado os seus dezesseis anos, quando o culpado é o ascendente, pais, mesmo que adotivos, ou o seu parceiro, o tutor, ou outra pessoa que, por motivos de cuidados de saúde, educação, instrução, supervisão ou de guarda, ou a quem o menor tenha sido confiado, por uma relação de convivência”. Acrescentou, portanto, o parceiro de um dos pais do menor como sujeito ativo do crime.

Inseriu, também, após o primeiro parágrafo:

*Al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 609-bis, l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convi-*

*vente, o il tutore che, con l'abuso dei poteri connessi alla sua posizione, compie atti sessuali con persona minore che ha compiuto gli anni sedici, e' punito con la reclusione da tre a sei anni.*

Ou seja, inserto foi que “fora dos casos previstos no artigo 609-A, o ascendente, os pais, ainda que adotivos, ou o seu cônjuge, ou tutor que, com abuso de poder, em ligação com a sua posição, pratica atos sexuais com uma pessoa menor de dezesseis anos, é punido com prisão de três a seis anos”.

No artigo 609-F, já transcrito acima, foram feitas as seguintes alterações: trocada a idade de quatorze anos prevista no primeiro parágrafo pela de dezoito anos, e substituição do que dispunha até então o segundo parágrafo:

*2) se il fatto e' commesso dall'ascendente, dal genitore, anche adottivo, o dal di lui convivente, dal tutore ovvero da altra persona cui il minore e' affidato per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia o che abbia con esso una relazione di convivenza.*

Ou seja, o parágrafo segundo passou a dispor que “se o fato é cometido por ascendente, pais, ainda que adotivos, ou o seu parceiro, o tutor ou outra pessoa a quem está confiada a criança por motivos de cuidados de saúde, educação, instrução, a supervisão ou guarda, ou de quem tenha com ele uma relação de convivência”.

Finalmente, o artigo 609-H teve as seguintes modificações: no *caput*, após as palavras “*La condanna*” (a condenação), inseriu-se o que se segue: “*o l'applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale*” (ou aplicação da pena, a pedido das partes, nos termos do artigo 444 do Código de Processo Penal).

Ainda, no primeiro parágrafo, onde fala-se em “*elemento costitutivo*”, inclui-se na seqüência “*o circostanza aggravante*” (ou circunstâncias agravantes). Outra mudança foi o acréscimo de um novo parágrafo no final, que disse:

*La condanna o l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per alcuno dei delitti previsti dagli articoli 609-bis, 609-ter e 609-octies, se commessi nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni diciotto, 609-quater e 609-quinquies, comporta in ogni caso l'interdizione perpetua da qualunque incarico nelle scuole di ogni ordine e grado nonche' da ogni ufficio o servizio in istituzioni o in altre strutture pubbliche o private frequentate prevalentemente da minori.*

Esse parágrafo fala: “a condenação ou a aplicação da pena, a pedido das partes, nos termos do artigo 444 do Código de Processo Penal, por qualquer dos crimes previstos nos artigos 609-A, 609-B e 609-G, se cometidos contra pessoa que não tiver completado os seus dezoito anos, ou nos artigos 609-C e 609-D, em qualquer caso, implicará na proibição perpétua de qualquer trabalho nas escolas e institutos, de todos os níveis, bem como de todos os escritórios de serviço ou em instituições públicas ou privadas freqüentadas principalmente por menores”.

A tutela sexual pós 1930, na Itália, revela-se, por meio dessas modificações legislativas, muito coesa com o passar dos tempos, já que as alterações - notadamente mais numerosas nos últimos 12 anos - acompanham as imensas mudanças, e maiores facilidades para o cometimento de delitos sexuais, que se fazem constantes atualmente, tipificando condutas mais coerentes com os dias atuais.

## **COMPARAÇÃO ENTRE AS CONDUTAS CRIMINOSAS**

A evolução dos crimes da lei penal italiana, correspondentes aos crimes da lei brasileira que são definidos como “crimes contra a liberdade sexual”, aconteceu da seguinte maneira:

- *Estupro*: inserto inicialmente no artigo 519 do Código Rocco. Com a Lei nº 66, de 15 de fevereiro de 1996, que reformou o Código Penal Italiano principalmente no referente aos crimes sexuais, passou a ser tipificado pelo artigo 609-A. Teve suas penas aumentadas para o mínimo de cinco anos e máximo de dez anos - a

pena original era de três a dez anos. No mesmo período, no Brasil, o crime que era punido originalmente com reclusão de três a oito anos, após mudanças passou a ser punido com reclusão de seis a dez anos.

- *Atentado violento ao pudor*: definido inicialmente pelo artigo 521 do Código Rocco. A Lei nº 66 de 15 de fevereiro de 1996 fez com que o delito passasse a não ser um crime especificado em artigo próprio. Sua conduta passa a ser uma ramificação das previsões do artigo 609-A. No Brasil, o crime era originalmente punido com reclusão de dois a sete anos. Após alterações, passou a ter pena de reclusão de seis a dez anos.

- *Posse sexual mediante fraude*: não tinha tipificação autônoma no Código Rocco - era uma das hipóteses de ocorrência do crime de estupro (art. 519, parágrafo quarto), tendo a mesma pena do *caput*. Após a reforma por meio da Lei nº 66 de 15 de fevereiro de 1996, continuou sendo uma das hipóteses de configuração de estupro, prevista no artigo 609-A, parágrafo segundo, do reformado Código, com as mesmas penas do *caput*: de cinco a dez anos de prisão. Já no Brasil, apenas o *caput* foi alterado, como já visto.

- *Atentado violento ao pudor mediante fraude*: também não tinha tipificação autônoma no Código Rocco. Mesmo após a entrada em vigor da Lei nº 66 de 15 de fevereiro de 1996, não teve tipificação autônoma, podendo ser considerado também como uma das hipóteses de configuração de estupro, na previsão do parágrafo segundo do artigo 609-A, já que o *caput* usa o termo genérico *atos sexuais*. Por sua vez, no Brasil houve supressão do termo *honesta* presente na norma, o que fez com que ela fosse reescrita, sem maiores modificações.

Ainda em consequência da reforma dos crimes sexuais na Itália, há condutas existentes no atual Código Rocco que não se encontram em tipificações autônomas no Código Penal Brasileiro, mas apenas como disposições gerais a todos os crimes contra os costumes, como o estupro em grupo (Itália: artigo 609-G; Brasil: artigo 213, cumulado com artigo 226, inciso I). E há também previsão expressa no Código Penal Italiano quanto à assistência

às vítimas de crimes sexuais por parte do Estado italiano (artigo 609-I).

Vale ainda acrescentar que o Brasil tipificou, em 2001, o crime de assédio sexual, incluso no artigo 216-A do Código Penal, sem paralelo na lei italiana.

## CONCLUSÕES

Pode-se notar que a reforma da legislação penal da Itália, no tocante aos crimes contra a liberdade sexual, foi muito mais ampla do que a do Brasil.

A Itália mexeu profundamente em seu Código Penal no tocante aos crimes contra a liberdade sexual. Deslocou tais crimes de localização no Código, uniu várias condutas criminosas em uma única, como a união dos antigos crimes de estupro e atos libidinosos no disposto no artigo 609-A do atual Código Rocco. Há também punição específica do estupro cometido em grupo (artigo 609-G), previsão de pena específica para o crime de ato sexual cometido contra menor de dez anos, bem como outras disposições importantes.

No Brasil, as reformas após o Código Penal de 1940 foram pontuais. Apesar da inovação surgida com a inclusão do crime de assédio sexual no Código Penal (artigo 216-A), o restante continua sem grandes mudanças. A Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990) inovou no sentido de incrementar as penas para os delitos de estupro (artigo 213) e atentado violento ao pudor (artigo 214) e suas formas qualificadas (artigo 223), o que deixa claro que tal lei foi criada para aplacar o instinto punitivo da sociedade - à época, o clamor popular por penas mais duras se fazia sentir, já que houve um assassinato de grande repercussão.

As outras mudanças trataram apenas de adequar a redação legislativa aos tempos atuais, como através da retirada do termo “mulher honesta” do Código, termo que é bastante preconceituoso para os dias de hoje. E tal retirada serviu para, no caso do crime de atentado violento ao pudor mediante fraude (artigo 216), com a *substituição* do termo pela palavra *alguém*, incluir o homem como possível vítima de tal conduta.



Portanto, é necessária maior destreza por parte do legislador brasileiro. Uma boa idéia que poderia ser importada do legislador italiano é a de fundir as condutas criminosas de estupro (atual artigo 213, CP) e atentado violento ao pudor (atual artigo 214, CP) em um único crime, pois são condutas assemelhadas, que acabam por se complementar, permitindo a punição mais eficaz de quem quer que seja o sujeito ativo e o sujeito passivo dessas condutas, hoje ainda separadas - nas quais o estupro, em seu sentido amplo, só é possível de ser cometido por homem contra mulher.

A mudança de costumes, de moral e pensamento da sociedade não pode mais ficar à mercê de um Código elaborado no decorrer de uma ditadura (a de Getúlio Vargas, do Estado Novo - 1937 a 1945). Apesar de o Código Rocco também ter sido concebido em um governo totalitário, sua adequação aos tempos modernos tem sido mais eficiente. É passada a hora de os congressistas darem respostas legislativas a anseios da sociedade, inclusive quanto aos crimes contra a liberdade sexual. ☐

# A Aplicação Analógica da Lei Maria da Penha

Rodrigo Bossi de Pinho

*Delegado da Secretaria de Segurança do Estado de Minas Gerais. Ex-aluno da EMERJ.*

Recentemente, tivemos a oportunidade de publicar artigo acerca das questões controvertidas inauguradas pela ainda novel legislação de tutela dos interesses de mulheres em situação de violência doméstica: a tão combatida e não menos aclamada “Lei Maria da Penha”. Naquele texto, tentamos esclarecer algumas dúvidas que envolvem a possibilidade do emprego do procedimento sumaríssimo e da exigência de representação da ofendida para a ação penal nos casos de lesões corporais ocorridas no âmbito familiar.

Na época, fizemos menção à possibilidade de aplicação da Lei 11.340/06 em hipóteses outras, além daquelas de violência de gênero nas relações domésticas ou familiares, cuja tutela a referida legislação surgiu especificamente para regular. Apoiei minha justificativa no chamado *poder geral de cautela*, reconhecido pelo processo civil ao magistrado, na forma do artigo 798 do Código de Processo Civil.<sup>1</sup>

No presente trabalho, busco, portanto, fazer um aprofundamento nas questões relativas ao emprego analógico da Lei, tanto em hipóteses de violência dentro do âmbito familiar, quanto fora dele, bem como além das relações *homem x mulher*, situação em que esta é parte hipossuficiente.

---

<sup>1</sup> PINHO, R. B. “Questões controvertidas sobre a Lei Maria a Penha: Procedimento sumaríssimo e representação da vítima”. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 42, p. 176-186, 2008.

## 1. DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA

Publicada a Lei 11.340/06, os mais afoitos apressaram-se a atribuir-lhe a pecha da inconstitucionalidade. Alegavam que a Lei, ao tutelar os interesses das mulheres, ofendia o princípio da isonomia, alheios ao fato de que a razão de existência mesma da lei é dar efetividade a esse princípio.

O fundamento da lei é a hipossuficiência, que torna desproporcional a relação entre homens e mulheres. De fato, a desigualdade é natural nas relações humanas e, a propósito, nas relações entre todos os animais. A igualdade, a seu turno, é racional. Afastamos as desigualdades à medida que exercitamos a razão, por isso, quanto mais evoluída é uma sociedade, menores são as desigualdades sociais. Até certo ponto, as desigualdades são positivas, e o limite que cerceia o abuso é exatamente ter a dignidade da pessoa humana como valor inexorável. A partir desse pressuposto, conclui-se que a hipossuficiência deve ser tutelada quando relega o cidadão a uma condição indigna.

Ninguém deixaria de reconhecer a ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana na situação de uma mulher submetida a toda sorte de abusos por parte de seu companheiro, sem qualquer amparo social ou legal, e, conseqüentemente, reconhecer a inconstitucionalidade da omissão legislativa no tocante a uma norma protetiva do interesse de mulheres nessa situação. Editada a referida norma, como pode ser ela inconstitucional? A Lei Maria da Penha é constitucional justamente porque efetiva o princípio da igualdade, minimizando a equação das forças nas relações humanas e elevando a mulher hipossuficiente a um mínimo existencial de dignidade.

Inconstitucionalidade, portanto, não pode ser reconhecida na existência de lei que tutela os interesses de mulheres. Contudo, a inconstitucionalidade surge quando passamos a negar a ampliação dos efeitos dessa lei a outros casos de desigualdade de forças nas relações humanas que submetem uns ao alvedrio de outros, abaixo de um patamar mínimo de dignidade.

Ora, a criança, o idoso, o deficiente físico ou mental não se diferem da mulher em situação de hipossuficiência. Até mesmo o homem adulto e saudável pode se encontrar nessa situação, pois hipossuficiência não é mensurável objetivamente e, logo, lei nenhuma pode prever quem é o sujeito hipossuficiente. O que a lei faz é supor que alguém, em uma determinada situação, pode ser considerado hipossuficiente. E justamente porque a lei não pode prever tudo é que surgem as lacunas, que devem ser supridas pela integração.

Dessa forma, o que seria inconstitucional é a negação da integração da norma, o óbice a sua aplicação analógica aos casos semelhantes, por ela não expressamente abarcados, e não a sua mera existência. Extirpar a lei do ordenamento seria muito mais inconstitucional.

A jurisprudência mineira vem corroborando esse entendimento. De acordo com o voto de lavra do Exmo. Desembargador do TJMG, relator no recurso de n.º 1.0672.06.225305-5/001(1), Dr. Judimar Biber, “a inconstitucionalidade por discriminação propiciada pela Lei Federal 11.340/06 (Lei Maria da Penha) suscita a outorga de benefício legítimo de medidas assecuratórias apenas às mulheres em situação de violência doméstica, quando o art. 5º, II, c/c art. 226, § 8º, da Constituição Federal não possibilitaria discriminação aos homens em igual situação, de modo a incidir em inconstitucionalidade relativa, em face do princípio da isonomia. Tal inconstitucionalidade, no entanto, não autoriza a conclusão de afastamento da lei do ordenamento jurídico, *mas tão somente a extensão dos seus efeitos aos discriminados que a solicitarem perante o Poder Judiciário*, caso por caso. Não é, portanto, possível a simples eliminação da norma produzida como elemento para afastar a análise do pedido de qualquer das medidas nela previstas, porque o art. 5º, II, c/c art. 21, I e art. 226, § 8º, todos da Constituição Federal se compatibilizam e se harmonizam, propiciando a aplicação indistinta da lei em comento tanto para mulheres, quanto para homens em situação de risco ou de violência decorrentes da relação familiar.”

## 2. O CONTEÚDO DA LEI 11.340/06, SUA NATUREZA JURÍDICA E O INSTITUTO DO *RESTRAINING ORDER* DO DIREITO ANGLO-SAXÃO

No dia 30 de outubro de 2008, a revista *Consultor Jurídico* publicou matéria intitulada “Lei Maria da Penha é Aplicada para Proteger Homem”. A matéria noticiou a decisão de magistrado do Juizado Especial Criminal Unificado de Cuiabá, que concedeu medidas protetivas de urgência ao ofendido, em desfavor da mulher, aplicando analogicamente a Lei 11.340/06, ao seguinte fundamento: “não podemos aplicar a lei penal por analogia quando se trata de norma incriminadora, porquanto fere o princípio da reserva legal”, mas, “não quer dizer que não podemos aplicá-la *in bonam partem*, ou seja, em favor do réu quando não se trata de norma incriminadora, como prega a boa doutrina”<sup>2</sup>.

A primeira questão que se apresenta tormentosa ao hermenêutica no tratamento da Lei 11.340/06 é a definição da natureza jurídica da norma. Sua definição, por mais simples que isso possa parecer, tem influência direta sobre diversos aspectos controvertidos acerca de sua aplicação, notadamente no que tange à integração do direito. A decisão acima é exemplo pontual disso. A Lei 11.340/06, deve-se deixar bem claro isso *ab initio*, é *norma processual*. O ponto em que se quer chegar com essa afirmação é simples, ela traz norma adjetiva, não é material em seu sentido estrito, nem, muito menos, “norma penal incriminadora”.

Essa lei define o que configura violência doméstica ou familiar contra a mulher e as suas formas, ou seja, a hipótese de sua incidência. Logo após, passa a tratar de matérias processuais, inclusive o atendimento pela autoridade policial e disposições gerais acerca do procedimento. Feito isso, ela ingressa em um campo eminentemente cautelar, trazendo as *medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, arroladas no art. 22, e as medidas protetivas de urgência à ofendida, nos artigos 23 e 24*.

Primeiramente, deve-se deixar bem claro que é exatamente essa parte da lei que dispõe acerca das medidas protetivas a que todo este trabalho se refere. De fato, a lei traz previsões de cunho

<sup>2</sup> <http://www.conjur.com.br/static/text/71290,1>.

material na única parte que alterou o Código Penal. Não se cogita sobre a aplicação analógica de tais previsões, não somente porque a estrita legalidade não permite, mas, principalmente, porque tais normas não existem por si sós. Se uma norma surge e aumenta uma pena do Código, o que vale é este último, não a lei que o alterou.

A maior parte dessas medidas já era prevista na legislação pátria em diplomas normativos diversos, como os alimentos provisionais, mas outras medidas protetivas que a lei arrola jamais foram positivadas na legislação até a sua edição. Nesses casos, o que fez a Lei foi importar para o Brasil um instrumento cautelar já há muito conhecido no direito comparado como **Restraint Order**, **Restraining Order**, ou **Order of Protection** - várias denominações para uma mesma forma de medida cautelar.

No direito australiano, de acordo com a Divisão Criminal da Corte de Magistrados da Tasmânia, **Restraint Order** é “uma ordem de uma corte, que pode restringir o contato entre pessoas ou impor condições ao seu comportamento”. Tal ordem é dada quando um juiz reconhece a existência de “risco de violência física contínua, comportamento ameaçador, dano à propriedade, invasão de domicílio etc.”. Pode ser de duas espécies: a) “**Interim (temporary) Orders**: em casos urgentes, uma ordem temporária pode ser decretada pelo magistrado mesmo antes de ouvido o réu. Uma ordem temporária usualmente mantém-se válida até a próxima audiência ou pelo prazo que o juiz considerar apropriado” e b) “**Final Orders**: tais ordens podem ser decretadas após a citação em audiência, de ofício, ou mediante pedido ou acordo das partes”<sup>3</sup>.

A seu turno, o direito norte-americano define **Restraining Order** como “um comando da corte decretado após o ajuizamento de uma ação de **Injunction**, proibindo o réu da prática de qualquer ato ameaçador até que a audiência possa ser realizada”. **Injunction**, por sua vez, “é uma ordem judicial pela qual um indivíduo é obrigado a praticar um ato em particular ou é proibido de fazê-lo; ordena a prática de um ato que a corte entende

<sup>3</sup> [http://www.magistratescourt.tas.gov.au/divisions/criminal\\_and\\_general/restraint\\_orders](http://www.magistratescourt.tas.gov.au/divisions/criminal_and_general/restraint_orders) (versão do tradutor).

como essencial à justiça, ou proíbe um ato considerado contrário à “boa consciência”<sup>4</sup>.

Podemos observar que, tanto no exemplo australiano quanto no americano, os institutos têm natureza, guardando as suas próprias características, ora de medida cautelar, ora de antecipação de tutela.

No direito norte-americano, a ***Restraining Order*** também se subdivide em temporária e permanente, sendo esta última decretada ***inaudita altera pars***, necessária em função da celeridade. A ordem permanente, conhecida por ***Order of Protection*** ou ***Protective Order***, é dada usualmente em casos em que a parte está sendo molestada, perturbada, importunada. As duas formas podem ser utilizadas antes ou durante o processo de ***Injunction***; ou mesmo independentemente da existência do processo, cuja natureza é comparável, em alguns casos, à da tutela específica do direito pátrio, podendo, portanto, ter cunho material.

Ressalte-se que, de acordo com a doutrina estadunidense, ***“a Restraining Order pode ser utilizada em uma vasta gama de situações, inclusive em disputas trabalhistas, quebra de patentes, importunações de toda sorte, além de em abuso doméstico e em causas de família”***<sup>5</sup>.

A Lei Maria da Penha, a seu turno, colocando-se de uma forma mais didática, nada mais fez que arrolar várias medidas cautelares, tanto as já previamente existentes em nosso universo jurídico, quanto as oriundas da doutrina alienígena, sob a denominação de Medidas Protetivas de Urgência.

Aonde se quer chegar com essa explanação? Pretende-se destacar que, mesmo no que tange à matéria não anteriormente positivada na legislação pátria, ***o conteúdo da lei tem natureza processual, notadamente, cautelar***. Ela não pode ser considerada lei penal em sentido estrito, como querem alguns, já que somente poderia ser “chamada” de lei penal no tocante à competência para

<sup>4</sup> <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Restraining+Order> e <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Injunction> (versão do tradutor).

<sup>5</sup> Ob. Cit.

a sua aplicação - diga-se de passagem, a competência que a própria lei traz, pois, conforme demonstraremos, ela tem uma aplicação muito mais ampla, extrapolando a esfera criminal. Menos ainda, frisamos, poderia ser considerada norma penal incriminadora. Logo, a conclusão a que chegamos é a de que nada impede a sua aplicação analógica, mesmo porque, conforme já demonstramos, negar a sua aplicação analógica tornaria a lei inconstitucional, por ofensa ao princípio da isonomia.

### **3. O PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ E AS MEDIDAS PROTEATIVAS DE URGÊNCIA**

A par das medidas cautelares típicas ou nominadas, previstas no Código de Processo Civil em seu artigo 813 e seguintes, além de outros diplomas, de acordo com o artigo 798 do CPC, “poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”. É o que a doutrina costumou chamar Poder Geral de Cautela. Arremata o Código, em seu artigo seguinte, dispondo que “poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução” (art. 799).

Na lição do insigne professor Alexandre Freitas Câmara, “o poder geral de cautela é, portanto, um poder atribuído ao Estado-Juiz, destinado a autorizar a concessão de medidas cautelares atípicas, assim compreendidas as medidas cautelares que não estão descritas em lei, toda vez que nenhuma medida cautelar típica se mostrar adequada para assegurar, no caso concreto, a efetividade do processo principal. Trata-se de poder que deve ser exercido de forma subsidiária, pois que se destina a completar o sistema, evitando que fiquem carentes de proteção aquelas situações para as quais não se previu qualquer medida cautelar típica”<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v. 3, p. 49.



Suponhamos, então, o seguinte caso hipotético: Edna, em processo de separação litigiosa de Orlando, vem sendo perseguida por este de forma constante. Em tais oportunidades, ela é molestada moralmente com toda sorte de injúrias, em todos os locais que frequenta, seja no seu trabalho ou mesmo durante as horas de lazer, já tendo sido ofendida fisicamente no interior de um shopping center, na presença de todos os transeuntes do local. Várias ocorrências foram registradas, sem que qualquer ação fosse tomada pelas autoridades competentes, e Orlando insiste em continuar molestando a ex-esposa, certo de que o pior que poderia lhe acontecer é ser chamado ao Juizado Especial para uma transação.

Fosse pela primeira parte do fato citado, o leitor não faria ideia de quando o fato ocorreu; exemplos como esse aportam nas delegacias todos os dias. É a parte final que leva o leitor a concluir ser o exemplo recente, porém anterior à Lei 11.340/06, uma vez que, após o advento desta, as consequências para Orlando seriam muito mais gravosas.

Pois bem, Edna junta petição no processo de separação, na qual explica ao magistrado a penúria que vem enfrentando e comprova, de maneira inequívoca, as agressões que vem sofrendo. Ela pede ao magistrado que lhe seja deferida uma medida cautelar suficiente para afastar seu ex-marido de sua vida, para que ele mantenha distância de sua pessoa, lhe proporcionando paz de espírito.

Ninguém, antes do advento da Lei Maria da Penha, se ariscaria a dizer que tal medida seria uma cautelar inominada e, logo, seria hipótese de aplicação do Poder Geral de Cautela do magistrado. Se o pedido seria deferido, é precário afirmar, mas não existiria óbice ao seu deferimento. Tal pedido poderia ser feito por qualquer pessoa, em qualquer situação. Fosse um senhor idoso, constantemente agredido pelo seu vizinho, o pedido seria possível; fosse um incapaz, sob o jugo de seu curador, não seria diferente; nem mesmo o trabalhador do campo, explorado pelo patrão, fugiria à regra.

Voltando ao nosso exemplo, para a sorte de Edna, surge uma nova legislação que tutela os interesses de mulheres em situação

de violência familiar. Ela imagina: “já ia mesmo pedir ao juiz a medida cautelar inominada. Mais fácil ficou agora, vez que a medida está prevista no artigo 22, inciso III, alínea ‘a’ da Lei 11.340/06”. Passou ela, portanto, a ser nominada. “Está tudo garantido”, conclui. Ela peticiona ao juiz do processo de separação, requerendo a aplicação analógica da lei ao seu caso, e o magistrado nega, declarando-se incompetente e ainda sugerindo que tal pedido deveria ser feito a um juiz com competência criminal. Tal qual Edna, o idoso, o incapaz e o trabalhador também sequer têm seus pedidos apreciados.

Seguindo o mesmo raciocínio, analisamos o seguinte caso. Anastácia, senhora idosa e aposentada, moradora de um aglomerado, tem uma filha de 35 anos, Alzira, alcoólatra e drogada, que a agride todos os dias, exigindo-lhe as parcas economias para a compra de *crack*. A Sra. Anastácia, não suportando mais aquela situação, registra uma ocorrência contra a própria filha e solicita ao delegado que elabore o pedido cautelar de aplicação da Lei Maria da Penha em seu favor. O delegado explica àquela senhora que a Lei não contempla o seu caso, simplesmente porque o agressor não é homem.

O que mudou com o advento da Lei Maria da Penha? A norma arrolou, conforme tivemos oportunidade de salientar, medidas cautelares já existentes no ordenamento pátrio e positivou outras tantas, que antes eram tratadas como inominadas e perfeitamente passíveis de aplicação, utilizando-se o Poder Geral de Cautela do juiz. Além disso, em seu art. 33, a Lei atribui a competência cível às *varas criminais* para o julgamento das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra mulher. É isso o que vem dando azo a todo tipo de inconsistências interpretativas e integrativas.

Parece haver, com a devida vênia, um descaso interpretativo generalizado ao se cuidar da matéria. É mais fácil indeferir pedidos ou declarar-se incompetente, do que enfrentar o problema, chamar para si a responsabilidade pela inovação. Ora, se antes da lei as medidas já existiam, fossem elas nominadas ou inominadas, e podiam ser deferidas, porque então negar deferimento ao pedi-

do? Unicamente porque o requerente pediu a aplicação analógica da lei? Não parece assistir razão ao raciocínio.

Temos em vista que a melhor solução para essa questão, ultrapassada a inevitável conclusão de ser possível a aplicação analógica da Lei em função da sua natureza, deve vir do estudo de casos concretos. Acreditamos, sinceramente, já ter demonstrado fundamentos suficientes para essa conclusão. Resta, agora, analisar quem, quando, onde e como a analogia pode ser aplicada e assim o faremos, mediante a análise de grupos de casos que diuturnamente chegam ao conhecimento da autoridade policial.

#### **4. O ESTUDO DOS GRUPOS DE CASOS**

Toda norma pode servir a interesses legítimos como, também, a escusos propósitos. A Lei Maria da Penha não foge a esse padrão. Muitas requerentes têm se valido das prerrogativas da Lei para provocar transtornos ou intimidar ex-consortes. Muitos casos, inclusive corriqueiros, são motivados por ciúmes. A esses casos em que a mulher se utiliza da Lei de forma abusiva, apenas para fins didáticos, dá-se o nome de inversão. São hipóteses que seriam englobadas pela Lei 11.340/06 como situações de violência doméstica, não fosse por uma singela diferença: não é a mulher a parte hipossuficiente, mas o homem. São eles as verdadeiras vítimas na relação. Com efeito, casos há em que o homem é parte hipossuficiente, seja por uma desproporção física ou mesmo psicológica, ou ainda por qualquer deficiência do sujeito passivo. Nessas hipóteses, a mulher é quem se apresenta como agressora, enquanto o homem é ofendido.

Nesse contexto, advindo a agressão de uma relação afetiva qualquer, mesmo que temporária e finda, estaria configurada uma relação doméstica ou familiar, ainda que não tenha ocorrido contra mulher. Ao que tudo indica, a lei não afasta a condição de violência doméstica ou familiar da hipótese apenas pela circunstância de a parte ofendida ser homem. Muito pelo contrário, quando a norma altera, em seu art. 44, a previsão acerca das lesões corporais do art. 129, § 9º, do Código Penal, expressamente inclui o homem.

Não resta dúvida de que a Lei Maria da Penha atribuiu competência ao juiz criminal para o julgamento das ações cíveis advindas da prática de violência doméstica e familiar *contra a mulher*. A questão seria, então, aferir a possibilidade de o homem requerer medidas protetivas no juízo criminal, por analogia. Entendemos que é possível. A Lei não proibiu, e vimos que é perfeitamente possível a sua aplicação analógica, uma vez que a norma tem natureza processual, cautelar, e não material, penal, incriminadora. Além da inevitável conclusão de que, acaso não fosse possível a analogia, haveria ofensa ao princípio da isonomia.

E não menos verdadeira é a assertiva de que a Lei não deu caráter de exclusividade à competência das varas criminais, apenas apontou que, daquela data em diante, as varas criminais *acumulariam* a competência cível, pois obviamente a criminal é exclusiva. Andou mal a lei no que tange à expressão “acumulariam”, pois ela pode levar o leigo a entender que as varas cíveis também teriam competência criminal, o que seria inimaginável.

Logo, é forçoso concluir que as varas cíveis continuam competentes para o julgamento das causas cíveis advindas da prática de violência familiar contra a mulher. Seria um absurdo conceber a ideia de que toda ação indenizatória oriunda da prática de violência doméstica contra a mulher tivesse que ser encaminhada ao juízo criminal.

Diante disso, também o homem tem o direito de requerer medidas protetivas no juízo cível, seja na forma de aplicação analógica da Lei à sua hipótese, seja - dando-se o nome que se queira dar - seja na forma de uma cautelar inominada, pois ou se entende que é possível a analogia ou, então, é inominada a medida. Dessa forma, estariam incluídas na mesma linha de raciocínio interpretativo todas as hipóteses de violência doméstica cujo sujeito passivo, hipossuficiente, seja do sexo masculino: o idoso, o deficiente físico ou mental etc..

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais vem sinalizando nesse sentido, conforme o citado acórdão ao qual remetemos o leitor, ao menos no que tange à extensão de medida protetiva. Nesta, deferidas as medidas protetivas para a mulher vítima de violência do-

méstica, o homem requer a extensão das mesmas medidas em seu benefício, mais precisamente, aquela que ordena o afastamento do agressor da ofendida (***Restraining Order***). O acórdão, contudo, não vem sendo acompanhado pelos juízes de primeiro grau, o que comprova a tese de que os desembargadores apresentam posições mais vanguardistas, que as dos juízes.

Poderá haver também, e efetivamente há, situações em que a desigualdade ofensiva à dignidade da pessoa humana ocorra entre pessoas do mesmo sexo. O segundo exemplo citado, na verdade, é uma situação real vivenciada em nosso cotidiano policial. Acreditamos que o caso cai em uma mesma vala comum na qual se encontra a inversão, ou seja, a Sra. Anastácia, personagem do segundo exemplo, poderá requerer, perante a autoridade policial, as medidas protetivas de urgência em desfavor de sua filha, para que sejam apreciadas por um juiz criminal, ou poderá fazer o mesmo perante um juízo cível.

Negar proteção à mulher em uma situação de hipossuficiência ofensiva à sua dignidade, advinda de uma relação doméstica ou familiar com outra mulher, é negar a própria isonomia. Se a lei, à guisa de exemplo, garante proteção à figura feminina de um casal heterossexual, deve também tutelar o interesse da mulher hipossuficiente em uma relação homossexual. Logo, se essa mulher procura a delegacia ou o juízo criminal para buscar medidas em desfavor de sua companheira, filha, mãe, irmã etc., deverá ter o seu pedido deferido.

Nesse mesmo sentido, acreditamos ser também possível ao homem hipossuficiente ver deferido a seu favor medidas protetivas requeridas em face de outro homem em virtude da prática de violência doméstica ou familiar. É o caso, também já vivenciado, do pai que agride desarrazoada e insistentemente o próprio filho sob poder familiar.

Recentemente, tivemos a oportunidade de analisar uma ocorrência policial em que o marido havia agredido a esposa. O filho adolescente interveio em benefício da mãe e também foi surrado. Ele nos disse que não mais suportava as constantes agressões contra sua genitora, e que ela nunca tomava nenhuma providência.

Ele também era ocasionalmente agredido. Por sorte, dessa feita, a esposa, tomando as dores do filho, representou e requereu medidas protetivas contra o marido, o que veio beneficiar o filho. Ausente a iniciativa da mãe, mesmo acreditando ser possível a aplicação analógica da Lei ao caso do filho, sabíamos de antemão da pouca probabilidade de deferimento de um pedido nesse sentido.

Em suma, entendemos ser perfeitamente possível a aplicação analógica da Lei, tanto no juízo criminal, quanto no cível, nas causas advindas de violência doméstica, mesmo não sendo a mulher a ofendida, como nas hipóteses de inversão, bem como nas relações de mesmo gênero, seja ele feminino ou masculino.

## **5. DAS HIPÓTESES DE VIOLÊNCIA FORA DO ÂMBITO FAMILIAR OU DOMÉSTICO**

Discutimos acerca da constitucionalidade da Lei 11.340/06. Vimos que uma das maneiras de adaptá-la de forma a atender melhor nossa Constituição seria considerar a possibilidade de sua aplicação analógica a outros casos de violência doméstica ou familiar, além daqueles que têm a mulher por sujeito passivo. Observamos também que quando cogitamos a aplicação analógica da lei, estamos tratando dos dispositivos referentes às medidas protetivas de urgência, de cunho cautelar e, portanto, perfeitamente passíveis de serem utilizados na integração.

Trataremos agora de estender os efeitos da Lei além do ambiente doméstico e familiar. Suponhamos o seguinte caso: Antônio deve dinheiro a Nestor, em virtude de um contrato de compra e venda de um veículo. Ocorre que Antônio vem enfrentando sérias dificuldades financeiras, não dispondo de recursos para o pagamento. Em razão disso, Nestor vem constrangendo e ameaçando Antônio, tendo contratado, inclusive, dois “brutamontes” para cuidar da cobrança. Seria possível Antônio requerer a aplicação das medidas protetivas arroladas pela Lei Maria da Penha a seu favor?

Acreditamos que sim. Cremos ser perfeitamente possível, uma vez que já seria, mesmo antes do advento da Lei, pelo menos no juízo cível. Ocorre que a mera sugestão de emprego analógico

da Lei parece causar certo desconforto ao juiz de primeiro grau. O desconforto é justificável, a regra é a aplicação de uma lei a um caso concreto, o processo de integração é exceção. Se a utilização analógica da lei, no juízo criminal, a um caso de violência doméstica em que o sujeito passivo é homem já encontra resistências de todos os lados, com muito mais razão haveria de encontrar também no juízo cível.

Não obstante, conforme alhures exposto, a resistência não se sustenta. Não se pode atribuir qualidade “penal” a uma norma em função da sua vestimenta - a lei. A natureza da norma jurídica contida na Lei Maria da Penha, cuja aplicação analógica se cogita, é processual, cautelar, portanto, não se proíbe a analogia.

O processo, por sua vez, deve acompanhar o ritmo dos tempos e o vem fazendo. Alterações vêm sendo introduzidas, tanto no processo civil, quanto no penal, com o principal objetivo de trazer efetividade a direitos. Por um lado, no processo civil, o juiz já dispunha do Poder Geral de Cautela e, portanto, poderia deferir qualquer medida que julgasse necessária e proporcional para afastar a lesão ou o perigo de lesão a um direito. Por outro, no processo penal, a Lei atribuiu competência cível ao juiz criminal justamente para a aplicação das medidas protetivas. Consequentemente, tanto em um juízo quanto em outro, negar a aplicação analógica da lei, além de ser inconstitucional por ofensa à isonomia, fere essas mesmas diretrizes, que motivam a evolução do processo.

Assim, se o nosso personagem Antônio procura a autoridade policial para registrar uma ocorrência pelo constrangimento que vem sofrendo, deve o Estado, além de providenciar a apuração do fato criminoso e punir o infrator, buscar o instrumento mais eficiente para fazer cessar o abuso. E se esse instrumento é o emprego analógico da Lei, que se faça justiça então.

O caso de Antônio é semelhante a outros diversos. A mulher assediada pelo chefe, o trabalhador constrangido em seu emprego etc., todos têm um denominador comum ao de Maria da Penha: encontram-se em uma condição de inferioridade em relação aos ofensores. Negar-lhes a proteção ao argumento de que a lei não previu as suas respectivas hipóteses é privilegiar a forma em pre-

juízo do direito material e, pior, em prejuízo do princípio reitor de todo o nosso ordenamento, a dignidade da pessoa humana.

## 6. CONCLUSÕES

**6.1** A Lei Maria da Penha não é inconstitucional. Ela surgiu para tutelar os interesses da mulher hipossuficiente, dando efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana. Inconstitucional é negar ao cidadão, independentemente de sexo, parentesco ou afinidade, a sua aplicação analógica;

**6.2** A natureza jurídica da Lei, na parte cuja aplicação analógica se questiona, é processual. Ela não tem natureza criminal, como afirmam alguns. Ela arrola medidas cautelares previamente existentes, como os alimentos provisórios, e positiva outras tantas, como as **Restraining Orders** do direito comparado;

**6.3** Tratando-se de medidas cautelares, não se proíbe a sua utilização analógica para a integração do Direito. A aplicação dos seus preceitos já era possível na esfera civil antes do advento da Lei, seja como medidas cautelares nominadas ou inominadas, utilizando-se, quanto a estas, o Poder Geral de Cautela;

**6.4** A Lei pode ser aplicada analogicamente nas mais variadas situações, independentemente do sexo da parte ofendida, da natureza da relação que originou a violência, ou da natureza da causa, se cível ou criminal, uma vez que negar a sua aplicação é ofender os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana. 