

ISSN 2236-8957

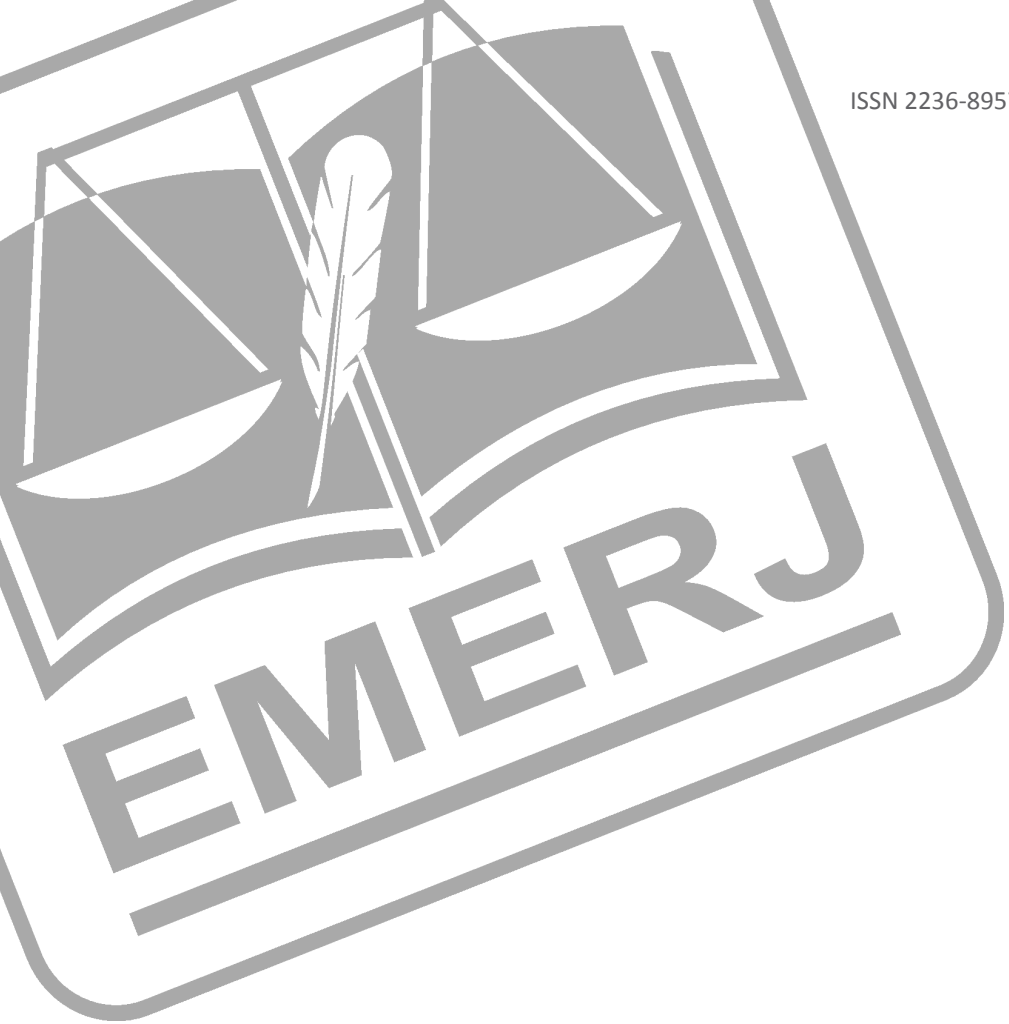
REVISTA DA

EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - v. 14 - n. 54 - Abril/Maio/Junho - 2011



ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

v. 14 - n. 54 - 2011
Abril/Maio/Junho

Rio de Janeiro

R. EMERJ	Rio de Janeiro	v. 14	n. 54	p. 1-307	abr-jun. 2011
----------	----------------	-------	-------	----------	---------------

© 2011 EMERJ

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

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

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

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Programação Visual:** Jaqueline Diniz (editoração eletrônica) e André Amora (capa); **Revisão Ortográfica:** Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silves.

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

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

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
Av. Erasmo Braga, nº 115/4º andar - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20020-903
Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3365
www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Diretoria da EMERJ

❖ DIRETORA-GERAL

Des^a. Leila Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano

❖ CONSELHO CONSULTIVO

Des^a. Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo

Des. Milton Fernandes de Souza

Des. Jessé Torres Pereira Júnior

Des. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

Des. Ricardo Couto de Castro

Des. Elton Martinez Carvalho Leme

❖ PRESIDENTE DA COMISSÃO ACADÊMICA

Des. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

❖ COMISSÃO DE INICIAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des^a. Elisabete Filizzola Assunção

Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes

Des. Wagner Cinelli de Paula Freitas

Des. Claudio Brandão de Oliveira

Des. Claudio Luis Braga Dell'Orto

Des. Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

❖ COORDENADOR DE ESTÁGIO DA EMERJ

Des. Edson Aguiar de Vasconcelos

❖ SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO

Rosângela Pereira N. Maldonado de Carvalho

❖ ASSESSORA DA DIRETORA-GERAL

Maria de Lourdes Cardoso da Rocha

Sumário

- 6 | Apresentação**
- 7 | Algumas Características Especiais do Processo Civil Sueco**
Frank Orton
- 15 | Cumprimento da sentença pecuniária nos Juizados Especiais Cíveis**
Daniel Roberto Hertel
- 28 | A Filosofia do Direito como Disciplina no Curso de Aperfeiçoamento de Magistrados: Uma Primeira Impressão**
Eduardo Antônio Klausner
- 40 | A Execução de Título Extrajudicial sobre a qual se Aplicam as Regras da Provisória Exequibilidade (Discussões acerca do Artigo 587 do Código de Processo Civil)**
Felipe de Ornelas Caldas
- 74 | Estado de Direito e Estado de Legalidade. A Aplicação da Boa-Fé Objetiva aos Contratos Administrativos.**
Flávio Tartuce
- 93 | Visita Íntima a Detentos em Presídios - Possibilidade de Condicionamento e de Restrição para Evitar Contágio de Doenças Sexualmente Transmissíveis.**
Flávio de Araújo Willeman
- 117 | Algumas Notas Sobre o Controle Jurisdicional da Arbitragem**
João Bosco Won Held Gonçalves de Freitas Filho
- 138 | Teoria da Restituição. A Filosofia do Direito e as relações de Direito Cósmico**
Lia Pantoja Milhomens

- 155 | Aspectos gerais acerca da responsabilidade civil no transporte terrestre de passageiros**
Luis Felipe Salomão
- 174 | Experiência na Gestão da Terceira Vara Cível e na Coordenação do SIGA**
Maria Cristina Barros Gutiérrez Slaibi
- 183 | O Magistrado e o Ideal de Justiça**
Reis Friede
- 191 | O vício da decisão judicial fundada em lei declarada inconstitucional ou fundada em interpretação ou aplicação da lei, tidas pelo STF como incompatíveis com a Constituição: mais um caso de coisa julgada inconstitucional?**
Ricardo Marques de Almeida
- 227 | As *astreintes* e o seu tratamento pelo NCPC**
Rodolfo Kronenberg Hartmann
- 238 | Justiça e Direito. O que é Justiça?**
Sandro Lucio Barbosa Pitassi
- 259 | Anotações sobre o novo art. 387, IV, do CPP: o valor mínimo indenizatório na sentença penal condenatória.**
Sauvei Lai
- 271 | A Relevância da Ética Judiciária no Estado Contemporâneo**
Sérvio Túlio Santos Vieira
- 296 | A inquirição de testemunhas em audiências criminais: controvérsias acerca da interpretação do artigo 212 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 11.690/2008.**
Vlamir Costa Magalhães
- 307 | Normas para apresentação de artigos**

Apresentação

Com a edição n. 53, em versão *on-line*, a REVISTA DA EMERJ, no alvorecer deste 14º ano de circulação, atingiu novo patamar e se mantém como uma das ferramentas da atividade profissional da Escola da Magistratura do Estado do Rio Janeiro, qual seja, difundir a cultura jurídica.

A edição n. 54, que apresentamos, é mais um passo que estamos dando para a concretização de um dos projetos prioritários, estabelecido quando assumimos a EMERJ, no início deste ano: a circulação da nossa Revista, na íntegra, em versão eletrônica.

Graças à efetiva atuação da Biblioteca, por sua Diretora, Maria Beatriz Gouvêa Pontes de Carvalho, foi concedido o International Standard Serial Number (ISSN) também a esta versão. Para tanto, tivemos que atender a alguns requisitos, a começar com a rediagramação da capa – ainda com imagem do Cristo Redentor que marcou o lançamento da Revista no primeiro trimestre de 1998 –, da folha de rosto, das legendas de rodapé e do miolo, tudo em conformidade com a NBR 6032.

No intuito de dar à Revista *status* Qualis, preparando-a para ser o instrumento de divulgação da produção do Mestrado Profissional sobre PODER JUDICIÁRIO E DINÂMICA SOCIAL, cujo projeto está em análise na CAPES, nosso próximo passo será formular convites a juristas e professores nacionais e estrangeiros para comporem nosso corpo editorial.

Para atingirmos esta meta de renovação, torna-se imprescindível a participação de colaboradores, para o que, em breve, lançaremos edital, já tendo sido estabelecidas “Normas para apresentação de artigos”, que podem ser consultadas na última página.

Agradecendo a todos os leitores antigos e novos pela acolhida, aguardamos suas participações e sugestões.

Desembargadora Leila Mariano

Diretora-Geral da EMERJ

R. EMERJ	Rio de Janeiro	v. 14	n. 54	p. 1-307	abr.-jun. 2011
----------	----------------	-------	-------	----------	----------------

Algumas Características Especiais do Processo Civil Sueco*

Frank Orton

Foi magistrado na Suécia. Ex-Ombudsman da Suécia contra Discriminação Étnica. Ex-Ombudsman para Direitos Humanos na Bósnia-Herzegovina. Professor Visitante na Faculdade de Direito de Győr, Hungria.

INTRODUÇÃO

O vigente Código de Processo Sueco, *Rättegångsbalken*,¹ foi aprovado em 1942 e entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948, após décadas de investigação e preparação.² Ele substituiu a parte correspondente do Livro de Leis Sueco de 1734, com importantes modificações *inter alia* em 1849, 1901 e 1915.

O então novo Código foi descrito, pelo menos na Suécia, como sendo muito moderno para a sua época. E ainda está em uso, quase 60 anos depois, basicamente com poucas mudanças estruturais. Ele é aplicável tanto ao processo penal como ao processo civil.

A ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA

A organização judiciária na qual esse Código de Processo Sueco é geralmente aplicado consiste, a princípio, em dois tipos de Cortes, as Cortes Ordinárias e as Cortes Administrativas. Além delas, há algumas Cortes Especiais, como a Corte de Patentes e a Corte Trabalhista. Não há Cortes Especiais para a Juventude, Juizados de Pequenas Causas, Juízos de Paz ou Juízos de Investigação. Esse Código é diretamente aplicável apenas nas Cortes Ordinárias.

* Versão atualizada em fevereiro de 2011. Traduzido do Inglês para o Português por Alexandre Freitas Câmara (Desembargador no TJRJ, Professor de Direito Processual Civil na EMERJ, membro da International Association of Procedural Law). As notas inseridas pelo tradutor são identificadas como NT.

¹ SFS 1942:740

² Para um resumo em sueco acerca dos trabalhos preparatórios, vide NJA II 1943.

As Cortes Ordinárias lidam com casos criminais e civis, aí incluídas as causas de família, enquanto a maior porção dos casos nas Cortes Administrativas tem natureza tributária.

Existem três níveis de Cortes Ordinárias, assim como no sistema das Cortes Administrativas.³ Todos os feitos nas Cortes Ordinárias começam, a princípio, na primeira instância. Assim, não existe regra impondo que causas cíveis que versem sobre grandes somas em dinheiro, ou casos criminais referentes a crimes sérios devam começar no segundo grau.

As Cortes de Terceiro Grau, a Suprema Corte, *Högsta Domstolen*, e a Suprema Corte Administrativa, *Högsta Förvaltningsdomstolen*, são, em princípio, apenas para estabelecer precedentes. Quando recorre para o segundo grau, a parte primeiro deve obter permissão para revisão,^{NT1} e esta revisão, em princípio, só é permitida, e estritamente, se houver uma questão de interesse principiológico envolvida e é provável que a Corte venha a se manifestar sobre aquele princípio; manifestação esta que não será afetada por testemunhos modificados ou outras questões fáticas.

Causas criminais e civis envolvendo questões de família são, em princípio, julgadas por um ou mais juízes togados junto com juízes leigos, tanto em primeiro como em segundo graus, mas apenas por juízes togados no terceiro grau. Outras causas cíveis são sempre julgadas apenas por juízes togados, nos três graus do sistema judicial.^{NT2}

O PROCESSO

O processo é estritamente adversarial,^{NT3} não investigativo. Assim, a causa deve ser apresentada à Corte pelas duas partes, e a Corte tem de julgar o que lhe é apresentado, e nada mais. Um promotor é, em princípio, o autor em um processo penal, com a vítima como litisconsorte ativo facultativo.

3 A Suécia, como uma área que é aproximadamente 20% menos que a França, ou aproximadamente 20% maior do que o Japão, e com uma população em torno de 9 milhões de habitantes, tem 46 Cortes Ordinárias e 12 Administrativas em primeira instância e 6 Cortes Ordinárias e 4 Cortes Administrativas em segundo grau.

NT1 Alguns ordenamentos processuais só admitem o conhecimento do recurso se a parte obtiver uma autorização para impugnar a decisão. É o caso, por exemplo, do direito processual civil inglês, em que vigoram as *Civil Procedure Rules*, um Código de Processo Civil aplicável na Inglaterra e no País de Gales. Assim é, também, no direito processual sueco.

NT2 O autor usa, em seu texto, a expressão *professional judges*, juízes profissionais, que correspondem ao que, na linguagem jurídica brasileira, são os juízes togados, expressão que se optou por usar na tradução.

NT3 Como é sabido, o termo *adversarial*, que não tem tradução exata para o Português, indica um sistema processual em que o juiz não exerce funções ativas, cabendo às partes a condução do processo, como se dá, por exemplo, no sistema processual norte-americano.

O processo é descrito como sendo baseado em três princípios fundamentais, três pilares centrais: “oralidade”, “imediatidade” e “concentração”. Estes princípios são interligados e, de alguma maneira, se superpõem uns aos outros. Eles implicam que a causa, seja criminal ou cível, deve ser apresentada oralmente em uma audiência concentrada, com acesso imediato da Corte a todo o material relevante, e com o julgamento sendo realizado em conexão imediata com a audiência.

Anteriormente, antes de 1948, era permitido e comum apresentar alegações e testemunhos escritos, nos quais, *inter alia*, a Corte deveria basear seu julgamento. Agora, o julgamento deve ser baseado em uma audiência contínua – no que é aqui ou ali apresentado, oralmente, à Corte.

Este princípios são fundamentalmente conexos com as normas sobre provas. A norma prevaiente é o princípio da livre valoração da prova.⁴ Não há normas vinculantes, como antes de 1948, quando – por exemplo – duas testemunhas em tese correspondiam a prova plena e uma testemunha era uma prova semiplena, podendo ser complementada com provas circunstanciais de várias espécies.^{NT4}

Não há normas de exclusão, como nos EUA. Se, por exemplo, a Polícia adquiriu prova de forma ilícita, então a prova não será excluída por tal razão. A ilicitude cometida pela Polícia será tratada separadamente como uma questão de erro policial, e não como um vício do procedimento em questão.

Não há normas contra o “ouvir dizer”, como na tradição anglo-saxônica.^{NT5} A corte deve, na verdade, tentar obter acesso à testemunha presencial, mas deverá, de todo modo, aceitar o “ouvir dizer” como tal, se a oitiva da testemunha presencial não é razoavelmente possível. Naturalmente, a Corte deve levar em conta a natureza do “ouvir dizer” quando atribuir valor a tal prova. Do mesmo modo, crianças podem, *per se*, ser ouvidas como testemunhas, e o valor de seu testemunho naturalmente terá de ser atribuído com os cuidados devidos em razão da maturidade da criança *etc.* É uma outra questão a de saber se uma criança deve ou não ser ouvida em respeito ao seu melhor interesse, e uma criança com menos de 15 anos de idade não deve prestar compromisso de dizer a verdade.

4 Capítulo 35, art. 1.

NT4 As expressões “prova plena” e “prova semiplena” eram de emprego usual no sistema de valoração das provas conhecido como da “prova legal ou tarifada”.

NT5 O autor emprega, no texto, a expressão *hearsay*, que se costuma traduzir como “boato”. Trata-se, no entanto, da hipótese em que a testemunha depõe em juízo sobre o que ouviu dizer, razão pela qual se optou por traduzir o termo inglês pela expressão usada *supra*.

O princípio da concentração clama por um sistema bifásico na primeira instância. Adequada preparação é necessária para uma audiência concentrada. Assim, há uma fase preparatória da audiência e uma fase principal de oitivas – de modo semelhante nos processos criminais e civis, apenas de algumas diferenças de forma quando se trata da fase preparatória.

Nos processos penais, a fase preparatória tem lugar principalmente fora da Corte, sob a condução do promotor junto com a Polícia e com possível influência da defesa.

Nos processos civis, de outro lado, a preparação se desenvolve em juízo, sob a condução neutra do juiz responsável, sem a participação de qualquer juiz leigo. Poderia ser por escrito, mas normalmente há uma ou mais audiências orais. O objetivo é esclarecer todos os pontos fáticos e jurídicos, assim como a prova necessária e disponível, tornando possível haver uma audiência principal, concentrada, imediatamente seguida pelo julgamento.⁵

Tudo isso não significa que o sistema Sueco, como descrito, funcione de todo bem. Isso vale especialmente para causas cíveis distintas das de família. Elas levam muito tempo antes de se alcançar um resultado final, se conduzidas segundo as normas principais. Assim, grandes empresas normalmente consideram útil inserir em seus contratos a previsão de que um litígio deve ser solucionado por via arbitral e não através do sistema das Cortes Ordinárias. A razão fundamental é normalmente a celeridade, mas o sigilo negocial e a possibilidade de escolha de juízes qualificados e experientes podem ser, também, importantes.

MEDIAÇÃO JUDICIAL

A questão da celeridade para se obter uma decisão final é importante também para as partes quando não há uma cláusula arbitral aplicável. A preparação do caso na primeira instância pode levar muito tempo, e pode então ser difícil realizar-se uma audiência em prazo razoável. A Corte, entretanto, raramente é a única responsável por atrasos nesses casos. As partes e seus advogados podem, de várias maneiras, contribuir para a morosidade. E as possibilidade de recurso naturalmente contribuem de forma substancial para que o resultado final de um caso demore.

⁵ Capítulo 42, art. 6, seção 2.

Consequentemente, uma alternativa é muito usada. O Código de Processo Sueco prevê a possibilidade de a Corte consultar as partes sobre a nomeação de um mediador externo, *medlare*,⁶ para tentar alcançar uma solução amigável nas causas cíveis.⁷ Obtenha sucesso ou não, esse mediador deverá ser pago pelas partes oportunamente. A possibilidade de se nomear um mediador externo é, porém, raramente empregada. A alternativa é, em vez disso, que na primeira instância o juiz faça mediação em seus próprios casos.

Este enfoque é mais comumente usado na Suécia. De fato, conforme o Código, o juiz é obrigado a tentar obter uma solução amigável, se parece apropriado considerando a natureza da causa e a situação em geral.⁸ Consequentemente, o juiz irá, em muitos casos cíveis, em um ou mais pontos durante o procedimento, explorar as possibilidades de obter tal solução amigável. Ele ou ela irá tentar inspirar e ajudar as partes a chegar a um acordo. O exercício de sua imparcialidade e experiência contribuirá para a abertura ou reabertura e promoção de um diálogo entre as partes, e o juiz irá, em muitos casos, obter sucesso em seus esforços. De fato, o sistema judiciário sueco provavelmente entraria em colapso não tivesse um número tão grande de litígios em primeira instância sido solucionado pelas partes sob a liderança de um juiz-mediador. As vantagens são substanciais, não apenas para a Corte e para o sistema judicial, mas também para as partes e a sociedade em geral.

Várias técnicas podem ser usadas pelos juízes-mediadores, algumas talvez menos recomendáveis profissionalmente do que outras.

Parece acontecer de o processo de mediação, algumas vezes, parecer-se com uma negociação fora de moda. O juiz deveria, por exemplo, iniciar a fase preparatória sugerindo às partes, simplesmente, dividir meio a meio, ou deveria vir com esse tipo de sugestão logo, sem uma análise mais próxima das questões jurídicas e fáticas postas diante dele. O método pode funcionar, ou por as partes desde logo aceitarem a sugestão, ou por tal sugestão iniciar um diálogo que conduza a uma solução. Críticas contra o método são frequentemente combatidas através do argumento de que nenhuma objeção real pode ser feita se as partes não criam objeções e alcançam uma solução rápida.

⁶ Capítulo 42, art. 17, seção 2.

⁷ Aqui e a seguir, a expressão “causas cíveis” referir-se-á apenas a causas civis que não sejam de família.

⁸ Capítulo 42, art. 17, seção 1.

Outro método, que pode funcionar, é o juiz dar dicas às partes, em alguma fase do procedimento, acerca de sua opinião sobre o resultado do julgamento, dando às partes a possibilidade de basear seu acordo nessa dica. Alguém poderia questionar por que a parte que aparentemente iria ganhar concordaria com um acordo nessa situação. Entretanto, um número de razões é concebível, inclusive evitar um recurso, com suas delongas e o risco de uma outra perspectiva do caso pela Corte de Apelações. Um risco considerável e óbvio com este método é o juiz não ser capaz de ainda lidar com o caso se as partes não fizerem um acordo com base em sua dica. Outra óbvia deficiência é que o juiz, quando firma sua opinião, naturalmente não é capaz de considerar o caso como um todo, testemunhas ainda não tendo sido ouvidas *etc*, e as partes então não estarem realmente seguras quanto ao real resultado do julgamento.

Um terceiro método, introduzido em tempo razoavelmente recente na Suécia, e alegadamente inspirado no modo como os casos normalmente são conduzidos nos EUA, convoca o juiz a pedir a um colega para discutir a possibilidade de acordo com as partes de um modo mais informal. Este colega deveria, por exemplo, falar com cada parte separadamente e depois *inter alia* ser capaz de explorar e discutir os reais limites do acordo com cada parte sem que estes limites sejam conhecidos da outra parte. Este método obviamente exige uma grande técnica por parte desse mediador de forma a manter a confiança de ambas as partes e não parecer que está sendo parcial de alguma maneira. Um retrocesso, de certo ponto de vista, pode decorrer também do engajamento do segundo juiz na causa.

Um quarto método combina esforços para preparar a causa para uma audiência principal com esforços para obter um acordo. Como afirmado acima, é obrigação do juiz, durante a fase preparatória, esclarecer os pontos de vista das partes em todas as questões jurídicas e fáticas de modo a que a causa possa ser rápida e corretamente enfrentada durante a audiência principal.⁹ Através de perguntas esclarecedoras, o juiz deverá tornar as partes conscientes das várias fraquezas de suas respectivas posições, referentes, por exemplo, à interpretação de um precedente ou ao valor de um testemunho. A fraqueza deve, então, eventualmente, “doer como um polegar machucado”, para citar um juiz muito experiente e respeitado em causas cíveis do sul da Suécia,¹⁰ fazendo cada parte

9 Capítulo 42, art. 6, seção 2 (vide acima).

10 Juiz Anders Arvidsson.

inclinarem-se a seriamente considerar as vantagens de “obter algo em vez de perder tudo”, para citar o mesmo juiz.

Em toda mediação, é naturalmente útil para o juiz estar preparado para destacar as vantagens relevantes de um acordo e as desvantagens do prosseguimento do processo perante a Corte. Isto é facilitado por estar o juiz consciente de que um processo não é primeiro e principalmente um problema jurídico interessante, mas um conflito entre as partes, tipicamente resolvido por elas, e normalmente ser melhor resolvido com o juiz ajudando as partes a fazer um acordo do que com ele proferindo um julgamento, sujeito a recurso assim como a problemas na execução.

Isso é também facilitado pela compreensão de que um processo perante a Corte é frequentemente derivado de carências pelo lado de alguma das partes. Ambas as partes terão frequentemente sofrido com faltas de uma maneira ou de outra. Desde que um julgamento, em razão de sua natureza de preceito jurídico, normalmente resulta em uma parte vencendo e a outra perdendo, alguém poderá razoavelmente afirmar que, em uma perspectiva geral, um acordo é muito mais justo em tais situações.

Uma mediação exitosa é largamente facilitada pela aceitação, pelo juiz, do fato de que pouquíssimos, para não dizer quase nenhum, casos não podem ser resolvidos com a ajuda de um juiz bem preparado. Isto é, por exemplo, relevante, inclusive em casos juridicamente muito claros, nos quais um acordo amigável poderia frequentemente vir no interesse também da parte presumivelmente vitoriosa. Esta parte pode *inter alia* gostar de obter algum dinheiro imediatamente, se comparado com mais dinheiro muito mais tarde ou, até, nenhum dinheiro, caso a outra parte naquele momento não tenha quaisquer bens.

Este não é o local para enumerar todos os bons argumentos em favor de um acordo amigável, como evitar prejuízos, manter relações empresariais, maior benefício no emprego do tempo *etc.*, nem para enumerar todas as específicas técnicas disponíveis para que um juiz-mediador ajude as partes a obter um acordo. Não seria despropositado, porém, acrescentar algumas afirmações conclusivas.

Na mediação, o tempo é essencial, *i.e.*, não começar a falar de acordos até que a situação esteja “madura” e as partes tenham se tornado dispostas a considerar um acordo. É também útil as condições do acordo incluírem que elas deverão ser preenchidas antes que a

Corte extinga o processo, isto é, por exemplo, que a quantia ajustada de dinheiro seja realmente paga. É ainda útil que as condições do acordo sejam estabelecidas por escrito, preferencialmente em algumas poucas frases claras. E é, por fim, útil que o acordo explicito o modo como todas as pontas soltas entre as partes foram amarradas, nada ficando para conflitos posteriores. Um acordo como este corresponde a um contrato, o qual não será nem objeto de recursos exitosos nem de qualquer outra forma de contestação judicial, nem necessitará de aprovação judicial.❖

Cumprimento da sentença pecuniária nos Juizados Especiais Cíveis

Daniel Roberto Hertel

Professor Universitário e Advogado. Pós-graduado em Direito Público e em Direito Processual Civil pela Faculdade Candido Mendes de Vitória-ES. Mestre em Direito Processual pela FDV - Faculdades Integradas de Vitória-ES.

1 - INTRÓITO

Os Juizados Especiais constituem importante mecanismo de acesso à justiça. De fato, a instituição dos Juizados Especiais teve por escopo facilitar o acesso dos cidadãos ao Judiciário, com a adoção de um procedimento simples, célere e efetivo. Por outras palavras: pretendeu-se estabelecer um órgão jurisdicional com rito diferenciado, hábil a viabilizar para a sociedade soluções rápidas e efetivas.

A própria Lei n. 9.099/95, em seu art. 2º, dispõe que o processo nos Juizados Especiais orienta-se pelos “critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”. Tal preceptivo denota, com precisão, a intenção do legislador: facilitar o acesso à justiça com um procedimento afastado das habituais formalidades processuais.

Os Juizados Especiais, na esfera estadual, são disciplinados pela Lei n. 9.099/95. Já na esfera federal, de outro giro, a disciplina dos Juizados Especiais encontra-se disposta na Lei n. 10.259/01. De toda sorte, este diploma normativo, em seu artigo 1º, esclarece que, em relação aos Juizados Especiais Federais, aplicam-se, desde que não haja conflito, as disposições da Lei n. 9.099/95. Infere-se, desse modo, haver uma relação de subsidiariedade das regras previstas na Lei n. 9.099/95 no que concerne aos Juizados Especiais Federais.

Neste ensejo, pretende-se analisar a execução por quantia certa de título judicial nos Juizados Especiais Estaduais. Por outras palavras: anali-

sar-se-á o procedimento de cumprimento da sentença pecuniária perante os Juizados Especiais Estaduais. Insta registrar, desde logo, que a Lei n. 9.099/95, ao dispor sobre a execução por quantia certa do título judicial, foi superficial, relegando à doutrina e à jurisprudência a estruturação completa do procedimento executivo.

2 - FASE INICIAL DA EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA NOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS

Enceta-se o estudo do procedimento de cumprimento da sentença pecuniária nos Juizados Especiais Estaduais analisando-se primeiramente o rito que deve ser adotado para efetivação das decisões que estabeleçam obrigações por quantia.

2.1 - Procedimento executivo destinado à efetivação das obrigações de pagar importância em pecúnia previstas em títulos judiciais

Na esfera estadual, a execução por quantia de título judicial nos Juizados Especiais¹ é disciplinada no art. 52 da Lei n. 9.099/95. O referido preceptivo esclarece que, para o cumprimento da sentença nos Juizados Especiais, aplica-se a estrutura do Código de Processo Civil, com as modificações previstas no referido dispositivo. Tem-se, assim, uma relação de subsidiariedade das normas do CPC.

De todo modo, o art. 52, inc. III da Lei n. 9.099/95 determina que a intimação da decisão seja feita, sempre que for possível, na própria audiência em que prolatada. Esclarece o mencionado dispositivo que o vencido, na audiência, será instado a cumprir a determinação judicial tão logo ocorra seu trânsito em julgado.

Não há dúvidas, nesse contexto, de que a estrutura de cumprimento de sentença prevista no art. 475-J do Código de Processo Civil é compatível com os Juizados Especiais. O próprio art. 52, *caput* da Lei n. 9.099/95, há pouco mencionado, determina a aplicação subsidiária do CPC². O deve-

1 É oportuno frisar que está se referindo à execução por quantia certa contra devedor solvente, porquanto, nos Juizados Especiais, por força do art. 3, § 2º da Lei n. 9.099/95, não se admite a execução contra devedor insolvente. O referido parágrafo reza o seguinte: “Ficam excluídas da competência do Juizado Especial as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resídus e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial”.

2 Registra a doutrina de qualidade o seguinte: “(...) Na execução por quantia certa, o rito é, em essência, o mesmo daquele previsto pelo Código de Processo Civil, com a penhora e alienação de bens do devedor, para satisfação da obrigação (...)” (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 215). No mesmo sentido, é oportuno colacionar o seguinte escólio: “Na fase de execução do título

dor terá, então, quinze dias para realizar o pagamento, sob pena de, não o fazendo, incidir uma multa de dez por cento do valor da condenação.

Nesse particular, o FONAJE (Fórum Nacional dos Juizados Especiais) editou o enunciado de n. 97 com o seguinte teor: “O art. 475-J do CPC – Lei 11.232/05- aplica-se aos Juizados Especiais, ainda que o valor da multa somado ao da execução ultrapasse o valor de 40 (quarenta) salários mínimos”.

2.2 - Termo *a quo* do prazo de quinze dias do art. 475-J, *caput* do Código de Processo Civil e a desnecessidade de intimação do devedor

Quanto ao termo inicial para contagem do prazo de quinze dias, previsto no art. 475-J do CPC, nos Juizados Especiais não há maiores dificuldades. Com efeito, o art. 52, inc. III da Lei n. 9.099/95 esclarece que o vencido deverá cumprir a determinação judicial após o seu trânsito em julgado. Desse modo, não há outra orientação: o termo *a quo* do prazo de quinze dias, previsto no art. 475-J, *caput* do CPC, nos Juizados Especiais, é a data do trânsito em julgado da sentença.

Nesse particular, ademais, o FONAJE editou o enunciado de n. 105, *in verbis*: “Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa, não o efetue no prazo de 15 (quinze) dias, contados do trânsito em julgado, independentemente de nova intimação, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de 10% (dez por cento)”.

Insta registrar, contudo, que, de acordo com Alexandre Câmara³, há necessidade de nova intimação do executado para realização do pagamento. O mencionado autor assim se manifesta: “a partir do momento em que a sentença se tornar eficaz, deverá o juiz, de ofício, determinar a intimação do devedor para pagar o valor da condenação no prazo de quinze dias, sob pena de incidência de multa de dez por cento sobre o valor da condenação. Ultrapassado este prazo sem que tenha sido efetuado o pagamento, poderá o credor, então, requerer a instauração da fase executiva”.

De qualquer sorte, pelo disposto no enunciado de n. 105 do FONAJE, não me parece ser necessária nova intimação do executado, fluindo-se o prazo de quinze dias independentemente de nova intimação. O art. 52,

executivo judicial, porém, a lei especial indica que o CPC pode ser aplicado subsidiariamente, no que couber” (CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e prática dos juizados especiais cíveis**. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 271.).

3 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados especiais cíveis estaduais e federais: uma abordagem crítica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 182.

inc. III da Lei n. 9.099/95⁴, realmente, conduz a essa conclusão, ou seja, no sentido de ser desnecessária nova intimação da sentença para fins de cumprimento da obrigação nela contemplada. O inc. IV do art. 52 da referida lei, da mesma forma, também permite concluir no sentido de ser desnecessária nova intimação⁵.

2.3 - A incidência da multa do art. 475-J, caput do CPC e o prosseguimento da execução

Caso o executado não cumpra a obrigação prevista na sentença no prazo de quinze dias após o trânsito em julgado, haverá a incidência da multa de dez por cento do valor da condenação. E, a requerimento do credor⁶, será expedido mandado de penhora, depósito, avaliação e intimação do executado.

Note-se que a referida intimação será realizada para que o executado, querendo, possa apresentar embargos à execução e também para que compareça à eventual audiência de conciliação. Reza, a propósito, o enunciado de n. 38 do FONAJE: “A análise do art. 52, IV, da Lei n. 9.099/95, determina que, desde logo, expeça-se o mandado de penhora, depósito, avaliação e intimação, inclusive da eventual audiência de conciliação designada, considerando-se o executado intimado com a simples entrega de cópia do referido mandado em seu endereço, devendo, nesse caso, ser certificado circunstanciadamente”.

2.4 - Penhora *on line*

Requerida a execução pelo credor, poderá o magistrado, antes de determinar a expedição do mandado de penhora, depósito, avaliação e intimação, realizar *ex officio* a penhora *on line*, pelo sistema do BACENJUD. Na verdade, essa providência encontra amparo no art. 655-A do CPC e no enunciado de n. 119 do FONAJE, *in verbis*: “A penhora de valores através

4 O referido inciso reza o seguinte: “a intimação da sentença será feita, sempre que possível, na própria audiência em que for proferida. Nessa intimação, o vencido será instado a cumprir a sentença tão logo ocorra seu trânsito em julgado, e advertido dos efeitos do seu descumprimento (inciso V)”.

5 O art. 52, inc. IV da Lei n. 9.099/95 reza o seguinte: “não cumprida voluntariamente a sentença transitada em julgado, e tendo havido solicitação do interessado, que poderá ser verbal, proceder-se-á desde logo à execução, dispensada nova citação”.

6 No sentido do exposto, pode-se citar o seguinte: “Como se nota, a tutela jurisdicional executiva é inerte (CPC, art. 2º) e nela vigora, plenamente, o princípio da demanda, segundo o qual “o processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial” (CPC, art. 262). Inexiste execução, nos juizados especiais, instaurada *ex officio* (...)” (ASSIS, Araken de. **Execução nos juizados especiais**. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 52).

do convênio BACENJUD poderá ser determinada de ofício pelo juiz”. É oportuno registrar que o princípio da efetividade da execução dá suporte à determinação *ex officio* da providência mencionada, a despeito de o art. 655-A do CPC fazer alusão ao requerimento da parte⁷.

É oportuno destacar que o dinheiro, em espécie ou em aplicação financeira, é o primeiro bem que deverá ser procurado no patrimônio do executado. Tal conclusão é extraída do art. 655, inc. I do Código de Processo Civil. Ademais, caso haja penhora de dinheiro, será dispensada a prática de certos atos executivos, como a avaliação e a lavratura do termo de penhora⁸.

3 - DEFESA DO EXECUTADO NA EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA PERANTE OS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS

Na execução por quantia certa de título judicial que tramitar perante o Juizado Especial Estadual, o executado poderá apresentar defesa. Deverá fazê-lo por meio dos embargos do devedor, na forma do art. 52, inc. IX da Lei 9.099/95⁹, e não por meio de impugnação¹⁰. Essa conclusão é extraída da própria literalidade do preceito mencionado.

Os embargos serão encartados nos próprios autos da execução¹¹. E o prazo para apresentação dos embargos do devedor nos Juizados Especiais, em se tratando de execução por quantia de título judicial, é de quinze dias, aplicando-se a regra do art. 738 do CPC. O termo *a quo* do referido prazo, contudo, é a intimação da penhora. O enunciado de n. 104 do FONAJE, de fato, assim dispõe: “Na execução por título judicial o

7 Reza, a propósito, o art. 655-A do CPC o seguinte: “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”.

8 Sobre o exposto pode-se citar o enunciado n. 93 do FONAJE, que reza o seguinte: “O bloqueio *on-line* de numerários será considerado para todos os efeitos como penhora a partir do depósito judicial, dispensando-se a lavratura do termo e intimando-se o devedor da constrição”.

9 Reza o art. 52, inc. X da Lei n. 9.099/95 o seguinte: “IX - o devedor poderá oferecer embargos, nos autos da execução, versando sobre: a) falta ou nulidade da citação no processo, se ele correu à revelia; b) manifesto excesso de execução; c) erro de cálculo; d) causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, superveniente à sentença”.

10 Admitindo a impugnação, em vez dos embargos do devedor, cf.: CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados especiais cíveis estaduais e federais: uma abordagem crítica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007. p. 183. Sustentando o cabimento dos embargos do devedor, cf.: MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 215.

11 Destaca Jorge Alberto Quadros que “os embargos à execução não precisam ser oferecidos em autos próprios” (SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Lei dos juizados especiais cíveis anotada**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 166.). No mesmo sentido, destaca Ricardo Cunha Chimentí que “os embargos são processados nos próprios autos do processo de execução (...)” (CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e prática dos juizados especiais cíveis**. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 287).

prazo para oferecimento de embargos será de 15 (quinze) dias e fluirá da intimação da penhora, sendo o recurso cabível o *inominado*”.

Cumpra-se destacar que os embargos à execução por quantia certa de título judicial a serem aviados perante os Juizados Especiais têm cognição horizontal parcial. Por outras palavras: o executado somente poderá alegar as matérias constantes do rol do art. 52, inc. IX da Lei n. 9.099/95. No sentido do exposto, é oportuno colacionar o enunciado de n. 121 do FONAJE: “Os fundamentos admitidos para embargar a execução estão disciplinados no art. 52, inc. IX da Lei n. 9.099/95 e não no art. 475-L do CPC, introduzido pela Lei n. 11.232/05”.

Destaque-se, outrossim, que, para apresentação dos embargos do devedor perante os Juizados Especiais, há necessidade de ser propiciada a segurança do juízo por meio da penhora de bens. O enunciado de n. 117 do FONAJE, com efeito, reza o seguinte: “É obrigatória a segurança do juízo pela penhora para apresentação de embargos à execução de título judicial ou extrajudicial perante o Juizado Especial”.

Nesse particular, a conclusão quanto à necessidade de segurança do juízo decorre do art. 53, § 1º da Lei 9.099/95¹². O referido preceptivo esclarece que, efetuada a penhora, o executado poderá apresentar embargos. A despeito de o dispositivo disciplinar a execução do título extrajudicial, com mais razão deve ser exigida a segurança do juízo na execução por quantia de título judicial para fins de apresentação dos embargos. É que, em se tratando de execução de sentença, já há um pronunciamento judicial sobre o crédito exequendo, que está protegido, ademais, pelo manto da *res judicata*.

Apresentados os embargos do devedor, serão eles apreciados por meio de sentença. Nesse particular, o eventual prejudicado com a decisão judicial poderá valer-se do recurso de embargos de declaração, previsto no art. 38 da Lei n. 9.099/95, ou do recurso *inominado*, previsto no art. 41 do mesmo diploma normativo.

Registre-se, ainda, que o executado poderá utilizar-se, na fase de cumprimento de sentença nos Juizados Especiais, da objeção de pré-executividade. Obviamente, a referida modalidade de defesa somente poderá veicular matérias de ordem pública e que não demandem dilação probatória. Caso a obrigação, por exemplo, já tenha sido cumprida, poderá

12 Reza o art. 53, § 1º da Lei 9.099/95 o seguinte: “Efetuada a penhora, o devedor será intimado a comparecer à audiência de conciliação, quando poderá oferecer embargos (art. 52, IX), por escrito ou verbalmente”.

o executado valer-se de uma *simplex petita* para apresentar a matéria ao magistrado.

3.1 - Defesa do devedor em relação aos atos expropriatórios na execução por quantia certa perante os Juizados Especiais Estaduais

E quanto aos atos expropriatórios, como poderá o executado impugná-los? Por outras palavras: como poderá o executado defender-se após ser realizada a adjudicação, a alienação por iniciativa particular ou a alienação em hasta pública?

Pela previsão do Código de Processo Civil, a defesa para essas situações deverá ser realizada por meio de embargos de segunda fase, com autuação própria, os quais inauguram nova relação processual, desta feita, de natureza cognitiva. Os embargos de segunda fase estão previstos no art. 746 do CPC.

No sistema dos Juizados Especiais, contudo, considerando-se a elevada carga axiológica do princípio da informalidade, tem-se admitido para as referidas situações a defesa por meio de simples petição. O prazo para apresentação dessa defesa, de qualquer sorte, é o mesmo dos embargos de segunda fase. Reza, a propósito o enunciado de n. 81 do FONAJE o seguinte: “A arrematação e a adjudicação podem ser impugnados, no prazo de 5 (cinco) dias do ato, por simples pedido”.

Desse modo, eventual arrematação do bem por preço vil¹³ poderá ser hostilizada por meio de simples petição nos próprios autos do cumprimento de sentença. Nesse caso, o magistrado deverá proferir decisão interlocutória analisando os argumentos deduzidos na defesa aviada.

4 - FASE DE AVALIAÇÃO

A avaliação do bem penhorado será feita pelo oficial de justiça, quando da realização da penhora. Essa orientação coaduna-se com o disposto no art. 143, inc. V do Código de Processo Civil, que esclarece ser de incumbência do oficial de justiça “efetuar avaliações”.

Eventual impugnação da avaliação realizada deverá ser suscitada por meio dos embargos do devedor, previstos no art. 52, inc. IX da Lei n. 9.099/95, ou mesmo por meio de simples petição nos autos. A parte contrária deverá manifestar-se a respeito, em estrita observância ao princípio do contraditório.

¹³ Reza o art. 692 do CPC que “não será aceito lance que, em segunda praça ou leilão, ofereça preço vil”.

Não deve ser admitida, perante os Juizados Especiais, a realização de prova pericial para fins de avaliação do bem que foi objeto de penhora. A referida modalidade de prova, com a amplitude que lhe concede o Código de Processo Civil, é incompatível com os princípios que norteiam os Juizados Especiais, dentre eles o da celeridade, o da simplicidade e o da informalidade, previstos no já citado art. 2º da Lei n. 9.099/95.

O magistrado, de toda sorte, poderá valer-se da regra prevista no art. 35 da Lei dos Juizados Especiais, inquirindo técnico de sua confiança, realizando uma perícia informal¹⁴. Às partes permite-se a apresentação de parecer técnico sobre a avaliação do bem. Recomenda-se, assim, que, ao realizar a impugnação da avaliação do bem, a parte junte ao reboque da sua manifestação parecer técnico.

5 - ATOS EXPROPRIATÓRIOS

De acordo com o Código de Processo Civil, os atos expropriatórios são quatro: adjudicação (art. 685-A e art. 685-B), alienação por iniciativa do particular (art. 685-C), alienação em hasta pública (art. 686 *et seq*) e usufruto (art. 716). Essa previsão encontra-se no art. 646 e no art. 647 do referido Código. Não há dúvidas quanto à aplicação dessas formas de expropriação nos Juizados Especiais, considerando-se que o CPC é aplicável subsidiariamente¹⁵.

A forma preferencial de expropriação é a adjudicação¹⁶. Por outras palavras: deve o magistrado do Juizado Especial, após a realização da eventual fase de avaliação, determinar a oitiva do exequente para os fins de se manifestar se há interesse em adjudicar o bem penhorado¹⁷.

Caso o exequente tenha interesse em adjudicar o bem, deverá manifestar sua intenção fazendo uso da palavra escrita, por meio de simples petição nos autos, ou fazendo uso da palavra falada, por meio de requerimento verbal em cartório. Deferida a adjudicação, será lavra-

14 O enunciado de n. 12 do FONAJE reza o seguinte: “A perícia informal é admissível na hipótese do art. 35 da Lei n. 9.099/95”.

15 No sentido do exposto: “Quanto à execução - seja da sentença do próprio juizado, seja de título executivo extrajudicial, da competência desse órgão - segue ela subsidiariamente as regras contidas no Código de Processo Civil” (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 214).

16 Essa conclusão quanto ao ato expropriatório preferencial é extraída do art. 686 do Código de Processo Civil, *in verbis*: “Não requerida a adjudicação e não realizada a alienação particular do bem penhorado, será expedido o edital de hasta pública que conterá: (...)”.

17 Registre-se, por óbvio, que se a penhora recair sobre dinheiro, bastará ao exequente requerer o levantamento do depósito, com a expedição do alvará.

do o respectivo auto, expedindo-se, em seguida, o mandado de entrega, se se tratar de bem móvel, ou a carta de adjudicação, se se tratar de bem imóvel, tudo em conformidade com o disposto no art. 685-B do Código de Processo Civil.

Caso o exequente não tenha interesse em adjudicar o bem, poderá pleitear a alienação por iniciativa particular. Essa modalidade de expropriação encontra previsão no art. 685-C do Código de Processo Civil. Nesse caso, caberá ao exequente ou a um corretor devidamente credenciado perante a autoridade judiciária realizar a venda do bem. Obviamente, as condições de venda, tais como publicidade, preço mínimo¹⁸, pagamento e garantias, deverão ser fixadas pelo magistrado.

A alienação por iniciativa do particular será formalizada mediante a lavratura do respectivo termo, que será assinado pelo juiz, pelo exequente, pelo adquirente e, se presente, pelo executado. Em seguida, será expedido pelo Cartório o mandado de entrega, se o bem alienado for móvel, ou a carta de alienação, se o bem alienado for imóvel, tudo em consonância com o disposto no art. 685-C, § 2º do Código de Processo Civil.

É oportuno registrar que a alienação por iniciativa particular, nos Juizados Especiais, também tem previsão no art. 52, inc. VII da Lei n. 9.099/95. De acordo com o referido preceito, “(...) o juiz poderá autorizar o devedor, o credor ou terceira pessoa idônea a tratar da alienação do bem penhorado, a qual se aperfeiçoará em juízo até a data fixada para a praça ou leilão”. O dispositivo, desse modo, permite que a alienação particular seja feita pelo exequente, pelo executado ou por um terceiro idôneo.

De toda sorte, caso o credor não requeira a alienação por iniciativa particular, restará, ainda, outra forma de expropriação: trata-se da alienação em hasta pública. A referida modalidade expropriatória é a mais burocrática e formalista, devendo, por isso mesmo, sempre que possível, ser evitada. De fato, os Juizados Especiais são regidos por princípios próprios – como o da informalidade, o da celeridade, o da simplicidade¹⁹ –, os quais impõem a rápida satisfação do crédito exequendo e, outrossim, da maneira mais simples possível.

A alienação em hasta pública é realizada em praça ou leilão. A primeira destina-se à venda dos bens imóveis, enquanto a segunda, à venda

18 É oportuno consignar que o preço mínimo para alienação do bem deverá ser o de avaliação (art. 680 do CPC).

19 Sobre os princípios processuais nos Juizados Especiais, cf.: MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 199 *et seq.*

dos bens móveis. Pelo sistema previsto no Código de Processo Civil, devem ser realizados dois leilões ou duas praças. É o que se extrai do art. 686, inc. VI.

Nos Juizados Especiais, contudo, atendendo-se aos princípios mencionados acima, admite-se a realização de apenas uma praça ou leilão, desde que o valor do bem não exceda a sessenta vezes o salário mínimo. De fato, o enunciado de n. 79 do FONAJE reza o seguinte: “designar-se-á hasta pública única, se o bem penhorado não atingir valor superior a 60 (sessenta) salários mínimos”.

6 - FASE FINAL DA EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA DE TÍTULO JUDICIAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS

Uma vez realizado o crédito exequendo, o magistrado proferirá sentença de extinção da fase de cumprimento de sentença, na forma dos arts. 794, inc. I, 795 e 475-R do Código de Processo Civil. E, em seguida, os autos serão arquivados.

6.1 - Extinção da fase de cumprimento de sentença pela não localização de bens do executado

Se, malgrado realizados os atos expropriatórios na fase de cumprimento da sentença pecuniária, o crédito exequendo não for atendido na sua totalidade, deverá a execução prosseguir com a penhora de novos bens e a realização de novos atos de expropriação. É importante registrar que a fase de cumprimento de sentença não deverá ser extinta de plano nos casos de não serem encontrados bens. Deve o magistrado, com efeito, permitir que o exequente propicie a localização de bens do executado, com vista ao regular prosseguimento da execução.

Nesse particular deve ser autorizada pelo magistrado a realização de providência para fins de localização de bens, como: penhora *on line*, expedição de ofício à Receita Federal, expedição de ofício à Junta Comercial, expedição de ofício ao Cartório de Registro Geral de Imóveis etc. Não se pode olvidar que a efetividade da jurisdição recomenda a adoção dessas providências. Ademais, a execução por quantia certa, por força do art. 646 do CPC, tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor.

Importante registrar, outrossim, que a execução *in casu* é de título judicial, de sorte que deverá o magistrado primar pela eficaz realização pragmática do comando previsto na sentença. Somente haverá a conces-

são de tutela jurisdicional, na sua ampla acepção, se o direito do credor for realizado.

De qualquer sorte, caso não sejam localizados bens do executado, não haverá suspensão da fase de cumprimento de sentença²⁰. Nesse caso, o processo deverá ser extinto. De fato, o art. 53, § 4º da Lei n. 9.099/95 reza o seguinte: “Não encontrado o devedor ou inexistindo bens penhoráveis, o processo será imediatamente extinto, devolvendo-se os documentos ao autor”. Esclarece, nesse mesmo diapasão, o enunciado de n. 75 do FONAJE que o mencionado dispositivo, a despeito de previsto para a execução de título extrajudicial, é também aplicável à execução dos títulos judiciais, ou seja, à fase de cumprimento de sentença²¹.

6.2 - Providências a serem adotadas pelo credor para a hipótese de a fase de cumprimento ser extinta em decorrência da não localização de bens do executado

Caso não sejam localizados bens do executado na fase de cumprimento de sentença, o feito deverá ser extinto, na forma do art. 53, § 4º da Lei n. 9.099/95. Ao credor, contudo, será possível adotar determinadas providências para o fim de, na esfera extrajudicial, tentar receber o seu crédito que está previsto na decisão judicial.

De fato, poderá o credor requerer em cartório certidão da dívida para a finalidade de ser inscrita nos Serviços de Proteção ao Crédito – SPC e SERASA. A propósito é oportuno destacar que o enunciado de n. 76 do FONAJE reza o seguinte: “No processo de execução, esgotados os meios de defesa e inexistindo bens para a garantia do débito, expede-se a pedido do exequente certidão de dívida para fins de inscrição no Serviço de Proteção ao Crédito – SPC e SERASA, sob pena de responsabilidade”.

6.3 - Extinção da fase de cumprimento de sentença e novo pedido de execução do título judicial: a questão da prescrição da pretensão executiva

Uma vez extinta a fase de cumprimento de sentença pecuniária em decorrência da não localização de bens, na forma do disposto no art. 53,

20 Na execução por quantia certa contra devedor solvente, disciplinada no CPC, que tramita na Justiça Comum, em caso de não localização de bens, suspende-se a execução. Reza, de fato, o art. 791, inc. III do CPC o seguinte: “Suspende-se a execução: III – quando o devedor não possuir bens penhoráveis”.

21 O enunciado de n. 75 reza o seguinte: “A hipótese do § 4º, do art. 53, da Lei 9.099/95, também se aplica às execuções de título judicial, entregando-se ao exequente, no caso, certidão do seu crédito, como título para futura execução, sem prejuízo da manutenção do nome do executado no Cartório Distribuidor”.

§ 4º da Lei n. 9.099/95, poderá o exequente obter em cartório certidão do seu crédito. Cumpre esclarecer que o fato de ter sido extinta a fase de cumprimento de sentença não impede que o credor, em outro ensejo, requeira novamente o cumprimento da decisão judicial.

O credor, então, deverá requerer o desarquivamento dos autos para o fim de ser cumprida a sentença. Casos os autos tenham sido incinerados, poderá o credor valer-se da certidão ou mesmo de cópia para que seja realizado o cumprimento judicial. Esclareça-se que não haverá necessidade de nova intimação do executado, uma vez que o processo é do tipo sincrético.

Na verdade, o novo cumprimento da sentença deverá ser encetado, desde logo, com a realização de penhora *on line*, nos termos do art. 655, inc. I do Código de Processo Civil. Adscрева-se que não há necessidade de nova intimação do executado, considerando-se que processo é sincretizado. De toda sorte, caso não seja obtido êxito na realização da penhora *on line*, deverá ser expedido mandado de penhora, avaliação, depósito e intimação do devedor.

Indaga-se sobre a existência de limitação do número de vezes que o credor poderá pedir o cumprimento de sentença. A lei não estabelece qualquer limitação nesse particular, de modo que poderá o credor requerer a execução do título judicial quantas vezes forem necessárias.

É importante registrar, contudo, que, a despeito da inexistência de limitação quantitativa quanto aos pedidos de cumprimento de sentença, poderá haver a incidência de prescrição. O prazo da prescrição do pedido de cumprimento de sentença é o mesmo prazo relativo à ação de conhecimento. Por outras palavras: o pedido de cumprimento de sentença prescreverá no mesmo prazo previsto para a ação de conhecimento²².

7 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Juizados Especiais constituem importante mecanismo de acesso à justiça. De fato, pautados em princípios que simplificam o procedimento judicial, os Juizados Especiais são vocacionados para atender os anseios dos jurisdicionados em relação a um processo célere, efetivo e justo.

A fase de cumprimento da sentença pecuniária nos Juizados Especiais, a despeito da pouca importância que lhe tem concedido os opera-

22 Reza a súmula de n. 150 do Supremo Tribunal Federal o seguinte: "Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação".

dores do direito, é sobremaneira relevante. Com efeito, é exatamente na etapa destinada ao cumprimento da sentença pecuniária que o direito do jurisdicionado é materializado, ou seja, é realizado.

Nos Juizados Especiais a execução por quantia certa da sentença trata-se apenas de uma etapa, ou seja, de uma fase do processo que foi anteriormente inaugurado. Não se tem, aqui, realmente, um novo processo destinado à realização do direito do credor. Tem-se, tão somente, um módulo do procedimento, encetado após o trânsito em julgado, cuja finalidade é viabilizar a efetivação do direito do destinatário da tutela jurisdicional.

O rito de cumprimento da sentença pecuniária nos Juizados Especiais segue o disposto no art. 52 da Lei n. 9.099/95. O mesmo preceptivo determina a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Nesse particular, então, não se pode vislumbrar qualquer incompatibilidade quanto à aplicação do rito alinhavado no art. 475-J, *caput* do Código de Processo Civil.

De toda sorte, o aplicador do direito jamais pode olvidar-se de que os Juizados Especiais são regidos por princípios próprios, previstos no art. 2º da Lei n. 9.099/95, como oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. Esses princípios deverão ser informativos não apenas em relação ao módulo cognitivo, mas também em relação ao módulo destinado ao cumprimento da sentença.

A tarefa do operador do direito, nesse particular, é sobremaneira relevante. Não deve, com efeito, operar o instrumento judicial destinado ao cumprimento da sentença pecuniária imbuído de espírito meramente formalista. Tal postura é incompatível com a atual evolução científica do direito processual. Deve o operador do instrumento judicial, então, buscar a máxima realização do direito do credor, viabilizando, desse modo, que o processo atinja aos verdadeiros anseios dos jurisdicionados. ❖

A Filosofia do Direito como Disciplina no Curso de Aperfeiçoamento de Magistrados: Uma Primeira Impressão

Eduardo Antônio Klausner

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

1 - INTRODUÇÃO

A Constituição Federal em seu artigo 93, inciso II, letra “c”, e no inciso VIII, exige aos magistrados candidatos à promoção ou à remoção por merecimento, entre outros requisitos, a frequência obrigatória a cursos de aperfeiçoamento, cursos estes regulamentados pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, que funciona junto ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 105, Parágrafo Único, inciso I, da Carta Magna.

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, no exercício de suas atribuições, dispôs, pela Resolução nº 02/2007, sobre os cursos de formação e aperfeiçoamento de magistrados, estabelecendo, pela Resolução nº 02/2009, de 24 de março de 2009, as diretrizes para os conteúdos programáticos mínimos dos cursos de aperfeiçoamento de magistrados em seu Anexo 2, cursos esses que deverão ser organizados e executados, no âmbito estadual, pelas escolas da magistratura dos respectivos tribunais estaduais, nos termos do artigo 2º da citada resolução.

O artigo 6º da Resolução nº 02/2009 ordena que os magistrados deverão, anualmente, cumprir, no mínimo, vinte horas-aula semestrais ou

quarenta horas-aula anuais. O controle e aproveitamento do magistrado no curso de aperfeiçoamento também competem à Escola da Magistratura à qual se encontra vinculado.

Atendendo a tais disposições, a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ baixou o Ato Regimental nº 01 de 2010, da lavra do Excelentíssimo Diretor-Geral Desembargador Manoel Alberto Rebêlo dos Santos, dispondo sobre os cursos de aperfeiçoamento dos magistrados estaduais, assim como organizou, no primeiro semestre de 2010, os primeiros cursos, já observando a nova disciplina imposta pela ENFAM, entre eles o Curso de Filosofia do Direito, ministrado pelo Professor Ricardo Máximo Gomes Ferraz nos dias 07 de maio, 21 de maio e 18 de junho, somando vinte horas, do qual participou o autor do presente trabalho, entre outros magistrados.

Nos termos do Ato Regimental nº 01 de 2010, artigo 3º, parágrafos 3º e 4º, para a avaliação do aproveitamento do curso pelos magistrados, deverão os mesmos apresentar trabalho de conclusão com no mínimo cinco e no máximo oito laudas, trabalho esse que, no caso de “disciplinas humanísticas, como Filosofia”, deve consistir-se em um relatório sobre a matéria apresentada durante o curso.

O presente trabalho visa a observar essa exigência regimental para avaliação do magistrado e também contribuir para uma reflexão sobre a organização e execução dos cursos de aperfeiçoamento de magistrados, notadamente o de Filosofia do Direito, considerando o pioneirismo do realizado no primeiro semestre de 2010 pela EMERJ.

2 - O CONTEÚDO DA DISCIPLINA NO CURSO DE APERFEIÇOAMENTO.

O Curso de Filosofia do Direito, que obrigatoriamente deverá ter vinte horas, nos termos da Resolução nº 02/2007 e seu Anexo nº 02, possui seu conteúdo programático mínimo estabelecido pela ENFAM nos seguintes termos:

Os temas da Filosofia do Direito são cada vez mais recorrentes na jurisdição brasileira, entre os quais se destacam as questões que envolvem o sistema jurídico e suas formas jurisprudenciais e ideológicas de funcionamento, bem como as formas de aplicação desse sistema, o que implica reconhecer a importância da hermenêutica e da interpretação jurídicas no particular. Nessa direção, revela-se imprescindível o debate sobre:

(a) o problema da interpretação jurídica e da argumentação no âmbito da decisão judicial; (b) as questões atinentes à fundamentação constitucional e infraconstitucional de funcionalidade do sistema jurídico; (c) a questão que envolve os direitos fundamentais e a hermenêutica jurídica; (d) estudos de casos concretos, oportunidades nas quais se buscará a aplicação prática dessas questões em situações simuladas ou reais.

Como bem destaca Nagib Slaib Filho, pelas diretrizes a disciplina deverá ser ministrada dedicando-se principalmente “às questões de Normatividade Jurídica, como hermenêutica e aplicação do Direito, levando em conta estudos de casos concretos mais ocorrentes na prática judicial”¹. No entanto, não pode perder a sua orientação eminentemente humanista.

A formação humanista do magistrado é uma das grandes preocupações da ENFAM, para que este “leve em conta os aspectos ditos humanísticos, com as situações práticas encontradas no exercício da função”, “tudo a conduzir a uma perspectiva pragmática, e não dogmática, na aplicação do Direito”².

Por humanismo deve ser entendido o respeito aos direitos do homem, conforme perspectiva incrementada após a Segunda Guerra Mundial, positivada pela Declaração dos Direitos do Homem de 1948. Nesse aspecto, parte-se do mesmo pressuposto de Celso Mello, “direitos do homem são aqueles que estão consagrados nos textos internacionais e legais, não impedindo que novos direitos sejam consagrados no futuro”³. No mesmo sentido, Norberto Bobbio⁴, *in verbis*:

“Mas, quando digo que o problema mais urgente que temos de enfrentar não é o problema do fundamento, mas o das garantias, quero dizer que consideramos o problema do fundamento não como inexistente, mas como – em certo sentido – resolvido, ou seja, como um problema com cuja solução já não devemos mais nos preocupar. Com efeito, pode-se dizer que o problema do fundamento dos direitos humanos teve

1 SLAIBI FILHO, Nagib. “A Constituição e o Currículo das Escolas Judiciais: ênfase na formação humanística e nos estudos interdisciplinares”. 2010. Petrópolis: Vozes, opúsculo não indexado de distribuição privada, p. 85.

2 *Idem*, p. 54.

3 MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**, v. 1. 15ª ed., 2004, p. 815.

4 BOBBIO, Norberto. “Presente e futuro dos Direitos do Homem”. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 18ª. tiragem. Rio: Campus, p. 26

*sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a maior manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade. Os jusnaturalistas teriam falado de **consensus omnium gentium** ou **humani generis**.”*

No entanto, o humanismo, além de exigir o respeito aos Direitos Humanos positivado, exige o mais “profundo respeito às particularidades de cada ser humano”⁵, o respeito à dignidade do ser humano, princípio recepcionado por nossa Constituição Federal. Luís Roberto Barroso⁶, ao explicar o princípio jurídico fundamental da dignidade humana, o faz com muita clareza e objetividade, evidenciando o seu nexó fundamental com o acesso à Justiça, merecendo serem citadas as seguintes passagens do autor, *in verbis*:

“A dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento, de origem religiosa, do respeito ao próximo. Todas as pessoas são iguais e têm direito a tratamento igualmente digno. A dignidade da pessoa humana é a ideia que informa, na filosofia, o imperativo categórico kantiano, dando origem a proposições éticas superadoras do utilitarismo: a) uma pessoa deve agir como se a máxima da sua conduta pudesse transformar-se em uma lei universal; b) cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para realização de metas coletivas ou de outras metas individuais. As coisas têm preço; as pessoas têm dignidade⁷. Do ponto de vista moral, ser é muito

5 BITTAR, Eduardo C.B. e ALMEIDA, Guilherme Assis. **Curso de Filosofia do Direito**. 8ª. ed., 2010, S.Paulo: Atlas, p. 681-682.

6 BARROSO, Luís Roberto. “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo”. São Paulo: Saraiva, 2009 (4ª. tiragem), p. 250-254, *passim*.

7 Kant, Immanuel. **Fundamentação à metafísica dos costumes**, 2005 (edição original 1785), p. 77-78: “No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. (...) Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Portanto, a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade”.

mais do que ter. A transposição do princípio da dignidade da pessoa humana dos planos religioso e ético para o domínio do Direito não é uma tarefa singela. Logo após a Segunda Guerra Mundial, passou ele a figurar em documentos internacionais, como a Declaração dos Direitos Humanos (1948), e em Constituições [...]

O princípio da dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.

O princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, sem prejuízo da persistência de violações cotidianas ao seu conteúdo.[...] Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.”

Como atingir meta tão ambiciosa traçada pela ENFAM, com base nos paradigmas citados, em um Curso de Aperfeiçoamento de apenas vinte horas para magistrados ocupados demais em atender às exigências de produtividade dos tribunais a que estão subordinados e do Conselho Nacional de Justiça, parece ser o maior desafio do Curso de Aperfeiçoamento, tendo por disciplina a Filosofia do Direito, desafio esse que a EMERJ dispôs-se a enfrentar.

3 - O CURSO DE FILOSOFIA DO DIREITO NA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - EMERJ.

O Curso de Filosofia do Direito foi organizado em três dias de aulas, os dois primeiros com oito horas de aula e o último com quatro horas. O plano de aula foi previamente preparado em tópicos.

A primeira aula abordou os temas: o sentido crítico da Filosofia, o sentido crítico do Direito e a práxis ou consórcio de ambos, na parte da manhã; à tarde, continuou com “Filosofia na Grécia: lugar do Direito”, “Filosofia em Roma: lugar do Direito” e “Medieval e Filosofia; lugar do Direito”.

A segunda aula teve por temas a questão da Ética, do *Jusnaturalismo* e do positivismo, pela manhã; pela parte da tarde, prosseguiu com “História e Direito”, a questão da argumentação, e a questão da hermenêutica.

Por fim, a terceira aula, de quatro horas pela manhã, encerrou o curso com “Direito e Democracia”, “Direito e Perspectiva Holística” e “Direito e Humanismo”.

A bibliografia sugerida, como fundamental, pelo professor, foi a obra de Eduardo C. B. Bittar e Guilherme Assis Almeida, **Curso de Filosofia do Direito**, várias edições pela Editora Atlas. Outras obras foram recomendadas como bibliografia complementar: **Paideia** de Wermer Jaeger; as obras de Michael Löwy, Octavio Paz e André Breton; as obras de Chaim Perelman sobre lógica e argumentação jurídica; **A Filosofia do Renascimento**, de Ernst Bloch; **Humanismos e Anti-humanismos**, de Pedro Dalle Nogare, ed. Vozes; **O que é Direito**, de Roberto Lyra, Brasiliense; e a **Revista de Direito Alternativo**, coordenada por Amilton Bueno de Carvalho.

3.1 - As aulas ministradas

As aulas foram ministradas pelo professor objetivando demonstrar aos juízes-alunos características da Filosofia e da Ética essenciais para a reflexão sobre o comportamento humano em sociedade, bem como a absoluta necessidade da Ética para a ordenação política do corpo social, de modo a propiciar a valorização do ser humano em sua dignidade, influenciando diretamente o Direito e a busca de uma Justiça que supere o positivismo.

O paradigma foi a sociedade grega clássica do século V a.C., período conhecido como Idade de Ouro Ateniense ou Século de Péricles (439-338 a.C), no qual viveram Sócrates e posteriormente Platão, entre outros ilustres filósofos.

Inicialmente demonstra o docente como a formação política e social da Grécia favoreceu o surgimento da Filosofia, especialmente pela ausência de uma elite que dominasse o culto e diante da inexistência de um livro sagrado. Outrossim, a formação de uma classe de cidadãos guerreiros, os hoplitas, com a capacidade de se impor aos aristocratas, somado ao comércio, a escrita e a prática de uma educação integral

acessível aos cidadãos, propiciou o surgimento da democracia e o florescimento da política.

No entanto, ressalta o Professor Ricardo Máximo, apesar de o estabelecimento da *polis* ateniense dar ensejo à legislação e à publicidade das leis na busca do bem comum, da harmonia, – e, como legislador, a referência é Sólon –, proporcionando a *diké* (justiça), a Filosofia do Direito só será fundada com Aristóteles.

A justiça, assim como a coragem, a sabedoria, a temperança e a piedade são virtudes fundamentais para os gregos (*areté*), cuja prática se dá pelo *Ethos*, pela Ética ou hábito. Ética, na definição do Professor Ricardo Máximo, é o conjunto de práticas cotidianas que ensejam valores (*axos*). A axologia grega leva ao *megalopsychos*⁸, à grandeza d’alma, volta-se para o bem comum.

A política caracteriza-se, no Século de Ouro, pelo domínio da Ética, sujeitando os administradores públicos e magistrados a inquéritos morais antes de assumirem funções públicas, ao se candidatarem aos cargos públicos (*doximazia*), e sujeitando os magistrados à prestação de contas ao deixarem os cargos. Parece-nos, no entanto, que tal poder coercitivo da Ética a faz transmutar-se em Direito, pleno de coerção e punição em caso de inobservância da regra substantiva.

Péricles também instituiu a remuneração dos cargos públicos; a *isegoria*, todos os cidadãos têm direito à palavra na assembleia; a *isocracia*, todos participam do poder; e a *isonomia*, todos são iguais. Faz-se necessário destacar que essas categorias políticas são estabelecidas na classe dos cidadãos, e não se estendem às mulheres, aos estrangeiros e aos escravos.

Esclarece o professor que, na Grécia Clássica, não existem advogados, apenas *logógraphoi*, que preparavam discursos para serem lidos perante os juízes, mas a palavra é o elemento “primordial para a definição do justo e do injusto”. “A praça pública (*ágora*), povoada por homens dotados da técnica (*techné*) da utilização das palavras, funcionava como oficina da intelectualidade em sua expressão oralizada” especialmente com os sofistas⁹, criticados e enfrentados por Sócrates e Platão.

8 Trata-se do homem magnânimo descrito por Aristóteles na sua **Ética a Nicômaco**. “O reconhecimento da grandeza de alma como a mais elevada expressão da personalidade espiritual e ética fundamenta-se, tanto para Aristóteles como para Homero, na dignidade da *arete*. *A honra é o troféu da arete; é o tributo pago a destreza*. A altivez provém, assim, da *arete*; mas daí resulta igualmente que a altivez e a magnanimidade são o que há de mais difícil para o Homem.” In JAEGER, Werner. **Paideia: a formação do homem grego**. 2010. Tradução de Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, p. 33-34, *passim*.

9 No mesmo sentido, BITTAR, E.C.B. e ALMEIDA, G.A., *op.cit.*, p. 94.

Aristóteles, no sentir do professor Ricardo Máximo, é o cume desse desenvolvimento filosófico na busca da justiça, pois “é o filósofo da imanência, da verossimilhança, da plausibilidade empiricizada na *polis*, imbricada na exigência do bem comum”.

Após estender-se pela história da Grécia Clássica, foca o professor o período helênico e seus filósofos, como Epicuro (341-270 a.C.), que funda um otimismo antropocêntrico no qual a individuação valoriza a amizade e a autarquia, Diógenes e os cínicos, bem como os estoicos (Zenão de Cítio, Epíteto, Marco Aurélio, Sêneca, Lucano).

Após discorrer sobre a Filosofia grega, a aula passa a se concentrar no Direito Romano, sua formação voltada para o direito de propriedade e dos proprietários e sua falta de compromisso com a justiça, classificado como “sico-fântico, fundado na violência e no ardil”. Essa característica do Direito Romano, esvaziado do valor de justiça e estruturado em comandos genéricos, propiciou, no entendimento do professor, a apreensão do mesmo pela burguesia do século XIX, ávida de poder, e o surgimento do positivismo jurídico¹⁰.

Sobre a Idade Média, faz menção o palestrante de que é espaço privilegiado para a honra, e que a *Sinderese*, de Tomás de Aquino, correspondente ao *Ethos* grego. No mesmo sentido, referem-se Bittar e Almeida, que lecionam emergir o conceito de justiça do Aquinate “do seio dos conceitos éticos”. No entanto, os citados doutrinadores frisam que, apesar do pensador cristão não desprezar as lições gregas, sobretudo aristotélicas, e delas comungar, une-as à noção de justiça tal qual concebida pelos juristas romanos “(justiça é uma vontade perene de dar a cada um o que é seu, segundo uma razão geométrica)”¹¹.

Frisemos que a crítica marxista ao preceito consagrado por Ulpiano e caracterizadora do conceito romano de Justiça, crítica essa partilhada pelo professor palestrante, exige que se insira ao famoso brocardo o valor axiológico do trabalho, ou seja, dar a cada um o que é seu segundo o seu trabalho.

Neste sentido, João Mangabeira, citado por Roberto Lyra Filho, entende na expressão “dar a cada um o que é seu” evidenciar-se uma separação social de classes entre proprietários e não proprietários, entre dominantes e espoliados, “porque se a justiça consiste em dar a cada um

10 O autor do presente trabalho não concorda plenamente com a opinião do docente, lembrando que Portalis, entre outros grandes juristas, sempre considerou os comandos genéricos da lei e do Código Civil como instrumentos adequados diante da diversidade da realidade, dos fatos e das lides, para a orientação e utilização por juizes, a quem cabe a aplicação da lei ao caso específico, permitindo a Justiça no caso concreto.

11 *Op.cit.*, p. 253.

o que é seu, dê-se ao pobre a pobreza, ao miserável a miséria, ao desgraçado a desgraça, que é isso o que é deles... Nem era senão por isso que ao escravo se dava a escravidão, que era o *seu*, no sistema de produção em que aquela fórmula se criou. Mas bem sabeis que esta justiça monstruosa tudo pode ser, menos justiça. A regra da Justiça deve ser a cada um segundo o seu trabalho, como resulta da sentença de São Paulo na Carta aos Tessalonicenses, enquanto não se atinge o princípio de a cada um segundo a sua necessidade”¹²

Quanto ao período histórico do Renascimento, em razão do resgate antropocêntrico, entende o professor Ricardo Máximo ser imprescindível perscrutar o pensamento de filósofos como Pico Della Mirandola, dedicado ao tema da dignidade do ser humano, e Rousseau, especialmente em “Emílio”, cujas obras são promotoras de uma ideologia humanista.

Ao Iluminismo, a crítica do professor Ricardo Máximo também é severa, especialmente quanto à justiça como valor condutor da vida social e do Direito. Aponta a razão instrumental iluminista como predadora e de dominação, razão do capital, argentária, sem exigências éticas. O professor não está só nessa posição crítica. Vejamos a acusação de Kant contra os seus contemporâneos no opúsculo *Para a Paz Perpétua um Esboço Filosófico*, no qual, ao tratar do Direito Cosmopolítico, dispõe que o mesmo “deve restringir-se às condições da hospitalidade universal”, após avaliar e criticar a abusiva conduta das potências econômicas europeias em busca do lucro e da riqueza econômica e comercial pela via da conquista e espoliação dos outros povos, e a repercussão causada por estas violações aos direitos de terceiros, inclusive em desfavor das próprias potências econômicas e seus povos¹³.

Esclarece o professor que a Filosofia do Direito visa a reconciliar o Direito e a Justiça, o Direito e a Estética, o Direito e a História, de modo a reintegrar o Direito à própria sociedade, o que é desenvolvido, especialmente, na opinião do professor Ricardo Máximo, após a Segunda Grande Guerra, por intermédio do Humanismo decorrente das reflexões da Escola de Frankfurt, composta, entre outros, por Habermas, Marcuse, Adorno, Horkheimer, e da Escola de Budapeste, formada por Luckács, Luciano Goldman, Michael Löwy e, atualmente, em especial por Agnes Hebler.

12 In LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. 1995, 17ª ed. 7ª. reimpr. 2002, p.21. Pelos mesmos motivos de Manga-beira, a grave crítica do professor Ricardo Máximo ao Direito Romano citada acima no texto.

13 KANT, Immanuel. “Para a paz perpétua - um esboço filosófico”. Tradução de J. Guinsburg. GUINSBURG, J. (organizador). **A Paz Perpétua: um projeto para hoje**. São Paulo: Perspectiva, 2004., p. 50-54.

Sobressaem-se neste contexto de reconciliação entre Lei, Direito e Justiça, dentre outros, pela reflexão propriamente jurídica, Theodor Viehweg, com a **Tópica**, e Chaim Perelman com a sua **Teoria da Argumentação**, ambas avessas ao positivismo jurídico, dogmático e formalmente lógico.

O palestrante destaca especialmente a teoria de Perelman como capaz de reconciliar Direito e Justiça, pois é dedicada a pensar sobre o raciocínio jurídico, a construção da decisão justa e a influência que a argumentação pode exercer para definir estruturas jurídicas.

Busca Perelman uma reflexão sobre o julgamento do caso concreto, “a criação da norma individual”¹⁴, pois é no discurso que se constrói o saber jurídico, a justiça, a equidade, a razoabilidade e a aceitabilidade das decisões judiciais¹⁵; “é pelo discurso que se acessa a consciência do juiz, que se invadem suas perspectivas pessoais, para se fazer instalar o gérmen de uma possível decisão favorável a determinado interesse judicial”¹⁶, ou seja, o justo é construído caso a caso pelos operadores do Direito e, principalmente, pelo juiz que pondera os argumentos e provas apresentados pelas partes, cotejando-os com a lei.

Conclui o professor Ricardo Máximo que, diante da sociedade materialista, de consumo e do desperdício, pós-moderna, só a utopia pode salvar: “Utopia ou Morte”. Utopia não no sentido de uma quimera ou fantasia, mas no sentido de “prospecção das urgências históricas” para a construção de um Estado bem-governado e organizado, que tenha a capacidade de proporcionar uma vida feliz e equilibrada para o povo. Para tanto, ainda segundo o citado professor palestrante, é imprescindível resgatar dos gregos a noção de **Paideia**, de educação integral do povo, assim como a da *ágora*, espaços próprios para o debate público das necessidades da sociedade e das políticas que a conduzirão, de modo democrático e republicano.

Nesta busca da Utopia para a construção de uma *pólis* contemporânea efetivamente humana, na qual o ser humano seja amado, respeitado e valorizado em sua dignidade essencial, só o Humanismo Crítico torna-se a ideologia capaz de conduzir a humanidade a tão nobre desiderato. Só o Humanismo Crítico propicia o respeito à pluralidade e torna possível a promoção do conjunto humano numa inserção cosmopolita.

14 BITTAR e ALMEIDA, *op.cit.*, p. 465.

15 *Idem*, p. 470.

16 *Ibidem*, p. 474.

Embora o professor não afirme exatamente nestes termos, toda a sua aula demonstra que o pensamento aristotélico conduz a sua reflexão sobre a Justiça¹⁷ como a rainha das virtudes, a qual se alcança pelo comportamento ético em todas as circunstâncias sociais. Na lide judicial, a Justiça é atingida mediante a argumentação dos advogados, uma vez que a retórica caminha naturalmente para a verossimilhança e para a justa decisão.

4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tópico anterior, dentro do possível e considerando as possibilidades e limitações do presente trabalho, procurou demonstrar o percurso das aulas deste primeiro Curso de Filosofia do Direito para o aperfeiçoamento dos magistrados.

As aulas, integralmente aproveitadas para a exposição da matéria proposta no plano de aula, percorreram um extenso e riquíssimo caminho de cultura, de visita ao tema da Ética, do Direito e da Justiça, tanto no aspecto histórico, como nas diversas correntes ideológicas.

No entanto, num curso de vinte horas, devido à exiguidade do período de vinte horas, não podemos esperar mais do que uma delibação, apesar de todo o talento do professor e esforço dos discentes. Se o magistrado não possuir um conhecimento prévio e uma reflexão própria sobre os temas da Filosofia do Direito, o proveito das aulas não será suficiente para permitir o seu efetivo aperfeiçoamento, embora possa sinalizar ao magistrado a necessidade de buscar por meios próprios um aprofundamento da matéria.

Contrastadas as aulas com o conteúdo programático da ENFAM, focado nas questões atinentes à normatividade jurídica e à hermenêutica, torna-se evidente que a disciplina está a merecer uma maior reflexão sobre como poderá ser ministrada com maior profundidade aos magistrados, dentro do paradigma determinado pela ENFAM, abraçando o real objetivo de aperfeiçoamento dos juízes nesta fundamental disciplina humanística.

As aulas proferidas neste curso possuem um conteúdo riquíssimo, mas não aprofundam o conteúdo programático da ENFAM, pois não há tempo suficiente para isso. Filosofia do Direito é uma disciplina afim da

17 O pensamento de Perelman é eminentemente aristotélico, assim como o de Theodor Viehweg. Nesse sentido, ver BITTAR e ALMEIDA, p. 457-458, 461-462 e 469-471.

Ciência do Direito, mas é Filosofia, possui seus próprios teóricos, métodos próprios, e objetivos próprios¹⁸, não se confundindo com a Teoria Geral do Direito propriamente dita¹⁹.

Como ensinam Bittar e Almeida, as “ciências jurídicas partem da norma para seus resultados aplicativos e/ou consequências; a especulação filosófica volve da norma a seus princípios, a suas causas, a sua utilidade social, a sua necessidade, as suas deficiências...A Filosofia do Direito é um saber crítico a respeito das construções jurídicas erigidas pela Ciência do Direito e pela própria *práxis* do Direito.”²⁰

O alto nível de exigência da reflexão filosófica reclama proporcionar-se aos magistrados o aprofundamento do estudo *jusfilosófico* dentro da perspectiva do conteúdo programático da ENFAM, e para tanto o curso necessita ser redimensionado.

O Curso de Aperfeiçoamento de Magistrados em Filosofia do Direito merece ser pensado nos termos de um curso de extensão universitária, ou mesmo uma especialização, mais condizente com sua real complexidade. Nesses termos, cada curso de vinte horas pode e deve ser um módulo diferenciado, servindo como pré-requisito para outros módulos de aprofundamento em temas específicos.

O Curso ministrado pelo professor Ricardo Máximo, - de importância capital para uma perspectiva humanística do Direito e da Justiça aplicada à sociedade, ao Estado, e especialmente ao Juiz e aos operadores do Direito na solução das demandas -, pode e deve ser caracterizado como o primeiro dos módulos de futuros cursos desta disciplina, focados em temas específicos, qual uma Introdução a Filosofia do Direito.

A este primeiro módulo de caráter introdutório, outros módulos poder-se-iam seguir, com temas diferenciados e específicos, mas também observando o conteúdo programático da ENFAM, como, por exemplo, um dedicado à Tópica, outro à Argumentação Jurídica - técnicas e teorias que se circunscrevem à questão da normatividade jurídica e sua hermenêutica -, outros sobre Teoria da Justiça e Teoria dos Direitos Fundamentais (ou Humanos). Assim, haveria a possibilidade de passar-se da teoria à prática, como quer a ENFAM, o que poderia, inclusive, propiciar o estudo de casos concretos. ❖

18 Neste sentido, BITTAR e ALMEIDA, *op.cit.*, p. 43.

19 *Idem*, p. 45-46.

20 *Ibidem*, p. 55.

A Execução de Título Extrajudicial sobre a qual se Aplicam as Regras da Provisória Exequibilidade (Discussões acerca do Artigo 587 do Código de Processo Civil)

Felipe de Ornelas Caldas

Graduado em Direito e Pós-graduando em Direito Processual pela Universidade Federal de Juiz de Fora-MG. Advogado.

INTRODUÇÃO

Uma das grandes preocupações do moderno processo civil consiste em atender aos anseios da sociedade quanto a uma efetiva e ao mesmo tempo célere tutela jurisdicional.

Assim, tendo por fim garantir a efetividade da tutela jurisdicional e diminuir os efeitos perniciosos do tempo no processo, o Direito Processual Civil brasileiro criou o instituto da execução provisória, instrumento capaz de adiantar à parte vitoriosa a situação jurídica que seria alcançada somente ao fim do processo.

As técnicas inerentes à provisória exequibilidade da sentença são, sem sombra de dúvidas, formas idôneas de se efetivar as decisões jurisdicionais no menor lapso temporal possível, em conformidade com o direito fundamental a um processo sem dilações indevidas, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal.

O instituto da execução provisória, consagrado no artigo 475-O do Código de Processo Civil, tem por escopo o adiantamento da atividade executiva, na medida em que possibilita que o credor efetive uma decisão que lhe foi favorável, ainda que o título executivo ensejador da execução não tenha sido imantado pela definitividade.

Por sua vez, o título executivo é o documento que representa uma obrigação líquida, certa e exigível, sendo, pois, um elemento que autoriza o Estado a realizar, coativamente, e mesmo contra a vontade do executado, os atos de expropriação, desapossamento e transformação com o fim de satisfazer o enunciado da norma jurídica individualizada - título executivo judicial ou extrajudicial.

O título executivo funciona, assim, como um fator de legitimação da realização dos atos executivos pelo Estado - poder de império - que serão suportados pelo executado.

Nesse sentido, a execução será definitiva quando for fundada em título já completamente formado – sentença transitada em julgado e títulos extrajudiciais.

Será provisória se a situação do credor não estiver pacificada, em razão de a decisão que reconheceu o crédito ser passível de modificações ulteriores, ou seja, será provisória a execução quando lastreada em título judicial não transitado em julgado.

Ocorre que, a nova redação do artigo 587 do Código de Processo Civil Brasileiro, trazida pela Lei número 11.382, de 6 de dezembro de 2006, trouxe uma controvérsia quanto à possibilidade legal de se ter uma execução provisória lastreada em um título definitivo, qual seja, o título extrajudicial. Senão, vejamos:

Art. 587. É definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo (art. 739).

Com a alteração, surgiu a possibilidade de uma execução que se iniciou definitiva transformar-se em provisória, sujeitando-se, então, o exequente, ao regime próprio da execução provisória, como prestação de caução para prática de atos expropriatórios, bem como responsabilização objetiva pelos prejuízos causados ao executado em caso da cassação do título.

A nova redação trouxe muita discussão por parte da doutrina, uma vez que, à luz da redação anterior do artigo 587, preponderava na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a execução de título extrajudicial, na pendência de recurso contra a sentença que julgou improcedentes os embargos do executado, continuava como definitiva, e não provisória.

Com lastro em inúmeros precedentes, o Superior Tribunal de Justiça chegou, inclusive, a editar a Súmula 317, segundo a qual “é definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos”. Essa orientação tinha por pressuposto a efetividade da prestação jurisdicional.

Diante disso, o presente trabalho tem por objetivo analisar o atual regramento da execução de títulos extrajudiciais, na pendência de apelação contra sentença de improcedência dos embargos, investigando os motivos que levaram o legislador a alterar a lei processual segundo os entendimentos contrários aos já sedimentados na jurisprudência e doutrina.

1 - TÍTULO EXECUTIVO

1.1 - Conceito

Título executivo é o documento que representa uma obrigação líquida, certa e exigível, sendo, pois, um elemento que autoriza o Estado a realizar, coativamente, e mesmo contra a vontade do executado, os atos de expropriação, desapossamento e transformação com o fim de satisfazer o enunciado da norma jurídica individualizada. O título executivo funciona, assim, como um fator de legitimação da realização dos atos executivos pelo Estado que serão suportados pelo executado.

O título executivo designa todo ato jurídico adequado para determinar a realização de direitos, seja mediante execução por quantia certa, de entrega de coisa ou de obrigação de fazer ou não fazer. Do título emerge, necessariamente, o direito a uma prestação a que corresponde, no lado oposto da relação jurídica, o dever de prestar.

Sérgio Shimura, entende que o título pode ser conceituado a partir de duas matizes, uma substancial, outra formal:¹

Vê-se, portanto, que o título, do aspecto substancial, é o ato jurídico de que resulta a vontade concreta da lei. Em sentido formal, é o documento em que o ato se contém.

1.2 - Natureza Jurídica

Há várias teorias que procuram identificar a natureza jurídica do

¹ SHIMURA, Sérgio. **Título Executivo**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 84.

título executivo, tendo a doutrina italiana debatido bastante a respeito. Vejamos alguns posicionamentos^{2/3}:

Para Liebman, o título executivo seria um ato jurídico que incorpora a sanção, exprimindo a vontade concreta do Estado de que se proceda a uma determinada execução. O título teria, então, natureza constitutiva, fazendo nascer a ação executiva e conferindo ao credor legitimidade para ajuizá-la. Liebman nega caráter probatório ao título executivo, partindo da premissa de que não há cognição na execução, chegando a dizer que o juiz não tem de examinar provas, nem formar sua convicção e sim, unicamente, deferir o pedido representado no título. Para ele, o título é o ato pelo qual a lei liga a eficácia de aplicar a vontade sancionatória – teoria do ato jurídico.

Didier⁴, ao comentar tal teoria, explica que ela não se coaduna com o atual regime jurídico da execução no processo civil brasileiro:

Essa teoria de Liebman restou por ser, recentemente, rejeitada nas últimas reformas legislativas que alteraram o Código de Processo Civil. O art. 580 do CPC, na sua atual redação, diz que o que deve ser certo, líquido e exigível, não é o título executivo, mas a obrigação nele consubstanciada. O título é um documento que comprova um ato jurídico extrajudicial ou a decisão proferida pelo julgador. Não basta o ato para a instauração da execução: é preciso que esteja adequadamente documentado.

Já Francesco Carnelutti acentua o caráter documental do título executivo, servindo de prova legal, ou seja, a função do título executivo é fornecer a prova do crédito. Trata-se, porém, de um documento que, além de prova legal de um fato, serve para demonstrar também a eficácia jurídica de um fato, a relação jurídica que nele é certificada. Assim, afirma que não basta dizer que o título executivo é uma prova legal, mas, além disso, vale para estabelecer a existência de uma relação jurídica ou, em outros termos, a eficácia jurídica de um fato.

A maior crítica que deve ser feita a essa teoria diz respeito à concepção abstrata da ação executiva: é que ao ser proposta a execução,

2 SHIMURA, Sérgio. **Título Executivo**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 86-94

3 DIDIER, Fredie *et al.* **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 145.

4 DIDIER, Fredie *et al.* **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 146.

basta a existência do título, não sendo necessário que haja, realmente, o crédito ou o direito do exequente. Ou seja, a existência da ação executiva independe da existência do direito do exequente. Segundo Didier⁵, a teoria de Carnelutti não explica as chamadas execuções injustas, ou seja, execuções que chegam ao seu termo, com a satisfação da obrigação, que, na verdade, não existe.

Por sua vez, Italo Andolina⁶ tenta desvincular o título executivo do ato jurídico subjacente. Assim, a importância do título não está naquilo que ele representa – o ato jurídico ou o crédito -, mas naquilo que ele é: não um meio de prova, mas um requisito processual para a instauração da atividade executiva.

De tudo o que foi apresentado, pode-se considerar que o título executivo é o documento que certifica um ato jurídico, que atribui a alguém um dever de prestar líquido, certo e exigível, a que a lei atribui o efeito de autorizar a instauração da atividade executiva.

1.3 - O princípio da *nulla executio sine titulo*

O procedimento executivo somente pode ser instaurado se houver um documento a que a lei atribua eficácia executiva, o título executivo. Assim, não há execução sem título executivo⁷.

A regra de que não há execução sem título impõe que a atividade executiva, provisória ou definitiva, somente pode ser instaurada se for apresentado um instrumento de um ato jurídico a que a lei atribua a eficácia executiva: um título executivo, que pode ser judicial ou extrajudicial.

5 DIDIER, Fredie *et al.* **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 147

6 DIDIER, Fredie *et al.* **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 148

7 Em sentido contrário, entendendo pela possibilidade de execução sem título, Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier e José Miguel Garcia Medina afirmam que o legislador ao revogar o art. 583 do CPC, esclarece que, embora o título executivo possa ser requisito para a obtenção de algumas das modalidades de tutela executiva, nem toda execução tem por base um título executivo, se se considerar as características próprias do título executivo. Assim, consideram que na tutela antecipada, bem como nas sentenças executivas (461 e 461-A) estão presentes características que não se coadunam com aquelas próprias do título executivo, pois: “a) não há predefinição legal sobre quais fatos são capazes de autorizar a realização de atos executivos, sendo que o juiz deverá avaliar, caso a caso, quais são as situações jurídicas merecedoras de tutela executiva; b) mesmo aqueles que não tenham sido contemplados pela norma jurídica com um título executivo podem ter acesso imediato à tutela jurisdicional executiva; c) aquele que pretende obter a tutela jurisdicional executiva deve argumentar e convencer o juiz de que é merecedor da tutela jurisdicional executiva, algo que não ocorre na execução fundada em título executivo, pois neste caso tal “merecimento” já terá sido avaliado pelo legislador”. Dessa forma, concluem os autores: “O princípio da *nulla executio sine titulo*, assim, convive com um princípio que lhe é oposto – *princípio da execução sem título permitida* -, já que há situações em que se autoriza a execução, embora inexistente um título executivo que lhe sirva de base. (**Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 3**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 43-49).

Nos dizeres de Paulo Henrique dos Santos Lucon⁸:

A presença de título hábil é indispensável para a efetivação de uma situação substancial a favor do titular de uma posição jurídica de vantagem.

Portanto, o título executivo é um pressuposto específico da ação executiva, sendo um requisito de admissibilidade específico do procedimento executivo. Em outras palavras, é um documento indispensável à propositura da ação e ao desenvolvimento válido do processo executivo.

Há autores, no entanto, como Alexandre Freitas Câmara⁹ e Cândido Rangel Dinamarco¹⁰ que consideram o título executivo uma condição da ação executiva. Criticando tal posicionamento, Fredie Didier¹¹ pondera que:

Dizer que o título executivo é condição da ação seria o mesmo que dizer que a “planta do imóvel” é condição da ação de usucapião imobiliária e que a certidão de casamento é condição da ação de separação judicial.

Dessa forma, considerando o título executivo como pressuposto da ação executiva, sua falta implica na inadmissibilidade do procedimento executivo, não sem antes ensejar a possibilidade de emenda da petição executiva. Caso o credor não emende ou sendo o vício insanável, tem lugar o indeferimento da petição e a extinção do processo mediante sentença.¹²

O título como pressuposto da ação executiva pode ser definitivo ou provisório. Será definitivo o título sobre o qual paira o elemento da certeza de sua existência, ou seja, que não será por outro substituído, porque não está em formação, mas formado. Portanto, são títulos definitivos os provimentos judiciais transitados em julgado e os títulos executivos extrajudiciais. Aqueles porque não são mais passíveis de modificação, não podendo ser substituídos. Já os títulos extrajudiciais são formados fora do processo e recebem da lei o atributo de autorizar a instauração da atividade executiva.

8 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 228.

9 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 2. p. 177.

10 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 4. p. 671-672.

11 DIDIER, Fredie *et al.* **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 149.

12 ASSIS, Araken. **Manual do Processo de Execução**. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.107-108.

Já os títulos provisórios não têm o requisito certeza jurídica, pois dependem de cognição exauriente ou de confirmação por ato jurisdicional hierarquicamente superior, que pode não ocorrer. É o caso, respectivamente, da decisão antecipatória de tutela e da sentença não transitada em julgado. Quanto aos efeitos dos título provisórios, Paulo Henrique dos Santos Lucon¹³ afirma que:

Todavia, entende o legislador que vale a pena a produção de efeitos externos ao processo decorrentes do título por assim dizer provisório, pois as vantagens obtidas na grande maioria dos casos têm muito mais significado social que eventuais males sofridos em casos proporcionalmente reduzidos.

1.4 - Os princípios da taxatividade e da tipicidade dos títulos executivos

Embora mantenham estrita proximidade, os princípios da taxatividade e da tipicidade não se confundem. Em razão da taxatividade, é impossível conceber a existência de outros títulos executivos além daqueles já previstos em lei. Em virtude da tipicidade, os títulos devem enquadrar-se nos tipos legais, ou seja, nas previsões normativas.

Pelo princípio da taxatividade, não há título se não houver lei o prevendo (*nullus titulus sine legis*). Para que determinado documento ou instrumento seja enquadrado como título executivo, é preciso que integre o catálogo de títulos (*numerus clausus*). Somente a lei pode criar um título executivo ou incluí-lo no elenco de títulos já existentes. No ordenamento pátrio, os títulos estão previstos, em sua grande maioria, no artigo 475-N, no caso de títulos judiciais, e no artigo 485, no caso de títulos extrajudiciais, ambos do Código de Processo Civil. Existe, ainda, previsão em leis extravagantes, como, por exemplo, o Termo de Ajustamento de Conduta, previsto no artigo 5º, parágrafo 6º, da Lei. 7.347/85.

Além de estarem taxativamente previstos, os títulos decorrem de tipos legais, devendo encaixar-se numa daquelas hipóteses previstas em lei. Dessa forma, há títulos que decorrem de tipos fechados, havendo outros que se extraem de tipos abertos. Assim, alguns títulos são rígidos, expressamente definidos pelo legislador, de tal maneira que a sua identificação se dá pelo modo conceitual-subsuntivo rigoroso e exato, com aplicação da

13 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 229.

operação “sim ou não”, “é ou não é”¹⁴. Como exemplo de título decorrente de tipo fechado e rígido, Fredie Didier aponta a nota promissória¹⁵:

Realmente, a legislação estabelece todos os pressupostos e requisitos da nota promissória, contendo uma definição rigorosa de suas características. Ou o documento é, ou não é, uma nota promissória, sendo ou não um título executivo.

Por outro lado, há títulos que decorrem de tipos abertos, funcionando com base na semelhança, por não possuírem elementos normativos rígidos ou determinados com rigor. É o caso, v.g., da hipótese prevista no inciso II do artigo 585 do Código de Processo Civil: qualquer documento público assinado pelo devedor é título executivo. Não há, nesses casos, uma descrição rigorosa, rígida, exaustiva, minuciosa do tipo, enquadrando-se na hipótese legal todos aqueles que se assemelhem à previsão normativa. É por isso que, como lembra José Miguel Garcia Medina¹⁶:

na jurisprudência a maior parte dos problemas relacionados a configuração do título executivo ocorre na hipótese descrita no inciso II do art. 585 do CPC, justamente porque se trata de tipo aberto, sem rigor ou rigidez na descrição da definição legal.

1.5 - Atributos da obrigação representada no título executivo

Como já foi dito, para que se proponha a execução, é preciso que haja um título executivo, judicial ou extrajudicial. No entanto, é necessário também que o título além de encartar-se numa das hipóteses dos artigos 475-N e 585 do Código de Processo Civil, deve ainda representar uma obrigação certa, líquida e exigível.

1.5.1 - Certeza

A certeza constitui o pré-requisito dos demais atributos, significando dizer que só há liquidez e exigibilidade, se houver certeza. Diz-se que há certeza quando do título se infere a existência da obrigação.

Quando a obrigação estiver expressamente representada no título, significa que há certeza. Assim, é certa a obrigação, se não depender de qualquer elemento extrínseco para ser identificada.

14 DIDIER, Fredie *et al.* **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 152.

15 DIDIER, Fredie *et al.* **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 153.

16 MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 87.

Segundo Teori Albino Zavascki¹⁷, para aferição da certeza da obrigação, necessário observar se, pela simples leitura do título, pode-se perceber que há uma obrigação contraída, podendo-se, ainda, constatar quem é o credor, o devedor e quando deve ser cumprida. Se assim ocorrer, haverá, então, certeza da obrigação.

1.5.2 - Liquidez

Além da certeza, deve haver também a liquidez e a exigibilidade. A liquidez pressupõe a certeza. Enquanto a certeza diz respeito à existência da obrigação, a liquidez refere-se à determinação de seu objeto. Segundo Araken de Assis¹⁸, a liquidez importa expressa determinação do objeto da obrigação. Sem discordar, Humberto Theodoro¹⁹ leciona que:

A liquidez consiste no plus que se acrescenta à certeza da obrigação. Por ela demonstra-se não somente se sabe que 'se deve', mas também 'quanto se deve'.

Segundo Pontes de Miranda²⁰, diz-se que o crédito é líquido quando, além de claro e manifesto, dispensa qualquer elemento extrínseco para se aferir seu valor ou para determinar o seu objeto. No mesmo sentido, leciona Rodrigo Mazzei²¹ que a liquidez está presente quando:

Há possibilidade de se alcançar os seus contornos através de elementos que constem internamente no instrumento em que foi fixada a obrigação.

Assim, como o título extrajudicial deve dispensar qualquer elemento extrínseco para determinação de seu objeto e aferição do seu valor, sempre conterà uma obrigação líquida. Já os títulos judiciais podem representar uma obrigação líquida ou ilíquida. Nesse último caso, antes de ser instaurado o procedimento do cumprimento de sentença (desde que haja também exigibilidade, como se verá a seguir), deverá ser instaurada a liquidação de sentença.

17 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de Execução – parte geral**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

18 ASSIS, Araken. **Manual do Processo de Execução**. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.140.

19 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de Execução**. 19 ed. São Paulo: LEUD, 1999. P. 174.

20 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t.3.

21 MAZZEI, Rodrigo et al. **Reforma do CPC 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 93.

1.5.3 - Exigibilidade

Ao lado da certeza e da liquidez, cumpre que haja, ainda, a exigibilidade. Para que haja a exigibilidade, é preciso que exista o direito à prestação (certeza da obrigação) e que o dever de cumpri-la seja atual. Ou seja, não estando sujeita a termo ou a condição suspensiva, a obrigação é exigível.

A exigibilidade não é elemento intrínseco do título executivo, como o são a certeza e a liquidez²², uma vez que aquele atributo remete ao exame do vencimento da obrigação, que é uma situação externa (ainda que com previsão no corpo do título).

Conceituando a exigibilidade como elemento extrínseco, Rodrigo Mazzei²³ assevera:

A falta de exigibilidade poderá não afetar o átomo do título executivo, seus elementos intrínsecos (certeza e liquidez), haja vista que a primeira – como elemento externo – não pode imiscuir-se com estes, diante de posições fincadas em planos distintos. Assim, é perfeitamente possível a afirmação de que determinado litigante possui um título executivo sem exigibilidade, mas será absolutamente inviável se dizer que o credor possui um título executivo exigível que não é certo, haja vista que o núcleo interno do título demanda a conjunção da certeza e da liquidez.

2 - EXECUÇÃO PROVISÓRIA

2.1 - Considerações Iniciais

Execução provisória é aquela fundada em título judicial não transitado em julgado. Com ela tem-se o adiantamento da atividade executiva, uma vez que o título ensejador da execução ainda não foi imantado pela definitividade. Chama-se provisória, portanto, a execução fundada em título judicial na pendência de recurso aviado contra o provimento com eficácia executiva.

²² SHIMURA, Sérgio. *Título Executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 143

²³ MAZZEI, Rodrigo *et al.* *Reforma do CPC 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 96.

Para conceituação do instituto, Paulo Henrique dos Santos Lucon²⁴ se vale dos conceitos propostos pelos italianos V. Carpi e Impagnatiello, respectivamente:

Execução provisória é a antecipação da eficácia executiva ou da atuação da sentença ou de outros provimentos judiciais, de acordo com o momento e o grau de maturidade que a lei considera como sendo normal. (V. Carpi, **La provvisoria esecutorietà della sentenza**, p.3)

É uma forma de antecipação dos efeitos próprios da sentença transitada em julgado. (Impagnatiello, **La provvisoria esecutorietà delle sentenze costitutive**, p.85-86).

Por sua vez, Cássio Scarpinella Bueno²⁵ considera que:

A execução provisória será 'execução' precipitada no tempo em que, normal e usualmente, deveria ocorrer, ou seja, após o trânsito em julgado da sentença que forma o título executivo. (**Execução provisória e antecipação de tutela**, p. 161).

Na execução provisória, há uma antecipação de alguns efeitos jurídicos do provimento final, na medida em que permite que o credor efetive uma decisão que lhe foi favorável, ainda que tenha sido impugnada por recurso. Justifica-se como forma de compensá-lo pelo fato de o vencido (devedor) ter recorrido. Além disso, desestimula a interposição de recursos meramente protelatórios, no intuito de postergar indefinidamente o início da atividade executiva.

No entanto, a execução provisória nem sempre foi entendida dessa maneira. Nos dizeres de Fredie Didier²⁶:

A execução provisória passou por uma considerável remodelação nos últimos anos, para chegar ao atual estágio de desenvolvimento normativo e conceitual.

Antes da Lei 10.444/02, no regramento primitivo dado à execução provisória pelo artigo 588 do Código de Processo Civil, a execução provisória distinguia-se da definitiva pela impossibilidade de o credor-exequente

24 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 207-208.

25 BUENO, Cassio Scarpinella Bueno. **Execução Provisória e antecipação de tutela**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 161.

26 DIDIER, Fredie *et al.* **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 39.

chegar à fase final, alcançando o resultado material pretendido. Era uma execução denominada pela doutrina de incompleta. Nos dizeres de Paulo Henrique dos Santos Lucon²⁷:

Na verdade, a sistemática do Código de Processo Civil de 1973 prevê uma execução provisória incompleta, de nítido caráter preparatório ou, quando muito, preventivo ou acautelatório, já que não permite a plena realização do direito, mas apenas a atribuição do bem constrito para a futura satisfação do exequente, que depende sempre do trânsito em julgado da decisão.

Com a advento das Leis n. 10.444/2002 e 11.232/2005, passou a ser possível que, mesmo em execução provisória, se atinja a fase final do procedimento executivo, ainda que sob condições diferentes (que se verá adiante), podendo ambas ser completas.

Portanto, com o advento das referidas leis, apesar de o critério de diferenciação continuar sendo o mesmo, ou seja, a estabilidade do título executivo em que se funda a execução continua sendo determinante para a natureza da execução - se se tratar de decisão acobertada pela coisa julgada material, a execução é definitiva; em se tratando de decisão judicial ainda passível de alteração, em razão da pendência de recurso contra ela interposto, a que não tenha sido atribuído efeito suspensivo, a execução é provisória -, o que mudou foi a abrangência e os efeitos da execução provisória, cada vez mais próxima à execução definitiva.

Assim, se antes a execução provisória não permitia a plena realização do direito, hoje, tanto a execução definitiva, quanto a provisória são capazes de propiciar a perfeita satisfação do crédito exequendo.

2.2 - Cabimento

A execução provisória encontra aplicação em duas situações que a justificam. Na primeira delas, para a definitividade do título, faz-se necessário um ato confirmador por órgão hierárquico superior, mediante o não conhecimento ou desprovimento do recurso. A execução é provisória porque o título que a justifica não é definitivo, ou melhor, não é ainda de-

²⁷ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 212.

finitivo e não se sabe objetivamente se no futuro virá a ter esse atributo. É o caso da sentença impugnada por recurso de apelação recebida apenas no efeito devolutivo (artigo 475-I, § 1º, do Código de Processo Civil).

Na segunda hipótese, proferida decisão provisória por meio de cognição não exauriente, ou seja, por meio de cognição superficial ou sumária, interposto ou não contra ela recurso, os efeitos desse ato decisório são desde logo sentidos pelas partes litigantes. Aqui, a decisão deverá necessariamente ser confirmada por outra decisão a ser proferida pelo mesmo órgão jurisdicional prolator do provimento provisório. É o caso da tutela antecipada prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil.

As referidas hipóteses de aplicação podem ser desdobradas. Segundo Araken de Assis²⁸, comportam execução provisória, ante a ausência de efeito suspensivo do respectivo recurso, os seguintes atos decisórios: a) as sentenças de força condenatória, executiva e mandamental na pendência de apelação recebida tão só no efeito devolutivo; b) a sentença atacada por apelação não recebida em primeiro grau e na pendência de agravo de instrumento contra esta última decisão; c) as decisões interlocutórias; d) acórdãos unânimes e não embargados, mas impugnados através de recurso especial e de recurso extraordinário (artigo 542 do Código de Processo Civil).

2.3 - Regime jurídico

A execução provisória, em virtude da provisoriedade do título em que se funda, exige algumas precauções. Assim, orienta-se por algumas regras que lhe são próprias, previstas no artigo 475-O, CPC – introduzido pela Lei n. 11.232/2005, que revogou os arts. 588 a 590 do CPC, em sua redação originária, conforme se explicitará a seguir.

2.3.1 - Requerimento do credor

A execução provisória sempre depende de requerimento do credor, devendo o exequente desencadeá-la, ao contrário do que ocorre, por exemplo, no ordenamento jurídico alemão, em que o juiz pode instaurá-la *ex officio*.

O legislador, ao exigir prévio requerimento do credor (artigo 475-O,I), agiu acertadamente. Primeiro porque as investigações do exequente podem revelar a tendência de a execução se mostrar infrutífera, uma vez

28 ASSIS, Araken. **Cumprimento de Sentença**. Rio de Janeiro:Forense, 2006, p. 144.

constatada a ausência de bens penhoráveis; segundo porque o prognóstico feito pelo exequente pode apontar a elevada possibilidade de provimento do recurso pendente e a consequente anulação ou reforma do título; e finalmente, e mais importante, porque o exequente deve ponderar que, se acaso seja extinta a execução, responderá objetivamente pelos danos causados ao devedor (o que se verá adiante). Portanto, a instauração da execução provisória é uma escolha do credor, dependendo única e exclusivamente da sua iniciativa.

O credor exequente deverá formular seu requerimento por meio de petição escrita com as seguintes peças obrigatórias, segundo o artigo 475-O, §3º, I a IV: a) sentença ou acórdão exequendo; b) certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo; c) procurações outorgadas pelas partes; d) decisão de habilitação, se for o caso. O mesmo artigo também facultou a juntada de peças que o exequente considere necessárias.

No que tange a supracitada alínea “b”, importante a transcrição dos comentários de Carlos Alberto Alvaro Oliveira²⁹:

Apesar de o art. 475-O, §3º, II, mencionar ‘certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo’, o caput corretamente alude a cópia. De tal sorte, dentro do sentido deformalizador que presidiu a alteração ora comentada, basta cópia da certidão de interposição do recurso ou do carimbo autenticador da interposição, autenticada pelo advogado, com as cautelas legais.

Importante ressaltar que as cópias dos referidos documentos obrigatórios não precisam ser autenticadas pelo escrivão ou tabelião, sendo suficiente que o advogado do credor as declare autênticas sob sua responsabilidade pessoal, segundo o artigo 475-O, § 3º. Com isso, o legislador inovou, colocando fim à necessidade de formação da carta de sentença, abolindo essa vetusta burocracia cartorária.

2.3.2 - Prestação de caução

Exatamente em razão da provisoriedade do título em que se funda a execução provisória, a lei adota algumas precauções, dentre elas a exigência de prévia prestação de caução para prática de alguns atos executórios.

²⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **A nova Execução**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 209.

No entanto, nem sempre foi assim. Antes da vigência da Lei n. 10.444/2002, a caução era exigida para a própria instauração da execução provisória e não para a prática de alguns atos, como prevê o artigo 475-O, III.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira³⁰ explica a evolução da exigência da caução no ordenamento jurídico:

Na vigência da redação primitiva do CPC, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência exigiam a prestação da caução quando da propositura da execução provisória. Em face da evolução jurisprudencial posterior, especialmente por obra do STJ, antes mesmo da entrada em vigor da Lei n. 10.444, de 7.5.2002, passou-se a exigir caução somente na hipótese de alguma possibilidade de dano real e não meramente hipotético. Depois da edição da Lei n. 10.444, de 2002, fielmente reproduzida no diploma legal ora comentado, dissipou-se qualquer dúvida. A caução não é mais exigida no simples início da execução provisória, mas tão somente se ocorrer algum dos atos enumerados no art. 475-O,III, CPC.

Desta forma, segundo o artigo 475-O,III, exige-se, a título de contracautela, a prestação de uma caução pelo credor, para que possa: (a) levantar depósito em dinheiro, b) praticar atos que importem alienação de propriedade, c) praticar atos dos quais possam resultar grave dano ao executado.

Paulo Henrique dos Santos Lucon³¹ define a caução:

A caução constitui um legítimo instrumento de contrapeso, que tem o escopo de assegurar a responsabilidade patrimonial do causador do dano, daí ser destinada a funcionar como cautela contra o perigo derivante da execução provisória de um provimento judicial. Importante pontuar que a própria execução provisória tem por fim acautelar o perigo resultante da demora inerente à obtenção de um provimento principal definitivo. Por isso que, em tais casos, a caução representa uma forma legítima de tutelar valores jurídicos de igual dimensão. Correto, portanto, afirmar que a caução constitui a cautela da cautela ou simplesmente contracautela.

³⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **A nova Execução**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 201.

³¹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 414.

Há casos, porém, em que a caução deve ser dispensada pelo juiz, conforme prevê o artigo 475-O, §2º, incisos I e II. Em primeiro lugar, a caução é dispensada quando se tratar de execução de crédito de natureza alimentar ou de ato ilícito, cujo valor não exceda a 60 salários mínimos, desde que o exequente se mostre em situação de necessidade – que, no caso de crédito alimentar, se presume. Em segundo lugar, a caução é dispensável quando estiver pendente agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso especial ou recurso extraordinário. Justifica-se a isenção da contracautela, neste caso, não só como forma de inibir a interposição de recurso protelatório, como também por haver uma grande probabilidade de o título tornar-se definitivo, com o trânsito em julgado da decisão.³²

Muitos doutrinadores defendem a flexibilização da exigência de caução na execução provisória nos casos de hipossuficiência econômica do credor quando essa imposição dificultar extremamente ou impedir a prática de um direito. Paulo Henrique dos Santos Lucon³³ entende que o juiz deve valorar caso a caso os fatos que envolvem a causa, verificando o prejuízo decorrente da realização dos efeitos emergentes da decisão sem a prestação da caução. Assim, se o risco da irreversibilidade é menor do que o suportado pelo beneficiário da tutela antecipada e da sentença ou acórdão recorridos, não tendo meios de prestar a caução, ela deve ser dispensada. Entendimento contrário iria de encontro aos ditames constitucionais (CF/88, artigo 5º, XXXV e LIV).

Fredie Didier³⁴, também defendendo a flexibilização da exigência da caução, alerta que a dispensa da caução não deve ser admitida apenas porque o credor não tem condições econômicas, o que seria uma medida assistencialista em seu favor, mas sim se aliado a isso o juiz perceber que as chances de êxito da execução são reais. Para tanto, considera que o juiz deve se utilizar do princípio da proporcionalidade, dando uma interpretação teleológica ao artigo. 475-O, III, atentando para sua finalidade real.

Araken de Assis³⁵, seguindo essa linha de entendimento, relembra que:

Já se defendeu em situações análogas que restrições desse teor dificilmente se harmonizam com o direito à tutela jurí-

32 DIDIER, Fredie *et al.* **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 201.

33 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 416.

34 DIDIER, Fredie *et al.* **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 202.

35 ARAKEN de Assis. **Cumprimento de Sentença**. Rio de Janeiro, 2006: Forense. p. 154.

dica do Estado, pré-excluindo a larga maioria da população, situada bem próxima da constrangedora linha de miserabilidade, da pretensão de executar provisoriamente.

2.3.3 - Impugnação do executado

Nos moldes do artigo 475-J, § 1º, realizada a penhora e intimado o executado, ainda que se trate de execução provisória, fluirá prazo de quinze dias para o executado, querendo, impugnar a pretensão executiva. No entanto, só poderá alegar em defesa as hipóteses taxativamente previstas no artigo 475-L do Código de Processo Civil.

Dessa forma, tem-se que os motivos da impugnação deduzida pelo executado jamais coincidirão com as questões submetidas a julgamento no recurso pendente contra a sentença exequenda.

2.3.4 - Reforma ou anulação do título: retorno ao estado anterior

Do julgamento do recurso pendente, duas situações podem acontecer: ou o executado obtém êxito no recurso pendente, ou então o provimento exequível se torna firme pela aquisição da eficácia de coisa julgada. Neste último caso, a execução provisória se transformará automaticamente em definitiva, assumindo a estabilidade inerente a tal condição e, conforme a etapa que alcançou, extinguir-se-á o processo, desfazendo a caução prestada. Caso contrário, provido o recurso pendente, importa distinguir entre a reforma parcial ou total.

Assim, sendo o título, em grau de recurso, anulado ou reformado integralmente, a execução será extinta, conforme preconiza o artigo 475-O, II, do Código de Processo Civil. Nessa hipótese, as partes devem retornar ao estado anterior à execução provisória, e eventuais prejuízos injustamente sofridos pelo devedor deverão ser liquidados por arbitramento nos próprios autos da execução. Liquidados os danos, o valor resultante deverá ser cobrado nos mesmos autos, pelo procedimento de execução que mais bem se adapte às circunstâncias.³⁶

Araken de Assis³⁷ explica como se dá o retorno ao estado anterior:

Significa a volta ao estado prístino o dever de o exequente restituir as quantias recebidas, com correção e juros, sob pena

³⁶ DIDIER, Fredie *et al.* **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 196.

³⁷ ASSIS, Araken. **Cumprimento de Sentença**. Rio de Janeiro, 2006: Forense, p. 159.

de sofrer execução; liberam-se os bens penhorados e ainda não alienados; desconstitui-se o usufruto forçado, perante o qual se segue idêntico dever de reembolsar as quantias recebidas; restitui-se a coisa levantada; e libera-se o executado do comportamento devido, desfazendo-se os atos materiais dele consequentes (por exemplo, demolindo o muro ou retornando a linha divisória ao seu traço original).

Importante destacar que antes da Lei n. 10.444/02, dispunha o artigo 588, inciso III, do Código de Processo Civil que as coisas deveriam ser restituídas ao estado anterior. Hoje, no entanto, o artigo 475-O, II, do Código de Processo Civil prevê que as pessoas é que devem ser repostas ao estado anterior à execução provisória se o título for anulado ou reformado.

Humberto Theodoro Jr.³⁸ faz importante reflexão sobre a citada nova redação do artigo 475-O,II:

*Mais uma vez, portanto, a **mens legis** evidencia que a provisoriedade se passa entre as partes do processo e não atinge terceiros que legitimamente tenham adquirido a propriedade dos bens executados.*

É por essa razão, conclui o autor, que se os bens do devedor foram transferidos por arrematação a terceiros, o exequente não terá que devolvê-los ao executado, mas, sim, indenizá-lo por sua perda.

Já no caso do recurso ser julgado parcialmente procedente, sendo o título anulado ou reformado de forma parcial, a execução ficará, nesta parte, sem efeito, conforme prevê o artigo 475-O, §1º, aplicando-se as disposições supracitadas, com devido retorno ao estado anterior. Na parte restante, por sua vez, continuará válida e eficaz a execução, que passara a transcorrer agora em definitivo, em virtude do trânsito em julgado, assumindo a estabilidade inerente a tal condição.

2.4 - Responsabilidade objetiva do exequente

A execução provisória, sobretudo pelo fato de ser fundada em título precário, corre por conta e risco do credor. O credor-exequente responderá, objetivamente, pelos prejuízos causados ao executado, se porventura o seu título for cassado ou alterado.

38 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, 39 ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 88.

Paulo Henrique dos Santos Lucon³⁹ e Araken de Assis⁴⁰ se valem dos ensinamentos de Chiovenda para considerarem que seria um tremendo contrassenso permitir que o executado saia no prejuízo, haja vista que nada fez para provocar o dano e muito menos se encontrava em posição de impedi-lo.

A forma de ressarcimento do devedor depende do tipo de prestação efetivada⁴¹. Assim, sendo prestação de pagar quantia, operar-se-á com a devolução dos bens (caso tenham sido adjudicados pelo credor) e valores expropriados na execução, juntamente com o pagamento de uma indenização pelos prejuízos sofridos em razão da privação da fruição do bem ou com danos causados à coisa restituída. Se porventura os bens expropriados já tiverem sido transferidos para terceiros, cabe ao credor indenizar o devedor pela perda do bem.

Araken de Assis⁴² faz uma ressalva, no entanto, quanto ao dever de indenizar no tocante à prestação de pagar quantia, no caso da execução de crédito alimentar:

Todavia, o dever de indenizar se afigura eventual: a execução de crédito alimentar, por exemplo, não o enseja, pois os alimentos em princípio se ostentam irrepetíveis.

Tratando-se de obrigação de prestação de entregar coisa, dar-se-á com a restituição da coisa e com o pagamento de uma indenização pelos prejuízos sofridos – uma compensação pelo período em que o credor não pode da coisa fruir e compensação por eventuais danos. Na hipótese de já ter sido transferido para terceiros, restituir-se-á o valor pecuniário equivalente.

Em caso de prestação de fazer, o exequente deve desfazer a prestação positiva por sua conta e risco, bem como compensar o executado com eventuais gastos com material, equipamento e contratação de pessoal. Não sendo isso possível deverá reembolsar o devedor pelo equivalente pecuniário.

Já na hipótese de obrigação de não fazer, deve-se, na medida do possível, eliminar os efeitos da conduta negativa do devedor, recompensando-o pecuniariamente por prejuízos experimentados.

39 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 420.

40 ASSIS, Araken. **Cumprimento de Sentença**. Rio de Janeiro, 2006: Forense. p. 151.

41 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 418-419.

42 ASSIS, Araken. **Cumprimento de Sentença**. Rio de Janeiro, 2006: Forense. p. 159.

Teori Albino Zavascki⁴³ defende que, em qualquer das hipóteses, nada impede que se imponha ao credor o pagamento de uma indenização por danos morais eventualmente suportados pelo devedor, caso a execução tenha sido ruidosa a ponto de lhe lesar a honra, bem como sua dignidade.

3 - A EXECUÇÃO DE TÍTULOS EXECUTIVOS EXTRAJUDICIAIS SOBRE A QUAL SE APLICAM AS REGRAS DA PROVISÓRIA EXEQUIBILIDADE

3.1 - Entendimento doutrinário e jurisprudencial à época da antiga redação do artigo 587 do Código de Processo Civil

A redação anterior do artigo 587 do Código de Processo Civil dispunha:

Art. 587. A execução é definitiva, quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial; é provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo.

Da literal leitura do dispositivo supra, extraía-se que a execução de título executivo extrajudicial era definitiva, não se vislumbrando hipótese de interpretação diversa. Assim, a execução que se iniciava definitiva chegava ao seu fim também de forma definitiva, não se admitindo hipótese de transmutação de definitiva em provisória ao decorrer da execução.

Ocorre, no entanto, que, a despeito dessa definitividade inicial, nada impedia que, posteriormente, esse título fosse modificado, ou até extinto, em razão da oposição de embargos pelo executado.

Diante dessa situação, podia-se afirmar que tais títulos, ao serem opostos embargos pelo executado, passavam a uma situação de instabilidade, uma vez que a função primordial dos embargos opostos pelo executado é, justamente, questionar o direito do exequente materializado no título extrajudicial.

Assim, podia-se dizer que uma vez opostos os embargos, os títulos executivos extrajudiciais passavam a não gozar da mesma credibilidade outorgada aos títulos judiciais pela coisa julgada material⁴⁴.

43 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de Execução: parte geral**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 442.

44 PIRES, Jorge Antônio Cheim. "A execução provisória de título executivo extrajudicial: em defesa do novo art. 587 do CPC". **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 48, p. 50, mar. 2007.

Em razão dessa volubilidade dos títulos extrajudiciais, formou-se um debate tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátria acerca da natureza da execução baseada em título executivo extrajudicial quando houvesse sido interposta apelação pelo executado contra a sentença que julgou improcedentes os embargos por ele opostos.

Tal controvérsia residia, portanto, no fato de o próprio título embasador da execução definitiva, qual seja, o extrajudicial, ser ainda possível de modificação, haja vista a pendência de recurso que poderia modificar a sentença, modificando ou declarando inexistente o título executivo.

Parte da doutrina, francamente minoritária, defendia a exequibilidade provisória do título executivo extrajudicial na pendência de apelação contra sentença que julgou improcedentes os embargos, sob o principal argumento de que se o próprio direito do credor fundamentado no título estava pendente de julgamento, a execução só poderia ser provisória, haja vista que a definitiva pressupunha uma situação de imutabilidade e segurança, que só seria alcançada após o julgamento da apelação⁴⁵.

Nos dizeres de Jorge Antônio Cheim Pires⁴⁶:

Essa é a razão pela qual, mesmo antes do advento da Lei nº 11.382/06, já ecoavam vozes na doutrina, admitindo a provisoriedade dessa execução, sob o fundamento de não ser possível proceder-se a uma mera interpretação literal do art. 587 do CPC.

Por outro lado, doutrina majoritária entendia que os títulos executivos extrajudiciais não eram passíveis de provisória exequibilidade, sob o principal argumento de que o direito positivo não admitia a transformação de uma execução definitiva em provisória. Cândido Rangel Dinamarco afirmava⁴⁷:

Os títulos executivos extrajudiciais ou tem executividade plena, capaz de sustentar uma execução definitiva, ou não tem executividade alguma e não são, portanto, títulos executivos.

45 Defendiam a execução provisória de títulos extrajudiciais ainda sob a égide da antiga redação do artigo 587 do CPC: Vicente Greco Filho (**Direito Processual Civil Brasileiro**. v. 3, 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 35), Frederico Marques (**Manual de Direito Processual Civil**. v. 4. Campinas: Bookseller, 1997, p. 83), Humberto Theodoro Júnior (**Curso de Direito Processual Civil**. v. 2, 29ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 21).

46 PIRES, Jorge Antônio Cheim. "A execução provisória de título executivo extrajudicial: em defesa do novo art. 587 do CPC". **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 48, p. 50, mar. 2007.

47 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 4. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 762.

Jorge Antônio Cheim Pires elenca os principais argumentos aduzidos pela referida doutrina majoritária para defender a definitividade da execução, na hipótese de apelação interposta contra a sentença que julgou improcedentes os embargos, antes ainda do advento da Lei 11.232/2006 que mudaria a redação do artigo 587 do Código de Processo Civil⁴⁸. São eles:

a) não havia que se falar em execução provisória, porque a decisão que julgava improcedentes os embargos do executado tinha natureza declaratória negativa, logo, insuscetível de execução, ressalvando-se os capítulos acessórios; b) o efeito executivo que fora suspenso pelo recebimento dos embargos do executado (antigos artigos. 739, parágrafo 1º, e 791, nº I), e que recomeçava a produzir-se apesar da interposição da apelação, era do título extrajudicial, que tinha natureza definitiva; c) não era possível que uma execução que se iniciava definitiva convolvesse em provisória. Caso contrário, estar-se-ia conferindo mais força à interposição do recurso do que a própria lei confere aos títulos executivos extrajudiciais; d) o legislador, ao emprestar definitividade a determinados títulos (art. 585), equiparou-os às sentenças transitadas em julgado, o que também se revela da redação do próprio artigo 587, 1ª parte; e) a probabilidade de existência do direito do exequente era enorme, pois, além de possuir um título executivo, tinha ainda, a seu favor, a sentença dos embargos que havia confirmado a executividade desse título. Não se podia, dessa forma, temer eventual execução definitiva só pela escassa probabilidade de provimento do recurso de apelação interposto contra a decisão que julgara os embargos⁴⁹. f) a execução definitiva, de outro lado, não causava sérios prejuízos ao embargante-executado mesmo na hipótese de provimento do recurso interposto contra a sentença que julgara

48 PIREZ, Jorge Antônio Cheim. "A execução provisória de título executivo extrajudicial: em defesa do novo art. 587 do CPC". *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 48, p. 50, mar. 2007.

49 No mesmo sentido, Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes defende que o maior argumento para não se cogitar em execução provisória, é a dupla presunção de crédito do exequente: "E no confronto entre a efetividade da prestação jurisdicional executiva e a segurança do patrimônio do executado, a lei fez opção pela primeira. E fez de maneira ponderada, pois a essa altura o credor já irá dispor de dupla presunção de crédito: a primeira resultante do título; a segunda, do julgamento da ação de embargos em primeiro grau, precedido de pleno contraditório e ampla defesa. (A execução Provisória sob o enfoque da efetividade da prestação jurisdicional. **Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, p. 417.)

improcedentes seus embargos. Havendo perigo de a execução definitiva causar danos irreparáveis, devido à demora no julgamento da apelação (periculum in mora), e, ademais, sendo relevante a fundamentação do recurso ou frágeis os argumentos contidos na sentença de improcedência dos embargos (fumus boni iuris), poderia o devedor requerer ao relator a suspensão do cumprimento dessa decisão, até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara, nos moldes do artigo 558 do Código de Processo Civil, ou até mesmo poderia o devedor propor demanda cautelar junto ao tribunal para evitar risco de lesão, nos moldes do artigo 800, parágrafo único do diploma processual.

A jurisprudência caminhava no mesmo sentido da corrente doutrinária majoritária, conforme se nota nas ementas dos julgados abaixo colacionados - de 1998 até 27/11/2006, véspera da entrada em vigor da Lei 11.382 de 06/12/2006:

EMENTA

EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO EXTRAJUDICIAL – EMBARGOS JULGADOS IMPROCEDENTES – APELAÇÃO – EFEITO APENAS DEVOLUTIVO (ARTIGO 520, v, CPC) – PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO EXECUTIVA EM CARÁTER DEFINITIVO (ART. 587, CPC) – PRECEDENTES – RECURSO PROVIDO

I. É definitiva a execução por título extrajudicial mesmo quando pendente de julgamento recurso contra sentença que julgou improcedentes os embargos do executado. (grifo meu)

II. Recurso conhecido e provido.⁵⁰

EMENTA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO EXTRAJUDICIAL – EMBARGOS DO DEVEDOR – APELAÇÃO PENDENTE DE JULGAMENTO – DEFINITIVIDADE – CPC, ART. 587 – PRECEDENTE DA EG. 1ª SEÇÃO (ERESP. 268.544/SP).

50 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 169.643/SP. 3ª Turma. Relator MINISTRO WALDEMAR ZVEITER. Julgado em 10/05/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 14/05/2010.

- A execução é definitiva quando fundada em título extrajudicial (CPC, art. 587).
- A interposição de apelação contra decisão de improcedência dos embargos à execução não tem o condão de afastar a sua definitividade. (grifo meu).
- Embargos de divergência acolhidos.⁵¹

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. EXECUÇÃO DEFINITIVA (ARTS. 520, V, E 587, DO CPC).

I. A apelação interposta da sentença de improcedência dos embargos do devedor surte efeito apenas devolutivo, como dispõe o art. 520, V, da Lei Instrumental Civil, devendo prosseguir a ação executiva de forma definitiva, de acordo com a norma do art. 587 do referido diploma. (grifo meu)

*II. Recurso especial não conhecido.*⁵²

Diante da forte posição doutrinária e de reiteradas decisões do STJ⁵³, este Sodalício editou Súmula nº 317 com o seguinte teor: “É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos”⁵⁴.

3.2 - A nova redação do artigo 587 do CPC: uma interpretação sistemática

A Lei número 11.382, de 6 de dezembro de 2006, alterou a redação do artigo 587 do Código de Processo Civil, para incluir expressamente no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de um título executivo extrajudicial ser executado de forma provisória – na contramão da doutrina

51 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 399.618/RJ. 3ª Turma. Relator MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS. Julgado em 08/09/2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 14/05/2010.

52 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 768.086/SP. 4ª Turma. Relator MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR. Julgado em 27/11/2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 14/05/2010.

53 Além das ementas colacionadas no presente trabalho, ver também: REsp 183.055/SP4ª T., Min. Barros Monteiro, DJU 14.12.1998; AGREsp 182.986/SP, rel. Min. Eliana Calmon, DJU 18.03.2002; REsp 527354/RS, rel. Min. Franciulli Neto, DJ 25.10.2004

54 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 317**. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 10.mai.2004.

e jurisprudência majoritárias -, na hipótese de apelação contra sentença que julgou improcedentes os embargos do executado, desde que esses tenham sido recebidos no efeito suspensivo (nos moldes do artigo 739-A):

Art. 587. É definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo (art. 739).

Primeiramente, para que não parem dúvidas, é preciso destacar que há um equívoco formal no dispositivo quando faz remissão ao artigo 739 do Código de Processo Civil, uma vez que esse artigo não trata do efeito suspensivo dos embargos à execução – matéria a que a parte final do artigo 587 está atrelada – cuidando em verdade, das hipóteses de rejeição liminar dos embargos⁵⁵. Análise cuidadosa demonstra que a projeção feita no artigo 587 se refere, na verdade, ao artigo 739-A, regra que prevê os contornos sobre o efeito suspensivo dos embargos⁵⁶.

Da leitura do artigo 587 do Código de Processo Civil, extrai-se que a execução de título extrajudicial inicia-se em caráter definitivo, podendo, no entanto, transformar-se em provisória ao decorrer da execução. Assim, não se pode afirmar que o exequente trilhará todo o caminho da execução de forma definitiva com apenas o ajuizamento da ação executiva, como ocorria na época da antiga redação do artigo 587⁵⁷.

Assim, é importante destacar que a quebra da sequência privilegiada da execução definitiva se iniciará, eventualmente, com a concessão de efeito suspensivo provocado aos embargos, consoante artigo 739-A do CPC, que refletirá futuramente no momento da apelação contra sentença

55 “Art. 739. O juiz rejeitará liminarmente os embargos: I - quando intempestivos; II - quando inepta a petição (art. 295); ou III - quando manifestamente protelatórios.

56 Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo. § 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes. §2º (...)

57 “A execução de título extrajudicial era definitiva (cf. a antiga redação do art. 587 do CPC); apresentados os embargos, a execução ficava suspensa (mas sem perder o seu caráter de definitividade), pois o §1º do art. 739 do CPC era imperativo ao determinar a recepção dos embargos à execução com efeito suspensivo, bastando que fossem aceitos (preenchidos os requisitos do juízo de admissibilidade). Em caso de rejeição dos embargos, o efeito especial conferido pelo §1º do art. 739 do CPC era subtraído, conforme expressa previsão do art. 520, V, do CPC, de modo que a execução somente se manteria travada caso fosse concedido o excepcional efeito suspensivo provocado ao apelo do executado. Observe-se, de toda sorte, que mesmo quando o efeito suspensivo era agregado à apelação, tal situação não importava na perda da definitividade da execução, pois a concessão do efeito suspensivo provocado teria o condão apenas de congelar a execução (paralisá-la) e não de torná-la provisória”. (MAZZEI, Rodrigo *et al. Reforma do CPC 2*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007).

de improcedência dos embargos, tendo o condão de embaraçar o caminho definitivo da execução.

De acordo com o citado artigo 739-A, parágrafo 1º, os embargos poderão ser recebidos no efeito suspensivo, paralisando a execução. Em momento posterior, se o pedido contido nos embargos for julgado procedente, será mantida a situação de ineficácia da execução. Por outro lado, caso os embargos sejam rejeitados e o executado se insurja contra este julgamento (apelando), a execução poderá prosseguir, embora de forma provisória. Ou seja, o efeito suspensivo concedido aos embargos por força do artigo 739-A continua se projetando no processo ainda que os próprios embargos tenham sido julgados improcedentes, pois, caso haja apelação contra essa sentença, a execução só prosseguirá de forma provisória se anteriormente – no momento da cognição sumária do magistrado - os embargos tiverem sido recebidos no efeito suspensivo.

O artigo 587 também mantém diálogo com todo artigo 739-A, não apenas com o *caput* e §1º, que trata do efeito suspensivo. Assim, da leitura do §6º, extrai-se que a execução por título extrajudicial tem marcha sem barreiras durante toda a sua fase inicial, de modo que os embargos, mesmo quando recebidos com efeito suspensivo, não impedirão a prática dos atos executórios vinculados à penhora e à avaliação⁵⁸.

Dessa forma, da leitura conjugada do artigo 685 do diploma processual⁵⁹ só há que se cogitar em execução provisória no momento dos atos processuais executórios de natureza expropriatória, somente ficando autorizada a retomada da trilha executiva se o exequente importar para as etapas seguintes os regramentos pertinentes à execução provisória.

Assim, a primeira conclusão importante a que se chega é que a execução definitiva de títulos extrajudiciais, na hipótese prevista na segunda parte do artigo 587 do CPC, terá seu *iter* alterado, para assumir o regramento previsto no artigo 475-O (da execução provisória) apenas no hiato que vai entre a penhora e avaliação até a finalização da execução, que é a satisfação da obrigação certa, líquida e exigível contida no título extrajudicial, enquanto o recurso de apelação interposto não venha a ser julgado.

58 § 6º A concessão de efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de penhora e de avaliação dos bens.

59 Art. 685. Após a avaliação, poderá mandar o juiz, a requerimento do interessado e ouvida a parte contrária: I - reduzir a penhora aos bens suficientes, ou transferi-la para outros, que bastem à execução, se o valor dos penhorados for consideravelmente superior ao crédito do exequente e acessórios; II - ampliar a penhora, ou transferi-la para outros bens mais valiosos, se o valor dos penhorados for inferior ao referido crédito. Parágrafo único. Uma vez cumpridas essas providências, o juiz dará início aos atos de expropriação de bens.

3.3 - Em defesa do novo artigo 587 do Código de Processo Civil

3.3.1 - A execução provisória como meio de se efetivar a tempestividade e celeridade

Já se disse neste trabalho que a execução provisória antes da Lei 10.444/02 era denominada pela doutrina de incompleta, na medida em que não possibilitava ao credor a plena satisfação do seu direito (vide item 2.1).

E foi baseada nessa premissa (da execução provisória não satisfativa) que, segundo Cândido Dinamarco, o STJ editou a Súmula 317 - segundo a qual execução de título extrajudicial será definitiva ainda na pendência de recurso contra a decisão que houver rejeitado os embargos do executado – com vistas a propiciar uma tutela jurisdicional efetiva e tempestiva.⁶⁰

Ocorre que, hoje, o panorama é outro. A execução provisória não apenas é plenamente capaz de satisfazer o exequente, como também, conforme passo a demonstrar, é meio de efetivar o princípio da celeridade e tempestividade.

Antes da Lei 11.382/2006 alterar o artigo 587 do Código de Processo Civil, como já dito alhures, na hipótese de apelação contra sentença que julgou improcedentes os embargos, o entendimento amplamente majoritário da doutrina e jurisprudência era no sentido de a execução voltar a prosseguir como definitiva.

No entanto, era comum na jurisprudência a concessão do efeito suspensivo à apelação interposta contra a sentença de improcedência dos embargos. Assim, a execução que deveria voltar a prosseguir como definitiva ficava suspensa por força do efeito suspensivo provocado, nos moldes do artigo 558 do diploma processual ou até mesmo por força de ação cautelar com fulcro no artigo 800, parágrafo único, também do Código de Processo Civil.

É o que esclarece Teresa Wambier⁶¹:

Sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça chegou a editar a Súmula 317, com o seguinte teor: “É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação

60 DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. 4. São Paulo: Malheiros, 2204, p. 766.

61 MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier. **Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 3**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 60. No mesmo sentido, sobre a habitual concessão do efeito suspensivo à apelação contra sentença de improcedência dos embargos pelos Tribunais, vide MAZZEI, Rodrigo *et al.* (**Reforma do CPC 2**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 103).

*contra sentença que julgue improcedentes os embargos”. **Na jurisprudência admitia-se, contudo, que, havendo risco de irreversibilidade da execução definitiva, tornando inútil o eventual êxito do executado no julgamento final dos embargos, poderá o embargante, desde que satisfeitos os requisitos genéricos da antecipação de tutela (fumus boni juris e periculum in mora), socorrer-se de uma peculiar medida antecipatória, oferecida pelo art. 558 do CPC: a atribuição de efeito suspensivo ao recurso. (grifo meu).***

Vejamos algumas decisões nesse sentido:

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL PENDENTE DE ADMISSÃO NO TRIBUNAL DE ORIGEM. CABIMENTO. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. EXECUÇÃO FISCAL. APELAÇÃO DE SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTES OS EMBARGOS DO DEVEDOR. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO COMO DEFINITIVA. VIABILIDADE, ENTRETANTO, DE OUTORGA DE EFEITO SUSPENSIVO, NOS CASOS DO ART. 558 DO CPC.

1. Em conformidade com a orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal nas Súmulas 634 e 635, em casos excepcionais, em que haja risco de comprometimento de valor jurídico prevalente, como o direito constitucional à efetividade da jurisdição, é admissível medida cautelar destinada a antecipar tutela recursal ou atribuir efeito suspensivo a recurso especial ainda não admitido pelo Tribunal de origem.

*2. Pendente recurso da sentença que julgou improcedentes os embargos do devedor, a execução prossegue como definitiva. **Todavia, havendo risco de irreversibilidade da execução definitiva, tornando inútil o eventual êxito do executado no julgamento final dos embargos, poderá o embargante, desde que satisfeitos os requisitos genéricos da antecipação de tutela (fumus boni juris e periculum in mora), socorrer-se de uma peculiar medida antecipatória, oferecida pelo art. 558 do CPC: a atribuição de efeito suspensivo ao recurso. (grifo meu).***

3. Agravo regimental a que se nega provimento.⁶²

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. APELAÇÃO DE SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTES OS EMBARGOS DO DEVEDOR. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO COMO DEFINITIVA. IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DE EXECUÇÃO DEFINITIVA EM PROVISÓRIA. PRECEDENTES.

1. *Nos termos da Súmula 317/STJ, "é definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos".*

2. *Havendo risco de irreversibilidade da execução definitiva, tornando inútil o eventual êxito do executado no julgamento final dos embargos, poderá o embargante, desde que satisfeitos os requisitos genéricos da antecipação de tutela (fumus boni juris e periculum in mora), socorrer-se de uma peculiar medida antecipatória, oferecida pelo art. 558 do CPC: a atribuição de efeito suspensivo ao recurso. O mesmo efeito é alcançável, com relação aos recursos especial e extraordinário, como "medida cautelar", nas mesmas hipóteses e pelos mesmos fundamentos. (grifo meu).⁶³*

Portanto, a alteração da redação do artigo 587, ao submeter o exequente ao regime osbtaculizado da execução provisória, de forma alguma significa um retrocesso ao princípio da celeridade e tempestividade, mas exatamente pelo contrário, significa um prestígio a esses princípios.

Ora, partindo-se da premissa de que a execução que seguia definitiva era habitualmente paralisada por força do efeito suspensivo atribuído pelos Tribunais, o novo regramento previsto no citado artigo ao dar impulso à execução, permitindo que ela prossiga (mesmo que sob as regras da execução provisória), significa, sem dúvida, um avanço na busca pela tutela célere e efetiva.

Portanto, diante da situação de a execução ficar suspensa até o resultado do julgamento da apelação, o legislador optou por uma solução

62 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 10.260/RS. Relator MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI. Julgado em 23.08.2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 18/05/2010.

63 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 858.950/RS. 1ª Turma. Relator MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI. Julgado em 26/10/2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 18/05/2010.

intermediária: dar prosseguimento à execução impondo ao exequente as restrições exequendas típicas da execução provisória, efetivando o princípio da tempestividade.

3.3.2 - A execução provisória sob o enfoque do devido processo legal substantivo

O devido processo legal, princípio basilar do direito processual civil, é uma garantia do cidadão, constitucionalmente prevista em benefício de todos, assegurando tanto o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário, como o desenvolvimento processual de acordo com normas previamente estabelecidas.

Da leitura do artigo 5º, inciso LIV⁶⁴, extrai-se que o devido processo legal possui duas acepções: a processual e outra substancial. Aquela é tradicionalmente entendida, nos dizeres de Paulo Henrique dos Santos Lucon como sendo⁶⁵:

o valor supremo de demonstrar a indispensabilidade de todas as garantias e exigências inerentes ao processo, de modo que ninguém poderá ser atingido por atos sem a realização de mecanismos previamente definidos na lei.

Importa, no presente trabalho, a análise do devido processo legal na sua vertente material, o *substantive due process*, na medida em que, como demonstrarei a seguir, esse foi o princípio pelo qual se amparou o legislador pátrio ao alterar o artigo 587 do Código de Processo Civil, ao estabelecer que na hipótese de apelação contra sentença que julgou improcedentes os embargos, a execução de título extrajudicial só poderá prosseguir de forma provisória, submetendo o exequente ao regime próprio do artigo 475-O.

O *substantive due process* é a manifestação do devido processo legal na esfera material, tutelando o direito material do cidadão, inibindo que lei em sentido genérico ofenda os direitos do cidadão, como a vida, a liberdade e a propriedade.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Velloso, prolatou acórdão que, em poucas palavras, traz a perfeita essência do aspecto material do devido processo legal:

64 Artigo 5º, inciso LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

65 LUCON, Paulo Henrique dos Santos Lucon. **Devido Processo Legal Substancial**. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigosautor.asp?id=93>. Acesso em 01 maio 2010.

due process of law, com conteúdo substantivo - substantive due process - constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (reasonableness) e de racionalidade (rationality), devem guardar, segundo W. Holmes, um real substancial nexo com o objetivo que se quer atingir.

O princípio do devido processo legal na sua vertente material utiliza-se de outro princípio, o da proporcionalidade, para tutelar os direitos do cidadão à vida, liberdade e propriedade, na medida em que esse princípio se consubstancia na busca pelo meio mais idôneo, mais equitativo e menos excessivo nas variadas formulações do Direito, seja na via da legislação ou positivação das normas jurídicas, da administração pública dos interesses sociais, da aplicação judicial dos comandos normativos e, ainda, no campo das relações privadas, a fim de que o reconhecimento ou o sacrifício de um bem da vida não vá além do necessário ou, ao menos, do justo e aceitável em face de outro bem da vida ou de interesses contrapostos.⁶⁶

Nessa seara, impor ao executado o regime da execução definitiva, admitindo-se que seus bens sejam expropriados, ainda que o título extrajudicial ensejador de tal execução possa ainda ser modificado – no caso do provimento da apelação – significa sem dúvida, além de uma atitude irracional e extremamente penosa, uma transgressão ao princípio da proporcionalidade.

Ora, a execução provisória, comparada com a definitiva, além de ser apta a atingir os fins ditados pela lei, é igualmente uma medida menos gravosa ao executado, pois traz benefícios a ambas as partes, sem agravar indevidamente a situação deste. Dessa maneira, torna-se despicinda a utilização pelo exequente da sistemática da execução definitiva, haja vista que o próprio sistema processual lhe oferece uma técnica tão eficiente quanto esta para a satisfação de sua pretensão – execução provisória completa –, desde que o mesmo preste caução como forma de resguardar o devedor contra eventuais prejuízos que lhe forem causados. Esse é o melhor entendimento que se pode ter à luz da proporcionalidade, princí-

66 CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**, 2a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 199.

pio pelo qual, como dito, é vedado ao Poder Público e aos particulares a imposição de atos restritivos de direitos que não sejam razoáveis, adequados, necessários e proporcionais aos fins a que se destinam.

Assim, o legislador, ao estabelecer que a prática dos atos expropriatórios estariam condicionados à prestação de caução, visou a proteger o patrimônio do executado até o julgamento da apelação. Agindo assim, o legislador prestigiou o princípio do devido processo legal substantivo, que, como dito, é a manifestação do devido processo legal na esfera material, princípio que inibe que lei ofenda os direitos do cidadão à vida, liberdade e propriedade.

Não que antes da Lei 11.382/2006 o princípio constitucional da proteção à propriedade fosse desrespeitado, mas segundo o *substantive due process* a lei deve empregar razoáveis meios para atingir seus fins, os meios devem mostrar uma razoável e substancial relação aos propósitos do ato, não impondo qualquer limitação desproporcional ao direito de propriedade.

Portanto, na pendência de apelação contra sentença que julgou improcedentes os embargos, ao submeter o exequente ao regime da execução provisória, exigindo prévia caução para a prática de atos expropriatórios, o legislador atentou para a proporcionalidade entre meio e fim, evitando que a satisfação da execução seja alcançada a qualquer custo e com desprestígio à proteção a propriedade.

CONCLUSÃO

A execução provisória foi criada com o objetivo de se propiciar uma tutela ao mesmo tempo célere e efetiva, atendendo, assim, aos anseios da sociedade e do moderno Direito Processual Civil.

Com ela é possível que a parte vitoriosa alcance a satisfação do seu direito antes mesmo que tenha que esperar pelo trânsito em julgado da ação, o que pode demorar vários anos.

As técnicas inerentes à provisória exequibilidade da sentença são, sem sombra de dúvidas, formas idôneas de se efetivar as decisões jurisdicionais no menor lapso temporal possível, em conformidade com o direito fundamental a um processo sem dilações indevidas, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal.

Assim, o instituto da execução provisória, consagrado no artigo 475-O do Código de Processo Civil, tem por escopo o adiantamento da atividade executiva, na medida em que possibilita que o credor efetive uma decisão que lhe foi favorável, ainda que o título executivo ensejador da execução não tenha sido imantado pela definitividade.

Para a instauração da execução – provisória ou definitiva -, necessária a existência de um título executivo, que é o documento que representa uma obrigação líquida, certa e exigível, sendo, pois, um elemento que autoriza o Estado a realizar, coativamente, e mesmo contra a vontade do executado, os atos de expropriação, desapossamento e transformação com o fim de satisfazer o enunciado da norma jurídica individualizada.

Os títulos podem ser definitivos ou provisórios. Assim, a execução será definitiva quando for fundada em título já completamente formado – sentença transitada em julgado e títulos extrajudiciais.

Será provisória se a situação do credor não estiver pacificada, em razão de a decisão que reconheceu o crédito ser passível de modificações ulteriores, ou seja, será provisória a execução quando lastreada em título judicial não transitado em julgado.

No entanto, a Lei 11.382, de 06 de dezembro de 2006, ao alterar a redação do artigo 587 do Código de Processo Civil, criou a hipótese de uma execução provisória lastreada em título ontologicamente definitivo, qual seja, o título executivo extrajudicial.

Com isso, surge a possibilidade de uma execução que se iniciou definitiva, se submeter ao regime obstaculizado da execução provisória. Isso se dará quando for interposta apelação contra sentença que tenha julgado improcedentes os embargos do executado, desde que esses tenham sido, anteriormente, recebidos no efeito suspensivo.

Não obstante a maioria da doutrina criticar tal mudança legislativa, esse trabalho enalteceu o artigo 587 do Código de Processo Civil, analisando-o sob uma perspectiva diferente, através do enfoque nos princípios do devido processo legal substantivo e da tempestividade.

A atitude do legislador ao alterar a redação do artigo 587 do Código de Processo Civil, significa um prestígio ao princípio da celeridade e tempestividade, pois permite que a execução prossiga (mesmo que com o regramento da execução provisória), o que não acontecia quando o apelante conseguia o efeito suspensivo nos moldes do artigo 558 do CPC.

Sob a égide da antiga redação do referido artigo, os Tribunais, apesar de determinarem que a execução prosseguia como definitiva mesmo na hipótese de pendência de apelação contra sentença que julgou improcedente os embargos, concediam habitualmente o efeito suspensivo ao recurso, o que paralisava a execução.

Assim, diante da situação de a execução ficar suspensa até o resultado do julgamento da apelação, o legislador optou por uma solução intermediária: de dar prosseguimento à execução impondo ao exequente as restrições exequendas típicas da execução provisória, o que, sem sombra de dúvidas, privilegia o princípio da tempestividade.

O legislador, ao estabelecer que a prática dos atos expropriatórios estariam condicionados à prestação de caução, visou a proteger o patrimônio do executado até o julgamento da apelação. Agindo assim, o legislador prestigiou o princípio do devido processo legal substantivo, que é manifestação do devido processo legal na esfera material, princípio que inibe que lei ofenda os direitos do cidadão à vida, liberdade e propriedade.

Permitir-se a expropriação dos bens do executado, no regramento da execução definitiva, é uma atitude desproporcional, pois, além de o direito do credor afirmado no título executivo - ensejador de tal execução - ainda estar em discussão, a execução provisória é, hoje, plenamente capaz de satisfazer o exequente.

Assim, se o exequente não quiser esperar o julgamento da apelação, só poderá adentrar no patrimônio do executado se prestar caução idônea, o que só fará se estiver realmente convencido do sucesso da execução. Com isso, diminuem-se os riscos da irreversível perda de um bem - muitas vezes de valor afetivo e não apenas patrimonial – por parte do executado que posteriormente pode ter sua apelação acolhida.❖

Estado de Direito e Estado de Legalidade. A Aplicação da Boa-Fé Objetiva aos Contratos Administrativos

Flávio Tartuce

Advogado e consultor jurídico em São Paulo. Doutorando em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUC/SP. Coordenador e professor dos cursos de pós-graduação lato sensu em Direito Civil e Direito do Consumidor, Direito Contratual e Direito de Família e das Sucessões da Escola Paulista de Direito.

1 - PROLÓGO. A NEGAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO PELO ESTADO DA LEGALIDADE. A DENÚNCIA DE CARRÉ DE MALBERG. A SUPERAÇÃO DO ESTADO DE LEGALIDADE PELO ESTADO DE DIREITO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO.

É notória e conhecida a denúncia de Raymond Carré de Malberg, após a Revolução Francesa, de construção de um Estado na França baseado na *pura legalidade*.¹ Conforme aponta Sérgio Resende de Barros, a Revolução Francesa, como uma das revoluções burguesas, teve como traço marcante *o fato de ter tirado o poder do rei e o atribuído à lei*.² Surge

1 O texto de Raymond Carré de Malberg, que serviu de base para o presente trabalho, foi traduzido pelo Professor Sérgio Resende de Barros. Trata-se da obra *Contribution à la théorie générale de l'état*, publicada em 1920, em Paris, pela Librarie de la Société du Recueil Sirey. O trecho traduzido se refere às páginas 485 a 494 da obra, referentes ao capítulo que recebeu o título *A função administrativa*, inserido no tema *A função do Estado*. As menções constantes deste trabalho são relativas ao texto traduzido, com sete páginas.

2 "Na França, a doutrina (desde Rosseau), e a legislação (a partir da Declaração de Direitos de 1789) entronizaram a lei no lugar do rei – *la loi au lieu du roi* – na transição histórica que superou o absolutismo pelo legalismo. O culto ideológico da lei persistiu e cresceu no Direito Francês. Hoje, no Direito de matriz francesa, reina absoluta a noção reducionista e exclusivista de que só a lei determina juridicamente a conduta individual. A ela, todos os indivíduos estão submetidos estritamente, inclusive os que a fazem em nome de todos. O que converteu o princípio da legalidade em arquétipo do Estado de Direito: ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (BARROS, Sérgio Resende. *Estado de Direito*. Material de apoio referente à aula ministrada na disciplina "A negação do Estado de Direito pelo Estado de Legalidade", ministrada no curso de mestrado e doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no segundo semestre de 2009).

daí o *legalismo*, fundado na lei como premissa fundamental do Direito, acima de todas as outras coisas.

A denúncia de Carré de Malberg limitou-se ao Direito Administrativo, a partir da ideia construída na França, até porque poucos eram os recursos para se compreender o alcance prático da adoção ao legalismo.³ O tempo ainda não tinha trazido as devidas lições a Carré de Malberg. O que o presente trabalho pretende fazer é demonstrar o quanto foi nefasta a adoção desse modelo, mormente para o próprio Direito Público, engendrado na França para proteger o Estado acima de todas as coisas, e que tanto influenciou o Direito Administrativo Brasileiro.

Como premissa do Estado de Direito, o que se propõe aqui é uma revisão desse *modelo ciclótico* de proteção estatal, fundando na estrita legalidade. O foco do artigo é a possibilidade de aplicação da boa-fé objetiva – conceito tão caro ao Direito Civil Contemporâneo –, aos contratos administrativos, o que pode trazer uma revolução ao Direito Público.⁴

Analisando a crítica de Carré de Malberg, constata-se, em um primeiro momento, a sua afirmação de que a lei não seria somente o limite para a atividade administrativa, mas também constituiria a sua condição. Desse modo, a atividade estatal não se poderia consistir senão em atos ou em medidas que assegurassem a execução das normas jurídicas em vigor ou que, pelo menos, estivessem autorizados pela lei.⁵ Nesse ponto verifica-se o fulcro do Estado de Legalidade, mormente no âmbito administrativo.

Mais à frente, o autor estudado aponta as características do Estado de Direito – o *Rechtsstaat* –, construído pelos alemães. De início, alerta que nessa forma de Estado as regras limitativas que o ente pú-

3 Conforme exposto por Sérgio Resende de Barros, a denúncia de Carré de Malberg foi restrita por três razões. Primeiro, porque se restringiu à França e ao Direito Administrativo de sua época. Segundo, porque não atingiu o condicionamento ideológico do Estado de direito pelo legalismo. Terceiro, “porque tomou a lei em sentido estrito e reduutivo, como ato posto formalmente pelo poder constituído para legislar pela generalidade e não como norma jurídica emanada de qualquer ato do Estado que imponha conduta, até individualizada, como a sentença judicial”. (BARROS, Sérgio Resende. *Estado de legalidade*. Material de apoio referente à aula ministrada na disciplina “A negação do Estado de Direito pelo Estado de Legalidade”, ministrada no curso de mestrado e doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no segundo semestre de 2009, p. 2).

4 Utiliza-se o termo *modelo ciclótico* a partir da figura mitológica grega do *ciclope*, que era um gigante imortal de um olho só. A visão do Direito Administrativo muitas vezes parece assumir tal feição, estando o único olho aberto tão somente para proteger o Estado, e não o interesse público. Ora, não se pode dizer que, necessariamente, o interesse estatal também se confunde com o interesse público.

5 Cf. Raymond Carré de Malberg, *A função administrativa*, p. 3.

blico se impõe no interesse dos administrados poderão ser invocadas pelos últimos da maneira como se inova um direito, eis que por esse modo haverá o verdadeiro direito dos administrados.⁶ Nesse diapasão, conforme a tradução de trecho do doutrinador francês: “O Estado de Direito é, pois, aquele que – ao mesmo tempo em que formula prescrições relativas ao exercício de seu poder administrativo – assegura aos administrados, com sanção dessas regras, um poder jurídico de agir ante uma autoridade jurisdicional para o fim de obter a anulação, a reforma ou, em todo caso, a não aplicação dos atos administrativos que os tenham violentado”.⁷ Como se pode perceber, há, no Estado de Direito, uma alteridade e reciprocidade entre as partes ou agentes envolvidos, que podem utilizar as mesmas ferramentas contra si. O sistema concebido nessa perspectiva é mais justo, por ser mais equânime e democrático. O verdadeiro diálogo é aquele em que se admite a contestação e a reciprocidade de artifícios entre as partes. Ademais, a estrita legalidade pode ser utilizada como instrumento de opressão.⁸

A conclusão de Raymond Carré de Malberg é que o sistema do Estado de Direito é concebido no interesse dos cidadãos, tendo como finalidade municiá-los e defendê-los contra o arbítrio excessivo das autoridades do próprio Estado. O texto em análise traz o lamento do autor em relação ao sistema estabelecido na Constituição Francesa de 1875, baseado na legalidade como regente da atuação administrativa.⁹

Encerrando o trecho estudado, destaque-se que Carré de Malberg mergulha na diferenciação entre o Estado de Direito e o Estado de Legalidade, o que é exposto no presente artigo por meio de um quadro comparativo.¹⁰

6 Cf. Raymond Carré de Malberg, *A função administrativa*, p. 4

7 Cf. Raymond Carré de Malberg, *A função administrativa*, p. 4.

8 Nessa linha de pensamento, merecem destaque as palavras de Eros Roberto Grau: “O Estado autoritário, no entanto, inúmeras vezes se manifesta travestido de ‘Estado de Direito’. Sob a aparência de sujeição ao ‘domínio da lei’ atua um Estado que lança mão da *legalidade* como instrumento de opressão e opróbrio. (...) Em nada, absolutamente em nada, contribui a legalidade, enquanto apenas expressão formal do Estado de Direito, para alterar as condições sociais de existência dos economicamente desprivilegiados, no modo de produção capitalista”. (GRAU, Eros Roberto.

O direito posto e o direito pressuposto. 6ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 169).

9 Cf. Raymond Carré de Malberg, *A função administrativa*, p. 4.

10 Cf. Raymond Carré de Malberg, *A função administrativa*, p. 4-7.

Estado de Direito	Estado de Legalidade
Estabelecido simples e unicamente no interesse e para a proteção dos cidadãos.	Estabelecido em uma concepção política de organização dos poderes, havendo subordinação aos órgãos legislativos.
Visa a fornecer aos cidadãos certas seguranças individuais, que podem ser conciliadas com todas as formas de governo.	Constitui por si mesmo uma forma de governo.
Tem um alcance menos absoluto e mais amplo. Trata-se de um sistema de limitação das autoridades administrativas e do corpo legislativo.	Tem um alcance mais absoluto e menos amplo. O Estado legal tende a assegurar a supremacia da vontade do corpo legislativo.

Pois bem, a construção do Estado de Legalidade não deixou de ser criticada também por Sérgio Resende de Barros, que assim assevera, em estudo da obra de Carré de Malberg:

*“Desse modo, com inspiração em Carré de Malberg, pode-se e deve-se distinguir o Estado de direito do Estado de legalidade. O que ele chamou de Estado ‘legal’ hoje se pode chamar de Estado de legalidade: degeneração do Estado de direito, que põe em risco a justa atuação da lei na enunciação e concreção dos valores sociais como direitos individuais, coletivos, difusos. No mero Estado de Legalidade, a lei é editada e aplicada sem levar em conta o resultado, ou seja, sem considerar se daí resulta uma injusta opressão dos direitos. Impeira o legalismo, que é a forma mais sutil de autoritarismo, na qual o espírito autoritário se aninha e se disfarça na própria lei. O processo legislativo atende à conveniência política do poderoso do momento, quando não é este in persona quem edita a norma ‘provisoriamente’”.*¹¹

A visão legalista de Estado na França não só influenciou o Direito Administrativo, mas, também, o Direito Civil.¹² É notório que o Código Civil

¹¹ BARROS, Sérgio Resende de. **Contribuição dialética para o constitucionalismo**. Campinas: Millenium, 2008, p. 140.

¹² Conforme aponta Maria Silvia Zanella Di Pietro, “O Direito Administrativo brasileiro sofreu grande influência do

Francês de 1804 baseou-se em um sistema essencialmente legal.¹³ Tanto isso é verdade que, logo após a sua promulgação – e por muito tempo após, o que se estende até hoje –, ganhou força no sistema privado francês a *Escola da Exegese*.

Conforme aponta Zeno Veloso, essa Escola surgiu na França por volta do século XIX, diante de um verdadeiro fascínio em relação à lei e ao Código Civil de 1804. Ensina o jurista que, “para esta Escola, o legislador detinha o monopólio da revelação do Direito (*juspositivismo*); o Direito é a lei escrita. A vontade do legislador é que importa, não cabendo ao intérprete buscar a solução do caso em outras fontes, fora do texto legal, privilegiando-se, assim, a análise gramatical”.¹⁴ Essa Escola afirmava – e continua afirmando – que o *juiz é a boca da lei*, que o *legislador não traz palavras inúteis*, entre outras deduções legalistas.

Ainda, segundo Zeno Veloso, o grande erro da *Escola da Exegese* foi o de “esquecer que a lei, afinal, é obra do homem e, como tal, não pode ser perfeita, completa, não consegue prever e provar todas as situações que aparecem no meio social, que o tempo não para, e o passar inexorável do tempo impõe mudanças, transformações, novas exigências na vida dos povos”.¹⁵ De fato, tem razão o doutrinador citado, mormente se, em uma análise histórica, for feita a confrontação entre o sistema do Código Civil Brasileiro de 1916 e o sistema do Código Civil Brasileiro de 2002.

O Código Civil de 1916 adotou um sistema legalista, pela clara influência do Código Civil Francês de 1804. Inspirou-se em um modelo positivista, cujo principal expoente foi Hans Kelsen.¹⁶ O sistema do Código Civil de 1916 era fechado, hermético e estático, baseado no paradigma legal. Simbolicamente, pode-se pensar em uma *pirâmide de normas*, fechada e imóvel. Assim era a visão do civilista da geração anterior, moderno e legalista. Privilegiava-se o apego à literalidade fechada da norma jurídica, prevalecendo a ideia de que a lei seria suficiente para a solução dos casos concretos. Em suma, *o Código Civil de 1916 era um Código de Estado da Legalidade*.

Por outra via totalmente oposta, o Código Civil de 2002 adotou um sistema aberto, baseado em cláusulas gerais, e na *visão realeana* de que

direito alienígena, nas origens, do francês e italiano” (**Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 44).

13 Cite-se, pelo apego à lei, que o Código Civil Francês de 1804 é inaugurado com um Título Preliminar, referente à publicação, à aplicação e aos efeitos da lei (arts. 1º a 6º).

14 VELOSO, Zeno. **Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil**. Arts. 1º a 6º. 2. ed. Belém: Unama, 2006, p. 91.

15 VELOSO, Zeno. **Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil**. Arts. 1º a 6º, p. 91.

16 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

o Direito é baseado em três subsistemas: o dos fatos, o dos valores e o das normas.¹⁷ O sistema, em uma visão concreta, é aberto e dinâmico, em constantes diálogos. Simbolicamente, visualizam-se três meio-círculos que não se fecham, representando cada um destes um dos subsistemas. Assim é o civilista da atual geração, pós-moderno. Privilegia-se a ideia de interação, de visão unitária do sistema, prevalecendo a constatação de que, muitas vezes, a norma não é suficiente para a solução das demandas sociais. As cláusulas gerais são abertas e devem ser analisadas caso a caso, preenchidas pelo aplicador do Direito. Em suma, *o Código Civil de 2002 é um Código de Estado de Direito*.

Na atual codificação, na esteira dos ensinamentos de Miguel Reale, entra em cena a *experiência* do aplicador do Direito, que reúne *fato* e *valor* simbioticamente, visando à aplicação da *norma*. Encaixa-se perfeitamente a proposta de Reale, para que os aplicadores do Direito sejam *juristas* – do ponto de vista das normas –, *sociólogos* – diante da análise dos fatos – e *filósofos* – sob o prisma dos valores.¹⁸ Diante dessa constatação, Miguel Reale explica com clareza por que o jurista *kelseniano*, essencialmente legalista, encontra dificuldades ao visualizar o Direito de acordo com uma concepção *tridimensional*: “a Ciência do Direito é uma ciência normativa, mas a norma deixa de ser simples juízo lógico, à maneira de Kelsen, para ter um conteúdo fático-valorativo”.¹⁹

Nas palavras de Judith Martins-Costa, destacada *jurista realeana*, percebe-se na atual codificação um sistema aberto ou de *janelas abertas*, em virtude da linguagem que emprega, permitindo a constante incorporação e solução de novos problemas, seja pela jurisprudência, seja por uma atividade de complementação legislativa.²⁰ A abertura semântica da

17 Ver, sobre a estrutura do Código Civil de 2002 e a *visão realeana*: REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2006; REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito. Situação atual*. 5. ed. 6ª tir. São Paulo: Saraiva, 2003.

18 REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*, cit.

19 REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. Situação atual, p. 151.

20 De acordo com a doutrinadora, a respeito das cláusulas gerais: “Estas janelas, bem denominadas por Irti de ‘concetti di collegamento’, com a realidade social são constituídas pelas cláusulas gerais, técnica legislativa que conforma o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos ainda não expressos legislativamente, de ‘standards’, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfico jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo. Nas cláusulas gerais a formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significado intencionalmente vago e aberto, os chamados ‘conceitos jurídicos indeterminados’. Por vezes – e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas –, o seu enunciado, ao invés de traçar puntualmente a hipótese e as consequências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela va-

atual codificação brasileira, *demonstra que a lei é apenas o piso mínimo de aplicação do Direito e não o seu teto. Desse modo, na ótica privada, superou-se o Estado da Legalidade pelo Estado de Direito.*

Ilustrando a efetividade prática e concreta, o atual codificador privado lançou mão das expressões genéricas *boa-fé* e *usos do lugar de sua celebração*, como norte interpretativo dos negócios jurídicos (art. 113 do CC/2002).²¹ O ato abusivo, alçado à condição de ilícito, é construído a partir de conceitos abertos, tais como a sua função econômica e social, a *boa-fé* e os bons costumes (art. 187 do CC/2002).²² A função social do contrato, conceito genérico que ainda está sendo construído, limita a autonomia privada, ao lado da *boa-fé* (arts. 421 e 422 do CC/2002).²³ O desempenho de uma atividade de risco passa a ter o condão de gerar uma responsabilidade civil independentemente de culpa (art. 927, parágrafo único, do CC).²⁴ Tudo isso, sem prejuízo de outras expressões genéricas que constam da lei privada, em praticamente todos os seus livros.

A vivência de seis anos do atual Código Privado Brasileiro demonstra que as cláusulas gerais em muito contribuíram para a superação do Estado da Legalidade pelo Estado de Direito em sede de Direito Civil. Entre todas as experiências, merece destaque a aplicação da *boa-fé* objetiva aos contratos, em especial pelo seu correto preenchimento nas situações fáticas.

O presente artigo pretende trazer subsídios para que tal superação do mesmo modo ocorra no Direito Administrativo, especificamente nos contratos administrativos, pela incidência desse importante princípio, tema sobre o qual se passa a expor.

gueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas” (MARTINS-COSTA, Judith. “O novo Código Civil brasileiro: em busca da ‘ética’ da situação”. In: BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 118).

21 CC/2002. “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a *boa-fé* e os usos do lugar de sua celebração”.

22 CC/2002. “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela *boa-fé* ou pelos bons costumes”.

23 CC/2002. “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e *boa-fé*”.

24 CC/2002. “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

2 - EPÍLOGO. ESTADO DE DIREITO E ESTADO DE LEGALIDADE. OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A BOA-FÉ OBJETIVA. PROPOSTA DE SUPERAÇÃO.

Constata-se, em muitos manuais de Direito Administrativo, a falta de menção à boa-fé como princípio a ser aplicado aos contratos administrativos. Demonstrando uma diversidade de tratamento, pode ser encontrada, na doutrina clássica administrativista, afirmação de que os contratos administrativos são regidos por normas e princípios próprios, tendo o Direito Privado mero caráter supletivo em relação à matéria.²⁵

Nessa linha, a respeito dos contratos administrativos, entre os contemporâneos, Maria Sílvia Zanella de Pietro leciona que “quando a Administração celebra contratos administrativos, as cláusulas exorbitantes existem implicitamente, ainda que não expressamente previstas; elas são indispensáveis para assegurar a posição de supremacia do Poder Público sobre o contratado e a prevalência do interesse público sobre o particular”.²⁶ Em sentido muito próximo, Fernanda Marinela assevera que “para os contratos administrativos, em razão do regime público, há uma alteração na fisionomia, o que não ocorre nos contratos privados, havendo tratamento desigual entre a Administração e o contratado, admitindo-se, àquela, instrumentos que instabilizem o vínculo jurídico, como a possibilidade de alterar ou de extinguir unilateralmente, além de outros, modificando, assim, profundamente, a noção de contrato que se estuda na teoria geral do Direito”.²⁷

O que se observa é a construção de uma *teoria geral do contrato administrativo* para a proteção unilateral do Estado de forma exagerada. A justificativa estaria na supremacia do interesse público mas, em verdade, tal posição dispõe lugar a situações de completa injustiça em nosso País, fundadas muitas vezes nas normas de Direito Público. O Direito Administrativo Brasileiro, tal como foi construído, seguiu a malfadada trilha denunciada por Carré de Malberg, estribando-se no mais puro legalismo.

A Lei n. 8.666/1993, conhecida como Lei de Licitações e dos Contratos Administrativos, é o ápice desse apego exagerado à proteção estatal. De início, merece ser criticado o art. 54 da referida norma, pelo qual os

25 Ver, por todos: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestrero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 193.

26 DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 238.

27 MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2006, v. I, p. 348.

contratos administrativos regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de Direito Público, aplicando-lhes apenas supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de Direito Privado. Ora, o presente trabalho pretende concluir que a boa-fé objetiva, tratada pelo Código Civil de 2002, tem aplicação imediata aos contratos administrativos – como deve ocorrer em qualquer negócio jurídico –, e não apenas subsidiária, ou supletivamente. Destaque-se que, muito além de qualquer previsão legal, a boa-fé é fundamento de todo o sistema jurídico.

Do mesmo modo, não se justifica mais a possibilidade de modificação unilateral ou mesmo de rescisão unilateral dos contratos administrativos por parte do ente estatal, conforme consta do art. 58 da referida norma.²⁸ Além de se violar a boa-fé, despreza-se a conservação contratual, conceito anexo ao princípio da função social do contrato (art. 421 do Código Civil).²⁹ É curioso verificar que não há qualquer menção à boa-fé como princípio ou regramento básico dos contratos administrativos na lei estudada.

Como desdobramento da suposta não incidência da boa-fé objetiva, podem ser encontradas na doutrina administrativista menções à não aplicação da *exceção de contrato não cumprido* aos contratos administrativos.

Como é notório, o instituto constitui uma cláusula resolutiva tácita presente para os contratos bilaterais, conforme constava do art. 1.092 do Código Civil de 1916, comando reproduzido, em parte, pelo art. 476 do Código Civil de 2002.³⁰ Trata-se de mais uma afronta à boa-fé, eis que o

28 Lei n. 8.666/1993. “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II – rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III – fiscalizar-lhes a execução; IV – aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V – nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo. § 1º. As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado. § 2º. Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual”.

29 A correlação entre conservação do contrato e sua função social foi reconhecida pelos juristas que participaram da *Jornada de Direito Civil*, evento do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, realizado em 2002. Na ocasião, aprovou-se o enunciado doutrinário n. 22, com a seguinte redação: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”. Do evento participaram juristas como Antonio Junqueira de Azevedo, Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Claudia Lima Marques, Cláudio Fortunato Michelon Júnior, Jorge Cesa Ferreira da Silva, Luis Renato Ferreira da Silva, Paulo Eduardo Razuk, Véra Maria Jacob de Fradera e Wanderlei de Paula Barreto, entre outros.

30 Por todos, vejam-se as lições de Maria Sílvia Zanella Di Pietro: “No direito privado, quando uma das partes descumpra o contrato, a outra pode descumpri-lo também socorrendo-se da *exceptio non adimpleti contractus* (exceção de contrato não cumprido), com fundamento no art. 1.092 do Código Civil. No direito Administrativo, o particular não pode interromper a execução do contrato, em decorrência dos princípios da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público sobre o particular; em regra, o que ele deve fazer é requerer, adminis-

referido instituto é forma de *exceptio doli*, ou seja, de defesa contra o dolo alheio, conceito inerente à boa-fé objetiva.³¹ Em suma, o que se construiu, em Direito Administrativo, foi um instituto contratual em que não se admite a proteção do contratado contra a má-fé estatal, supostamente em prol de um *interesse público fundado no legalismo exacerbado*.

É notório e conhecido o grande papel de transformação exercido pela boa-fé objetiva no Direito Privado Contemporâneo, consagrada pelo art. 422 do Código Civil como mandamento contratual estruturante. A boa-fé objetiva é aquela que existe no plano da conduta de lealdade das partes, estando relacionada com os *deveres secundários, anexos ou laterais de conduta*, que são inerentes ao ato de *agir honestamente*.³² Conforme reconhece o Enunciado n. 26 do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, “a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes”.

Pode-se afirmar que a boa-fé objetiva representa uma evolução do conceito, que saiu do plano psicológico (*plano intencional, boa-fé subjetiva*) para o plano da conduta concreta dos participantes negociais (*plano da lealdade, boa-fé objetiva*). Três são as funções que a boa-fé objetiva exerce na codificação privada brasileira. De início, há a *função de interpretação*, retirada do citado art. 113 do Código Civil, uma vez que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé ou até mais, de maneira mais favorável a quem esteja agindo de boa-fé. A segunda é a *função de controle*, pois aquele que viola a boa-fé objetiva no exercício

trativa ou judicialmente, a rescisão do contrato e pagamento de perdas e danos, dando continuidade à sua execução, até que obtenha ordem da autoridade competente (administrativa ou judicial) para paralisá-lo. Note-se que a Lei n. 8.666/96 só prevê a possibilidade de rescisão unilateral por parte da administração (art. 79, I); em nenhuma dispositivo confere tal direito ao contratado” (DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 254).

31 Conforme aponta Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, no Direito romano, a *exceptio doli* tinha um duplo papel que gerava a sua bipartição em *exceptio doli specialis* e *exceptio doli generalis* (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 722). A *exceptio doli specialis* seria uma “impugnação da base jurídica da qual o autor pretendia retirar o efeito juridicamente exigido: havendo dolo essencial, toda a cadeia subsequente ficaria afetada”. Já na *exceptio doli generalis*, mais utilizada, o “réu contrapunha, à ação, o incurso do autor em dolo, em momento da discussão da causa” (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**, p. 722).

32 Sobre tais deveres secundários, ver: LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial **Revista de Derecho Privado**, 1958. Tomo I, p. 142-156. Em Portugal, a referência é Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (**Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001). No Brasil, como *obras definitivas* a respeito da boa-fé objetiva: COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976; MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000. Cite-se, ainda, entre os mais jovens: ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, e SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. 2ª tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

de um direito comete abuso de direito, nova modalidade de ilícito, o que pode repercutir em um contrato ou fora dele (art. 187 do Código Civil). Por fim, tem-se a *função de integração*, eis que a boa-fé objetiva deve integrar todas as fases contratuais: fase pré-contratual, fase contratual e fase pós-contratual (art. 422 do Código Civil).³³

Na jurisprudência nacional podem ser encontrados inúmeros julgados que fazem incidir o princípio aos contratos privados. Da jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça, do ano de 2009, serão destacadas duas ementas. A primeira afastou comportamento contraditório de locatária, que se insurgiu contra uma série de condutas anteriores de pagamento, o que é não é permitido pela máxima que veda o comportamento contraditório, inerente à boa-fé (*venire contra factum proprium non potest*).³⁴ A segunda decisão entendeu que a alteração unilateral de um contrato de seguro-saúde fere a boa-fé objetiva, não sendo possível admitir tal conduta em desfavor do segurado.³⁵ Já chega a quase uma centena

33 São bem conhecidas as críticas formuladas por Junqueira de Azevedo, antes mesmo da entrada em vigor do atual Código, pois o dispositivo seria insuficiente por não fazer menção à fase pré-contratual (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. “Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil – atualmente Código aprovado – na questão da boa-fé objetiva nos contratos”. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004). Para suprir tal deficiência, nas *Jornadas de Direito Civil* foram aprovados dois enunciados doutrinários. O primeiro deles é o de número 25, sendo dirigido ao juiz (ou até aos árbitros): “o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual”. O segundo, de número 170, é dirigido às partes negociais: “A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”.

34 “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL. LOCAÇÃO. IMÓVEL LOCADO PELO NU-PROPRIETÁRIO. BOA-FÉ OBJETIVA. LEGITIMIDADE DO LOCADOR PARA EXECUTAR OS ALUGUÉIS EM ATRASO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Na espécie, não se aplicam os Enunciados 5 e 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, porquanto a decisão agravada, ao decidir a matéria, não interpretou cláusula contratual nem reexaminou o quadro fático dos autos, pois cingiu-se a analisar a legitimidade do nu-proprietário para executar débitos relativos a contrato de locação de imóvel objeto de usufruto. 2. Uma das funções da boa-fé objetiva é impedir que o contratante adote comportamento que contrarie o conteúdo de manifestação anterior, cuja seriedade o outro pactuante confiou. 3. Celebrado contrato de locação de imóvel objeto de usufruto, fere a boa-fé objetiva a atitude da locatária que, após exercer a posse direta do imóvel por mais de dois anos, alega que o locador, por ser o nu-proprietário do bem, não detém legitimidade para promover a execução dos aluguéis não adimplidos. 4. Agravo regimental improvido” (STJ, AgRg no AgRg no Ag 610.607/MG, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 25/06/2009, *DJe* 17/08/2009). A relação entre a vedação do comportamento contraditório e a boa-fé foi reconhecida pelo Enunciado n. 362, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*, de nossa coautoria, com a seguinte redação: “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil”.

35 “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PLANO DE SAÚDE. ALTERAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO. INTERNAÇÃO EM HOSPITAL NÃO CONVENIADO. CDC. BOA-FÉ OBJETIVA. 1. A operadora do plano de saúde está obrigada ao cumprimento de uma boa-fé qualificada, ou seja, uma boa-fé que pressupõe os deveres de informação, cooperação e cuidado com o consumidor/segurado. 2. No caso, a empresa de saúde realizou a alteração contratual sem a participação do consumidor, por isso é nula a modificação que determinou que a assistência médico-hospitalar fosse prestada apenas por estabelecimento credenciado ou, caso o consumidor escolhesse hospital não credenciado, que o ressarcimento das despesas estaria limitado à determinada tabela. Violação dos arts. 46 e 51, IV, e § 1º do CDC. 3. Por esse motivo, prejudicadas as demais questões propostas no especial. 4. Recurso especial provido” (STJ, REsp 418.572/SP, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/03/2009, *DJe* 30/03/2009).

o número de decisões encontradas no *site* do Superior Tribunal de Justiça, conforme pesquisa realizada em novembro de 2009.

A pretensão deste trabalho é que a boa-fé objetiva seja aplicada aos contratos administrativos, a partir da visão de um Estado de Direito. E nem é preciso justificar que a boa-fé objetiva é princípio contratual expresso no Código Civil de 2002, uma vez que, conforme destaca Ovídio Batista da Silva, a boa-fé objetiva constitui, “mais do que um princípio, o *verdadeiro oxigênio* sem o qual a vida do Direito seria impossível”.³⁶

Destaque-se que, entre os próprios administrativistas, há aqueles que sustentam a incidência da boa-fé objetiva para os contratos administrativos. De toda a sorte, consigne-se que existem restrições a essa incidência, mantendo-se a primazia da administração em relação ao outro contratante. Por todos, merecem relevo as lições de Celso Antonio Bandeira de Mello:

*“Demais disso, o contratante privado não pode buscar qualquer proveito econômico adicional excedente do equilíbrio originário tratado – isto é, não previsto – que seja auferível em detrimento e às expensas da Administração. Nesta categoria se compreendem a execução com materiais inferiores aos supostos na avença quanto a realizada por processos menos dispendiosos, se o forem com sacrifício da segurança, da rapidez ou da qualidade da obra ou serviço, como, ainda, os reajustes de preços imotivados, vale dizer, sem correspondência ou recomposição do equilíbrio econômico-financeiro convencional. Quaisquer destes procedimentos prefiguram falta contratual sancionável, a ser devidamente apurada e reconhecida, sempre que revelem dissonância com os deveres de lisura e boa-fé norteadores deste tipo de relação jurídica”.*³⁷

A aplicação da boa-fé objetiva aos atos e negócios administrativos é urgente e necessária, mormente em uma realidade nacional em que é corriqueiro o desrespeito à boa-fé pelos agentes ou mesmo pelos próprios entes públicos, por meio de suas políticas de atuação. Dois exemplos cotidianos servem para demonstrar tal premissa. De início, verifica-se que os agentes de trânsito no Brasil, em especial nas grandes cidades, não saem às ruas para orientar os motoristas, mas sim para penalizá-los, para

36 SILVA, Ovídio Baptista A. da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, v. 1, p. 105.

37 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 628.

multá-los, em qualquer situação de deslize. Além disso, cite-se a situação de muitos radares eletrônicos em nosso País, colocados atrás de curvas perigosas ou em descidas de rodovias, prontos para flagrar ou *pegar* o cidadão. Corriqueiramente os motoristas não são avisados de suas presenças, em clara afronta ao dever de informação que decorre da boa-fé.

Pois bem, como passo adiante em relação ao tratamento do tema, desdobrando-se na prática a conclusão de incidência da boa-fé objetiva para os contratos administrativos, o citado Celso Antonio Bandeira de Mello é defensor da aplicação da exceção de contrato não cumprido aos contratos administrativos.³⁸

Entre os civilistas contemporâneos, a conclusão não é diferente. Pablo Malheiros da Cunha Frota, com bons fundamentos, sustenta que “Com efeito, a Administração Pública tutelará o interesse público quando cumprir o contrato administrativo, a evitar e/ou mitigar a flagrante e absurda desigualdade entre particulares e o Poder Público, pois este atua sob a estrita observância aos princípios constitucionais, administrativos e sociais dos contratos. Caso contrário, incorrerá em *tu quoque* e causará gravames aos particulares que, talvez, os levem à ruína, haja vista a falta de capital de giro nas sociedades empresárias, fator motivador do maior número de pedidos de recuperação judicial e de falência no Brasil, muitos deles derivados de contratos administrativos. Nestes, muitas vezes o Poder Público pratica, de forma reiterada, o fato da administração, chancelado por doutrinadores, juízes e demais operadores jurídicos, em nome da legalidade infraconstitucional e do positivismo que embebe a maioria dos intérpretes pátrios. Lembrese de que uma das causas de superfaturamento de obras públicas é o risco de contratar com a Administração Pública e na execução do contrato não receber pela prestação do serviço contratado. O princípio da continuidade do serviço público cede diante do princípio constitucional da igualdade material, da boa-fé, da função social e da equivalência material dos contratos, uma vez que o particular não pode ser parte de um contrato administrativo

38 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**, p. 608. Para ele, a justificativa estaria no art. 78, incs. XIV e XV, da Lei de Licitações, que assim preveem: “XIV – a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou, ainda, por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação; XV – o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação”.

e somente ficar com os ônus do acordo, enquanto a Administração Pública fica com as benesses, porque – repita-se – se aquele deixar de adimplir o negócio jurídico como acordado com o Poder Público, este não se furtará em aplicar as ‘prerrogativas’ concedidas pela lei, pelo contrato administrativo e pelo Poder Judiciário”.³⁹

Tem razão o jovem professor. Esclareça-se que a máxima *tu quoque*, citada pelo autor, quer dizer “até tu”, tendo origem histórica no suposto grito do imperador romano Júlio César ao seu filho adotivo Brutus, que havia participado do atentado que o vitimou. Atualmente, o termo enuncia a regra de não se fazer contra o outro o que não se faria contra si mesmo (*regra de ouro*).

Além dessa consequência concreta, é preciso seguir adiante na aplicação da boa-fé objetiva aos contratos administrativos. Com outro desdobramento, pode ser citada a incidência da *teoria do adimplemento substancial*, que a doutrina civilista tem relacionado à boa-fé objetiva e à função social do contrato.⁴⁰ Por essa teoria (*substantial performance*), nos casos em que a obrigação tiver sido substancialmente cumprida, não caberá sua extinção, mas apenas outros efeitos jurídicos, caso de uma eventual cobrança ou de uma ação de perdas e danos.⁴¹ De toda a forma, consigne-se que a grande dificuldade existente é qual o montante cumprido a fazer incidir a teoria. Na jurisprudência privada, há algumas experiências interessantes.⁴²

A incidência da *teoria do adimplemento substancial* representa um claro exemplo de afastamento do Estado de Legalidade e a sua supera-

39 FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. “A aplicabilidade da *exceptio non adimpleti contractus* para os contratos administrativos”. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). **Direito contratual. Temas atuais**. São Paulo: Método, 2008, p. 578-579.

40 Na *IV Jornada de Direito Civil*, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2006, foi aprovado o Enunciado n. 361, com a seguinte redação: “O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475”. O citado art. 475 do Código Civil é o dispositivo que trata do inadimplemento culposo do contrato, possibilitando o seu cumprimento forçado ou a sua extinção por resolução, nos dois casos com perdas e danos.

41 Conforme destaca Eduardo Luiz Bussatta, ao analisar as origens inglesas da teoria, “no Direito Inglês vige a teoria da *substantial failure in performance*, de forma que apenas o incumprimento *sufficiently serious* permite o exercício da faculdade resolutória; nos demais casos só há espaço para requerer perdas e danos” (BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 53).

42 Como no caso a seguir, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em que a teoria incidiu para afastar a busca e apreensão – e a correspondente extinção contratual –, em hipótese envolvendo alienação fiduciária em garantia: “ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Deferimento liminar. Adimplemento substancial. Não viola a lei a decisão que indefere o pedido liminar de busca e apreensão considerando o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem e o fato de que este é essencial à atividade da devedora. Recurso não conhecido” (STJ, REsp 469.577/SC, rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 25/03/2003, DJ 05/05/2003, p. 310).

ção pelo Estado de Direito. Isso porque a lei civil trata da hipótese de conversão do inadimplemento relativo em absoluto apenas pelo *critério da utilidade ao credor*, sem fazer menção a como tal conceito deve ser preenchido.⁴³ Poder-se-ia argumentar, por apego à lei, que a resolução é um direito do credor, inafastável e indeclinável, sem maiores digressões. Todavia, a boa-fé objetiva e a função social do contrato, como princípios integradores e corretores do sistema, entram em cena para balizar a norma, ou seja, para trazer a conclusão de que a extinção do contrato e da obrigação deve ser a *ultima ratio*, a última medida, notadamente se a mora for insignificante, de pouca expressão no caso concreto.

A justa construção não só pode como deve ser aplicada aos contratos administrativos, conforme foi reconhecido em sede de Superior Tribunal de Justiça, em julgado cuja ementa merece destaque:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 87 DA LEI N. 8.666/93. 1. Acolhimento, em sede de recurso especial, do acórdão de segundo grau assim ementado (fl. 186): DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. INADIMPLEMENTO. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 87 DA LEI N. 8.666/93. MANDADO DE SEGURANÇA. RAZOABILIDADE. 1. Cuida-se de mandado de segurança impetrado contra ato de autoridade militar que aplicou a penalidade de suspensão temporária de participação em licitação devido ao atraso no cumprimento da prestação de fornecer os produtos contratados. 2. O art. 87, da Lei n. 8.666/93, não estabelece critérios claros e objetivos acerca das sanções decorrentes do descumprimento do contrato, mas, por óbvio, existe uma gradação acerca das penalidades previstas nos quatro incisos do dispositivo legal. 3. Na contemporaneidade, os valores e princípios constitucionais relacionados à igualdade substancial, justiça social e solidariedade, fundamentam mudanças de paradigmas antigos em matéria de contrato, inclusive no campo do contrato administrativo que, desse modo, sem perder suas características e atributos do período anterior, passa a ser informado pela noção de boa-fé objetiva, transparência e razoabilidade no

43 Conforme se extrai do art. 395, parágrafo único, do Código Civil de 2002, que enuncia: “Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos”.

campo pré-contratual, durante o contrato e pós-contratual. 4. Assim deve ser analisada a questão referente à possível penalidade aplicada ao contratado pela Administração Pública, e desse modo, o art. 87, da Lei n. 8.666/93, somente pode ser interpretado com base na razoabilidade, adotando, entre outros critérios, a própria gravidade do descumprimento do contrato, a noção de adimplemento substancial, e a proporcionalidade. 5. Apelação e Remessa necessárias conhecidas e improvidas. 2. Aplicação do princípio da razoabilidade. Inexistência de demonstração de prejuízo para a Administração pelo atraso na entrega do objeto contratado. 3. Aceitação implícita da Administração Pública ao receber parte da mercadoria com atraso, sem lançar nenhum protesto. 4. Contrato para o fornecimento de 48.000 fogareiros, no valor de R\$ 46.080,00 com entrega prevista em 30 dias. Cumprimento integral do contrato de forma parcelada em 60 e 150 dias, com informação prévia à Administração Pública das dificuldades enfrentadas em face de problemas de mercado. 5. Nenhuma demonstração de insatisfação e de prejuízo por parte da Administração. 6. Recurso especial não provido, confirmando-se o acórdão que afastou a pena de suspensão temporária de participação em licitação e impedimentos de contratar com o Ministério da Marinha, pelo prazo de 6 (seis) meses” (STJ, REsp 914.087/RJ, rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 04/10/2007, DJ 29/10/2007, p. 190).

Como se pode notar pela elucidativa ementa, o ente estatal afastou o direito de um licitante participar da disputa pública, por não ter tido ele cumprido totalmente uma licitação anterior. Foram aplicadas, assim, as penalidades constantes do art. 87, incs. III e IV, da Lei n. 8.666/1993, não podendo a empresa, na ocasião, participar de nova licitação com a Marinha, para fornecimento de fogareiros.⁴⁴

44 Lei n. 8.666/1993. “Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: (...). III – suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV – declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior”.

A contratada ingressou com mandado de segurança pleiteando a sua participação na peleja pela nova contratação, uma vez que havia cumprido substancialmente o contrato anterior, o que lhe foi deferido. O julgador concluiu que a boa-fé objetiva, ao lado da razoabilidade, constitui princípio dos negócios com a Administração Pública, o que representa uma alteração da forma de pensar o Direito Administrativo. Pode-se dizer que o julgador constitui uma verdadeira revolução, diante das antigas lições – ouvidas muitas vezes nas salas de aula –, de que a boa-fé não seria princípio dos contratos administrativos.

De fato, o que se percebe na doutrina – seja civilista ou administrativa –, são propostas de interações concretas entre o Direito Público e o Direito Privado. Pode-se falar em *publicização do privado*, ou mesmo em *privatização do público*.

Conforme destaca, entre os administrativistas portugueses, Maria João Estorninho, em sua clássica obra, **A fuga para o direito privado**, “continua por resolver a questão problemática da conjugação do Direito Privado e o Direito Público, ou seja, a questão de saber quais os princípios jurídico-públicos a que a Administração deve estar sujeita na sua actuação jurídico-privada. Torna-se assim urgente e fundamental encontrar o equilíbrio entre a necessidade dessas vinculações e os eventuais riscos de uma publicização excessiva, procurando esse ‘justo equilíbrio’ entre o Direito Público e o Direito Privado na actuação administrativa”.⁴⁵

Comungando desses ideais, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *busca o ato administrativo perdido*, propondo uma revisão dos poderes unilaterais e autoritários da Administração Pública.⁴⁶ Nesse contexto, conclui que o conceito de ato unilateral é que fundamenta o ato administrativo, assim como ocorre com os direitos potestativos privados, não sendo necessário recorrer às pretensas qualidades da *executoriedade*, da *imperatividade* ou da *presunção de legalidade*.⁴⁷ O diálogo com o Direito Privado feito pelo jurista lusitano é interessante, uma vez que os direitos potestativos também se sujeitam ao controle da boa-fé e da função social. Nessa linha da realidade brasileira, cumpre destacar o art. 473, parágrafo único, do atual Código Civil Brasileiro, que controla o direito à resilição

45 ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública**. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2009, p. 361.

46 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 556-59.

47 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**, p. 561.

unilateral – assegurado pela lei – em casos em que o contratante investiu substancialmente no contrato.⁴⁸

Na civilística nacional, merecem relevo as palavras de Gustavo Tepedino, que defende *a utilização de modelos do Direito Civil para a transparência da Administração Pública*.⁴⁹ Tal utilização representa, para ele, em primeiro lugar, uma sadia visão interdisciplinar. Ademais, “prevalece nessa tendência a saudável perspectiva finalística na gestão administrativa, perseguindo-se a simplicidade e a transparência peculiares do Direito Privado, cuja importação para o Direito Administrativo é presságio de maior preocupação ética no trato da coisa pública”.⁵⁰ As suas palavras finais vão no sentido de que a importação e a exportação conceitual, longe de representarem o que chama de “civilização do Direito Administrativo”, consubstanciam “a saudável circulação de modelos jungidos sempre pela mesma tábua de valores, a confirmar, ainda uma vez, a perspectiva unitária do ordenamento”.⁵¹

Encerrando o presente artigo, merecem ser citadas as reflexões de Gustavo Binbenbojm, que pretende colocar *a dogmática administrativa no divã*, ao buscar uma teoria do Direito Administrativo centrada na sua constitucionalização, na razoabilidade e na ponderação dos valores e interesses protegidos no Texto Maior.⁵² Em sua tese, o jurista chega a afirmar

48 É a redação completa do comando legal, merecendo destaque o seu parágrafo: “Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”. A jurisprudência nacional já estabeleceu a relação entre a norma e a boa-fé objetiva, cabendo colacionar: “TUTELA ANTECIPADA. Ação de nulidade de cláusula contratual c.c. indenização por danos materiais e lucros cessantes. Contrato de prestação de serviços de assistência técnica. Nulidade de cláusula contratual que permite a rescisão unilateral e imotivada do contrato mediante aviso prévio de 30 dias. Alegação de que tal cláusula viola a boa-fé objetiva e desrespeita a função social do contrato. Tese que merece acolhida em face da nova concepção da relação jurídica contratual operada com o novo Código Civil. Existência de prova inequívoca de que a contratante fez investimentos consideráveis em função da relação contratual até então existente. Possibilidade de dilação. Art. 473, parágrafo único, do Novo Código Civil, aplicável ao caso. Inexistência de prova, por ora, do volume de investimentos feitos pela contratante. Inadmissibilidade da suspensão da rescisão do contrato até sentença final (trânsito em julgado), eis que, desse modo, esse prazo pode ser estender por vários anos. Dilação que assim se defere até prolação da sentença de primeiro grau, ficando, a critério do juízo *a quo* estendê-la, ou não, diante dos argumentos da parte contrária, ainda não citada, e da prova realizada. Deferimento parcial da tutela pleiteada. Recurso provido em parte” (TJSP, Agravo de instrumento n. 7.148.853-4, São Paulo, Décima Segunda Câmara de Direito Privado, rel. Des. Rui Cascaldi, julgado 13/06/2007).

49 TEPEDINO, Gustavo. “Modelos do direito civil para a (transparência da) administração pública”. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. 3, p. 435-437.

50 TEPEDINO, Gustavo. “Modelos do direito civil para a (transparência da) administração pública”, p. 435.

51 TEPEDINO, Gustavo. “Modelos do direito civil para a (transparência da) administração pública”, p. 437.

52 BINENBOJIM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Em certo trecho do trabalho, o doutrinador aponta quatro paradigmas clássicos do Direito Administrativo que estão em cheque na atualidade, a saber: a) o princípio da supremacia do in-

que as categorias básicas do Direito Administrativo, como a supremacia do interesse público, são contaminadas pelo “pecado original consistente no estigma da suspeita de parcialidade de um sistema normativo criado pela Administração Pública em proveito próprio, e que ainda se arroga o poder de dirimir em caráter definitivo, e em causa própria, seus litígios com os administrados”.⁵³ Nesse ponto, verifica-se que o temor inicial de Raymond Carré de Malberg veio mesmo a se concretizar, por um apego exagerado à legalidade, em prol dos entes estatais no Direito Administrativo.

A conclusão do jurista fluminense é perfeita, conseguindo desconstruir em seu trabalho o modelo clássico administrativo e propondo outro em substituição. A par da incidência da razoabilidade, como ele propugna, a boa-fé objetiva deve incidir nos contratos administrativos. Com tal conclusão, prova-se, nessa seara, a superação de um Estado de Legalidade puro – com a *proteção cega* da Administração Pública –, pelo Estado de Direito, em um modelo unitário e dialogal. O sistema jurídico oxigena-se, em uma construção mais justa, equilibrada e democrática. ❖

teresse público; *b*) a legalidade administrativa, que merece destaque para este artigo; *c*) a intangibilidade do mérito administrativo; *d*) a ideia de um Poder Executivo unitário, fundado em relações de subordinação hierárquica entre a burocracia e os órgãos de cúpula do governo. (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização, p. 23-24).

53 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização, p. 15.

Visita Íntima a Detentos em Presídios - Possibilidade de Condicionamento e de Restrição para Evitar Contágio de Doenças Sexualmente Transmissíveis

Flávio de Araújo Willeman

Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado. Mestre em Direito pela Universidade Candido Mendes. Professor dos cursos de pós-graduação da Universidade Candido Mendes, da FGV, da UFF e da EMERJ.

I - INTRODUÇÃO

Buscar-se-á neste artigo enfrentar a discussão a respeito da possibilidade de o Poder Público editar norma jurídica para regular e regulamentar a realização de visita íntima a presidiários e presidiárias que se encontram reclusos no sistema carcerário, com vistas a impedir o contágio de doenças sexualmente transmissíveis.

O tema é polêmico e de grande relevância, na medida em que envolve discussão relativa a proteção de possíveis liberdades individuais – *como, por exemplo, a disposição do próprio corpo e da vida* -, e as obrigações inerentes ao Estado, ligadas à necessária defesa e promoção da saúde pública e da intangibilidade da integridade física e mental dos presos acautelados sob sua responsabilidade.

Por certo, aos que entendem ser direito fundamental do cidadão, sob custódia do Estado ou não, a disposição do próprio corpo e, assim, da sua vida, seria inconstitucional qualquer regra estatal que venha a limitar o suposto direito à visita íntima de presidiários, sob o argumento de protegê-lo – ou ao seu parceiro (a) – dos perigos do contágio de doenças sexualmente transmissíveis.

Poder-se-ia argumentar, também, que a regulação da visitação íntima em presídios por parte do Estado para impedir o contágio de doenças sexualmente transmissíveis viola o *princípio da igualdade*, na medida em que se não pode o Estado impedir que pessoas livres mantenham relações sexuais inseguras, e, assim a exposição da própria vida, não poderia, por igual, se imiscuir na liberdade de opção de pessoas que se encontram reclusas no sistema prisional.

Diante deste quadro, talvez uma indagação seja suficiente para nortear todas as discussões que circundarão o tema deste artigo: **detectada doença sexualmente transmissível em qualquer dos parceiros (detento ou visitante), que postura deverá adotar o Estado?**

II – AUSÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO FUNDAMENTAL DE DETENTOS À VISITAÇÃO ÍNTIMA

A despeito da análise jurídica que se fará, importante registrar que o Estado do Rio de Janeiro (ERJ) possui normas que disciplinam o problema. O Decreto Estadual nº 8.897/86 (Regulamento do Sistema Penal do ERJ) regulamentou a Lei Federal nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais - LEP), e, no artigo 67, I “b”, estabeleceu que a visita íntima é uma “benesse” que pode ser concedida pela Administração Penitenciária para presos reclusos no sistema prisional em regime integralmente fechado.

Ainda no que diz respeito ao Estado do Rio de Janeiro, necessário registrar que a Secretaria de Estado de Administração Penitenciária editou a Resolução SEAP nº142/06, que, nos artigos 18 a 21, disciplinou os requisitos para a fruição da referida “benesse” pelos presos e visitantes, dentre eles a apresentação de exames que atestem a higidez dos interessados. Confirmam-se os dispositivos legais citados:

“Art. 18 – Será concedida ao (à) preso(a) a visita íntima de seu cônjuge ou companheiro(a).

Parágrafo Único: Não haverá visita íntima na Casa de Custódia.

Art. 19 – O requerimento para concessão do benefício de que trata o artigo anterior será feito no Serviço Social da respectiva Unidade, atendendo aos seguintes requisitos:

1. Não estar o(a) interessado(a) classificado(a) no índice de aproveitamento negativo ou neutro, em decorrência da falta disciplinar;

II. Não estar o(a) interessado(a) usufruindo da concessão de Visita Periódica à Família (VPF);

III. Ter sido concedido credenciamento ao cônjuge ou companheira(o), atendendo às exigências previstas no Título I desta Resolução, referentes a esta categoria de visitante;

IV. Estarem ambos os interessados em perfeitas condições de saúde física e mental;

§ 1º - A condição de saúde física e mental do(a) interno(a) será avaliada pelos médicos do quadro pessoal da SEAP, mediante solicitação do Serviço Médico da Unidade de, no mínimo, os exames de hemograma e o VDRL;

§ 2º - As mulheres e os homens livres candidatos à visita íntima deverão comprovar seu estado de saúde física e mental, mediante apresentação ao Serviço Médico da Unidade de atestado médico, emitido por órgão de saúde pública.

Art. 20 – A Coordenação de Saúde da SEAP, em dia, local e hora previamente estabelecidos, promoverá Palestra sobre doenças sexualmente transmissíveis (DST/HIV/AIDS) para os(as) candidatos(as) à visita íntima, sendo a frequência facultativa, mediante assinatura de termo de responsabilidade.

Art. 21 - O processo de visita íntima, devidamente instruído na forma dos artigos anteriores, será encaminhado ao diretor da Unidade Prisional, que, após ouvir os demais membros da Comissão Técnica de Classificação, definirá ou não o pedido, expedindo-se ao cônjuge ou companheiro(a) uma carteira para ingresso nos dias de visita íntima.”

Feito o registro acima, adianta-se a conclusão central do trabalho, no sentido de que não há inconstitucionalidade e/ou ilegalidade em normas que imponham o dever de **o (a) detento (a) e o (a) visitante**, antes de visitas íntimas, apresentarem exames que atestem a higidez dos parceiros. Passa-se, então, à fundamentação desta posição jurídica à luz das regras e princípios constitucionais vigentes.

Com a licença devida aos que entendem de modo contrário, não há direito subjetivo do preso ao recebimento de visita íntima. O detento possui, a teor do artigo 41, X, da Lei Federal nº 7.210/84 (LEP), o direito

de receber a “*visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados*”. No rol de direitos dos detentos, previsto na Lei de Execuções Penais, **não está o de receber visitas íntimas**. Todavia, ainda que se extraia o direito à visita íntima das regras e princípios constitucionais (artigos 5º e 6º da CRFB/88 – o que se acredita não ser possível, data vênua) ou mesmo de legislações federal ou estaduais esparsas, não pode ele ser compreendido de forma absoluta; tem de ser interpretado, e, se necessário, **limitado, condicionado e/ou restringido**, de modo a ser compatibilizado com os demais pressupostos e obrigações do Estado previstos na Constituição da República, tal qual o de garantir a saúde e a segurança dos presos e das pessoas que com eles se relacionem, sobretudo intimamente e dentro das dependências do Poder Público.

A respeito da possibilidade de se impor limites e condicionamentos ao exercício de direitos fundamentais – *o que, com o devido respeito, sequer é a qualificação atribuível ao “direito” à visita íntima em presídios* – colham-se as lições do constitucionalista português **JORGE MIRANDA**, que identifica, para tanto, a necessidade de se fazer a distinção entre “restrição”, “condicionamento” e “limites” ao exercício de certos direitos:

“I – Para se apreender o pleno alcance da regra do carácter restritivo das restrições de direitos, liberdades e garantias, há que começar por distinguir o conceito de restrição de outros conceitos, como os de limite ao exercício de direitos, condicionamento, regulamentação, concretização legislativa, auto-ruptura da Constituição, dever e suspensão.

*A restrição tem que ver com o direito em si, com a sua extensão objectiva; o limite ao exercício de direitos contende com a sua manifestação, com o modo de se exteriorizar através da prática do seu titular. A restrição afecta certo direito (em geral ou quanto a certa categoria de pessoas ou situações), envolvendo a sua compressão ou, doutro prisma, a amputação de faculdades que **a priori** estariam nele compreendidas; **o limite reporta-se a quaisquer direitos. A restrição funda-se em razões específicas; o limite decorre de razões ou condições de carácter geral válidas para quaisquer direitos (moral, a ordem pública e o bem-estar numa sociedade democrática, para recordar, de novo, o art. 29º da Declaração Universal).***

O limite pode desembocar ou traduzir-se qualificadamente em condicionamento, ou seja, num requisito de natureza cautelar de que se faz depender o exercício de algum direito, como prescrição de um prazo (para o exercício de um direito), ou de participação prévia (v.g. para realização de manifestações), ou de registro (para o reconhecimento da personalidade jurídica de associação), ou de conjugação com outros cidadãos num número mínimo (para a constituição de partidos), ou de posse de documentos (por exemplo, passaportes), ou de autorização vinculada (para a criação de escolas particulares e cooperativas). O condicionamento não reduz o âmbito do direito, apenas implica, umas vezes, uma disciplina ou uma limitação da margem de liberdade do seu exercício, outras vezes um ônus.

Uma coisa é a regulamentação ou preenchimento ou desenvolvimento legislativo (ou, porventura, convencional) do conteúdo do direito; outra coisa a restrição ou diminuição ou compressão desse conteúdo. Uma coisa é regulamentar, por razões de certeza jurídica, de classificação ou de delimitação de direitos, outra coisa é restringir com vista a certos e determinados objectivos constitucionais.” (...)”¹ – negritei.

Tem-se, pois, que é plenamente possível **limitar com condicionamentos e/ou restringir** direitos fundamentais, e, com muito mais razão, o direito de visita íntima de detentos, para salvaguardar o interesse público (tal qual permitido, expressamente, pelo artigo 41, § único da Lei de Execuções Penais), máxime para priorizar políticas preventivas que visem a implementar medidas de saúde pública, **inclusive da população carcerária**. Mais: crê-se que é possível ao Estado limitar e/ou, eventualmente, restringir totalmente o direito à visita íntima para resguardar o Poder Público do seu ônus irrenunciável de proteção à incolumidade do detento que está sob a sua custódia, **bem assim do ônus de ser responsabilizado civilmente**² caso um detento ou mesmo uma pessoa visitante venha a ser

1 MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo IV – Direitos Fundamentais**. 2ª edição. Coimbra Editora. Coimbra-Portugal, 1998, p. 297-298.

2 Importante registrar, guardadas as devidas ressalvas pessoais acerca do desacerto da posição, que a orientação da jurisprudência do STJ, em caso de morte de detento em penitenciárias, é no sentido de que o Poder Público é responsável pela incolumidade do preso, devendo protegê-lo, inclusive, para atitudes que atentem contra a própria vida. Por isso, tem o STJ entendido que o Poder Público é responsável civilmente nas hipóteses em que detentos

contaminado com doenças sexualmente transmissíveis, decorrentes da visitação íntima insegura.

A respeito da possibilidade de o Estado limitar ou restringir o direito à visitação íntima de detentos, por ato motivado, quando conflitar com o interesse público, confira-se a posição da jurisprudência do **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, que entende tratar a hipótese de **conduta discricionária** do Estado:

“0145053-68.2004.8.19.0001 - APELAÇÃO - 1ª Ementa

DES. MONICA COSTA DI PIERO - Julgamento: 02/09/2010 - OITAVA CÂMARA CÍVEL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO CUMULADA COM INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. REBELIÃO. BANGU III. PRESO. DIREITO À VISITAÇÃO ÍNTIMA. 1. Autor que pretende ver restabelecido o direito de visitação íntima no presídio Bangu III, unidade carcerária na qual se encontra abrigado, apoiando seu pedido na ilegitimidade do ato administrativo que suspendeu o benefício. 2. Tese que não merece guarida, porquanto inexistente no ordenamento jurídico pátrio lei que confira direito subjetivo ao preso de visitação íntima, o qual se constitui um benefício concedido pela Administração Penitenciária, mediante a análise dos critérios de conveniência e oportunidade. 3. A Lei de Execuções Penais (art. 41, inciso X), que prescreve os direitos do preso, estabelece ape-

cometem suicídio dentro do cárcere. Confira-se:

“INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ESTADO. SUICÍDIO. PRESO. Trata-se de ação de reparação de danos ajuizada pelo MP, pleiteando indenização por danos morais e materiais, bem como pensão aos dependentes de preso que se suicidou no presídio, fato devidamente comprovado pela perícia. A Turma, por maioria, deu parcial provimento ao recurso, reconhecendo a responsabilidade objetiva do Estado, fixando em 65 anos o limite temporal para o pagamento da pensão mensal estabelecida no Tribunal *a quo*. Outrossim, destacou o Min. Relator já estar pacificado, neste Superior Tribunal, o entendimento de que o MP tem legitimidade extraordinária para propor ação civil *ex delicto* em prol de vítima carente, enquanto não instalada a Defensoria Pública do Estado, permanecendo em vigor o art. 68 do CPP. **Para o Min. Teori Albino Zavascki, o nexo causal que se deve estabelecer é entre o fato de estar o preso sob a custódia do Estado e não ter sido protegido, e não o fato de ele ter sido preso, pois é dever do Estado proteger seus detentos, inclusive contra si mesmo”.** REsp 847.687-GO, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, julgado em 17/10/2006. No mesmo sentido foi a decisão recente do STF, quando do julgamento do **AI 799789 / GO - GOIÁS, ocorrido em 19/05/2010, rel. Min. Ricardo Lewandowski.** “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MORTE DE PRESO SOB CUSTÓDIA DO ESTADO. OMISSÃO ESTATAL. INTEGRIDADE FÍSICA DO PRESO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. AGRAVO IMPROVIDO. I – O Tribunal possui o entendimento de que o Estado se responsabiliza pela integridade física do preso sob sua custódia, devendo reparar eventuais danos. Precedentes. II - Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido quanto à existência de nexo causal entre a omissão do Estado e o resultado morte, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. III - Agravo regimental improvido.”

nas a possibilidade de visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados, como forma de não excluir a convivência do abrigado de seus familiares. 4. O direito do preso à visita pode ser restringido ou suspenso, motivadamente, pela Administração Penitenciária, conforme previsão contida no art.41, parágrafo único, da Lei de Execuções Penais. 5. Não há qualquer ilegalidade no ato administrativo que suspendeu a realização de visitação íntima, não sendo facultado ao Judiciário imiscuir-se no mérito da Administração Pública, sob pena de se infringir o princípio da separação dos Poderes.6. O ato impugnado não pode ser considerado como atentatório do princípio da dignidade da pessoa humana, quando sopesados com outros valores essenciais, bem como aqueles destinados à preservação da ordem e da segurança do estabelecimento prisional. 7. Diante da ausência de qualquer ilicitude praticada pelo recorrido, não há que se falar em dano moral a ser indenizado. 8. Recurso ao qual se nega seguimento.”

.....
*“44947-09.2004.8.19.0001 - APELAÇÃO - 1ª Ementa
DES. FRANCISCO DE ASSIS PESSANHA - Julgamento: 26/07/2010
- SEXTA CÂMARA CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE
DE ATO ADMINISTRATIVO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO
POR DANO MORAL. **DIREITO DO PRESO À VISITA ÍNTIMA.
SUSPENSÃO PELA AUTORIDADE CARCERÁRIA. LEGALIDADE
DO ATO ADMINISTRATIVO. ART. 41, PARÁGRAFO ÚNICO, DA
LEI Nº 7.210/84. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. RECURSO
A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, NA FORMA DO ART. 557,
CAPUT, DO CPC”.***

.....
*“0145018-11.2004.8.19.0001 - APELAÇÃO - 1ª Ementa
DES. ELISABETE FILIZZOLA - Julgamento: 06/07/2010 - SEGUNDA
CÂMARA CÍVEL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA
E INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. VISITA ÍNTIMA. PRESO.
SUSPENSÃO. POSSIBILIDADE. Constitui direito do preso a
visita do seu cônjuge ou companheira, na forma do art. 41,*

*X da Lei nº 7.210/84. **Todavia, o mesmo dispositivo no seu parágrafo único dispõe acerca da possibilidade de restrição ou mesmo suspensão deste direito, mediante ato motivado do diretor do presídio, sendo certo ainda não dispor o supramencionado artigo sobre a visitação para fim sexual. O direito do detento a receber visita de caráter sexual não é subjetivo, cabendo à Administração Penitenciária avaliar a oportunidade e a conveniência da adoção da medida, por tratar a sua suspensão de ato discricionário.** A suspensão de visita íntima aos presos reputa-se legal, mormente quando a medida foi tomada após rebelião em que resultou a morte de funcionário público, não tendo ocorrido qualquer violação aos princípios da adequação, motivação, moralidade administrativa e da razoabilidade, inexistindo, portanto, na hipótese, fundamento apto a amparar a pretensão do autor, ora apelante, em ser indenizado a título de danos morais. Manutenção da sentença. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO NA FORMA DO ARTIGO 557, CAPUT, DO CPC.”*

Outro não é o entendimento do **Superior Tribunal de Justiça, que também entende não existir direito subjetivo do preso à visitação íntima**, e que compete ao Poder Público, uma vez consentido com tal visita, ordenar o modo do seu acontecimento de acordo com as circunstâncias que melhor atendam ao interesse público:

*“RECURSO ESPECIAL Nº 956.514 - RJ (2007/0065449-5)
RELATOR: MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
RECORRENTE: IPOJUCAM SOARES DE ANDRADE
ADVOGADO: ROSÂNGELA ESTEVES DA FONSECA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS
RECORRIDO: ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR: SAINT-CLAIR SOUTO E OUTRO(S)
RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. VISITA ÍNTIMA. SUSPENSÃO OU RESTRIÇÃO. POSSIBILIDADE. PARTICIPAÇÃO DO CONDENADO NO ATO DE INDISCIPLINA. REEXAME FÁTICO - PROBATÓRIO. INVIABILIDADE (SÚMULA 7/STJ).*

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo IPOJUCAM SOARES DE ANDRADE, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, contra v. acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

AGRAVO INOMINADO. VISITA ÍNTIMA. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. O direito do preso à visita íntima pode ser restringido, motivadamente, pela Administração Penitenciária como previsto no art. 41, Parágrafo Único, da Lei de Execuções Penais. Precedentes do TJ/RJ e do STJ. Improvimento do recurso.

Alega o recorrente negativa de vigência ao artigo 41, X, da Lei de Execuções Penais, sustentando, em síntese, que foi penalizado indevidamente, pois não participou da rebelião ocasionada na Penitenciária de Bangu III, sendo cerceado o seu direito de visita íntima sem o devido processo legal (fl. 71).

contrarrazões apresentadas a fls. 80/92.

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento e desprovemento do recurso (fls. 141/143).

É o relatório.

A irresignação não merece prosperar. Inicialmente, no tocante à preliminar de intempestividade levantada pelo Ministério Público Federal, cumpre salientar que a Defensoria Pública possui a prerrogativa de intimação pessoal e prazo em dobro, conforme o art. 5º, § 5º, da Lei 1.060/50 e art.44, I, da LC 80/94.

Passo à análise do mérito do recurso especial. Com efeito, sustenta o recorrente que “... a proibição à visita íntima afetou a todos os detentos, mesmo àqueles que, como o autor, não participaram do ato de rebeldia” (fl. 70).

Contudo, como é notório no parágrafo único do art. 41 da Lei de Execuções Penais, esse direito pode ser suspenso ou restringido mediante ato motivado do diretor do presídio, não havendo óbice, in casu.

Ademais, para acolher a pretensão do recorrente no sentido da sua não participação na rebelião em questão, seria necessário examinar fatos e provas dos autos, o que é inviável na via eleita, de acordo com a Súmula 7 desta Corte.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. PERDA DOS DIAS REMIDOS. AUSÊNCIA DE PROVA DA PARTICIPAÇÃO DO AGRAVANTE NO ATO DE INDISCIPLINA. ANÁLISE INVIÁVEL NA VIA ELEITA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO.

1. O agravante foi acusado de ter agredido outro detento, o que constitui falta grave, a teor do art. 52 da Lei de Execução Penal, não se mostrando possível enfrentar, na via estreita do recurso especial, a alegação de insuficiência de provas de sua participação na prática do mencionado ato, por demandar, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório (enunciado nº 7/STJ).

2. É de ser mantida a decisão agravada por seus próprios fundamentos, eis que afinada com a jurisprudência desta Corte no sentido de que, comprovada a falta grave do condenado durante o cumprimento da pena, deve o Juízo da Execução declarar a perda dos dias remidos pelo trabalho, nos termos do art. 127 da Lei nº 7.210/1984.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 901580 / RS, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, DJe 16/06/2008)

Posto isso, com fulcro no art. 557, caput, do CPC, nego seguimento ao recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 14 de maio de 2009. MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) Relator” – grifei.

.....
“AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 994.416 - RJ (2007/0297225-4)

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN

AGRAVANTE: IVAIR WAGNER GOMES

ADVOGADO: LUIZ ANTÔNIO VIEIRA DE CASTRO - DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS

AGRAVADO: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADOR: HUGO TRAVASSOS SETTE E CAMARA E OUTRO(S)

DECISÃO

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DISPOSITIVO APOSTADO QUE NÃO POSSUI COMANDO PARA INFIRMAR A FUN-

DAMENTAÇÃO DO ARESTO RECORRIDO. SÚMULA 284/STF.

1. O dispositivo indicado como violado não tem comando capaz de infirmar a fundamentação do aresto recorrido. Aplicação do princípio estabelecido na Súmula 284 do STF.

2. Agravo de Instrumento não provido.

Trata-se de Agravo de Instrumento de decisão que inadmitiu Recurso Especial (art. 105, III, “a”, da CF) contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro cuja ementa é a seguinte:

APELAÇÃO CÍVEL - CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - AS VISITAS ÍNTIMAS NÃO CONSTITUEM DIREITO SUBJETIVO DO APENADO - VISITAS ÍNTIMAS SUSPENSAS EM RAZÃO DE REBELIÃO EM PRESÍDIO - BENEFÍCIO QUE DEPENDE DE ANÁLISE DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA - PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO EM RELAÇÃO AO INTERESSE PARTICULAR - DANO MORAL INEXISTENTE - SENTENÇA CORRETA - DESPROVIMENTO DO APELO (fl. 64).

O recorrente, nas razões do REsp, alega violação do art. 41, X, da Lei de Execuções Penais, sob o argumento de que o ato da Administração Penitenciária de Bangu III que determinou a suspensão das visitas íntimas ao preso é ilegal. Requer, portanto, a declaração de nulidade do ato administrativo cumulado com o pagamento de danos morais. Contraminuta apresentada às fls. 96-98.

É o relatório.

Decido.

A irrisignação do Agravante não merece prosperar, pois o art. 41, X, da Lei de Execuções Penais é claro ao prever que o preso tem direito de ser visitado por cônjuge, parentes e amigos, não se referindo à pleiteada visita íntima.

Dessa forma, o dispositivo indicado como violado não tem comando capaz de infirmar a fundamentação do aresto recorrido. Aplicação do princípio estabelecido na Súmula 284 do STF. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. DISPOSITIVO QUE NÃO CONTÉM COMANDO CAPAZ DE INFIRMAR O JUÍZO EMITIDO PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 284/STF. ACÓRDÃO RECORRIDO ASSENTADO EM FUNDAMENTOS DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. RECURSO NÃO CONHECIDO.

(...)

2. A competência atribuída pelo art. 105, III, da Constituição federal ao STJ restringe-se à uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional, sendo inviável a apreciação, por esta Corte, de matéria constitucional.

3. Recurso especial não conhecido. (REsp 892.575/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27.03.2007, DJ 12.04.2007, p. 250).

TRIBUTÁRIO – CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA – ACÓRDÃO EMBARGADO QUE NÃO APRECIA O MÉRITO DO RECURSO – PARADIGMA QUE ENFRENTA A MATÉRIA DE MÉRITO – AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA - PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - IMPOSSIBILIDADE.

1. Evidente a pretensão infringente buscada pela embargante, com a oposição destes embargos declaratórios, uma vez que pretende ver alterado o acórdão que indeferiu o processamento dos embargos de divergência pela ausência de similitude fática entre os acórdãos, os quais considerou violados.

2. Conforme restou consignado, o acórdão embargado negou provimento ao agravo regimental, sem apreciar-lhe o mérito, por entender incidir a Súmula 284/STF. Por seu turno, o julgado apontado como paradigma apreciou o mérito da questão quando pronunciou-se no seguinte sentido: “A responsabilidade do dono da obra pelas contribuições previdenciárias é subsidiária à do construtor, nos termos que enuncia a Súmula 126/TFR, mesmo após o advento da Lei n. 8.212/91”.

3. O acórdão da Primeira Turma não analisou o mérito, propriamente dito; entendeu apenas que o artigo apontado como violado não contém o comando capaz de infirmar o juízo formulado pelo acórdão recorrido, aplicando, por analogia, o teor da Súmula 284/STF.

4. Apreciação de suposta violação de preceitos constitucionais não é possível na via especial, nem à guisa de prequestionamento; porquanto, matéria reservada, pela Carta Magna, ao Supremo Tribunal Federal.

Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg nos EREsp 761.964/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12.03.2008, DJ 24.03.2008 p. 1).

Por tudo isso, nego provimento ao Agravo de Instrumento. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 21 de maio de 2008. MINISTRO HERMAN BENJAMIN – Relator”.

Se assim é, e efetivamente o é, não há que se falar em inconstitucionalidade, *por violação dos princípios da isonomia e da não discriminação*, da norma editada pelo Poder Público que venha a limitar, restringir ou mesmo condicionar o direito de detento à visita íntima à apresentação, prévia, de exames de saúde do (a) visitante e do (a) detento (a) visitado (a).

Isso porque, por expressa disposição constitucional, a **vida** e a **saúde** são direitos fundamentais e sociais INVOLÁVEIS do cidadão e, nos termos do artigo 196 da CRFB/88, É DEVER do Estado protegê-los, inclusive com medidas preventivas que reduzam o risco de contaminação de doenças:

*“Art. 196. A saúde é direito de todos e **dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas **que visem à redução do risco de doença** e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”*

Não fosse isso, digno mencionar que também *é **dever do Estado garantir a incolumidade física e moral dos detentos*** (artigo 5º, XLIX, da CRFB/88), protegendo-os, assim como aos visitantes, do contágio de doenças (artigo 14 da Lei de Execuções Penais³).

III – CONSTITUCIONALIDADE DAS REGRAS DE POLÍTICA PENITENCIÁRIA QUE CONDICIONAM E/OU RESTRINGEM A VISITAÇÃO ÍNTIMA EM PRESÍDIOS À PRÉVIA REALIZAÇÃO DE EXAMES DE SAÚDE E À COMPROVAÇÃO DE HIGIEDEZ.

Chegada à conclusão de que não há direito subjetivo do preso ao recebimento de visita íntima e, conseqüentemente, que pode o Poder

³ Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

Público, de forma motivada e justificada, editar normas que regulem este pseudo direito à luz do interesse público, dúvidas outras surgem. De que forma poderá o Estado limitar e/ou restringir o direito à visitação íntima, caso se verifique que o (a) detento (a) ou o (a) visitante sejam portadores de doenças sexualmente transmissíveis? Que medidas poderá adotar?

Tem-se que deve o Estado, inicialmente, informar imediatamente às pessoas envolvidas e alertá-las sobre a doença e os riscos de sua transmissão a partir de contatos sexuais. Mas não é só; os deveres do Estado para com os detentos e seus visitantes não param na simples comunicação/informação de que um deles é portador de doença sexualmente transmissível, na medida em que se sustenta neste trabalho que as referidas pessoas não possuem a liberdade/discricionariedade de decidirem, sabedores da doença, pela realização de sexo seguro ou inseguro. Esta posição jurídica, **que relativiza o direito do cidadão à disposição do próprio corpo e da própria saúde**, pode ser explicada e fundamentada a partir de uma simples constatação de fato: tudo estaria a acontecer dentro de presídios públicos e com pessoas (ambas, inclusive o visitante no momento da visita) que estão, de uma forma ou de outra, em maior ou menor grau de intensidade, sob a responsabilidade do Poder Público.

De sustentar-se que o Estado, sabendo que um (a) detento (a) ou um (a) visitante seja portador (a) de doença sexualmente transmissível, não pode, simplesmente, comunicar o fato aos interessados e “lavar as mãos” para as possíveis consequências nefastas para a saúde de ambos e, **sobretudo, dos demais detentos que se incluem na população carcerária**. Isto, a meu sentir, constitui **omissão constitucional específica do Poder Público**, e representa renúncia à proteção aos **direitos fundamentais, em sua dimensão objetiva**, de garantia de incolumidade aos detentos e de preservação da vida.

A propósito, importante citar a doutrina de **INGO SARLET** acerca do conceito da **dimensão objetiva dos direitos fundamentais** e da conseqüente obrigação do Poder Público de editar medidas e/ou políticas públicas para protegê-los:

“Os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa dos indivíduos contra atos do poder público, mas [...], além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Consti-

tuição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.

(...)

Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento de deveres de proteção (Schutzpflichten) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões providas de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc.), com o objetivo precípuo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais.”⁴ – sem grifos no original.

A referida **dimensão objetiva dos direitos fundamentais**, conforme é possível inferir da transcrição acima, pode ser desdobrada na **Teoria dos Deveres de Proteção**, oriunda da construção jurisprudencial alemã, por meio da qual se impõe ao Estado o dever de interferência em relações jurídicas privadas para salvaguardar e fomentar a aplicação dos direitos fundamentais. Confira-se, a propósito, a doutrina de **JANE REIS GONÇALVES PEREIRA**:

“A teoria dos deveres de proteção do Estado surgiu na jurisprudência germânica como um desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Essa noção está ligada à ideia de vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, pressupondo que o Estado não apenas deve abster-se de lesar os bens jurídicos fundamentais, mas tem o dever de atuar positivamente, promovendo-os e os prote-

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 143 e 149-150.

gendo de quaisquer ameaças, inclusive as que provenham de outros indivíduos.

(...)

De fato, há uma estreita correlação entre os deveres de proteção e a eficácia dos direitos fundamentais em relações privadas. Ao conceber-se a incidência dos direitos fundamentais entre particulares como indireta, torna-se imperativo que as normas de direito privado sejam interpretadas em conformidade com as normas constitucionais que os consagram. (...).

*Recentemente, vem sendo apontada uma tendência na doutrina germânica em empregar a teoria dos deveres de proteção para explicar a aplicação dos direitos fundamentais em relações inter privados. **Em outras palavras, o Estado não tem apenas o dever de respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas tem o dever de fazer com que os outros cidadãos os respeitem.** Assim, o titular de um direito fundamental é também titular de um direito subjetivo à proteção do Estado contra intervenções de terceiros.”⁵ – sem grifos no original.*

Em razão das considerações acima expostas, tem-se que o Estado, uma vez detectada doença sexualmente transmissível no (a) detento (a) ou no (a) visitante, pode e deve **limitar e/ou restringir** o exercício do direito à visita íntima, com o fim de proteger a **saúde pública** e a **vida** (direitos fundamentais natos) não só dos pretendentes à visita, **mas também, e sobretudo, da população carcerária**. Resta saber em que medida e em que situações poderá o Estado limitar e/ou restringir a visitação íntima, de modo a razoavelmente atuar, sem sacrificar desproporcionalmente os interesses em questão.

Crê-se que compete ao Poder Público, de modo irrenunciável e por disposição constitucional, garantir a incolumidade do detento e da população carcerária em grau mais elevado. A proteção ao visitante deve existir, mas por não estar ele custodiado e sob a responsabilidade integral do Estado, terá maior liberdade para fazer sua escolha e assumir seus riscos.

Nessa toada, sustenta-se que uma vez realizados e/ou apresentados os exames clínicos pelos pretendentes, se for descoberta doença se-

5 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 468-469.

xualmente transmissível **no (a) visitante**, deverá o Estado, com o fim de garantir a incolumidade do preso – *e dos demais presos que compõem a população carcerária* - e por não ter a certeza de que a visita íntima ocorrerá de forma segura, **restringi-la totalmente**, proibindo-a até que a doença seja curada; se não houver cura, como é o caso da AIDS, não poderá a visita íntima acontecer em tempo algum com aquele visitante portador da doença⁶, ao menos enquanto o sujeito estiver na condição de detento e sob a responsabilidade do Estado. Ademais, a medida se mostra adequada e trará benefícios maiores do que a postura de se permitir livremente a visita íntima, ou, simplesmente, exigir dos personagens declaração de que irão se proteger para a não transmissão de doenças (*de se lembrar que o Poder Público não dispõe de meios para aferir se, efetivamente, haverá proteção na relação decorrente da visita íntima*). Por isso, sustenta-se que a medida, apesar de drástica e restritiva, apresenta-se consentânea com o **princípio da razoabilidade**.

Reafirme-se, uma vez mais, que não se está propondo a retirada, por completo, do “direito” à visita íntima do (a) detento (a), e, por isso, não se verifica hipótese de sacrifício total ou a imposição de renúncia⁷ de um “direito” para a prevalência de outro. O que se propõe é a restrição integral à realização da visita íntima de detentos com pessoas que possuem doenças sexualmente transmissíveis e que não possuem cura. Nada impede que a visita íntima seja realizada pelo (a) referido (a) detento (a) com outro (a) visitante que demonstre higidez.

Reafirme-se que, na hipótese, o grau de intervenção ao “direito” à visita íntima será mais intenso, tendo em conta o dever específico de agir do Estado – *sob pena de poder vir a ser responsabilizado civilmente* - de proteger o detento contra suas próprias condutas e contra atuação de terceiros, sem correr riscos, **bem assim a população carcerária**⁸.

6 Nota-se que não se está retirando, por completo, o direito à visita íntima do detento, nesta hipótese. Está restringindo integralmente a sua realização com pessoas que possuem doenças sexualmente transmissíveis e que não possuem cura. Nada impede que a visita íntima seja realizada pelo (a) referido (a) detento com outro (a) visitante que demonstre higidez.

7 A quem desejar aprofundar o tema da “renúncia a direitos fundamentais”, recomenda-se a leitura do trabalho, com o mesmo tema, desenvolvido pelo jurista português Jorge Reis Novais in **Perspectivas Constitucionais Nos 20 Anos da Constituição de 1976** – V. I. Org. Jorge Miranda. Coimbra Editora, 1996, p. 263-335.

8 Respeitando as opiniões em contrário, não se apresenta factível, à luz do **princípio da realidade**, enfrentar o problema objeto deste trabalho sem cotejá-lo com a realidade das penitenciárias brasileiras, que estão, como de conhecimento convencional, “entulhadas” de detentos que sequer possuem local adequado para dormir. Permitir que pessoas com doenças contagiosas, por meio do sexo ou de outro contato físico, se espalhem no sistema carcerário é, por via oblíqua, possibilitar a disseminação de doenças, ao arrepio do comando do artigo 196 da CRFB/88. A quem tiver curiosidade sobre os problemas penitenciários no Brasil, sugere-se a leitura do livro **A Questão Penitenciária**,

Assim se conclui porque não se acredita existir, com o devido respeito dos que pensam em sentido contrário, medida menos invasiva e eficaz para proteger a incolumidade do preso e, sobretudo, **da população carcerária, sendo esta última “categoria”, talvez, destinatária igual ou maior da política pública de prevenção à saúde por parte do Estado.**

Diferente será a situação em que os exames clínicos apresentarem doenças **no (a) detento (a)**. Para essa situação, creio que o Estado, além de informar o problema ao custodiado e a ele ministrar o devido tratamento, estará devidamente resguardado se condicionar (limitar) a visitação íntima à declaração, de ambos (detento e visitante), de que estão cientes da doença e que se comprometem a utilizar produtos e materiais aptos a evitar a transmissão de doenças, como medida razoável, vez que adequada e necessária à preservação da saúde, à prevenção de doenças sexualmente transmissíveis, bem assim à proteção à vida a partir de métodos que impeçam o contágio, nas dependências do Estado, de males que, por exemplo, podem não possuir cura na medicina (ex. AIDS) e que conduzem à morte.

Nessa segunda hipótese, sustenta-se que o grau de intervenção estatal no “direito” à visitação íntima pode ser atenuado, na medida em que não estará expondo a risco pessoas que estão sob sua custódia; ao contrário, estará informando a pessoas da sociedade os malefícios da doença e exigindo-lhe o uso de produtos que impeçam o contágio. Por isso, apresenta-se importante e indispensável ao Estado exigir que o detento e o visitante assinem “*termo de ciência, riscos e assunção de responsabilidades*”, com o fim de resguardar a atuação preventiva e lícita do Poder Público. Se ainda assim o visitante, valendo-se da liberdade que o artigo 5º da CRFB/88 lhe confere, entender por bem realizar a visita íntima de forma insegura, ter-se-á, na hipótese, fato exclusivo seu, apto a romper qualquer nexo de causalidade na hipótese de vir a ser contaminado com a doença do detento.

Na hipótese de o (a) detento (a) e/ou o (a) visitante se recusarem a assinar o “*termo de ciência, riscos e assunção de responsabilidades*”, deve o Poder Público restringir integralmente o direito à visitação íntima, com o fim de resguardar a garantia de manifestação livre e consciente das pessoas envolvidas, bem assim de se resguardar contra possíveis ações indenizatórias, na hipótese de existir transmissão de doenças a pessoas que se apresentaram sadias antes da visitação.

de Augusto Frederico G. Thompson (Editora Vozes, Petrópolis, 1976), que já em 1976 desvelava o desacerto e as perspectivas das políticas públicas para este segmento.

A prerrogativa do Estado de **limitar (com condicionamentos)** e de **restringir** o exercício do direito à visitação íntima em presídios à prévia apresentação, pelo (a) visitante e pelo (a) visitado (a), de atestado de hígidez, decorre do fato de as pessoas que se encontram reclusas no sistema prisional integrarem uma **relação especial de sujeição** para com o Poder Público, o que possibilita e legitima, em nome do interesse público devidamente comprovado e motivado em valor constitucional, a referida atuação limitadora.

Confira-se, a propósito, a doutrina de outro constitucionalista português **J.J. GOMES CANOTILHO**, ao tratar da possibilidade de condicionamentos ao exercício de direitos fundamentais - *qualificação não compatível, nas conclusões deste estudo, com a visitação íntima de detentos* - de pessoas que se encontram em **relação especial de sujeição** para com o Estado:

*“Nas considerações feitas atrás sobre os limites dos direitos fundamentais tivemos apenas em conta o chamado estatuto geral dos cidadãos. **Mais há outras pessoas colocadas numa situação especial geradora de mais deveres e obrigações do que aqueles que resultam para o cidadão com o tal. Referimo-nos às chamadas relações especiais, tradicionalmente designadas de relações especiais de poder (ou até estatutos de sujeição). Como exemplos, referem-se as situações dos funcionários públicos, dos militares e dos presos.***

Além de deverem ter fundamento na Constituição (cfr. art. 270), cumpre apurar sempre se a especificidade estatutária exige restrições aos direitos fundamentais (princípio da exigibilidade). (...)

Finalmente, as relações especiais de poder serão susceptíveis de originar problemas de ordenação entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais. Eles deverão ser resolvidos à luz dos direitos fundamentais mediante uma tarefa de concordância prática e de ponderação possibilitadora da garantia dos direitos sem tornar impraticáveis os estatutos especiais. Finalmente, os estatutos especiais conducentes a restrições de direitos devem ter como “referência” instituições

cujos fins e especificidades constituam eles mesmos bens ou interesses constitucionalmente protegidos (cfr art. 269, para função pública, e art. 275 para as Forças Armadas, e Acs do TC 31/84, 75/85 e 103/87).

*Ao contrário do defendido pela doutrina clássica das relações especiais de poder, os cidadãos regidos por estatutos especiais não renunciam a direitos fundamentais (irrenunciabilidade dos direitos fundamentais) nem se vinculam voluntariamente a qualquer estatuto de sujeição, produtor de uma **capitis deminutio**. Trata-se tão-somente de relações de vida disciplinadas por um estatuto específico. Este estatuto, porém, não se situa fora da esfera constitucional. Não é uma ordem extraconstitucional, mas sim um estatuto heteronomamente vinculado, devendo encontrar o seu fundamento na Constituição (ou estar, pelo menos, pressuposto). (...).”⁹ negritei.*

Também se apresentam dignas de nota as lições de **PAULO GUSTAVO GONET BRANCO** sobre a possibilidade de se limitar o exercício de direito nas **relações especiais de sujeição**:

*“Em algumas situações, é possível cogitar de restrição de direitos fundamentais, tendo em vista acharem-se os seus titulares numa posição singular diante dos poderes públicos. Há pessoas que se vinculam aos poderes estatais de forma marcada pela sujeição, submetendo-se a uma mais intensa medida de interferência sobre os seus direitos fundamentais. Nota-se nestes casos uma duradoura inserção do indivíduo na esfera organizativa da Administração. “A existência de uma relação desse tipo atua como título legitimador para limitar os direitos fundamentais, isto é, justifica por si só possíveis limitações dos direitos dos que fazem parte dela”. (Ana Aba Catoira, *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto*, Madrid: Tecnos, 2001, p.159).*

Notam-se exemplos de relações especiais de sujeição no regime jurídico peculiar que o Estado mantém com os militares, com os funcionários públicos civis, com os internados

9 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª Ed. Portugal: Almedina, 1999, p. 436-437.

em estabelecimentos públicos ou com estudantes em escola pública. O conjunto de circunstâncias singulares em que se encontram essas pessoas induz um tratamento diferenciado com respeito ao gozo dos direitos fundamentais. Há “específica condição subjetiva [desses sujeitos] é fonte de limitações” (Ana Aba Catoira, ob. Cit, p. 162).

(...)

O estatuto dessas relações especiais de poder deve ter fundamento na Constituição, admitindo-se a ordenação específica de alguns direitos, quando necessária para o atingimento dos fins constitucionais que justificam essas relações. A legitimidade da compressão dos direitos fundamentais há de ser apurada mediante um esforço de concordância prática e de ponderação dos valores contrapostos em cada caso. Não se pode partir do pressuposto de que, nos casos de inclusão voluntária nestes estatutos, o indivíduo tenha renunciado aos direitos fundamentais (que são irrenunciáveis em bloco). A limitação aos direitos se torna admissível quando se construir em meio necessário para a obtenção dos fins, com respaldo constitucional, ínsitos às relações especiais de poder. Por isso, essas limitações não de ser proporcionais, não tocando todos os aspectos da vida do sujeito.”¹⁰ negritei.

Das lições doutrinárias acima colacionadas, conclui-se ser possível ao Poder Público limitar, condicionar e restringir, progressivamente, a visitação íntima em presídios à prévia apresentação de atestado de hígidez pelo visitante e pelo visitado, na medida em que, em juízo de *concordância prática*¹¹ e de *ponderação de valores constitucionais*¹² (liberdade e

10 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. (co-autores: Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho). 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, p. 325-326.

11 A respeito do princípio da concordância prática, aplicável no campo da ponderação de direitos fundamentais – o que não cuida a hipótese deste trabalho, repita-se -, citem-se as lições de JJ. Gomes Canotilho: “Este princípio não deve divorciar-se de outros princípios de interpretação já referidos (princípio da unidade, princípio do efeito integrador). Reduzido ao seu núcleo essencial, o **princípio da concordância prática** impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.

O Campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens.” (*In Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª Ed. Portugal: Almedina, 1999, p. 1.150)

12 A propósito, confira-se a doutrina de Daniel Sarmento: “*Vencida a etapa acima referida, defronta-se o intérprete*

disposição do próprio corpo x saúde pública e direito à vida¹³), as medidas antes alvitradas (restrição total e, posteriormente, condicionamento) atendem aos *princípios da razoabilidade e da intervenção mínima*, vez que se apresentam adequadas para a implementação dos deveres irrenunciáveis do Estado previstos nos artigos 5º, XLIX, e 196, ambos da CRFB/88, de garantir a integridade física e moral dos presos, bem assim a saúde, “*mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença*”, e o direito fundamental à vida¹⁴.

Há ainda outro fundamento para legitimar o condicionamento e a restrição total do direito à visitação íntima em presídios por parte do Estado.

Com efeito, não é possível olvidar que a **exposição de pessoas a perigo de vida, de contágio de doenças venéreas ou de moléstias graves são crimes** previstos nos artigos 130, 131 e 132, todos do Código Penal Brasileiro, conforme abaixo se comprova:

“Perigo de contágio venéreo

Art. 130 - Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

§ 1º - Se é intenção do agente transmitir a moléstia:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 2º - Somente se procede mediante representação.”

com a constatação de que determinada hipótese é de fato tutelada por dois princípios constitucionais, que apontam para soluções divergentes.

*Neste caso, ele deve, à luz das circunstâncias concretas, impor ‘compensações’ recíprocas sobre os interesses protegidos pelos princípios em disputa, objetivando lograr um ponto ótimo, onde a restrição a cada interesse seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro.” (SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 102)*

13 Nelson Nery Júnior afirma: “*no choque entre direitos fundamentais (vida x liberdade), a opção do legislador é a de prestigiar a vida que corre perigo. A predominância do valor norteia a ação de quem se encontra, v.g., por dever legal, na contingência de proceder manobras médicas para salvar o que carece de tratamento médico ou de intervenção cirúrgica imediata*”. (NERY JUNIOR, Nelson. **Código Civil Anotado**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 160)

14 A propósito da concepção do direito à vida como o mais importante dos direitos fundamentais, confira-se a doutrina de Alexandre de Moraes: “*A Constituição Federal garante que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O Direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência de todos os demais direitos.*

*A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda, de se ter vida digna quanto à subsistência.” (MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 65-66).*

“Perigo de contágio de moléstia grave

Art. 131 - Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.”

“Perigo para a vida ou saúde de outrem

Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:

Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constituir crime mais grave.”

Ora bem. Crê-se não ser possível que o Estado, ciente de que alguém detenha alguma doença contagiosa (venérea ou não), permita, livremente, a pretexto do exercício de uma liberdade e de disposição do próprio corpo e da própria vida, que em prédios públicos que abrigam pessoas em **regimes especiais de sujeição** (em presídios) sejam cometidos crimes capitulados no Código Penal. Ao contrário, tem o Poder Público o dever de impedir, com a formulação de políticas públicas que inibam condutas delituosas, e que protejam a saúde dos envolvidos, máxime da população carcerária.

IV - CONCLUSÕES

Em razão das considerações acima expostas, sem esquecer que o tema proposto para este trabalho trata de questão jurídica difícil e de altíssima indagação, toma-se a liberdade de formular as proposições abaixo para, quem sabe, auxiliar na formulação de uma política pública da Administração Penitenciária do Estado brasileiro:

(i) é constitucional e legítimo ao Estado exigir de detento (a) e de visitantes, antes da realização da visita íntima, a apresentação de exames médicos que atestem a higidez de ambos;

(ii) detectada doença sexualmente transmissível no (a) visitante, o “direito” à visita íntima será integralmente restringido até que sobrevenham novos exames informando a cura. Se não houver cura para a doença, não poderá ser

permitida a realização da visita íntima, como medida apta, necessária e proporcional para garantir a incolumidade do detento e da população carcerária;

(iii) *detectada doença sexualmente transmissível no (a) detento (a), o “direito” à visita íntima será limitado e condicionado à ciência formal de ambos os pretendentes, bem assim da assinatura de um termo de ciência, compromisso e de assunção da responsabilidade de utilizar produtos que garantam que a visita íntima ocorrerá de forma segura. Caso exista recusa na assinatura do referido “termo”, estará o Estado legitimado a restringir totalmente a visita íntima. ❖*

Algumas Notas Sobre o Controle Jurisdicional da Arbitragem

João Bosco Won Held Gonçalves de Freitas Filho

Mestre em Direito, Professor de Direito Processual Civil na UNESA, dos Programas de Pós-Graduação em Direito na Universidade Candido Mendes, na Escola Superior de Advocacia (OAB/RJ - 24ª Subseção) e no Centro de Estudos Jurídicos 11 de Agosto (CEJ); Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Advogado no Rio de Janeiro.

Marcelo Pereira de Almeida

Mestre em Direito. Professor de Direito Processual Civil na UNESA, de Direito Processual Civil e Direito Constitucional na EMERJ; do curso de Pós-Graduação na UNESA; do curso de Pós-Graduação de Direito Processual Civil na UFF; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais – LAFEP. Advogado no Rio de Janeiro.

1 - INTRODUÇÃO

É uniforme o sentimento de que o funcionamento do Poder Judiciário brasileiro, por diversas razões, não tem atendido plenamente aos anseios que a sociedade dele espera. De uma maneira geral, os processos têm trâmites morosos¹ e os feitos alcançam o seu término em tempo superior àquele que seria socialmente esperado, tornando a tutela jurisdicional inapta a produzir efeitos no plano prático e a possibilitar a fruição do bem jurídico pela parte vitoriosa.

1 A propósito, o problema não é apenas brasileiro, sendo certo que inúmeros outros países, até mesmo os chamados de “primeiro mundo”, se encontram em situações calamitosas quanto ao problema da duração dos feitos. A esse respeito, Barbosa Moreira chama de mito (*rectius*: submito, segundo o autor) a crença materializada em pensar que este problema seja exclusivamente brasileiro (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O futuro da justiça: alguns mitos”. In: **Temas de direito processual**. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 2).

Essa ineficiência, que não raro, obstaculiza ou, quiçá, dificulta o acesso ao consumidor da Justiça ao Poder Judiciário, constituindo em verdadeira má prestação no serviço jurisdicional², advém de vários fatores, dentre eles a enxurrada de processos individuais repetitivos, resultante da baixa racionalidade do Poder Judiciário, que desestimula o tratamento coletivo dos conflitos de massa, o que dá azo a explosão de demandas individuais desnecessárias; o formalismo exacerbado do sistema processual que gera uma demora desproporcional na solução do conflito; a tímida utilização dos meios extrajudiciais de solução de conflitos, incentivado por uma cultura judicialista, plasmada em escoar qualquer demanda ao Poder Judiciário.

A esse respeito, é discutível, em paralelo, que a problemática subjacente ao acesso à Justiça não seja, hodiernamente, apenas a questão do ingresso no Poder Judiciário, como também o seu egresso, pois a demora tem sido um dos seus estorvos mais acentuados.

Superar todo esse quadro impróprio é indispensável para o redimensionamento da Justiça, de sorte a criar condições para a tutela adequada dos interesses e propiciar, eficazmente, o acesso à ordem jurídica justa, na conhecida expressão difundida por Kazuo Watanabe³.

A busca da superação desses entraves teve seu marco inicial no início da década de setenta do século passado, em Florença, na Itália, no Congresso Internacional de Direito Processual, cuja proposta foi identificar os pontos de estrangulamento do sistema jurídico vigente que impediam ou dificultavam a tutela adequada dos interesses, dentre os quais, a necessidade de incentivar e criar condições para a utilização de “meios alternativos de solução de conflitos”⁴, dentre eles a arbitragem.

A arbitragem, verdadeiro meio de heterocomposição de litígios, tem como alicerce a autonomia da vontade das partes⁵, as quais livre-

2 Nesse particular, é de se cogitar se existe ou não uma relação de consumo entre o jurisdicionado (consumidor) e o Estado-juiz (fornecedor), na medida em que há um serviço a ser prestado (Jurisdição). A se adotar a tese de relação de consumo, há consequências interessantes no que diz respeito à falha na prestação, diante dos eventuais danos causados aos consumidores da Justiça. O tema, a despeito de sua relevância, não pode ser enfrentado nesta oportunidade, por fugir do escopo deste trabalho. Mas, de todo modo, é um incentivo à reflexão.

3 WATANABE, Kazuo. “Acesso à justiça e sociedade moderna”. In: **Participação e processo**. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

4 A moderna doutrina propõe a mutação da consagrada expressão, proveniente do sistema norte-americano da ADR (*alternative dispute resolution*), para “meios propícios a solução de conflitos” (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “A arbitragem no sistema jurídico brasileiro”. **Revista do Processo**, São Paulo, ano 22, v. 85, p. 190-199, jan./mar., 1997, p. 194).

5 Carmona assevera que a autonomia da vontade é a “(...) bandeira maior da Lei 9.03/1996 (...)” (CARMONA, Carlos Alberto. “A arbitragem no Brasil no terceiro ano de vigência da Lei 9.307/96”. **Revista do Processo**, São Paulo, ano 25, v. 99, p. 85-98, jul./set., 2000, p. 86).

mente escolhem um terceiro para decidir a controvérsia. Cuida-se de uma opção dos sujeitos litigantes (ou potencialmente litigantes) que, em vez de buscarem a proteção da jurisdição-estatal, resolvem optar pela via parajurisdicional⁶, assumindo o encargo de suportar a decisão arbitral, pondo fim à controvérsia.

2 – FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO CONTEXTO DO ACESSO À JUSTIÇA

Desde há muito o homem busca formas profícuas de solução de conflitos. Esses mecanismos de resolução de controvérsias, como se sabe, constituem objeto de estudo do Direito Processual, embora possam ser examinados por outras ciências, como, por exemplo, a sociologia.

O processo, um desses métodos de resolução de controvérsias e que pode ser descortinado como instrumento que materializa a atividade jurisdicional, esta entendida como função do Estado de composição de controvérsia objetivando a aplicação do direito no caso concreto, ganhou novos contornos a partir do final do século retrasado, quando o Direito Processual começou a ser visto como um ramo autônomo da ciência jurídica, em superação à fase imanentista (ou clássica ou ainda sincrética), que entendia o processo como mero apêndice do direito material.

O selo de independência do direito processual em relação ao direito substancial, isto é, sua autonomia, se deu em 1868, através da publicação do clássico “A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais”, de lavra do jurista alemão Oskar Von Bülow⁷, obra que evidenciou o processo como relação jurídica.

A partir de então, começou a chamada fase científica do Direito Processual, assim denominada diante do predomínio de estudos voltados para a fixação dos conceitos essenciais que compõem a ciência processual.

Os principais alicerces e diretrizes desta nova ciência foram construídos sob o manto desta fase, tais como o estudo da autonomia do direito de ação, os conceitos de processo e coisa julgada; daí a sua relevância.

Sob os auspícios desta fase (científica) é que surgem os maiores nomes do Direito Processual Civil de todos os tempos como Giuseppe

⁶ Desde já, a despeito de entendimentos em contrário, defende-se aqui a natureza parajurisdicional da arbitragem. O tema será enfrentado na terceira parte deste artigo.

⁷ BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

Chiovenda, Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei, Adof Wach, James Goldschmidt, Enrico Tullio Liebman, e no Brasil, Alfredo Buzaid, Lopes da Costa, Moacyr Amaral Santos, dentre tantos outros, os quais desenvolveram teorias e estudos essenciais para a afirmação da autonomia científica deste ramo do direito.

Contudo, a cientificidade surreal, a autonomia descontextualizada e a dogmatização irrestrita do direito processual acarretaram um distanciamento deste instrumento estatal com o seu objetivo de servir de mecanismo social para a solução de controvérsias, notadamente para a defesa do direito substancial em crise.

Para a superação desse modelo em declínio, direcionou-se, então, o estudo do Direito Processual para a realidade, não como uma ciência construída e pensada numa redoma, mas sim canalizada para a efetividade do processo, com vistas a entregar ao consumidor da Justiça, de forma satisfatória, o que, concretamente, lhe é de direito.

Assim se inaugurou a fase denominada instrumentalista do Direito Processual, na qual os estudiosos voltaram seus esforços para descobrir mecanismos que melhorem a prestação jurisdicional, tornando-a mais segura e célere, ou seja, mais justa possível. O processo deixa de ser visto como mero instrumento de atuação do direito material, e passa a ser encarado como um instrumento de que se serve o Estado a fim de alcançar seus escopos sociais, jurídicos e políticos⁸, de modo a privilegiar o consumidor da Justiça, buscando-se meios de administração da justiça que sejam capazes de assegurar ao titular de uma posição jurídica de vantagem uma tutela adequada e efetiva.

Desta sorte, os pensadores do Direito Processual apontaram suas baterias para o problema do acesso à justiça. É conveniente esclarecer que este acesso não pode ser entendido como mero acesso formal, em que se afirma a possibilidade de chegar ao Judiciário através do direito de ação, bastando para isso a contratação de um advogado. Absolutamente, esta garantia deve ser vista como penhor de acesso a uma ordem jurídica justa.

Com o desiderato de buscar esta garantia do acesso, a doutrina influenciada pelo jurista italiano Mauro Cappelletti⁹, reconhece três gran-

8 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 193-272.

9 Sobre o tema cf. CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

des fases de desenvolvimento deste tema que foi denominado de “as três ondas renovatórias do acesso à justiça”, que são soluções práticas para os problemas do acesso à Justiça¹⁰.

Inicialmente se fez necessário lutar pela assistência judiciária gratuita, pois é notório que a prestação desta atividade é dispendiosa, o que dificulta o acesso a este serviço dos economicamente necessitados. Esse obstáculo sempre dificultou a maioria da população a buscar a prestação jurisdicional, o que lhes retirava ou criava estorvos concretos de qualquer expectativa de acesso à Justiça. Então, o primeiro obstáculo a ser ultrapassado na busca do pleno acesso à ordem jurídica justa, era justamente, permitir que todos, tenham ou não condições econômicas, possam demandar perante os órgãos do Poder Judiciário.

Constatou-se, ainda, que, apesar da possibilidade de todos poderem levar suas demandas ao Poder Judiciário, independentemente da sua situação econômica, nem todos os interesses e posições jurídicas de vantagem eram ainda passíveis de proteção através da prestação jurisdicional, em virtude do Direito Processual ter sido construído com base em um sistema filosófico, político e jurídico dominante na Europa dos séculos antecedentes, no qual se instituiu um culto ao individualismo. Por esse motivo é que, pela estrutura tradicional do Direito Processual europeu, só se permitia que alguém fosse a juízo na defesa de seus próprios interesses.

Pareceria que, pelo fato de todos terem acesso ao Poder Judiciário independentemente da sua situação econômica, o objetivo alcançado pela primeira onda do acesso à justiça poderia ter resolvido este problema. Mas não foi bem assim, pois persistia o problema com os denominados interesses supraindividuais, já que estes, por estarem acima dos indivíduos, não são próprios de ninguém, o que impedia que qualquer pessoa levasse a juízo demanda em que manifestasse a pretensão de defendê-los.

Assim sendo, permaneciam desprotegidos os denominados interesses coletivos e difusos, os quais não podem ser adequadamente tutelados por intermédio dos mesmos instrumentos de tutela dos interesses individuais. Desta sorte, a proteção dos interesses transindividuais foi o

10 Resumidamente assim se manifesta Cappelletti sobre as três ondas renovatórias: “(...) a primeira “onda” desse movimento novo – foi a *assistência judiciária*; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar *representação jurídica para os interesses “difusos”*, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e a terceira – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente “enfoque de acesso à justiça”, porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo” (CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 31).

escopo da segunda onda de acesso à justiça, com a tentativa de descobrir mecanismos de proteção dos interesses difusos e coletivos.

Este anteparo dos interesses transindividuais se torna fundamental para a adequada garantia de acesso à ordem jurídica justa numa época como a que se vive hoje, quando surgem novos direitos, sem caracteres patrimoniais. Podem ser citados como exemplos destes a preservação do meio ambiente, do patrimônio cultural, histórico e artístico, a garantia da moralidade administrativa *etc.*

Ultrapassados estes pontos, foi indagado pelos estudiosos do Direito Processual se o consumidor da atividade jurisdicional estava satisfeito com a prestação deste serviço. A pergunta obriga o jurista a examinar a questão do acesso à justiça sob um novo enfoque, não mais do Estado, mas o do jurisdicionado, o que fez surgir a “Terceira Onda”, a qual Mauro Cappelletti chamou de “enfoque de acesso à Justiça”, descortinado não só na questão de solução dos mecanismos alternativos de solução de controvérsias, como também no florescer de uma tutela jurídica diferenciada.

Sob este aspecto, o processualista deve se ater a encontrar instrumentos capazes de assegurar uma prestação jurisdicional satisfatória ao cidadão, o que requer um longo caminho a ser percorrido.

A reforma do Poder Judiciário se coloca como um primeiro ponto a ser abordado. Aspectos controvertidos como a do controle externo da magistratura e a criação das súmulas vinculantes são temas bem debatidos, e devem ser mais amadurecidos para que se possa atingir um modelo de estrutura do Poder Judiciário mais democrático e mais justo.

É relevante, também, se buscar uma maior informalidade nos procedimentos em juízo, uma vez que o exagero formalista impede uma prestação jurisdicional tempestiva. Deve ficar consignado que a forma não deve ser abolida totalmente, não é esta a proposta, pois o processo judicial é formal, para que não se percam as garantias pelas quais as formas processuais são responsáveis. O que deve ser abolido é o formalismo exacerbado que frustra uma prestação jurisdicional efetiva.

O bom exemplo, no nosso ordenamento da busca de procedimentos mais simples e céleres, é a criação dos Juizados Especiais Cíveis no âmbito estadual pela Lei nº 9.099/1995, e no âmbito federal pela Lei nº 10.259/2001. Recentemente foi editada a Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009, que instituiu, em âmbito estadual, os juizados de Fazenda Pública. Não se pode esquecer, ainda, do esforço do legislador processual, nas constantes reformas do Código de Processo Civil, instituídas,

principalmente, a partir de 1994, com o escopo de proporcionar maior efetividade no processo. Atualmente, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 166/2010, instituindo o Novo Código de Processo Civil.

Questão de grande relevância a ser abordada neste novo enfoque do acesso à justiça é o prestígio aos mecanismos alternativos de solução de conflitos, como a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem¹¹, em que a utilização destes métodos é indispensável para que se torne possível à completa satisfação do jurisdicionado.

Verifica-se, assim, que os processualistas de todo o mundo têm se preocupado em encontrar soluções para possibilitar a maior satisfação do consumidor da prestação jurisdicional, na qual deve ser efetiva e adequada a garantir verdadeira proteção às posições jurídicas de vantagem lesadas ou ameaçadas de lesão.

Este árduo trabalho dos estudiosos do Direito Processual depende necessariamente da apresentação de propostas que contenham elementos a informar as novas bases do Processo Civil a possibilitar um pleno acesso a uma ordem jurídica justa¹².

Apesar das últimas alterações processuais, ainda existem pontos no sistema processual que precisam ser modificados, além da necessi-

11 Em linhas gerais, na negociação, os próprios sujeitos litigantes, ou através de seus representantes legais, tentam diretamente pôr fim ao litígio, independente da intervenção de qualquer terceiro imparcial. A mediação se caracteriza por ser um mecanismo em que existe a figura de um terceiro, o mediador, que é um mero facilitador das controvérsias. A postura do mediador não é uma posição ativa na condução das sessões de mediação, sendo certo que o seu papel é de um mero catalizador, cujo objetivo é deixar que as próprias partes cheguem ao consenso. Já a conciliação é uma forma de solução de conflitos em que o conciliador não é um mero expectador, tendo uma postura ativa, instando os sujeitos litigantes para chegar ao consenso. É comum o entendimento doutrinário em enquadrar a conciliação como termo genérico, de modo que são suas espécies a transação, a assistência e a renúncia.

12 Neste contexto, pode-se considerar que as várias reformas efetivadas no CPC de iniciativa da Escola Nacional de Magistratura e do Instituto Brasileiro de Direito Processual, ao que tudo indica, já trouxeram resultados satisfatórios. Podem ser citados como exemplos a sistematização da tutela antecipada, o novo procedimento para o agravo de instrumento, a maior eficiência dada à ação de consignação em pagamento, a introdução da ação monitoria, a ampliação do elenco dos títulos executivos extrajudiciais e o início do sincretismo entre processo de conhecimento e de execução com a nova redação dada ao artigo 461, estabelecendo novos contornos para tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. Nos anos de 2001 e 2002, com a entrada em vigor das leis nº 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002, concretizou-se a segunda grande reforma do Código de Processo Civil, que teve como pontos mais relevantes a limitação dos casos de reexame necessário; a permissão à fungibilidade entre as providências antecipatórias e as medidas cautelares incidentais; o reforço à execução provisória com a permissão de alienação de bens sob caução idônea, atribuída à força executiva a sentença condenatória de entrega de bens com a criação do artigo 461-A; permissão ao relator à conversão do agravo de instrumento em agravo retido; limitação dos casos de cabimento de embargos infringentes; nova disciplina da audiência preliminar *etc.* Após o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, o legislador continuou o seu intento em reformar o ordenamento processual para tornar a tutela jurídica mais eficiente, agora sob a influência dos novos comandos constitucionais, principalmente o da razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII). Destaca-se, neste momento, o novo regime do agravo (Lei nº 11.187/2005), a sistemática mais efetiva da execução (Lei nº 11.232/2005 e Lei nº 11.382/2006); as formas de se obtermem demandas repetitivas (Lei nº 11.276/2006, Lei nº 11.277/2006 e Lei nº 11.417/2006) e as normas de processamento dos recursos excepcionais de matérias semelhantes (Lei nº 11.418/2006 e Lei nº 11.672/2008).

dade de incentivar as soluções alternativas de conflito, tendo em vista que determinados tipos de litígio, pelas características que apresenta a jurisdição estatal, esta não se mostra apta a resolver com efetividade tais lides. Assim, por exemplo, em um conflito envolvendo duas empresas transnacionais, com representação em diversos países, em que se discute a abrangência de cláusula contratual¹³. Os aspectos de litígios dessa natureza, principalmente em relação às regras de competência, podem criar embaraços para se definir qual órgão jurisdicional teria essa atribuição para julgar a causa, bem como a jurisdição de qual país teria essa competência, além de se verificar qual seria a legislação aplicável ao caso. A experiência demonstra que, em casos como esse, a arbitragem representa um instrumento mais adequado para solucioná-lo, principalmente a arbitragem institucional, em que se tem uma organização dotada de representação em vários países¹⁴.

Pense-se também na hipótese do litígio versar sobre matérias que envolvam aspectos técnicos de complexidade, em que o juiz, para solucionar o conflito, tenha que recorrer a um perito. Nestes casos, o árbitro sendo técnico nesta área de conhecimento poderá solucionar com mais precisão a controvérsia.

Em outros casos, em que fica configurado o envolvimento emocional das partes, tais como os conflitos de família, métodos de negociação e mediação surtirão um maior efeito do que a utilização da jurisdição nos seus moldes tradicionais¹⁵.

Sem dúvida, o fomento à utilização dos meios alternativos de solução de conflitos pode contribuir de forma sensível para se alcançar a tão almejada satisfação dos interesses.

3 – A ARBITRAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A arbitragem não é instituto recente no direito processual brasileiro, aliás sequer no cenário jurídico mundial, na medida em que, como reconhece a doutrina especializada, antecedeu a forma jurisdicional-estatal de solução de conflitos no direito romano¹⁶.

13 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. "Mecanismos de solução alternativa de conflitos: algumas considerações introdutórias". *Revista dialética de direito processual*, São Paulo, v. 17, p. 9-14, 2004, p. 10.

14 PINHO, *op. cit.*, p. 10

15 Idem.

16 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. "A arbitragem no sistema jurídico brasileiro". *Revista do Processo*, São Paulo, ano 22, v. 85, p. 190-199, jan./mar., 1997, p. 193; SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. "Considerações gerais sobre a arbitragem e seu reordenamento". *Revista do Processo*, São Paulo, ano 22, v. 85, p. 200-211, jan./mar., 1997, p. 200.

Nesse particular, no Brasil, a primeira previsão da arbitragem se deu na Constituição de 1824¹⁷, contemplando a facultatividade em sua instituição, conforme referia o art. 160 da Carta¹⁸.

Ainda sob o manto da Carta Imperial de 1824, mas no plano infra-constitucional, precisamente em 1850, a arbitragem foi prevista no vetusto Código Comercial, ainda parcialmente em vigor, e no Regulamento 737, este reconhecidamente o primeiro Código de Processo Civil no sistema jurídico brasileiro.

Contudo, à dessemelhança da arbitragem da Constituição de 1824, o mecanismo utilizado pela legislação “codificada” previa uma arbitragem obrigatória¹⁹, regime este que não perdurou por muito tempo, sendo extirpado do ordenamento em 1866, por força da Lei n.º 1.350²⁰.

O Código Civil de 1916 também cuidava da arbitragem (facultativa) pontualmente, nos arts. 1037 *usque* 1048, disciplina que veio a ser revogada expressamente²¹ em 1996 e não mais contemplada pelo Código Civil de 2002.

Os Códigos de Processo Civil subseqüentes²² passaram a prever também um regime facultativo de arbitragem. Com efeito, o Código de 1939 disciplinava a matéria em livro próprio, o de nº IX (arts. 1031 a 1052), ao

17 TIBÚRCIO, Carmen. “A arbitragem no direito brasileiro: histórico e Lei 9.307/96”. **Revista do Processo**, São Paulo, ano 26, v. 104, p. 79-99, out./dez., 2001, p. 80. Não obstante, a jurista reconhece que as Ordenações Filipinas já previam a arbitragem (Ibidem, *loc. cit.*, nota 1).

18 “Art. 160. Nas civéis, e nas pnaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes” (*sic*).

19 Assim, “todas as questões que resultassem de contratos de locação mercantil (CCo, art. 245), que envolvessem matéria societária (CCo, art. 294), ou em casos de naufrágios (CCo, art. 739), avarias (CCo, art. 783) e quebras (CCo, art. 846) eram solucionadas obrigatoriamente pela via arbitral” (TIBÚRCIO, *op. cit.*, p. 81). No tocante ao Regulamento 737, o art. 411 previa o juízo arbitral compulsório se a causa fosse comercial (TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 195).

20 TIBÚRCIO, *op. cit.*, p. 81; TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 195. A respeito desta Lei de 1866, Roberto Rosas escreve que “a Lei 1.350, de 14.09.1866 (art. 14), foi o primeiro diploma legal que dispôs sobre o arbitramento; texto repetido pela Lei 221, de 20.11.1894 (art. 87), organizadora da Justiça Federal pelo Dec. 3.084, de 05.11.1898” (ROSAS, Roberto. “Arbitragem: importância do seu aperfeiçoamento. O papel do advogado”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 86, v. 746, p. 78-80, dez., 1997, p. 79). Por fim, logo após a disciplina da Lei nº 1.350/1866, que aboliu a arbitragem obrigatória, foi editado o Decreto nº 3.900, de 1867 (Lei Processual Mercantil), que contemplou o juízo arbitral facultativo do comércio, conforme menciona a doutrina especializada (LIMA, Cláudio Vianna de. “Notícia da arbitragem no direito positivo”. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 92, v. 334, p. 43-55, abr./jun., 1996, p. 44-45).

21 Lima, se baseando nos posicionamentos de José Carlos Barbosa Moreira e Carlos Alberto Carmona, entretanto, já reconhecia a revogação da disciplina da arbitragem no Código Civil quando da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973, que cuidou inteiramente da matéria (LIMA, *op. cit.*, p. 44).

22 À época da possibilidade de competência de edição de codificação processual pelas unidades da federação, isto é, até a Constituição de 1937, a legislação de São Paulo voltou a tornar obrigatória a arbitragem em algumas causas (TIBÚRCIO, *op. cit.*, p. 81, nota 2).

passo que o Código de 1973 contemplou o instituto no capítulo XIV (arts. 1072 a 1102), dentro do Livro IV, que cuida dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa²³. Tanto no Código de 1939, quanto no atual Código de 1973, havia um regime semelhante, com a nota peculiar da necessidade de homologação em juízo do “*laudo arbitral*”.

A Lei nº 9.307/1996, fruto do Projeto de Lei do Senado nº 78/1992, de autoria do Senador Marco Maciel²⁴, deu nova roupagem à arbitragem, alterando substancialmente o sistema anterior instituído no Código de Processo Civil.

Além de criar uma disciplina em lei específica em vez de alteração da norma codificada²⁵, trouxe duas substanciais mudanças em relação ao sistema antanho: concedeu eficácia concreta e coercitiva ao pacto arbitral e tornou despicienda a chancela judicial da decisão arbitral, verdadeiros estorvos ao manejo da arbitragem no Brasil²⁶.

A nova lei, entretanto, à época de sua *vacatio legis* e, depois, no li-
miar de sua vigência, sofreu questionamento quanto à sua (in)constitucio-
nalidade no Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucio-
nalidade, no âmbito de um processo de homologação de sentença arbitral
estrangeira; questionamento esse que, posteriormente, restou superado²⁷,
sobretudo diante do princípio da autonomia da vontade, inexorável esteio

23 Quando da vigência do regime arbitral na norma codificada, Lima escreveu: “causa acentuada espécie o posicionamento da arbitragem entre os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa do CPC (arts. 1.072 a 1.102). Isto sem relevar a impropriedade, igualmente visível, da sua disciplina no CPC, notoriamente destinado ao processo estatal, público” (LIMA, *op. cit.*, p. 43).

24 Segundo informação de Almeida Santos, “o Projeto de Lei foi fruto da operação denominada *Arbiter* desenvolvida pelo Instituto Liberal de Pernambuco, sob a coordenação do Dr. Petrónio R. G. Muniz, com o apoio do Instituto Brasileiro de Direito Processual, e de debate no Seminário Nacional sobre Arbitragem, realizado em Curitiba (PR), em abril de 1992, sendo a Comissão Relatora do Anteprojeto constituída pelos Profs. Selma M. Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins” (SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. “Considerações gerais sobre a arbitragem e seu reordenamento”. *Revista do Processo*, São Paulo, ano 22, v. 85, p. 200-211, jan./mar., 1997, p. 203, nota 12).

25 A Lei de Arbitragem revogou expressamente os dispositivos do CPC que cuidavam do juízo arbitral (arts. 1072 a 1102), embora tenha realizado, em menor escala, alguma alteração pontual no texto do CPC, com o objetivo de adaptar a norma codificada à nova lei. Por exemplo: a Lei de Arbitragem (art. 41) deu nova redação aos arts. 267, VII e 301, IX, ambos do CPC.

26 A esse respeito, Santos reconhece que “pelo menos dois entraves se apresentavam inafastáveis na legislação revogada, a dificultar a adoção da arbitragem: a ausência de reconhecimento de efeitos coercitivos na chamada ‘cláusula compromissória’ e a necessidade de homologação da sentença arbitral pela jurisprudência” (SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. “Considerações gerais sobre a arbitragem e seu reordenamento”. *Revista do Processo*, São Paulo, ano 22, v. 85, p. 200-211, jan./mar., 1997, p. 206). Em relação à cláusula compromissória, Teixeira salienta que esta se constituía mera promessa de contratar, não ensejando execução específica com o objetivo de alcançar o resultado pretendido, mas apenas a resolução em perdas e danos. Percebe-se, assim, que o regime antigo era, inequivocamente, inoperante.

27 STF. SE-AgR 5206/EP - Espanha, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 12.12.2001, DJ 30.04.2004, p. 29.

sagrado da arbitragem²⁸. Com efeito, através da convenção de arbitragem, as partes, sinalgmicamente, renunciam a via estatal da jurisdição e buscam a solução da controvérsia ou de futuro litígio por meio dessa forma de heterocomposição. Ora, como já se escreveu, “se o titular de um direito disponível pode renunciá-lo, por que não, então, admitir-se possa ele escolher a forma de solver controvérsia em torno desse mesmo direito?”²⁹.

Ademais, como se verá, o controle dos aspectos formais da sentença arbitral poderá ser realizado perante o Poder Judiciário, caso em que a tese de violação do art. 5º, XXXV, da CRFB, cai por terra.

De qualquer forma, não se pode deixar de mencionar que a arbitragem ganhou, atualmente, *status* constitucional ao ser contemplada na seara trabalhista (art. 114, § 2º, da CRFB/1988). Nesse contexto, é possível inferir até mesmo que o texto constitucional acicata o uso dos equivalentes jurisdicionais, quando em seu preâmbulo assevera que há um compromisso com a solução pacífica de controvérsias.

Discute-se a natureza jurídica da arbitragem. Atualmente o debate cinge-se em saber se a arbitragem tem natureza jurisdicional³⁰ ou parajurisdicional. Sob o manto da nova lei, não mais se discute a tese dos privatistas, os quais exigiam a homologação da sentença arbitral. Parece que o melhor posicionamento é o que defende a ideia de natureza parajurisdicional da arbitragem³¹, na medida em que algumas características da Jurisdição não estão presentes na atividade arbitral³², como, por exemplo, a possibilidade de execução dos próprios provimentos arbitrais.

A arbitragem há de ser instituída através da convenção da arbitragem, seja por força da cláusula compromissória ou pelo compromisso

28 Sobre o tema da constitucionalidade da arbitragem, cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria geral do processo civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 381-383; TIBÚRCIO, *op. cit.*, p. 97-99; TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 197-198.

29 REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. “Aspectos do instituto da arbitragem”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 86, v. 743, p. 64-73, set., 1997, p. 69.

30 Nesse sentido: RICCI, Edoardo F. “Reflexões sobre o art. 33 da Lei de Arbitragem”. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 24, v. 93, p. 45-59, jan./mar., 1999, p. 49; ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 79.

31 DINAMARCO, Cândido Rangel. “Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional”. In: **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 28. Pinho sustenta a natureza paraestatal da arbitragem (PINHO, *op. cit.*, 2007, p. 377).

32 Luiz Guilherme Marinoni escreve que “(...) a atividade arbitral não pode, ao menos segundo as teorias de jurisdição que se costuma adotar atualmente, ser tida como jurisdicional” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 764).

arbitral. *Grosso modo*, a distinção entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral é temporal, na medida em que este é regulado para o presente, diante de um litígio já em foco, ao passo que aquela é contemplada *pro futuro*, com efeito prospectivo, sem que ainda exista um litígio entre as partes.

Nos termos do art. 21 da Lei nº 9.307/1996, o procedimento a ser utilizado na arbitragem é o estabelecido na respectiva convenção. Se for o caso de arbitragem institucional será possível a utilização das regras estabelecidas pela própria entidade.

Como se percebe, a Lei de Arbitragem confere uma plena discricionariedade aos (potenciais) sujeitos litigantes na instituição do procedimento a ser seguido. Não obstante, a despeito dessa liberdade procedimental, será imprescindível a observância da dos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento (art. 21, § 2º), corolários do postulado do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CRFB/1988).

Após o desenvolvimento válido e regular do processo, haverá a prolação da sentença arbitral, que será escrita e com os elementos apresentados no art. 26, os quais são semelhantes aos previstos no art. 458 do CPC para as sentenças judiciais. O prazo para que seja proferida a sentença arbitral poderá ser estabelecido na convenção de arbitragem (art. 11). Caso não seja estipulado pelas partes, o árbitro terá o prazo de seis meses para a prolação de sentença (art. 23).

Discute-se o cabimento ou não de recurso contra a sentença arbitral. A Lei de Arbitragem, em seu art. 30, contempla apenas uma espécie de embargos de declaração, cujo objetivo é instar o julgador para que reexprima ou integre a sentença prolatada, nos casos de erro material, obscuridade, contradição ou omissão.

Há tendência doutrinária em não admitir a interposição de recurso contra a sentença arbitral. Os defensores desta tese invocam o art. 18 da Lei de Arbitragem para subsidiar o entendimento.

Sem embargo, não parece acertada a visão. Com efeito, o que o mencionado dispositivo evidencia é a impossibilidade de interposição de recurso perante o Poder Judiciário, nada dispondo sobre a vedação à interposição de recurso contra sentença arbitral. Não se pode pretender alargar a interpretação do dispositivo para restringir o acesso de uma das partes a um “duplo grau” arbitral. A premissa é simples: considerando que

o procedimento arbitral é instituído pelas partes, por força de convenção, e não por força da lei, inexistindo mácula ao sistema arbitral a previsão de recurso(s) na convenção de arbitragem ou, eventualmente, no regimento ou estatuto de alguma entidade³³.

4 - O CONTROLE JURISDICIONAL DA ARBITRAGEM

A perspectiva da Lei de Arbitragem foi a de conferir uma autonomia ao poder decisório do árbitro na solução da controvérsia que lhe é submetida, de sorte que, em regra, não há intervenção do Poder Judiciário na condução do procedimento arbitral, tampouco no conteúdo do *decisum* imposto pelo árbitro.

Nesse contexto, malgrado não seja necessária a homologação da sentença arbitral perante o Estado-juiz (art. 18 da Lei de Arbitragem), até porque o árbitro é o juiz de fato e de direito da controvérsia que lhe é submetida, não é ela incólume ao controle jurisdicional em alguns casos. Em outros, há intervenção do Poder Judiciário para que a atividade arbitral seja profícua.

Assim é que, nestes casos, a Lei de Arbitragem contemplou um cooperativismo entre o juízo estatal e o arbitral, isto é, para que o árbitro possa, efetivamente, realizar a sua atividade de julgar as causas que lhe são postas, precisará do auxílio do Poder Judiciário. Aqui, a rigor, não se pode falar em controle da atividade arbitral, mas sim em verdadeira colaboração à arbitragem.

Na relutância, por exemplo, quanto à instituição da arbitragem, seja pela recusa em firmar o compromisso arbitral ou pela resistência quanto ao estabelecimento da cláusula compromissória, será possível, se for desejo do interessado, a intervenção do Poder Judiciário. Com efeito, nessa hipótese, após a tentativa frustrada de firmar o compromisso arbitral, mediante comunicação à parte contrária com comprovação de recebimento traduzindo interesse em iniciar a arbitragem³⁴, é facultada a

33 Também admite a possibilidade de interposição de recurso: CARNEIRO, *op. cit.*, p. 137; SANTOS, *op. cit.*, p. 209. Veja-se de Santos: “Recurso da sentença, no procedimento arbitral, pode existir, dependendo, apenas, da vontade das partes em determinar o duplo grau de jurisdição arbitral, a fim de que a sentença seja por outro árbitro revista ou por um colégio de árbitros. O órgão estatal é que não intervirá no procedimento enquanto não encerrado” (SANTOS, *op. cit.*, p. 209).

34 Paulo Cezar Pinheiro Carneiro recomenda “(...) que esta manifestação contenha a) o objeto do litígio; b) proposta para indicação de árbitros; c) lugar onde se desenvolverá a arbitragem e será proferida a respectiva sentença e o prazo para tanto; d) o procedimento a ser adotado; e) modo de fixar os honorários dos árbitros, além da responsabilidade pelo pagamento dos mesmos e das despesas e, se for o caso, propor o julgamento por equidade ou outras alternativas já examinadas constantes do artigo 2º, §§ 1º e 2º, da nova lei” (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. “Aspectos processuais da lei de arbitragem”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 339, p. 127-141, 1991, p. 129).

propositura de ação com o objetivo de fixar por sentença o compromisso arbitral, nos termos dos arts. 6º e 7º da Lei de Arbitragem. Na verdade, cuida-se de uma tutela jurisdicional de obrigação de emitir declaração de vontade (art. 466-A do CPC), consubstanciado num processo de conhecimento³⁵. Na ação prevista na Lei de Arbitragem, além de a sentença que acolher o pedido autoral valer como compromisso arbitral (§ 7º, do art. 7º), incumbirá ao juiz, após ouvir as partes, nomear o(s) árbitro(s), se o compromisso não tiver qualquer previsão sobre a indicação do(s) julgador(es). Desta sentença caberá apelação, sem efeito suspensivo, nos termos do art. 520, VI, do CPC.

A Lei também exige a intervenção do Estado-juiz se não houver estipulação quanto aos honorários arbitrais, caso em que será possível ao árbitro requerer ao órgão judicial que os determine por sentença, consoante o parágrafo único do art. 11 da Lei de Arbitragem. Frise-se que se houver disciplina sobre os honorários dos árbitros no compromisso arbitral, este, sob o ponto de vista jurídico, é um título executivo extrajudicial (art. 585, VIII, do CPC), o qual propicia o manejo do processo de execução em juízo, em caso de inadimplemento. Em paralelo, se os honorários forem pactuados de forma verbal, evidentemente que não há de se falar em título executivo extrajudicial, caso em que o árbitro deverá fazer uso do procedimento sumário no âmbito de um processo cognitivo, nos termos da inteligência do art. 275, II, f, do CPC.

Ainda em relação ao árbitro, o art. 13, § 2º, da Lei de Arbitragem, prescreve que se não houver consenso quanto à sua nomeação, as partes postularão ao órgão jurisdicional para que o magistrado o nomeie, aplicando, no que for compatível, o procedimento previsto no art. 7º. Em sentido semelhante, o art. 16, § 2º, da Lei de Arbitragem, dispõe ser possível que a parte interessada busque a via jurisdicional para a nomeação do árbitro substituto, isto é, daquele que se escusou antes da aceitação da nomeação ou, uma vez aceita, tiver falecido. Nessas duas hipóteses de nomeação do árbitro também são medidas de apoio buscadas ao Poder Judiciário.

Na condução do procedimento arbitral, o árbitro, em respeito ao princípio do livre convencimento (§ 2º, do art. 21), pode, inclusive de off-

35 “Trata-se, na realidade, de um processo de conhecimento com rito próprio fixado na nova lei (art. 7º), aplicando-se, no que couber, subsidiariamente, as regras do Código de Processo Civil” (CARNEIRO, *op. cit.*, p. 130). *Aliter*, Gajardoni defende cabalmente que o rito desta ação é o da Lei nº 9.099/1995 (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. “Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal”. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 27, nº 106, p. 189-216, abr./jun., 2002, p. 213).

cio, colher toda a sorte de provas, desde que legítimas. Destarte, é possível que o árbitro tome o depoimento pessoal das partes, inquiria testemunhas, ordene a produção de prova pericial, faça a “inspeção arbitral” etc.

Não obstante, para a condução da testemunha renitente, é imprescindível que o árbitro requeira ao Poder Judiciário que a conduza, nos termos do § 2º, do art. 22. Isso porque, sem embargo tenham os árbitros alguns atributos dos juízes togados, outros poderes jurisdicionais não foram contemplados aos juízes arbitrais, como a *coertio* e a *executio*.

A Lei de Arbitragem exige, ainda, a intervenção do Poder Judiciário para concessão de medidas coercitivas e cautelares, consoante a previsão do art. 22, § 4º. Sendo assim, da análise literal do dispositivo, parece que a concessão de medidas cautelares pelos próprios árbitros sem a necessária intervenção do juiz togado está vedada pela Lei de Arbitragem³⁶. Sequer poderia a convenção de arbitragem permitir tal atribuição aos árbitros.

Como se sabe, o manejo da arbitragem é canalizado para a solução de direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º). Sem embargo, não raro, pode surgir, como questão prejudicial, controvérsia no tocante a direitos indisponíveis, caso em que o eventual ingresso do árbitro nesta seara acarretaria a nulidade da sentença arbitral, eis que prolatada fora dos limites de atribuição do juízo arbitral.

Atento a essa realidade, o legislador criou, mais uma vez, um mecanismo de cooperação entre o juízo arbitral e o Poder Judiciário, pois o surgimento de uma questão prévia prejudicial de caráter indisponível, acarretará a suspensão do procedimento arbitral para que esta questão seja conhecida e julgada perante o competente órgão do Poder Judiciário e, após a solução da controvérsia, o retorno ao procedimento arbitral,

36 Nesse sentido: THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. V. III. 39 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 352. O autor mineiro escreve que “essas medidas, porém, não podem nascer de deliberação *ex officio* do árbitro. Cabe à parte requerê-las e, sendo julgadas cabíveis e necessárias, seu deferimento ocorrerá, ainda, no âmbito do juízo arbitral, sendo a execução solicitada, em seguida, ao juízo ordinário. Por outro lado, não é dado à parte dirigir-se diretamente ao juiz togado para requerer-lhe medida preventiva a ser aplicada sobre os bens e direitos disputados no procedimento extrajudicial” (THEODORO JR., *op. cit.*, p. 352). Pinho também não admite a postulação direta pelas partes ao juiz togado para a concessão de medidas cautelares (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria geral do processo civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 389). Ademais, Luiz Guilherme Marinoni escreve que a arbitragem não tem por objetivo trabalhar com situações de urgência, caso em que não se pode admitir a concessão de medidas cautelares (MARINONI, *op. cit.*, p. 773). Em sentido contrário, em posicionamento isolado, é o entendimento de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, para quem, diferente do sistema anterior, a nova lei, segundo o jurista, não tem dispositivo expresso vedando a concessão de medidas de urgência pelo árbitro. O Professor Titular da UERJ entende até mesmo que é possível que as próprias partes postulem diretamente ao magistrado togado a concessão de medidas urgentes, se a convenção de arbitragem não dispuser sobre o tema (CARNEIRO, *op. cit.*, p. 138-139).

“(...) tomando-se a decisão judicial como pressuposto para o exame do litígio sujeito ao juízo arbitral (art. 25 da Lei 9.307/96)”³⁷.

Por fim, o art. 20, § 1º, da Lei de Arbitragem menciona que o reconhecimento da incompetência do juízo arbitral, bem como dos vícios da convenção de arbitragem, acarretam o deslocamento do feito ao Poder Judiciário³⁸.

Em todas essas hipóteses há colaboração do Poder Judiciário na concretização da arbitragem, seja pela impossibilidade de realização de determinados atos concretos pelos árbitros, seja pela falta de atributos dos julgadores ou, afinal, do próprio limite estabelecido pela Lei para o julgamento por intermédio dos árbitros em relação a determinadas matérias.

Por outro lado, apesar de a sentença arbitral brasileira dispensar atualmente homologação estatal³⁹, à semelhança de outros sistemas jurídicos estrangeiros⁴⁰, não é ela infensa ao controle jurisdicional. Não se pode negar que tal controle jurisdicional da arbitragem seja canalizado aos aspectos formais⁴¹, jamais em relação à justiça ou ao conteúdo substantivo da decisão prolatada, eis que a premissa geral da lei é a não intervenção do Judiciário e a ausência, em regra, de controle jurisdicional da arbitragem. Isto é, o controle jurisdicional sobre a sentença arbitral será por *error in procedendo* e não por *error in judicando*.

A respeito dessa impossibilidade de o Judiciário se imiscuir no “mérito” da sentença arbitral⁴², é que alguns autores chegam ao ponto de falar

³⁷ MARINONI, *op. cit.*, p. 777.

³⁸ A Lei de Arbitragem, ao invés de mencionar a expressão deslocamento do feito ou correlata, menciona que “serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa”.

³⁹ No sistema do Juizado Especial Cível, a arbitragem não prescinde de homologação, a teor do disposto no art. 26 da Lei n. 9.099/1995. Sobre o tema, cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizado especiais cíveis estaduais e federais: uma abordagem crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 102-105; e ROCHA, Felipe Borring. **Juizados especiais cíveis**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 129-131.

⁴⁰ VIGORITI, Vicenzo. “Em busca de um direito comum arbitral: notas sobre o laudo arbitral e sua impugnação”. **Revista de processo**, São Paulo, ano 23, nº 91, p. 11-26, jul./set., 2002, p. 25.

⁴¹ Em sentido semelhante, escreve Didier Jr. que “há possibilidade de controle judicial da sentença arbitral, mas apenas em relação à sua validade (arts. 32 e 33, *caput*, Larb). Não se trata de revogar ou modificar a sentença arbitral quanto ao seu mérito, por entendê-la injusta ou por errônea apreciação da prova pelos árbitros, senão de pedir sua anulação por vícios formais” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. V. I. 6 ed. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 91).

⁴² Com idêntica conclusão: Dinamarco, para quem “(...) no sistema brasileiro as decisões arbitrais jamais se sujeitam ao controle jurisdicional estatal no que se refere à substância do julgamento, ou seja, ao *meritum casae* e possíveis *erros in judicando*; não comportam censura no tocante ao modo como apreciam fatos e provas, ou quanto à interpretação do direito material ou aos pormenores de sua motivação” (DINAMARCO, *op. cit.*, 2004, p. 33).

em uma verdadeira coisa julgada material⁴³, na medida em que a decisão do árbitro opera efeitos tanto no próprio procedimento arbitral, como fora dele, obstaculizando assim a possibilidade de propositura da ação perante o Estado-juiz para (re)discutir o que foi objeto de sentença arbitral. Sem embargo, parece que não se cuida, a rigor, de coisa julgada material, mas sim de uma espécie preclusão máxima da decisão do árbitro, pois que a *res iudicata* é atributo exclusivo da função jurisdicional⁴⁴.

Verdadeiro controle jurisdicional da arbitragem, nomeadamente da sentença arbitral, na qual será obrigatória a interferência estatal não como meio de colaboração, mas sim de aferição da legalidade do seu ato de império está na chamada “ação declaratória de nulidade da sentença arbitral”⁴⁵ (art. 33, *caput*, da Lei de Arbitragem)⁴⁶. Ademais, existe efetivo controle jurisdicional da arbitragem através dos embargos do executado (*rectius*: impugnação), apenas quando se tratar de sentença condenatória arbitral a ser executada perante o Poder Judiciário, segundo a previsão do artigo 33, § 3º, da Lei de Arbitragem.

No caso da ação cujo escopo seja a “declaração de nulidade da sentença arbitral”, o seu rito será o comum (§ 1º, do art. 33, da Lei de Arbitragem), seja o ordinário ou o sumário, a depender do valor da causa e deve ser proposta, peremptoriamente, no prazo (decadencial) de 90 dias após a comunicação da prolação da sentença. A procedência do pedido nesta ação, em regra, “decretará a nulidade da sentença arbitral”, mas pode, excepcionalmente, ter como consequência a necessidade de que o árbitro prolate uma nova sentença arbitral (§ 2º, do art. 33, da Lei de Arbitragem).

43 “A sentença arbitral, que não se sujeita à homologação judicial, produz os mesmos efeitos da sentença proferida por órgãos do Poder Judiciário (art. 31), dentre eles: coisa julgada material, salvo a previsão de recurso no próprio âmbito do procedimento arbitral, só podendo ser desconstituída pela ação anulatória de que trata o art. 33, da nova lei (...)” (CARNEIRO, *op. cit.*, p. 137). Também defendendo a existência de coisa julgada material na arbitragem: TIBÚRCIO, *op. cit.*, p. 91; GAJARDONI, *op. cit.*, p. 205. Em sentido contrário, não admitindo coisa julgada na arbitragem: MARINONI, *op. cit.*, p. 762.

44 Aliás, a definição legal de coisa julgada prevista no art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, é descontinuada na ideia de que o fenômeno é relacionado às decisões judiciais; fruto, portanto, de um processo judicial perante o Estado-juiz, isto é, no exercício da função jurisdicional.

45 Há quem entenda que, a rigor, esta ação não tem por objeto a declaração de nulidade da sentença arbitral, mas sim sua anulação, na medida em que o julgamento da procedência do pedido acarreta a desconstituição da sentença arbitral. Nesse sentido, posicionam-se CARNEIRO, *op. cit.*, p. 139; e MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Estrutura da sentença arbitral”. *Revista de processo*, São Paulo, ano 27, nº 107, p. 9-17, jul./set., 2002, p. 11.

46 Paulo Cezar Pinheiro Carneiro sustenta que a ação anulatória pode ser ajuizada ainda que não tenha havido prolação de sentença, de modo a ser possível o seu manejo durante o curso do procedimento arbitral para atacar eventual decisão interlocutória viciada prolatada pelo árbitro (CARNEIRO, *op. cit.*, p. 137).

Discute-se a possibilidade de propositura ou não de ação rescisória objetivando a desconstituição da sentença arbitral. Não há previsão na Lei de Arbitragem. Afigura-se que o melhor entendimento seja o que nega a possibilidade de ação rescisória⁴⁷. Com efeito, a ação anulatória do art. 33 da Lei de Arbitragem faz às vezes da rescisória do art. 485 do CPC, cujo objetivo daquela é justamente a desconstituição da sentença arbitral, sendo certo que não há interesse de agir à propositura de eventual rescisória, com idêntico efeito. Ademais, há disciplina específica na Lei de Arbitragem, caso em que as hipóteses de anulação já estão estabelecidas em seu art. 32⁴⁸.

Além do uso da ação anulatória, é possível, como visto, que haja um efetivo controle judicial da arbitragem, no âmbito do processo de execução perante o Poder Judiciário, quando a sentença arbitral for condenatória.

De efeito, é cediço que a sentença arbitral tem eficácia de título executivo judicial (art. 31 da Lei de Arbitragem)⁴⁹. A propósito, a equiparação da sentença arbitral aos títulos executivos judiciais foi salutar para se evitar a condução ao Poder Judiciário do mérito ali definido, o que fatalmente esvaziaria toda proposta do legislador de se incentivar essa forma de solução de conflito.

De qualquer forma, o eventual não cumprimento da obrigação consagrada no título propicia o manejo do processo executivo. De se ressaltar que, por força da nova sistemática do cumprimento de sentença (arts. 475-I *et. seq.* do CPC), a execução da sentença arbitral se dará em uma nova relação processual, em um processo autônomo, mas são apli-

47 *Aliter*, VERSIANI, Nelmo. "Ação rescisória de sentença arbitral". *Revista de processo*, São Paulo, ano 31, nº 135, p. 90-96, mai., 2006, p. 95. Versiani entende que o art. 485 do CPC (hipóteses de cabimento da ação rescisória) é mais amplo do que o art. 32 da Lei de Arbitragem (casos de "nulidade" da sentença arbitral) e, sendo assim, nem todas as proposições de desconstituição da sentença arbitral estão contempladas neste dispositivo, de modo que apenas não se admite a rescisória nos casos do art. 485 do CPC que já foram previstos no dispositivo da Lei de Arbitragem. Para o articulista, "o art. 32 da Lei 9.307/1996 não prevê a hipótese de ocorrência de dolo e de colusão das partes a fim de fraudar a lei; de violação de literal disposição de lei; do fundamento em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal; do autor obter documento novo de pois da sentença, cuja existência ignorava; e a hipótese da sentença ter sido fundada em erro de fato" (*Ibidem, loc. cit.*). Por fim, Versiani argumenta que considerando que "(...) não há disposição sobre o aviamento de qualquer recurso, dúvida não resta sobre a admissibilidade da propositura da Ação Rescisória contra julgamento arbitral" (*Ibidem, loc. cit.*).

48 Gajardoni sustenta que o rol do art. 32 da Lei de Arbitragem não é taxativo, mas meramente exemplificativo (GAJARDONI, *op. cit.*, p. 211).

49 Luiz Guilherme Marinoni, em curiosa construção acadêmica, defende que melhor fortuna teria o legislador se colocasse a sentença arbitral em categoria apartada, eis que não se cuida de título executivo judicial, tampouco extrajudicial. Sendo assim, o autor defende que melhor seria enquadrá-la em "(...) categoria exclusiva, à qual se poderia denominar de título semi-judicial" (MARINONI, *op. cit.*, p. 783).

cadadas as regras do cumprimento de sentença, inclusive a incidência da multa de 10% pelo não pagamento no prazo de 15 dias.

Quanto ao meio de resistência ao cumprimento da sentença arbitral, parece haver um consenso doutrinário sobre o meio de defesa a ser utilizado na execução de sentença arbitral: a impugnação⁵⁰, na medida em que, após a edição da Lei nº 11.232/05, a forma de se obstar a execução fundada em título judicial passou a ser a impugnação. Assim, as causas de nulidades previstas na Lei de Arbitragem devem ser apontadas por este novo instrumento, pois os embargos à execução de sentença ficaram apenas direcionados à execução em face da Fazenda Pública, conforme prevê o art. 741 do CPC, com redação atribuída pela referida lei^{51 52}.

Em outro aspecto, saliente-se a possibilidade de homologação de sentença arbitral estrangeira, perante o Superior Tribunal de Justiça (art. 34). No tocante à sua execução, processar-se-á perante a Justiça Federal (art. 109, X, da CRFB) e, evidentemente, será possível, também, a decretação de nulidade por meio da impugnação, conforme salientado acima.

Por fim, não se pode deixar de mencionar que a existência da convenção de arbitragem é obstáculo processual para que a matéria seja discutida em juízo. Cuida-se, segundo Didier Jr.⁵³, de um pressuposto processual negativo, de modo que, para o desenvolvimento válido e regular do processo rumo a um provimento de mérito, é imprescindível que não esteja presente tal causa impeditiva da análise do objeto litigioso em juízo.

Assim, alegando o réu em preliminar de contestação a existência de convenção de arbitragem (art. 301, IX, do CPC)⁵⁴, o reconhecimento

50 THEODORO JR., *op. cit.*, p. 355, nota 21; MARINONI, *op. cit.*, p. 782.

51 ALMEIDA, Marcelo Pereira. **A Tutela Coletiva e o fenômeno do Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007, p. 28.

52 Antes da reforma de 2005, o meio de resistência à execução então vigente eram os embargos do executado. E neste instrumento o devedor deveria formular sua defesa de forma mais ampla ou limitada, dependendo da natureza do título, se judicial ou extrajudicial. Os embargos à execução, fundados em título judicial, só poderiam versar sobre as matérias elencadas no art. 741 do CPC, que, basicamente, se referiam às questões atinentes às nulidades ou causas de extinção da execução, ao passo que na execução fundada em título extrajudicial os embargos poderiam apontar qualquer matéria que seria lícito deduzir em processo de conhecimento, justamente por não ter sido antecedida de processo de cognitivo. Assim, com o advento da Lei nº 11.232/05, a execução fundada em sentença quando a obrigação é por quantia passou a ser resistida por um instrumento denominado pelo legislador de impugnação, conforme prevê o artigo 475-J, § 1º do CPC, mas permaneceu a limitação das matérias que poderiam ser veiculadas.

53 DIDIER JR., *op. cit.*, p. 219.

54 O art. 301, § 4º, do CPC, dispõe que o magistrado não pode conhecer de ofício do compromisso arbitral, dependendo sempre, pois, de alegação da parte. Contudo, a legislação é omissa quanto à possibilidade (ou não) de o magistrado conhecer de ofício da cláusula compromissória em juízo, sendo certo que há tendência doutrinária em ampliar a impossibilidade de conhecimento de ofício pelo magistrado também relação à cláusula compromissória. Nesse sentido: GAJARDONI, *op. cit.*, p. 194.

do pacto arbitral pelo órgão jurisdicional acarreta a extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VII, do CPC⁵⁵.

5 - CONCLUSÃO

A arbitragem se apresenta como excelente método de solução de conflitos. A despeito da timidez e desconfiança em seu uso diuturno no âmbito do direito interno, a técnica se mostra proveitosa em inúmeros casos. Não se pode admitir que um determinado método, estatal ou não, seja mais proveitoso do que o outro, sendo certo que a visão atualmente defendida é a da aplicabilidade casual das técnicas a depender da peculiaridade do caso concreto.

Nesse contexto, em algumas matérias, é extremamente aconselhável a utilização da arbitragem, diante de suas utilidades, como a celeridade, a especialidade do árbitro – pela complexidade da causa -, o sigilo do procedimento arbitral *etc.* Em outras hipóteses, afigura-se interessante o uso de outros meios, como a mediação ou a conciliação.

A autonomia da vontade é o arcabouço principiológico da arbitragem, na medida em que não apenas diante da escolha da via arbitral em renúncia à via judicial, como também pela escolha do(s) árbitro(s), do procedimento a ser aplicado, do prazo da conclusão da atividade arbitral *etc.*

A visão da nova Lei de Arbitragem foi a de fazer uma verdadeira reformulação no sistema arbitral, tornando despicienda a chancela judicial da sentença arbitral, até porque o árbitro é o juiz de fato e de direito da causa que lhe é submetida.

O objetivo pretendido pela nova lei foi o de evitar, ao máximo, um contato da arbitragem com o Poder Judiciário. Não obstante, em algumas hipóteses, isso se torna imprescindível para o sucesso no procedimento arbitral, na medida em que há um cooperativismo entre o juízo estatal e o juízo arbitral, ou seja, diante da necessidade de o árbitro exercer com plenitude a sua função, precisará da intervenção do Poder Judiciário para tanto.

55 A extinção do processo sem resolução do mérito por parte do magistrado diante da convenção de arbitragem não se dá por ser ele (*rectius*: o juízo) supostamente incompetente para causa, como pensa Fernando da Fonseca Gajardoni (*op. cit.*, p. 194). A questão de impossibilidade de julgamento da causa pelo juiz togado liga-se com maior precisão à via eleita (ou como pensa Didier Jr. a um pressuposto processual negativo). Isto é, considerando que as partes renunciaram à via judicial e buscam solucionar a controvérsia pelo método paraestatal, não há sequer interesse jurídico para a apreciação da matéria pelo Poder Judiciário, embora, em tese, seja o juízo competente.

De qualquer forma, a arbitragem não é intacta ao eventual controle judicial. Assim, por exemplo, é que a sentença arbitral pode ficar sujeita à ação estabelecida no art. 33 da Lei de Arbitragem ou, se condenatória for a sentença arbitral, ao uso da impugnação como meio de resistência. Tal controle jurisdicional da arbitragem, evidentemente, será canalizado apenas aos aspectos formais do procedimento arbitral, não em relação à justiça ou no tocante ao conteúdo substantivo da decisão, o que se mostra proveitoso para o incentivo do uso da arbitragem. ❖

Teoria da Restituição

A Filosofia do Direito e as relações de Direito Cósmico*

Lia Pantoja Milhomens

Juíza de Direito (aposentada) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Advogada.

1 – INTRODUÇÃO

A “Teoria da Restituição”, ao empregar um tratamento multidisciplinar à Teoria das Obrigações, o faz visando a uma adequação de objetivos: é que o conhecimento humano, atualmente, aponta para a agregação das ideias contidas nas diversas teorias científicas às filosóficas (em uma preparação da sociedade para uma existência cosmológica), como etapa intermediária da transcendência humana, na qual o conceito de Justiça há de ser entendido em uma visão integral das realidades universais e, por isso mesmo, o seu estudo deve estender-se a conceitos atinentes às várias áreas abrangidas pelo raciocínio lógico e atividade empírica. Não se procura explicar teologicamente a origem do justo e do legal — a nossa colocação é de filosofia do direito.

Partimos, neste trabalho, dentre outras fontes importantes contidas nas ideias mais aceitas em nossos meios científicos e filosóficos da atualidade, da Teoria do Multiverso, ou Teoria “M”, sobre as múltiplas dimensões existenciais influenciando no desenvolvimento da Vida em sentido amplo e a da explosão de energia inicial que impulsionou o surgimento da matéria e sua propagação nas formas do universo conhecido (denominada de “Big-Bang”), a par dos conceitos filosóficos baseados, dentre outras, na Teoria do Conhecimento de Aristóteles e de Platão, o seu compêndio sobre as *Leis*. E todo esse conjunto tem muito a ver com o conceito real de Justiça, em um sentido cósmico, em que os paradigmas tendem a estender-se muito além do nosso antiquado antropocentrismo.

* Resumo feito pela autora de textos extraídos de sua obra de mesmo nome.

De tudo o que se analisou, concluiu-se pela necessidade de impressão de uma marca de qualidade, moral e ética, superior à atual, no papel que nós, humanos, poderemos desempenhar nas futuras relações cósmicas. Quer como protagonistas, quer como coadjuvantes, muito além do que se poderia conter em um mundo detectável apenas pelos nossos cinco sentidos materiais (visão, audição, olfato, paladar e tato), pois temos consciência de que existe um elemento transcendental a movimentar o nosso ser psíquico, capaz de direcionar as nossas relações, quer entre os nossos iguais, quer entre nós e os outros seres conhecidos e aqueles que ainda iremos conhecer.

Deve a sociedade humana trabalhar na preparação das novas gerações, no sentido de sua evolução moral e ética, em um mundo em que a tecnologia avança cada vez mais na escala de progressão superior. É perigoso, a esta altura, quando se penetra em um ambiente cósmico, desconhecido, manter-se o exercício da Filosofia do Direito centrado na análise dos relacionamentos entre humanos incidentes, acima de tudo, na realidade aparente em nosso mundo. Pois se sabe que muitas relações jurídicas inéditas em breve estarão batendo às nossas portas, com base na exploração e na utilização das novas situações decorrentes de descobertas e conquistas espaciais que estão se realizando aceleradamente, em que formas de trocas intersocietárias já estarão à espera de uma Teoria Geral do Direito Cósmico.

O que pode se apresentar, de início, aqui, como uma colocação me-tajurídica de um direito obrigacional, não é outra coisa senão a tentativa de se encetar uma tomada de posição que se coadune com a melhor instrumentalização de leis abrangentes dos relacionamentos a nível cósmico: sejam elas a um nível ético e moral de uma sociedade universal a que teremos acesso, somente entre humanos ou não, seja como um dever de igualdade pela procedência da mesma fonte inicial. Quer reconheçamos essa fonte como um poder criador divino transcendental, quer a consideremos como uma energia desconhecida, de qualquer forma impulsionadora do fenômeno da vida, em todos os seus sentidos, entendida em caráter unificado, sem classificações em reinos, espécies, raças ou culturas.

Diz-nos **Platão**:

“Ó estrangeiro, “não é por acaso que as leis dos cretenses gozam de excelentíssima reputação entre todos os helenos; são leis justas porquanto produzem o bem-estar daqueles

que as utilizam, proporcionando todas as coisas que são boas. Ora, os bens são de duas espécies, a saber, humanos e divinos; os bens humanos dependem dos divinos e aquele que recebe o maior bem adquire igualmente o menor, caso contrário é privado de ambos..... A sabedoria, a propósito, ocupa o primeiro lugar, entre os bens que são divinos, vindo a racional moderação da alma em segundo lugar; da união destas duas com a coragem nasce a justiça, ou seja, o terceiro bem divino, seguido pelo quarto, que é a coragem. Ora, todos estes bens estão posicionados, por natureza, antes dos bens humanos, e, em verdade, assim deverá ser proclamado aos cidadãos: que todas as outras instruções que recebem têm em vista esses bens; e que os bens humanos são orientados para os bens divinos, e estes para a razão, que é soberana...”¹

A “Teoria da Restituição” não é, pois, teológica, assim como não o são a platônica e a aristotélica, em que ela encontra sua fonte, pois não fazem referência ao elemento transcendental do homem, a não ser para identificá-lo na sua integralidade de “ser”. Diferentemente da Antropologia Teológica, que estuda o componente imaterial humano no que se refere à sua ligação com Deus, a Filosofia do Direito, por outro lado, refere-se às relações do homem com o seu meio ambiente e com outros seres, considerando-o material e moralmente integrado, através de um código de ética. E é nesse último contexto que a Teoria da Restituição opera, alargando o conceito de moral objetiva de um limite planetário para outro, de amplidão universal.

Ou como uma consciência individual, um bem vivo com vontade e consciência de si e em si, que se realiza pela ação dessa consciência — experimentação humana (em Hegel) —, ou como um apriorismo da razão humana a tomar conhecimento de uma lei moral objetiva — independente da experiência (em Kant) —, a só entrada no novo ambiente onde irá operar obriga o ser humano a raciocinar em termos da necessidade de adaptar valores baseados em uma concepção antropocêntrica da realidade jurídica a uma concepção universal, quer em relação aos organismos vivos (conhecidos ou não), quer em função de elementos transcendentais

1 Platão. **As Leis (incluindo Epinomis)**. Prefácio de Dalmo de Abreu Dallari, Tradução, Notas e Introdução de Edson Bini. São Paulo. Brasil: Edições Profissionais Ltda., 2ª. Edição revista, livro I, p. 75/76.

que apenas sabe que existem, mas não entendeu ainda. E a favor desse posicionamento invoco a lição de Ralph **Walker**:

“Permita-nos aduzir que, a menos que se queira negar toda verdade ao conceito de moralidade, e toda relação entre ele e um objeto possível qualquer, não se pode negar que sua lei é de tal abrangência que ela vigora não apenas para seres humanos, mas para todo ser racional em geral; e não apenas sob condições contingentes e sem exceções, mas de maneira absolutamente necessária.

É claro que nenhuma experiência poderia nos dar sequer ocasião de inferir a possibilidade de tais leis apodíticas [isto é, necessárias], pois com que direito podemos tornar alguma coisa um objeto de ilimitado respeito, como uma prescrição universal para toda natureza racional, se ela talvez pudesse ser válida unicamente sob as condições contingentes da humanidade? E por que leis de determinação de nossa vontade deveriam ser tomadas por leis de determinação da vontade do ser racional em geral — e somente enquanto tais também para nossa vontade — , se tais leis fossem meramente empíricas, ao invés de ter sua origem inteiramente a priori na razão pura, embora prática?”²

A atividade jurídica que tem por finalidade aplicar a justiça à população em um determinado espaço territorial é um exercício técnico - científico, que deve guardar consonância com os Princípios Gerais do Direito (natural e codificado), fundados na Filosofia do Direito. Os atos e fatos jurídicos de uma sociedade dizem respeito às atividades próprias de sua época e local de existência, em consonância com a sua realidade material e moral: iniciou-se com a justiça exercida pelo soberano absoluto, passando-se para juízos e tribunais independentes, desde quando eram resolvidas questões simples de pequenas sociedades rurais, até os dias de hoje, quando as nações se transformaram em Estados soberanos e adentrou-se a era da industrialização. Em cada uma dessas etapas do desenvolvimento da ciência e da tecnologia, houve, também, novas relações sociais — o que implicou

² Walker, Ralph. **Kant: Kant e a lei moral**. Tradução de Oswaldo Giacóia Júnior. São Paulo, ed. UNESP, 1999, p. 408.

o conseqüente desenvolvimento, em igual monta, da ciência jurídica. A criação de jurisdições nacionais, internacionais e, futuramente, cósmicas, para resolver os novos prismas sociais, não conseguirá elevar o ser humano a um patamar universalista se a moral objetiva não estiver direcionada nesse sentido. A propósito, **Hegel** esclarece:

“A moral objetiva é a Idéia da liberdade, na qualidade de um bem vivo, que tem o seu saber e o seu querer na consciência de si, e que tem a sua realidade pela ação dessa consciência.

.....
“Por outro lado, estas leis e estas instituições não são alguma coisa estranha ao sujeito, mas elas recebem dele o testemunho da sua espiritualidade enquanto elas são sua própria essência.” [tradução livre]³

Todo esse quadro de modificações evolucionárias, porém, guarda características diversas no que tange ao aspecto tecnológico e ao jurídico: **(a)** enquanto no primeiro caso pode haver uma modificação total de nossos conceitos, para se adaptarem ao conhecimento de uma realidade imutável (porque os princípios que a regem, os quais ainda não conseguimos alcançar, seja ela planetária, seja cosmológica, já existem como são, independentes da atividade humana), **(b)** no segundo caso os princípios que norteiam a filosofia do direito podem ser mudados, pois dizem respeito à natureza humana como elemento planetário, que certamente não mudará em sua essência, mas necessitará sofrer alterações para poder se adaptar e evoluir em ambiente cósmico. Se realmente estivermos destinados a um papel a ser desempenhado além das fronteiras terrestres, devemos alcançar os meios de realizá-lo, sob o risco de sermos substituídos por outra espécie que o desempenhará melhor, assim como ocorreu a outras, em outras épocas, aqui mesmo em nosso planeta. Necessitamos, pois, de uma sustentabilidade do “ser” existencial em relação aos novos parâmetros do “dever ser” justo e legal, frente a uma realidade mais ampla e indiferente a anseios de primazias políticas, religiosas e doutrinárias que só produzem efeito em sociedades estratificadas, que produzem desarmonia e guerras.

3 Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. **Principes de la philosophie du droit**, trad. do alemão para o francês por André Kaan e prefácio por Jean Hyppolite, Ed. Gallimard, França, a partir da IIª. ed. Leipzig, 1921, p. 189 e 191.

2 – A MULTIDISCIPLINARIDADE DO CONCEITO CÓSMICO DO “SER” E DO “DEVER SER” HUMANOS

A novidade, nesta obra, é a apresentação da análise de uma atuação integrada entre normas naturais, filosóficas e jurídicas, sobre o comportamento (intelectivo, individual e social) humano. Tudo observado em conjunto, sob uma visão holística do conhecimento, apoiada em dados científicos atuais.

A ação jurídica, em um Direito Cósmico, necessita de uma visão de postulados científicos da Física, sem escolhas por uma moral objetiva, pois as suas realidades excedem os limites da continência racional, atuantes que são em face de leis superiores universais que independem de nossa interferência ou compreensão, visto se tratarem de relações supra-humanas, extraplanetárias, fora de qualquer idealização trazida aos seres do “habitat” terrestre por construção arquetípica ou do inconsciente coletivo, a menos que adentremos o terreno da Teologia, que não é o objetivo deste trabalho.

O cumprimento de obrigações contidas num complexo contexto de relacionamentos cósmicos é exigível de quem se presume possuidor do conhecimento do objeto de sua proteção, e a capacidade de agir segundo esse entendimento. E essas obrigações já bateram à nossa porta, entreaberta desde que o primeiro homem que se aventurou e voltou vitoriosamente de sua incursão ao espaço sideral, além das últimas fronteiras terrestres, **Yuri Gagarin**, demonstrou a fibra e a capacidade intelectual da humanidade, suficientes para adentrá-la na imensidão inóspita do universo. Mas, para permanecer lá, em harmonia com todas as realidades que o aguardam, o ser humano, antes de tudo, deve levar consigo um código moral e ético adequado ao verdadeiro e único sentido da idéia perfeita de Justiça, o respeito à dignidade de todos os seres, sem estabelecimento de parâmetros relativistas ou de castas.

A grande pergunta é: Seria necessário, mesmo, que uma raça alienígena chegasse ao planeta Terra para arrasar a humanidade, ou ela já não estará sendo implodida por alguns seres humanos, pouco éticos e de baixa moralidade, que logram alterar o seu comportamento para obtenção de vantagens particulares, mediante instrumentos como a *propaganda subliminar*⁴ que, como as outras tecnologias, pode também estar mais de-

4 “Mensagens subliminares” são informações enviadas de maneira oculta, abaixo da percepção do nosso consciente, capazes de alterar formas de pensamento e de vontade, influenciando a alteração ou o surgimento, em

envolvida e com maior alcance em nossos dias? Por outro lado, de que adiantam apenas armas e apetrechos tecnológicos de guerra, para enfrentarmos eventuais inimigos cósmicos, se eles podem estar usando técnicas muito mais avançadas, de mensagens subliminares? *A nossa melhor defesa, em qualquer caso (evento humano ou extraterrestre), é o fortalecimento de nossa psique*, com a evolução rápida da nossa consciência jurídica, que passa pelo conceito de soberania acima da ideia de fronteiras nacionais. Uma soberania de planeta, como inalienável refúgio da humanidade como um todo. Um planeta que devemos amar, respeitar e proteger, até de nós mesmos. Por outro lado, se houver realmente uma “guerra nas estrelas”, ela será a nível psíquico, não necessitando deslocar-se no espaço, pois encontrará guarida em ambiente cibernético. E, talvez, ela já tenha até mesmo começado e nós nem a tenhamos percebido, tal o envolvimento com o consumismo exacerbado e a criação de tecnologias pesadas que, diante dessas possibilidades, são completamente inoperantes.

Aristóteles foi chamado por **Augusto Comte**, no século XIX, de um dos pais do positivismo (que veio desaguar no materialismo), de “o príncipe eterno dos verdadeiros filósofos”. Por Platão, de quem foi discípulo, de “O Leitor”, por sua avidez em ler e se cercar de livros dos poetas, filósofos e homens de ciência seus contemporâneos e antecessores. Pelos pensadores árabes, de “preceptor da inteligência humana”. Por **Tomás de Aquino**, de “O Filósofo”. Seria, portanto, injusto, se não o considerássemos, nessa exposição, como a figura central de grandes influências no pensamento em uma mesma cultura ocidental, e que nos traz, também uma luz especial ao cuidarmos, na “Teoria da Restituição”, da visão cósmica através da qual deve ser estabelecido um paradigma que sirva não só para os seres em uma escala evolutiva em nosso planeta, mas também aos organismos cósmicos, animados ou não, que estamos vendo surgir à nossa frente e, não apenas, no pequeno mundo físico conhecido à época em que se instalou tanto o teocentrismo quanto o antropocentrismo. Essa é uma qualidade dos grandes gênios: seus pensamentos e suas ideias são

massa, de comportamentos humanos. É que existe um limite físico para a percepção em nosso consciente. A revista **Advertising Age** (v. 37, página 127, de 16 de setembro de 1957) publicou a experiência do especialista em marketing norte-americano, **James Vicary**: ele revelou ter patenteado uma nova técnica, a “propaganda subliminar” e a havia utilizado, tendo como cobaias involuntárias e inocentes sobre a experiência, os espectadores de várias sessões do filme “Picnic”, estrelado por Kim Novac, em um cinema de Nova Jersey, em dias alternados – nesses dias ele projetava na tela, juntamente com a máquina de projeção da película, um “taquitoscópio” (dispositivo capaz de projetar na tela imagens com a rapidez de 0,00033 segundo), entre os quadros do filme, com as mensagens “Drink Coke” e “Eat Popcorn”, durante toda a sessão. Ao final dos dias em que havia a projeção de Vicary, as vendas de Coca-Cola e de Pipoca aumentaram respectivamente em 57,7% e 18,1% em relação aos dias em que não eram projetadas, às portas de saída do cinema.

colocados em função de realidades grandiosas, intuídas por eles quando da elaboração de suas teorias, e persistem atuais em todas as ocasiões da evolução humana, porque eles possuem, desde o início, uma visão cosmológica do “ser”. Suas colocações são preciosas fontes de inspiração, orientação e esclarecimento para a interpretação de realidades eternas, novas apenas para nós, à medida que nosso nível de cultura tenha alcançado mais um degrau evolucionário.

O que o ser humano é, o “ser”, não se altera pelo simples fato de um “querer ser”, em uma determinada época ou local. Mesmo que se force um raciocínio para justificar um “querer ser”, não se conseguirá forçar a realidade – é mais racional e científico adequar-se a ocorrência, ou o indivíduo analisado, às circunstâncias existentes e, não, o contrário.

O “dever ser” se refere ao estabelecimento ou restabelecimento de premissas lógicas e existenciais que conduzam o indivíduo analisado à realidade do seu “ser”. Diz respeito à “potência”, que tem em si a possibilidade de “ser” determinada coisa — não em um episódio único e repentino de releitura intelectual de um posicionamento arquetípico, mas de uma preparação, em que o conhecimento subjetivo do bem a ser alcançado passe de uma identificação abstrata a uma vontade concreta de realização, a “moral objetiva”, conforme explicada por Hegel.

Um princípio básico para se deduzir se um “ser” atingiu a sua condição de “ato” final, sem potencialidade para se tornar mais alguma coisa a partir da sua condição atual, é saber-se se ele está completo em si mesmo. Em outras palavras, ao nos referirmos ao ser humano, dotado da capacidade de entender o que significa a plenitude de si mesmo e de se conduzir de acordo com esse conhecimento, deve-se dizer que ele terá alcançado esse momento de glória quando se sentir feliz. E será o ser humano, agora, feliz?

3 – LEIS UNIVERSAIS E LEIS NATURAIS

Há, naturalmente, inúmeras leis universais, algumas já detectadas pelos humanos desde tempos antigos. Os números transcendentais, como o π (pi) ou ϕ (phi), são utilizados tanto em cálculos matemáticos para estabelecer medidas e distâncias em nosso ambiente terrestre, quanto para soluções de medidas cosmológicas, o que, por si, já indica a existência do

grande interrelacionamento dessas duas realidades: a terrestre e a cósmica. Se há incidência comum desses números, que se contêm tanto em pequenos seres, como moluscos, ou nas espirais de nossa galáxia, desde um pequeno círculo produzido pelo movimento de uma abelha, até a esfera, forma predominante dos grandes corpos do Universo, é porque leis comuns são aplicadas a todos os organismos.

Inspirados na indagação magistral de **Jung**, respondida por ele mesmo no decorrer da exposição de sua ideia sobre símbolos, dogmas e arquétipos, indagamos, a esta altura, se não será possível, sem grandes traumas, já, efetivarmos a racionalização humana dirigida ao aspecto cósmico de sua existência. E também, se, finalmente deixada a ideia do antropocentrismo para colocar-se apenas como componente do maravilhoso sistema de vida no cosmos a que pertence, o homem não estaria apto a encontrar seu destino e, finalmente, ser feliz:

“... Será que podemos vestir como uma roupa nova símbolos já feitos, crescidos em solo exótico, embebidos de sangue estrangeiro, falados em línguas estranhas, nutridos por uma cultura estranha, evoluídos no contexto de uma história estranha? Um mendigo que se envolve numa veste real; um rei que se disfarça em mendigo? Sem dúvida, isto é possível. Ou há dentro de nós uma ordem de não participar de mascaradas, mas talvez até de costurarmos nossa própria vestimenta?”⁵

Pergunta-se: E as religiões, como ficam?

Responde-se: Elas não ficarão estacionárias, também evoluirão. Como sempre ocorreu, aliás. Desde Platão, temos o esclarecimento de que a ideia é única, a versão, as concepções sobre ela é que variam. Assim, a representação da ideia de uma transcendência em nós, já evoluiu bastante, desde os primeiros tempos, em que havia uma pluralidade de deuses, inicialmente representados como senhores das forças da natureza, depois com as características intrínsecas de cada sentimento humano, nobre ou não, e, finalmente, integrados em uma única e essencial força ou energia, causa eficiente ou causa final da atuação de todos os seres na realidade material e imaterial, ora vista como um ser individual, ora como uma totalidade.

⁵ Jung, Carl Gustav - **Os Arquétipos e o Inconsciente Coletivo** – Tradução de Maria Luíza Appy, Dora Mariana R. Ferreira da Silva – Petrópolis – RJ – Vozes, 2000, p. 25.

IV – A TEORIA GERAL DO DIREITO E A TEORIA GERAL DA RELATIVIDADE

Assim como mitos foram instaurados no inconsciente do homem primitivo em figuras da natureza, como revelação de segredos ao consciente (pois este somente pode fazer a representação de uma ideia através de figuras conhecidas e aquelas eram as únicas conhecidas à época), assim também foram substituídos por símbolos e dogmas das religiões que predominaram depois, e que mantiveram, durante longos séculos, em âmbito hermeticamente restrito, a sabedoria sobre o desconhecido, Até que houvesse o grande cisma que dividiu e delimitou o campo de atuação do conhecimento humano entre a Ciência e a Teologia.

À época do início da Humanidade, as modernas formas de religião representavam os segredos pelos quais a mente humana ansiava com o que se poderia imaginar de mais elevado, belo e atrativo que a arte, a cultura e a arquitetura humanas poderiam oferecer, uma realidade por todos desejada, não alcançável. Mas hoje, apenas uma dentre muitas revelações feitas pela ciência cosmológica supera em muito a beleza e a transcendência das visões até então apresentadas nos locais religiosos em todo o planeta, desde os templos politeístas da Grécia e Roma, até as sinagogas monoteístas do antigo judaísmo, até as igrejas do catolicismo e as mesquitas islâmicas.

Não se comprovou ainda se as partículas subatômicas têm conhecimento de uma propriedade sua, a da *“existência da sua correspondente a distância”*. Mas ela é real. Vários cientistas modernos observaram esse peculiar fenômeno. Especulações se fazem, e nem sempre são levadas tão a sério, quando deveriam sê-lo, sobre a existência de correspondentes de seres grandes e complexos dentro ou fora do nosso sistema solar, que sentiriam as influências das ocorrências evolutivas de nosso meio e sobre elas também poderiam interferir, sob as mesmas condições daquelas, ocorrentes sempre que estejam sob observação de um interlocutor, ou seja, **“efeito fantasmagórico a distância”** (esta expressão foi dada por **Einstein**). Por esse efeito poder-se-ia deduzir a existência de seres inteligentes em vários pontos da Galáxia que, por fazerem parte da mesma, são capazes de sofrer influência recíproca em relação aos humanos, havendo necessidade, por isso, de um intercâmbio mais próximo, sempre que houver uma ameaça à estabilidade dos correspondentes ou a necessidade de uma elevação igualitária evolucionária.

Estes trechos da obra completa, de mesmo nome, da autora, foram aqui inseridos para se apresentar uma introdução à análise, feita ali, da existência de uma relação entre elementos físicos e psíquicos, tidos como transcendentais, para nós, mas que, aos poucos, a Física vai demonstrando serem naturais, e que são capazes de modificar o conceito de relações jurídicas, a partir de uma filosofia do direito, até sua concretização no contexto de uma sociedade humana de amplitude universal.

5 – LEIS NATURAIS E LEIS SOCIAIS

Todos os estudos e teses teológicas das religiões conhecidas, bem como das escolas filosóficas, quer materialistas, quer neoplatônicas, partem de um princípio de igualdade de oportunidades, em uma desigualdade de distribuição, a um tempo de dons espirituais e, a outro, de bens materiais necessários à existência, quer humana, quer de outros seres. A nível imaterial, parte-se do conceito de uma justiça superior, metajurídica, procedente de um ente supramaterial, que encara a todos igualmente e distribui seus dons conforme esse entendimento, que não conseguimos alcançar, mas cujos desígnios procuramos perquirir para compreender nossa posição no contexto universal, para então se chegar a identificar seu reflexo em nosso nível dimensional. A par dessa pressuposição, existe a das ciências naturais, notadamente da Física e da Cosmologia, de que, em termos de realidade material, há um movimento constante de compressão e expansão, construindo e reconstruindo universos – primeiro, como a razão de existir e, depois, como o próprio movimento de existir. São, pois, duas visões do mesmo fenômeno: uma, a movimentação cósmica de todos os seres num sentido de glorificação da divindade pela realização da justiça divina e, outra, a do entendimento da construção e da evolução da vida como uma consequência natural de fenômenos impulsionados por energias diversas.

E é sob o olhar direcionado aos princípios jurídicos, notadamente os do direito das obrigações, parte constituinte das legislações civis, e aos apresentados pela Física, já desvendados em nossa realidade dimensional, que elaboramos, por cooperação de naturezas, a “Teoria da Restituição”, numa tentativa de explicar e demonstrar a forma humana de contribuição a esse movimento constante que mantém a energia vital inicial em movimento cíclico, de construção e reconstrução – ou seja, manutenção da nossa espécie na grande História das diversas eras.

Diz-nos, a respeito, Jean Jacques **Rousseau**:

“A passagem do estado de natureza para o estado civil determina no homem uma mudança muito notável, substituindo na sua conduta o instinto pela justiça e dando às suas ações a moralidade que antes lhe faltava. É só então que, tomando a voz do dever o lugar do impulso físico, e o direito o lugar do apetite, o homem, até aí levando em consideração apenas sua pessoa, vê-se forçado a agir baseando-se em outros princípios e a consultar a razão antes de ouvir suas inclinações. Embora nesse estado se prive de muitas vantagens que frui na natureza, ganha outras de igual monta: suas faculdades se exercem e se desenvolvem, suas idéias se alargam, seus sentimentos se enobrecem, toda a sua alma se eleva a tal ponto, que, se os abusos dessa nova condição não o degradassem freqüentemente a uma condição inferior àquela donde saiu, deveria sem cessar bendizer o instante feliz que dela o arrancou para sempre e fez, de um animal estúpido e limitado, um ser inteligente e um homem.”⁶

6 – O DIREITO CIVIL E A RESTITUIÇÃO

O Direito Civil é um conjunto de normas legais que regula as relações particulares entre as pessoas. Um dos seus principais ramos é o Direito das Obrigações. A obrigação, em síntese, é um vínculo jurídico provisorio que se estabelece entre um devedor e um credor de uma prestação de dar, fazer, ou não fazer. Dentre essas prestações, a cargo do devedor, destaca-se a **restituição**: é a obrigação de alguém de devolver alguma coisa que não era sua ou que não lhe era devida.

A **restituição** possui dois aspectos essenciais: 1º. – todo aquele que recebeu o que não lhe era devido fica obrigado a restituir; 2º. - essa restituição deve se dar com os frutos obtidos, desde que pertençam a alguém.

7 – A OBRIGAÇÃO DE RESTITUIR A NÍVEL LEGAL E FILOSÓFICO

O Código Civil brasileiro inclui, dentre seus dispositivos, princípios gerais do Direito das Obrigações. Transcrevem-se, a seguir, dois deles,

6 Jean Jacques Rousseau. **Do Contrato Social**, tradução de Lourival Gomes Machado, Ed. Abril Cultural, coleção “Os Pensadores”, Capítulo IX, páginas 43 a 44.

para apresentar-se uma ideia inicial da exposição integral da teoria em apreciação:

“Art. 223. A obrigação de dar coisa certa abrange os acessórios dela embora não mencionados, salvo se o contrário resultar do título ou das circunstâncias do caso.

.....
.....
Art. 1232. Os frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário, salvo se, por preceito jurídico especial, couberem a outrem.”

Por princípio apresentado pelas pesquisas e teorias científicas vigentes até hoje, conclui-se que a “vida” é uma condição de liberalidade – quer em colônias, quer individualmente, ela surge, sem que para isso ocorra uma contraprestação do novo elemento. Apenas, em nosso meio ambiente, ela é restrita a conter-se nas ligações iônicas dos elementos e substâncias nele existentes, não tendo havido, no período conhecido por nós, acréscimo de massa ao planeta, com os sucessivos nascimentos, em todos os reinos e espécies, extintos ou bem sucedidos. Estima-se, pois, que há um reaproveitamento, uma reciclagem da matéria, que é devolvida à condição natural pela morte: desfaz-se a forma, permanecem os elementos, dá-se uma **restituição** deles à natureza. Esse é um princípio pelo qual se entende não haver, realmente, a cobrança de um preço, eis que se insere, ao indivíduo que existiu, a obrigação de devolver o bem ao seu legítimo dono – a Terra.

Mas, o que ocorre com a energia contida no ser, o seu componente imaterial? É justamente a respeito dela que se apresenta uma elaboração de raciocínio mais complexa, que a “Teoria da Restituição” procura alcançar – assim como ocorre com a matéria constituinte da forma existencial do ser, também é de lógica que deve ocorrer uma **restituição** relativa à sua forma energética – a energia que foi trazida da fonte, acrescida da que se produziu no ato do exercício da experiência de vida (os frutos).

A quem, pois, faria um ser a restituição da sua vida? Quem seria seu legítimo dono, ou seja, a fonte de onde ela proveio? Haveria justificada dúvida quanto ao legítimo dono?

Alguém poderia arguir: há quem afirme tudo ser obra do acaso, e como tal, não haveria nem dono nem obrigação de restituir. Responde-se com um simples exercício de raciocínio lógico, de um princípio filosófico básico, trazido por Aristóteles. Vejamos. Colocar-se toda uma série infinita de existências organizadas conforme leis previamente estabelecidas como obra de um acaso, e essas mesmas leis, também, estará concedendo ao nada a capacidade de criar alguma coisa. Porque o acaso é, pela sua própria definição, nada, pois apenas o nada é despojado de propósito e vontade, de energia e de massa, de átomos e moléculas. No que existe no mundo dos sentidos, toda e alguma coisa ou é um elemento ou um composto. E, sendo assim, sempre há de pressupor uma força que, pelo menos, reuniu os elementos, para a formação de compostos ou as partículas para formação dos átomos. Imaginar-se uma força dessas desprovida de qualquer essência, material ou imaterial, ou composta de nada, pela sua própria definição seria o nada. De qualquer sorte, o nada é incapaz de criar alguma coisa, por mais primitivamente densa, ou mais fluida ou espiritual que seja – e o acaso não é senão outra palavra que se usa para designar o nada.

8 – O SER HUMANO DEVE INTEGRAR A “RESTITUIÇÃO”?

Tanto faz nos filiar-mos à teoria criacionista, ou evolucionista, chegaremos à conclusão de que o livre arbítrio no ser humano lhe imprime apenas uma opção pelo seu destino, ou seja, evoluir ou perecer. O movimento evolutivo é uma lei natural, em todos os seres em nossa dimensão, independente de instinto ou vontade. O que não se adapta, perece, como indivíduo ou espécie. Se a nossa opção é por preservação da espécie, devemos participar da manutenção do modelo sutil do qual somos reflexos – é a “restituição”.

A “Teoria da Restituição” não apresenta uma visão anterior à singularidade em nossa dimensão pela qual se teria dado o início do nosso universo. Ela apenas reúne conceitos filosóficos e científicos atuais do que se imagina ser uma atividade criadora (ou impulsionadora) do início da nossa realidade existencial, que deve manter um nível de sustentabilidade para durar. Havendo matéria e energia, há movimento. E é a existência de uma constante cíclica desse movimento que lhe fornece evolução e regeneração, a *base do restitucionismo*.

O ser humano, como espécie, se decidir por uma via que não lhe forneça uma evolução individual completa, integrada (tanto psíquica quanto

material), tende a desaparecer. Talvez não de uma forma profundamente diferente em seu aspecto animal de hoje, mas numa eliminação de seu componente emocional, moral e ético, que faz parte da sua definição.

Em uma grosseira comparação do que ocorre num ambiente interdimensional, pode-se imaginar o exemplo, em nosso meio ambiente, do reflexo de zilhões de espelhos paralelos de nossa imagem material – com uma diferença, o nosso corpo denso é que seria o reflexo de um corpo sutil.

9 - O ABANDONO DAS NOVAS GERAÇÕES⁷

A partir dos anos sessenta do século passado, a posição da mulher como coprovedora da família, em conjunto com o homem, seu antigo provedor exclusivo, tornou-se uma realidade irreversível. Essa atividade feminina veio atender não só a manutenção de um “status” social, mas também e, principalmente, a garantia da aquisição satisfatória dos meios essenciais de subsistência (alimentação, residência e saúde). Dessa forma, deu-se o afastamento não só da figura material materna, mas, também, do seu respectivo elemento psíquico, arquetípico, que mantinha a estabilidade emocional das crianças e jovens em formação na célula fundamental da nação organizada como Estado.

A desagregação familiar, com o conseqüente abandono físico e emocional do seu elemento infantil e do juvenil, opera da seguinte forma: não lhes são explicados os limites do comportamento social, e não lhes é fornecido um código de moral e ética, com as noções práticas do justo e do legal, frente ao desenfreado desenvolvimento tecnológico, e isso provoca uma insatisfação existencial nas personalidades ainda não completamente formadas, por não lhes fornecer perspectivas de um futuro papel a desempenhar em um mundo que pretende ingressar em uma realidade cósmica. Um mundo que ainda não conseguiu debelar as causas da crescente delinquência juvenil e da criminalidade adulta, onde nossos jovens procuram uma fuga psíquica através do consumo de drogas proibidas e da alienação da realidade, afogando-se nas malhas da realidade digital.

A propósito dessas influências na desagregação familiar, diz-nos **Mira y Lopez**, quando fala, genericamente, nas *tensões intrapsíquicas*:

“... a tensão intrapsíquica chega ao máximo na adolescência porque, ao problema de reajustamento interior individual, se

⁷ Esse tema é analisado e discutido no livro da autora, ao qual se remete o leitor, intitulado **Delinquência Juvenil, Infraestrutura da Criminalidade Adulta**.

junta o de mudança de atitude diante do meio familiar, social e do destino vital, que ele precisa pressentir, fixar e conquistar ... Eis porque os conflitos entre os desejos e a realidade são mais agudos e ele tenha de refugiar-se no autismo ou propender à rebeldia.”⁸

10 – RELATIVISMO E CORRUPÇÃO DA ÉTICA SOCIAL

Há uma corrente filosófica de pensamento que vem, desde a segunda metade do século passado, ganhando força no pensamento ocidental: é o relativismo, que consiste, em resumo, em negar a existência de padrões absolutos de avaliação das condutas humanas, baseadas em princípios naturais, universais. Entendem os relativistas que as condutas humanas estariam, isto sim, submetidas a padrões particulares, variáveis de acordo com o tempo, o espaço e as necessidades de um determinado grupo social. Por isso a denominação de relativismo, já que os padrões morais e éticos, segundo essa corrente de pensamento, que vem se firmando cada vez mais em nosso mundo ocidental, seriam relativos.

Ronald Dworkin analisa ética política e igualitarismo político. Situando a visão dos liberais éticos, assim como vista pela teoria política de tradição contratualista, invoca os argumentos de Rawls sobre justiça social, e indica a dificuldade de um negociador, ou político (que por essa teoria tem o dever de se mover pelos próprios interesses, ou daqueles que representa), de colocar esses interesses particulares acima do interesse coletivo e então poder agir sem se ater a essa noção de justiça. Até porque tem como objetivo angariar para o setor que representa a maior maioria possível. Nesse emaranhado de decisões é que se desenvolvem os privilégios e a corrupção.⁹

11 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo em países altamente desenvolvidos, em que o Estado provê de maneira muito eficaz as necessidades materiais humanas, assegurando liberdade de pensamento e credo a todos os indivíduos, não se vê

⁸ Mira y Lopez, Emilio. **Psicologia Evolutiva da Criança e do Adolescente**, 1957, Editora Científica, Rio, p. 259.

⁹ Texto extraído do artigo jurídico da autora: “Corrupção – Um estudo sobre suas origens, sua fiscalização e suas causas em nossos dias”, publicado na **Revista In Verbis**, Instituto dos Magistrados do Brasil, v. 37, p. 16-25, 2010. Rio de Janeiro. Brasil: Produção Editorial, Gráfica e Programação Visual “In Folio”.

felicidade no seu corpo social. Os níveis de suicídios e de fuga da realidade através da ingestão de substâncias estupefacientes e do alcoolismo são alarmantes, em países da Europa e nos Estados Unidos da América.

A “Teoria da Restituição” atinge o problema do desnível entre a evolução espiritual humana e a da sua tecnologia, tentando encontrar uma diretriz para a recuperação de um equilíbrio, através do entendimento do mecanismo que produz a renovação da energia existencial, num sentido cosmológico de Justiça, ao qual se chega por uma análise interdisciplinar. A felicidade somente é possível quando se procura alcançar uma semelhança a uma perfeição idealizada, quer procedente de conceitos potencialmente inseridos em nosso elemento psíquico (sentido teológico), quer como arquétipo de um inconsciente coletivo (sentido psicológico junguiano), quer como memórias de um mundo ideal, onde as formas originárias imutáveis se formam (sentido platônico), ou, mutáveis, formam-se, alimentando-se, transformando-se ou apagando-se (sentido reconstitutivo).

A atividade de produzir um “plus” evolucionário à sua vida, quer em âmbito individual, quer social, é que vai proporcionar à pessoa o sentido de integralidade, isto é, de ser um fator agregador para um destino glorioso da espécie. Só então é que um indivíduo se sentirá pleno em si mesmo, pois terá atingido o clímax da escolha apontada pelo seu livre-arbítrio: a procura por um destino conforme a evolução cíclica de todos os elementos constituintes do cosmos, desde a menor partícula de um átomo até as maiores galáxias, ou seja, o fluxo existencial em uma Justiça integral, que dá continuidade à Vida, em todas as suas manifestações. ❖

Aspectos gerais acerca da responsabilidade civil no transporte terrestre de passageiros*

Luis Felipe Salomão

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

1 - INTRODUÇÃO

Pretendo, nesta breve explanação, apresentar uma visão prática sobre a responsabilidade civil e o direito aplicado ao transporte.

Esclareço que ocupo uma cadeira na Quarta Turma, que, por sua vez, integra a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, cuja incumbência é o exame dos casos relativos ao direito privado.

Em função disso, procurei examinar o tema por esse ângulo, realizando um corte mais acentuado em relação ao Código de Defesa do Consumidor, seja em relação a quem opera o sistema de transporte, seja no tocante aos que o utilizam.

2. PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça, criado pela Constituição da República de 1988 para ser o guardião do direito federal, uniformizando a interpretação da legislação infraconstitucional, funciona, desde sua instalação, na verdade, como o grande “Tribunal da Cidadania”.

De fato, o destino encarregou esta Corte de Justiça de interpretar, em última instância, os diplomas jurídicos recentes mais importantes para a consolidação da democracia em nosso País, sobretudo no âmbito do direito privado.¹

* Palestra proferida em 10 de abril de 2010, no 15º Congresso de Responsabilidade Civil e Direito Aplicado ao Transporte Terrestre de Passageiros.

1 Destacam-se, após a Constituição Federal de 1988, em direito privado, os seguintes diplomas: Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990), Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro

Os números falam por si, demonstrando a evolução de recursos distribuídos e julgados, dando conta da procura da sociedade pela justiça distribuída pelo Tribunal. Com efeito, em 1989, ano seguinte à sua criação constitucional, foram distribuídos 6.103 processos e julgados 3.550; em 1994, apenas cinco anos depois, a distribuição subiu para 38.670 e o número de processos julgados, para 39.034. A partir daí, a progressão foi geométrica: em 1999, para 118.977 e 116.024, respectivamente; em 2004, para 215.411 e 203.041; em 2005, para 211.128 e 222.529; em 2006, para 251.020 e 222.245; no ano de 2007, foram distribuídos 313.364 processos e julgados 277.810; em 2008, foram distribuídos 271.521 processos e julgados 274.247; no ano de 2009, foram distribuídos 292.103 processos e julgados 254.955.

Nesse contexto, o STJ firmou-se no cenário brasileiro, com suas atribuições e competências inseridas na Carta Magna, granjeando o respeito dos jurisdicionados e emanando segurança jurídica.

Como dito, portanto, criado pela Carta de 1988, absorvendo parcela de competência do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça é o intérprete final quanto à aplicação da lei federal.

Na verdade, trata-se do guardião do direito positivo federal, cuja atuação transcende ao interesse subjetivo das partes em conflito.

Destarte, os precedentes fixados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça devem ser seguidos, salvo em casos de mudança legislativa ou alterações substanciais das circunstâncias em que foram produzidos.

Então, uma vez fixado o entendimento sobre determinada matéria, é aquele que deve prevalecer, independentemente da mudança de composição da Corte, de molde a resguardar a segurança jurídica.

É um Tribunal concebido para uniformizar, servir de último intérprete para a matéria infraconstitucional.

de 1990), Lei da União Estável (Lei 9.278, de 10 de maio de 1996), Código de Propriedade Industrial (Lei 9.279, de 14 de maio de 1996), Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002), Estatuto do Idoso (Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003), Lei que dispôs sobre Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário (Lei 10.931, de 02 de agosto de 2004), Lei de Falências e Recuperação Judicial e Extrajudicial da Sociedade Empresária (Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005), Lei da Violência Doméstica (Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006), Lei da Guarda Compartilhada (Lei 11.698, de 13 de junho de 2008), Lei de Adoção (Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009), dentre outros diplomas que, via de regra, por não conterem matéria de natureza constitucional, têm sua interpretação final formulada pela jurisprudência do STJ.

3. A SEGUNDA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A PREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

A competência da Segunda Seção do STJ está prevista no art. 9º, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal, que dispõe:

Art. 9º A competência das Seções e das respectivas Turmas é fixada em função da natureza da relação jurídica litigiosa.

§ 2º À Segunda Seção cabe processar e julgar os feitos relativos a:

I - domínio, posse e direitos reais sobre coisa alheia, salvo quando se tratar de desapropriação;

II - obrigações em geral de direito privado, mesmo quando o Estado participar do contrato;

III - responsabilidade civil, salvo quando se tratar de responsabilidade civil do Estado;

IV - direito de família e sucessões;

V - direito do trabalho;

VI - propriedade industrial, mesmo quando envolverem arguição de nulidade do registro;

VII - constituição, dissolução e liquidação de sociedade;

VIII - comércio em geral, inclusive o marítimo e o aéreo, bolsas de valores, instituições financeiras e mercado de capitais;

IX - falências e concordatas;

X - títulos de crédito;

XI - registros públicos, mesmo quando o Estado participar da demanda;

XII - locação predial urbana;

XIII - habeas corpus referentes às matérias de sua competência;

XIV - direito privado em geral.

Antes, contudo, de adentrar a análise dos precedentes relativos ao tema, para afastar a ideia que se tem do Judiciário em relação à previsibilidade e à segurança jurídica das decisões judiciais, destaco a pesquisa

realizada pela Professora Maria Teresa Sadek, em 2006, visando a definir a orientação preponderante das decisões judiciais.²

A ideia corrente é de que os juízes decidem ao sabor das pressões, sejam econômicas, sociais, da mídia, dentre outras, quando, na verdade, é exatamente o contrário.

Consoante a pesquisa levada a efeito, encomendada pela Associação de Magistrados Brasileiros - AMB, 86,5% dos magistrados utiliza como orientação preponderante de suas decisões os parâmetros legais.

Dessa forma, embora as consequências sociais (78,5%) e econômicas (36,5%) sejam consideradas, o preponderante é a lei.

4. O SISTEMA DE PROTEÇÃO AO USUÁRIO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

No longo curso em que se estruturaram os direitos dos usuários de serviços e de produtos em geral, em uma sociedade de massa, a defesa do consumidor vinha sendo realizada com fundamento no direito comum, ou seja, com base no Código Civil e Comercial, fazendo-se necessária, em regra, a prova da culpa.

A mudança estrutural só ocorreu em 1990, quando entrou em vigor o Código de Defesa do Consumidor, que trata do vício e do fato do produto ou do serviço, deixando expresso que, nestes casos, a responsabilidade é objetiva.

O Código de Defesa do Consumidor criou, portanto, um microsistema legislativo, que contém regras de vários ramos do direito, porém com diálogo com os inúmeros diplomas legais pertinentes, a fim de atingir a proteção integral do consumidor, cumprindo, aliás, o mandamento constitucional.

Para tanto, o Código de Defesa do Consumidor, que efetivamente apresenta mecanismos de proteção à parte mais fraca, codificou alguns princípios, que são a base da jurisprudência atual.

A seguir, procuro realizar o exame desses princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor, aplicados ao tema do transporte de passageiros, notadamente à luz dos casos julgados no âmbito da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça.

² <http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa2006.pdf>

4.1. O primeiro deles, princípio da *vulnerabilidade* do consumidor (art. 4º, I, do CDC), é a constatação óbvia de que, no contrato de transporte, em geral, o consumidor adere a cláusulas e condições pré-estabelecidas, em que é a parte mais fraca da relação jurídica.

De acordo com o princípio da *transparência* (art. 4º, *caput*, do CDC), por outro lado, o consumidor deve ser alvo de uma política nacional de relações de consumo, atuando o Ministério da Justiça, que gere o Programa de Orientação e Proteção ao Consumidor - PROCON, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, dentre outros.

A política nacional, destarte, tem como objetivo o atendimento às necessidades do consumidor, o respeito à sua dignidade, saúde, segurança, melhoria da qualidade de vida, o que também se coaduna com o princípio da *informação* (art. 6º, III, do CDC), que, segundo a lei, deve ser adequada e clara.

O princípio da *segurança* (art. 6º, I, e 8º, do CDC), por sua vez, prevê a proteção da vida, saúde, segurança dos consumidores. Portanto, um determinado produto ou serviço colocado no mercado não deve acarretar riscos à saúde ou à segurança dos consumidores.

Com base nesses princípios, passemos ao exame de dois precedentes.

No primeiro julgado, ficou estabelecida a responsabilidade da ferrovia pelo cruzamento em passagem de nível, conforme a seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL. ESTRADA DE FERRO. PASSAGEM DE NÍVEL. ACIDENTE COM ÔNIBUS. DANOS MATERIAIS E MORAIS. DECRETO N. 1.832/96. SINALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS FERROVIÁRIOS.

1. O § 4º do art. 10 do Decreto n. 1.832/96 estabelece que o encargo de executar obras de segurança nos cruzamentos em ferrovias é do construtor mais recente, determinando que sejam feitas às suas expensas. Entretanto, esse dispositivo não comporta interpretação de que a obrigação de fiscalização e manutenção dos sistemas de segurança sejam transmitidos ao construtor nem elide a responsabilidade da empresa que explora as linhas ferroviárias em relação aos acidentes ocorridos nas ferrovias.

2. *Colisão entre trem e ônibus escolar em passagem de nível que, embora ocasionada por imprudência do motorista do ônibus, poderia ter sido evitada se no local houvesse sinalização adequada, impõe também à concessionária de transporte ferroviário a responsabilidade civil perante terceiro prejudicado, uma vez que a sinalização de ferrovias relaciona-se com o negócio de exploração de transporte ferroviário.*

3. *Recurso especial não-provido. (REsp 633.036/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 23/10/2006).*

Em outro precedente, também da Quarta Turma, em que se discutia acerca de explosão acarretada por fogos de artifícios, que eram trazidos por uma passageira, ficou estabelecida a responsabilidade da empresa de ônibus, em face do entendimento de que se tratava de fato previsível e inerente à atividade empresarial:

As empresas permissionárias de transporte público são obrigadas a conduzir, com segurança, os passageiros aos locais de destino da linha que exploram, o que resulta na sua responsabilidade pela ocorrência de incêndio ocorrido no interior do coletivo derivado da combustão de material explosivo carregado por passageira que adentrou o ônibus conduzindo pacote de volume expressivo, cujo ingresso se deu, excepcionalmente, pela porta da frente, mediante prévia autorização do motorista (REsp 168.985/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ de 21/08/2000).

Na hipótese em exame, diante das peculiaridades do caso, a Turma entendeu que restou configurada a responsabilidade da empresa, pois a passageira ingressou no ônibus portando um grande pacote, pela porta da frente, sendo que o dever de vigilância da empresa e dos seus prepostos obrigava uma atenção maior para com o passageiro, e foi desta falta que resultaram inúmeras mortes.

4.2. Dois outros princípios devem ser mencionados, o do *equilíbrio na prestação* (art. 4º, III, e 51, § 1º, III e § 4º, do CDC), segundo o qual presume a lei exagero na prestação que se impõe ao consumidor, especialmente quando se mostrar excessivamente onerosa; e o da *reparação*

integral do consumidor (art. 6º, VI, do CDC), de acordo com o qual se busca a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

Em casos relativos ao denominado *adimplemento substancial*, em algumas circunstâncias, o consumidor paga quase todas as prestações do contrato. Não obstante, é imposta a ele uma onerosidade excessiva, quando ocorre rompimento do pacto.

Este é o caso do julgado abaixo:

Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial.

O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso.

Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela.

Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse.

Recurso não conhecido.

(REsp 272.739/MG, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, DJ de 02/04/2001).

Por outro lado, são inúmeros os precedentes a respeito do que se considera reparação integral.

O primeiro precedente reafirma que o dano moral decorrente de dissabores advindos de extravio de bagagem, muito mais raro no caso de empresas de ônibus, enseja o dever de indenizar, conforme se depreende a seguir:

CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL. DANO MORAL. CABIMENTO.

I. Cabível o ressarcimento por dano moral em face dos dis-sabores e desconforto ocasionados a passageira de ônibus interestadual com o extravio definitivo de sua bagagem ao chegar ao local onde passaria suas férias acompanhada de filha menor.

II. Valor da indenização fixado em montante compatível com o constrangimento sofrido, evitado excesso a desviar a finalidade da condenação.

III. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 125.685/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ de 25/09/2000).

Também se reconhece, no caso de responsabilidade das empresas de ônibus, a possibilidade de culpa concorrente, quando a vítima contribui para o fato.

A Quarta Turma reconheceu essa possibilidade:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACÓRDÃO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. COLISÃO DE MOTOCICLETA COM ÔNIBUS. VÍTIMA FATAL. CONCORRÊNCIA DE CULPAS RECONHECIDA PELO TRIBUNAL ESTADUAL. PENSÃO FIXADA PELA METADE.

(...)

Reconhecida pelo Tribunal a quo a concorrência de culpas, cabível a redução da condenação em igual proporção sobre a pensão a que foi condenada a ré.

Recurso especial conhecido em parte e provido.

(REsp 295.622/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ de 20/05/2002).

No julgado seguinte, ficou assentado:

Mediante análise do conjunto probatório, houve culpa concorrente na ocorrência do acidente, em que o passageiro apenas apoiava o seu cotovelo na janela quando o motorista do ônibus praticou a manobra perigosa, tendo raspado o poste, desde a sua frente, espelho dianteiro até a sua traseira,

onde estava sentado o autor, violando o Código de Trânsito Brasileiro (AgRg no AG 560.524/RS, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ de 17/12/2004).

Nesta hipótese, o agravante havia trazido acórdão paradigma para apoiar a sua tese, em que ficou evidenciada a responsabilidade exclusiva da vítima que viajava o tempo todo com o braço para fora. No paradigma, a culpa era exclusiva da vítima, enquanto, no AG 560.524/RS, foi reconhecida a culpa concorrente.

4.3. No tocante ao valor do dano moral, é importante destacar que, em virtude de excessos manifestos, o Superior Tribunal de Justiça passou a regular também o valor indenizatório, embora, em regra, essa análise esbarre na Súmula 7, que impede o exame de matéria de fato.

Realmente, não é essa a finalidade do Tribunal, pois, em tese, cabe ao STJ examinar a tese jurídica, não o valor da indenização.

Em outro precedente, esse exagero ficou patente, pois o dano moral por desembarque de passageiro idoso fora do ponto foi fixado em duzentos salários mínimos, quase o valor normalmente arbitrado para uma lesão grave, o que justificou a revisão (REsp 710.845/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 07/11/2005).

Na verdade, são as desproporções que fazem com que o Tribunal tenha de intervir.

4.4. Outra questão interessante é a prova dos lucros cessantes, que, segundo a jurisprudência tranquila da Corte, deve ser realizada no processo de conhecimento, não podendo ser delegada para a fase de liquidação.

Vale dizer, os lucros cessantes devem ser provados desde logo.

Nesse sentido, o interessante julgado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ÔNIBUS. ATROPELAMENTO. VÍTIMA QUE RESTOU TOTAL E PERMANENTEMENTE INCAPACITADA PARA O TRABALHO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. SENTENÇA CONDICIONAL. INEXISTÊNCIA. CUMULAÇÃO DOS DANOS MORAIS COM OS ESTÉTICOS. ADMISSIBILIDADE. (...)

– A prova dos lucros cessantes deve ser realizada no processo de conhecimento. A apuração do montante correspondente

à remuneração percebida pela vítima à época em que trabalhava pode ser relegada à fase de liquidação. Inexistência de sentença condicional, dadas as peculiaridades da espécie em exame – São cumuláveis os danos morais e danos estéticos, quando atingidos valores pessoais distintos.

Recurso especial não conhecido.

(REsp 327.210/MG, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, DJ de 1º/02/2005).

4.5. O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu ainda outros princípios que merecem destaque.

O princípio da *solidariedade* (art. 7º, parágrafo único, e 25, § 1º, do CDC) - segundo o qual, havendo mais de um autor para a ofensa, todos responderão solidariamente.

Trata-se, por exemplo, do caso do cirurgião-chefe em relação a toda sua equipe, hipótese em que o STJ definiu-lhe um grau de responsabilidade ampliado (REsp 605.435/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJ de 16/11/2009).

Há também o princípio da *interpretação mais favorável ao consumidor*, em relação ao qual gira toda a proteção conferida pelo Código, conforme os artigos 47, 54, § 4º; e 423 do Código Civil.

Os princípios da *boa-fé objetiva e da equidade*, exigidos na celebração do contrato, fundamentam a nulidade, por exemplo, das cláusulas que sejam consideradas iníquas, abusivas e que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada (art. 51, IV, do CDC).

O princípio da *reparação objetiva*, previsto nos artigos 14 e 16 do CDC, representa, em verdade, a grande mudança no sistema de prova dentro da responsabilidade civil que envolve o consumidor, ao estabelecer que o fornecedor responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores.

O primeiro precedente que trago estabeleceu a responsabilidade da empresa de ônibus, ainda que o dano tenha sido causado por terceiro, o que, a princípio, excluiria a responsabilidade. Contudo, em virtude das circunstâncias do caso concreto, a Quarta Turma entendeu que a transportadora responde pela indenização:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Transporte de passageiro. Ato de terceiro. Conteúdo da sentença condenatória.

- A transportadora responde pela indenização do dano sofrido pelo passageiro que desce do ônibus avariado para auxiliar o motorista e é atropelado por outro veículo. Controvérsia a respeito da extensão da responsabilidade do transportador que não se estabelece no caso dos autos.

- O acórdão que julga procedente a ação deve definir os danos indenizáveis e o critério de correção.

- Recurso conhecido em parte e provido.

(REsp 246294/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, DJ de 12/06/2000).

O segundo precedente estabeleceu:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Estado de necessidade. Ônibus. Freada que provoca queda de passageiro.

- A empresa responde pelo dano sofrido por passageira que sofre queda no interior do coletivo, provocada por freada brusca do veículo, em decorrência de estilhaçamento do vidro do ônibus provocado por terceiro.

- O motorista que age em estado de necessidade e causa dano em terceiro que não provocou o perigo, deve a este indenizar, com direito regressivo contra o que criou o perigo. Arts. 160, II, 1519 e 1520 do CCivil.

Recurso não conhecido.

(REsp 209.062/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, DJ de 05/08/2002).

Portanto, a responsabilidade da empresa de transporte não se apresenta apenas em relação ao usuário do sistema, mas também no tocante a terceiros.

Esse entendimento ficou claro em outro aresto:

AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATROPELAMENTO. VÍTIMA FATAL. ÔNIBUS. EMPRESA PERMISSONÁRIA DE SERVIÇO DE TRANSPORTE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

- As pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público de transporte respondem objetivamente pelos danos que seus agentes causarem a terceiros.

(AgRg no Ag 778.804/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 14/12/2007).

Cumpra-se destacar precedente que versava sobre ação de responsabilidade civil movida em face de ente municipal, decorrente da morte do filho e irmãos do autor, em razão de ônibus que realizava o transporte escolar. O motorista inovou no roteiro e efetuou uma parada em local não permitido, ocasião em que a vítima, de seis anos, desceu do coletivo e, na tentativa de cruzar a rodovia, foi atropelada por um caminhão. Nesse caso, entendeu-se pela responsabilidade solidária, tanto do município, quanto da empresa (REsp 996.056/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJ de 27/05/2009).

Em outro acórdão interessante, ficou caracterizado o dano moral do passageiro que, no meio do trajeto, foi impedido de seguir viagem, sob a alegação de que o aparelho de televisão que possuía estava mal acondicionado, embora a empresa de ônibus não tenha verificado as condições da bagagem por ocasião da partida (REsp 475.261/MT, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, DJ de 04/08/2003).

4.6. Em tema relativo à facilitação do acesso à Justiça, o STJ entendeu que constitui título executivo o termo de ajustamento de conduta firmado entre empresa de ônibus e o Ministério Público, visando à adaptação dos veículos às pessoas portadoras de deficiência física ou de necessidades especiais (REsp 418.395/MA, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, DJ de 16/09/2002).

Esteve em discussão, no Superior Tribunal de Justiça, o tema sobre a legitimidade para a execução do “Termo de Ajustamento de Conduta” (TAC) e a multa prevista pelo seu descumprimento, se apenas o Ministério Público ou se também o interessado no cumprimento da obrigação firmada (REsp 1.020.009/RN). A matéria está pendente de apreciação pela Primeira Turma.

4.7. Outra questão que merece destaque é a inversão do ônus da prova, não raro confundida com a obrigação de pagamento de honorários periciais.

O Tribunal estabeleceu que a inversão do ônus da prova não implica a determinação de inversão do pagamento de honorários, ou seja, a inversão do ônus da prova não obriga a parte a custear a prova, conforme a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL - PROCESSUAL CIVIL - REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO - INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - CRITÉRIO DO JUIZ - MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA - SÚMULA 7-STJ - PERÍCIA CONTÁBIL - NÃO OBRIGATORIEDADE DE PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

1 - Em primeiro plano, resta consolidado, nesta Corte, através da Súmula 297, que CDC é aplicável às instituições financeiras.

2 - Por outro lado, em se tratando de produção de provas, a inversão, em caso de relação de consumo, não é automática, cabendo ao magistrado a apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência, conforme estabelece o art. 6, VIII, do referido diploma legal. Configurados tais requisitos, rever tal apreciação é inviável em face da Súmula 07.

3 - Todavia, a determinação expressa de imediato pagamento dos honorários periciais está em desarmonia com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, já que a inversão do ônus da prova não obriga a parte contrária a arcar com as custas da prova requerida pelo consumidor, acarretando, tão somente, as conseqüências processuais advindas de sua não produção.

4 - Recurso conhecido em parte e, nesta parte, provido para, tão somente, afastar a imposição obrigatória de imediato pagamento dos honorários periciais, mantendo-se, entretanto, a inversão do ônus da prova.

(REsp 774.564/SP, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, DJ de 09/10/2006).

4.8. A cláusula de eleição de foro também é outro tema recorrente, em que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que “tratando-se de contrato de adesão, e sendo a ré microempresa, per-

tinente a aplicação do artigo 6º,VIII, do CDC, superando-se a cláusula de eleição com vistas a facilitação da defesa” (REsp 468.148/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ de 28/10/2003).

5. CONCEITOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor, além de trazer diversos princípios que regem a matéria, explicitou alguns conceitos essenciais para a delimitação do tema, entre os quais destaco o conceito de “consumidor”.

Previsto no art. 2º do CDC, expressão que mais chama a atenção no conceito de consumidor é a de “destinatário final”.

É aquele que utiliza, ainda que seja pessoa jurídica, o produto ou o serviço, efetivamente, como destinatário final, e não como incremento ou insumo de sua atividade.

Nessa situação, caracterizada a pessoa jurídica como destinatário final e, portanto, consumidor, surgem diversos mecanismos de proteção também aplicáveis à empresa, como a impossibilidade de eleição de foro, inversão do ônus da prova, responsabilidade objetiva.

O conceito de fornecedor, previsto no art. 3º do CDC, por outro lado, é indicado como 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.

Com base nesses conceitos principais, o Código, logo em seguida, trata da responsabilidade objetiva pelo fato do produto e do serviço, previstos nos artigos 12 a 14 do CDC, que atingem a própria pessoa do consumidor – gerando dano material e moral –, e pelos vícios do produto e do serviço, artigos 18 a 20 do CDC, vícios de quantidade, qualidade e inadequação.

Trago alguns precedentes que tratam desses temas relacionados à atividade de transportes:

5.1. No primeiro deles, constatou-se um travamento do sistema de freio no transporte de passageiros.

Foi caracterizado o fato do produto e, portanto, a responsabilidade, sem afastar o nexos causal, conforme a ementa a seguir:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. FALHA NO SISTEMA DE TRAVAMENTO DE FREIOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CARÁTER PROCRASTINATÓRIO NÃO VERIFICADO. MULTA AFASTADA. NEXO CAUSAL VERIFICADO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SÚMULA 7 DO STJ. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. PERÍCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO VERIFICADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. QUANTUM EXCESSIVO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. SÚMULA N. 326/STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

1. A matéria referente à culpa e ao nexo causal se alicerça nas provas carreadas aos autos, na instância ordinária; revolvê-la significa desrespeitar o entendimento jurisprudencial sedimentado por meio da Súmula 7 desta Corte Superior de Justiça (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”).

2. Inocorrente, na espécie, o cerceamento de defesa da recorrente tocante à produção de prova pericial.

3. A revisão do valor da indenização por dano moral só ocorre no caso de valores excessivos ou irrisórios. In casu, mostra-se excessiva a quantia fixada, devendo ser reduzida a patamares razoáveis.

4. “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca” (Súmula n. 326/STJ).

5. Recurso parcialmente conhecido e, na extensão, provido. (REsp 475.039/MS, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJ de 19/03/2007).

5.2. Quanto à responsabilidade pelo fato do serviço, ficou reconhecido que assalto no interior de estacionamento coberto de hipermercado é de responsabilidade deste, que deve responder pelo prejuízo (REsp 419.059/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ de 29/11/2004).

5.3 Em relação à responsabilidade pelo vício do produto, o Superior Tribunal de Justiça analisou hipótese em que caracterizado defeito de fábrica em veículo novo que nem sequer havia sido utilizado. A Terceira Turma entendeu que o fabricante estava obrigado a entregar outro auto-

móvel novo (REsp 195.659/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ de 12/06/2000).

5.4. O Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil preveem, ainda, excludentes dessa responsabilidade - quebra do nexo causal, inexistência de defeito, culpa exclusiva do consumidor, fortuito ou força maior -, as quais também são reconhecidas pela jurisprudência nos casos de transporte de passageiros.

O Superior Tribunal de Justiça, então, assentou algumas teses em relação às excludentes.

Destaco, por exemplo, a interpretação de que a ausência de indicação, no artigo 14 do CDC, do caso fortuito e da força maior como causas de isenção de responsabilidade do fornecedor do serviço não significa que, no sistema instituído pelo CDC, não possam as referidas excludentes ser invocadas.

Nesse sentido os seguintes precedentes:

Ação de indenização. Estacionamento. Chuva de granizo. Vagas cobertas e descobertas. Art. 1.277 do Código Civil. Código de Defesa do Consumidor. Precedente da Corte.

1. *Como assentado em precedente da Corte, o “fato de o artigo 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas. Aplicação do artigo 1.058 do Código Civil” (REsp nº 120.647-SP, Relator o Senhor Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 15/05/00).*

2. *Havendo vagas cobertas e descobertas é incabível a presunção de que o estacionamento seria feito em vaga coberta, ausente qualquer prova sobre o assunto.*

3. *Recurso especial conhecido e provido.*

(REsp 330.523/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ de 25/03/2002).

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE. PASSAGEIRO QUE PULA DE ÔNIBUS DESGOVERNADO E VEM A FALECER. ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não há como se acolher a tese de rompimento do nexo de causalidade pois, na espécie, a recorrente deu causa à situação de perigo em que se encontrava a vítima e as demais pessoas transportadas.

Recurso especial não conhecido.

(REsp 729.732/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, DJ de 23/10/2006).

Enquanto, no primeiro caso, o STJ reconheceu a aplicação da excludente de direito comum, no segundo, reconheceu o rompimento do nexo causal, porque o passageiro pulou do ônibus desgovernado e faleceu, havendo culpa exclusiva da vítima.

5.5. Por outro lado, percebe-se que a jurisprudência tem admitido claramente, mesmo ausente a ilicitude, a responsabilidade ao fundamento de que o fato de terceiro, que a exonera, é aquele que com o transporte não guarde nenhuma conexão.

Confira-se:

“O motorista do caminhão que empurrou o carro para baixo do ônibus e fez com que este atropelasse os pedestres” (REsp 469.867/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ de 14/11/2005).

Verifica-se, pois, que se trata de uma sequência de acidentes: caminhão empurrando carro para baixo do ônibus que atropela pedestres.

O Tribunal considerou a responsabilidade da empresa de ônibus, porque o fato de terceiro não se realizou fora do desdobramento normal da atividade de transporte.

Restou consignado, ainda, que o fato de terceiro que arremessa pedra no ônibus e fere um passageiro é causa suficiente para isentar a responsabilidade da empresa (REsp 247.349/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ de 26/02/2009).

Da mesma forma, a responsabilidade da pessoa jurídica é afastada, em regra, com base na excludente do fato de terceiro, em caso de assalto em interior de ônibus (AgRg no REsp 620.259/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 26/10/2009).

Também constitui causa excludente da responsabilidade da empresa transportadora fato causado por terceiro inteiramente estranho ao

transporte em si, como a hipótese de vítima atingida por disparo de arma de fogo efetuada por um dos passageiros do coletivo, em meio a uma confusão ou baderna (REsp 262.682/MG, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, DJ de 20/06/2005).

O próximo precedente trazido à análise trata de uma exceção à regra, que, normalmente, exclui a responsabilidade.

Ficou reconhecido que o motorista de ônibus tinha pacto com os assaltantes, e, nessa hipótese, o Tribunal entendeu que a atitude do preposto acarretava culpa da empresa:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ASSALTO A ÔNIBUS SEGUIDO DE ESTUPRO DE PASSAGEIRA. CASO FORTUITO. CONFIGURAÇÃO. PREPOSTO. OMISSÃO NO SOCORRO À VÍTIMA. RESPONSABILIDADE DA TRANSPORTADORA.

I. A 2ª Seção do STJ, no julgamento do REsp n. 435.865/RJ (Rel. Min. Barros Monteiro, por maioria, DJU de 12.05.2003), uniformizou entendimento no sentido de que constitui caso fortuito, excludente de responsabilidade da empresa transportadora, assalto a mão armada ocorrido dentro de veículo coletivo.

II. Caso, entretanto, em que a prova dos autos revelou que o motorista do ônibus era indiretamente vinculado a dois dos assaltantes e que se houve com omissão quando deixou de imediatamente buscar o auxílio de autoridade policial, agravando as lesões de ordem física, material e moral acontecidas com a passageira, pelo que, em tais circunstâncias, agiu com culpa a ré, agravando a situação da autora, e por tal respondendo civilmente, na proporção desta omissão.

III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp 402.227/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ de 11/04/2005).

6. CONCLUSÃO

No final desta exposição, em que apresentei uma breve visão da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça em relação a demandas

judiciais que envolvem o contrato de transporte e sua sustentabilidade, destaco alguns pontos.

A denominada “indústria do dano moral”, da qual se fala com muita frequência, de fato, em alguns momentos, mostra-se verdadeira, acarretando um viés perigoso para o equilíbrio econômico-financeiro da atividade empresarial.

Por conseguinte, é preciso que os juízes tenham muita sensibilidade para a fixação dos valores de indenização.

O empresário objetiva o lucro - porque é essa a finalidade de sua atividade -, enquanto o consumidor tem o direito a receber um bom serviço.

O custo do processo e o tempo necessário para seu julgamento, por outro lado, também devem ser computados nesse equilíbrio, pois não é fácil para grandes empresas administrar a grande carga de demandas.

É preciso, portanto, que as empresas invistam na prevenção dos problemas, conferindo atenção não só aos precedentes dos Tribunais, mas também à forte atuação do Ministério Público. ❖

Experiência na Gestão da Terceira Vara Cível e na Coordenação do SIGA

Maria Cristina Barros Gutiérrez Slaibi

Juíza de Direito da Terceira Vara Cível Comarca da Capital - Rio de Janeiro

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho visa a atender requisito para aprovação no Curso de Administração Judiciária e Gestão de Pessoas¹, organizado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) segundo os critérios da Escola Nacional de Formação e Aprimoramento de Magistrados (ENFAM).

Seu objeto é a experiência desta magistrada como Gestora da 3ª Vara Cível da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, e Coordenadora,² desde dezembro de 2006, do Sistema Integrado de Gestão das Varas Cíveis, que adota como fundamentos as Normas ISO 9001:2000 e 9001:2008.

A atividade ostenta imprescindível relevância no atendimento aos princípios que a Constituição da República impõe no art. 37, *caput*, como reitores da Administração Pública, bem como pelos novos procedimentos administrativos decorrentes da adoção do princípio da responsabilidade fiscal. Agora, principalmente, há o desafio de se atender à denominada Meta 5 do Conselho Nacional de Justiça, com a impressionante ementa: *Implantar método de gerenciamento de rotinas (gestão de processos de trabalho) em pelo menos 50% das unidades judiciárias de 1º grau até 31 de dezembro de 2010.*

2. HISTÓRICO

Em 11 de março de 2005, teve início a minha experiência com o SIGA, Sistema Integrado de Gestão, com a inclusão da unidade judiciária da qual sou titular, a 3ª Vara Cível da Comarca da Capital do Rio de Janeiro,

¹ Realizado de agosto-setembro de 2010, sob a coordenação do Desembargador Jessé Torres Pereira Júnior.

² Ato Executivo Conjunto TJ/CGJ nº 161, de 26/12/2006.

no rol das unidades voltadas ao atendimento dos requisitos estabelecidos nas Normas ISO 9001:2000 e, posteriormente, 9001:2008.

Depois de grandes esforços, em 14 de setembro de 2006, o referido Juízo obteve o Certificado Internacional de Gestão da Qualidade, com base na Norma ISO 9001:2000, sendo recertificado, com fundamento na Norma ISO 9001:2008, em 16 de setembro de 2009.

Através do Ato Executivo Conjunto TJ/CGJ 161, de 26.12.2006, na época, Presidente do Tribunal de Justiça, o Desembargador Sergio Cavaliere e Corregedor-Geral da Justiça, o Desembargador Luiz Zveiter, fui designada Coordenadora do Sistema Integrado de Gestão das Varas Cíveis (SIGA/VCIV) na árdua tarefa de tentar substituir a pioneira e eficiente colega Ledir Dias de Araújo, Juíza de Direito da 13ª Vara Cível, a quem rendo as minhas homenagens pela coragem, determinação, resistência e ousadia de quebrar paradigmas.

Descabe aqui relacionar todas as unidades do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro que foram certificadas, ou estão em processo de certificação, porque o rol, felizmente, já se mostra extenso, e certamente incompleto, pois muitas unidades, a cada mês, se integram a este desbravador projeto de trabalho.

É relevante pontuar o Modelo Simplificado de Gestão da Qualidade, implantado pelo Projeto Piloto criado pela Diretoria Geral de Desenvolvimento Institucional (DGDIN), sob a direção da admirável Doutora Cláudia Loretti Henrici, em três níveis 1, 2 e 3: básico, planejado e gerenciado. Tal modelo contou com o apoio irrestrito do atual e operoso Presidente do Tribunal de Justiça, Desembargador Luiz Zveiter, desde a época em que exercia a Corregedoria-Geral da Justiça, nos Núcleos Regionais 5º, 12º, 4º e 2º, compreendendo, no mês de agosto de 2010, aproximadamente 90 (noventa) Varas Cíveis.

3. CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA INTEGRADO DE GESTÃO – SIGA

O Sistema Integrado de Gestão da Qualidade que se propõe é um desafio rigoroso, que nos dá a oportunidade de encarar nossos medos, despertar o melhor de nossas capacidades, conduzir à melhor percepção da realidade que se almeja transformar.

O trabalho não é um fardo, antes é a realização da pessoa, projetando no mundo exterior o complexo feixe das características de sua per-

sonalidade. É a ação humana de transformação da realidade, incluindo as atividades que independem do seu conteúdo econômico.

No trabalho projetamos a nossa personalidade individual no mundo exterior. É a projeção do nosso espírito, é uma dádiva que devemos agradecer a Deus a cada amanhecer.

A sigla SIGA decorre da expressão Sistema Integrado de Gestão, e compreende o conjunto de elementos interrelacionados de atividades coordenadas mediante planejamento, organização e verificação constante de resultados, buscando melhorias contínuas.

A metodologia de gestão atual adotada é a Norma ISO 9001:2008. ISO é a sigla da Organização Internacional de Normalização (*International Organization for Standardization*), pessoa jurídica de direito privado, integrada por elementos de todas as nacionalidades, com sede em Genebra, Suíça, e que cuida da normalização das atividades em nível mundial.

4. EFICIÊNCIA E INTEGRAÇÃO

A finalidade da NBR (norma brasileira) ISO 9001:2008 é estabelecer critérios mínimos para a gestão eficiente e eficaz, tendo como foco principal a satisfação do usuário.

O Sistema de Gestão da Qualidade que se pretende, possível de ser implantado no Poder Judiciário, exige eficiência e integração.

E assim é porque o Poder Público, inclusive o Judiciário, no Estado Democrático de Direito, somente pode ser visto como legítimo, efetivo e atuante para todos os segmentos sociais se houver integração entre todos os elementos humanos que o compõe.

É fruto do empenho e dedicação de todos os operadores do Direito, Juízes, Advogados, membros do Ministério Público, servidores, conciliadores e demais pessoas envolvidas no processo judicial, inclusive, e principalmente, partes, terceiros não interessados e todos aqueles que, de uma forma ou outra, estão submetidos à atividade jurisdicional.

O Juiz não é Deus!

É o diretor do processo e gerente da integração de todos os que participam do processo da busca da Justiça efetiva.

O Sistema Integrado de Gestão da Qualidade, e muito já se falou sobre o dinamismo, não é estático. É um processo em mutação e evolução constantes. Visa à melhoria contínua.

Não é uma linha de chegada. É um caminhar diário e constante de aperfeiçoamento da missão constitucional de se concretizar a Justiça.

É atividade meio, instrumental, à disposição da atividade fim. Ele não veio, e nem poderia, pretender engessar a atividade jurisdicional.

5. PRINCIPAIS ROTINAS ADMINISTRATIVAS

Rotina Administrativa (RAD) é o documento que estabelece a forma de executar uma atividade ou processo de trabalho.

As Rotinas Administrativas são construídas todos os dias, em caráter dialético com os fatos e as necessidades. Daí a participação do RAS – Representante da Administração Superior, designado também por ato da Administração Superior, que, no caso de Unidade Organizacional judiciária de primeira instância, é o Juiz de Direito. Há também o Coordenador dos RAS do SIGA/VCIV, que, desde dezembro de 2006, é a Responsável pelo Expediente da 3ª Vara Cível, a eficiente serventuária Eliane Beyer Faler, também designada no já citado Ato Executivo Conjunto TJ/CGJ 161/2006.

Realizam-se reuniões dos RAS, dos Juízes e da Coordenação do Grupo SIGA/VCIV, que elencam propostas de alterações das Rotinas Administrativas (RAD) e que são aprovadas pelo Presidente do Tribunal de Justiça como principal executor das atividades administrativas.

Daí a grande importância da participação dos colegas Magistrados com críticas e sugestões que beneficiarão a todos.

O macroprocesso de trabalho no Poder Judiciário forma a espinha dorsal das atividades e se desdobra em julgar conflitos de interesses no 2º e 1º grau de jurisdição. Neste se inclui o de dirimir as lides em Varas Cíveis, que, por sua vez, desdobra-se nos seguintes processos de trabalho: RAD-VCIV-001 Documento Estratégico de Vara Cível; RAD-VCIV-002 Gerir a Entrega da Prestação Jurisdicional de Primeiro Grau; FRM-VCIV-002-01 Registro de Inspeção; RAD-VCIV-003 Gerir o Cartório; FRM-VCIV-003-01 Equipes por Processos de Trabalho - SIGA – VCIV.

Como também nestes: FRM-VCIV-003-02 Horário de Atendimento ao Balcão; FRM-VCIV-003-03 Pesquisa de Satisfação do Usuário; RAD-VCIV-004 Receber Documentos; RAD-VCIV-005 Autuar Processos Judiciais; RAD-VCIV-007 Processar; RAD-VCIV-008 Publicar Andamento dos Processos Judiciais; RAD-VCIV-009 Encaminhar Documentos; RAD-VCIV-010 Atender a Solicitações; RAD-VCIV-011 Digitar Documentos; RAD-VCIV-012

Secretariar o Juiz; RAD-VCIV-013 Tratamento de Produtos Não Conformes em Vara Cível; FRM-VCIV-013-01 Quadro de Controle de Produtos Não Conformes.

O Escopo do Sistema Integrado de Gestão das Varas Cíveis é a operação integrada dos seguintes processos de trabalho, visando a obter melhoria contínua na gestão das atividades: a) gerir a entrega da prestação jurisdicional de primeiro grau; b) secretariar o Juiz; c) garantir o funcionamento cartorário.

Em tal gestão, constitui responsabilidade da Administração Judiciária Superior, tanto por seus órgãos diretivos como pelos órgãos de execução da política na gestão administrativa: a) pensar, planejar; b) desenvolver, executar; c) conferir; d) agir corretivamente; e) aprender, aperfeiçoar.

O Sistema Integrado de Gestão da Qualidade, com fundamento nas Normas ISO anteriormente citadas, dispõe também sobre os denominados produtos não conformes com a Norma ISO, devendo o Juiz, na última das quatro Reuniões de Análise Crítica anuais, estabelecer os percentuais de produtos não conformes, para a análise das causas que estão originando aqueles desvios, através do procedimento de abertura de RACAP (Relatório de Ações Corretivas/Preventivas), conforme disciplinam as RAD-PJERJ-004 e RADVCIC-013.

São finalidades das Reuniões de Análise Crítica assegurar a contínua adequação, suficiência e verificação da eficácia do SIGA/VCIV.

Cada Reunião de Análise Crítica deve basicamente avaliar a Reunião de Análise Crítica anterior; se os Objetivos da Qualidade e Metas foram atingidos ou se demonstram que serão atingidos nos prazos estipulados e, em caso negativo, quais as ações gerenciais já tomadas e a tomar.

São também analisados na referida reunião, entre outros pontos, os resultados das pesquisas de satisfação e de opinião, indagando-se se o sistema está atendendo às necessidades e expectativas dos usuários e o que se pode fazer melhor. Deve, ainda, elencar medidas novas para verificação da eficácia do SIGA na reunião seguinte.

6. ADMINISTRAÇÃO RESPONSIVA

Tudo faz parte de um processo de maturação muito dinâmico que analisa a linha de tendência do Sistema de Gestão. As deliberações da Reunião de Análise Crítica decorrem de propostas de trabalho do Juiz, do RAS, dos integrantes da equipe cartorária e do Gabinete, do GRUPO SIGA/VCIC.

Ela também trata dos recursos humanos/materiais e dos problemas que possam afetar o Sistema Integrado de Gestão da Qualidade, de modo a antevê-los.

O princípio constitucional da eficiência, que se extrai do disposto no art. 74, inciso II da Constituição, implica o dever jurídico de avaliar os resultados quanto à eficácia e eficiência do serviço público prestado. É um processo dinâmico que visa à melhoria contínua.

A Administração deve ser Responsiva, vale dizer, atuar para atender ao usuário do serviço público, cujo direito decorre do disposto nos arts. 38 e 39 da Constituição; as respostas às demandas do usuário devem ser adequadas, respeitosas, esclarecedoras e prestadas em tempo hábil.

No Sistema Integrado de Gestão da Qualidade, temos as Pesquisas de Satisfação e de Opinião, e quanto a estas, as respostas aos elogios, reclamações e sugestões são afixadas em quadro de aviso nas unidades judiciais.

Niklas Luhmann ensina:³

La noción de autorreferencia se completa, casi ineludiblemente, con la de autopoiesis, que nombra a la aptitud de los sistemas de constituir los propios elementos que lo integran. Por ello el sistema social de Luhmann no puede definirse ni como cerrado em el sentido tradicional, ni como abierto, em el sentido de la Teoria General de Sistemas. No es cerrado porque continuamente incorpora nuevos elementos, y no es abierto, porque no los incorpora desde um entorno sino dentro desde mismo del sistema.

O SIGA, com base na Norma ISO, traz os instrumentos necessários, dentre eles, os Objetivos da Qualidade, Indicadores de Desempenho e Metas para cada Exercício, os quais são descritos e avaliados nas Reuniões de Análise Crítica. Constam do documento *Política e Objetivos da Qualidade de cada Vara Cível Certificada*, publicado e acessado na Intranet do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, assim como os respectivos Relatórios Estatísticos consolidados.

7. RESULTADOS DO SIGA

Do trabalho iniciado pela colega pioneira, Juíza Ledir de Araújo, da 13ª Vara Cível, por esta Magistrada continuado, obtivemos inúmeros

³ Sistema y función, em *Sociedad Sistema: La Ambición de la Teoría*, Paidós, Barcelona, 1990, p. 49.

avanços ao longo da implantação do Sistema Integrado de Gestão da Qualidade, com o esforço de todos, inclusive dos órgãos de apoio do Tribunal, especialmente da DGDIN, nos árduos processos de Certificação e Recertificação das Varas Cíveis.

À guisa de ilustração, destaca-se a melhoria do atendimento pelos Órgãos de Apoio do Tribunal, com várias unidades administrativas também certificadas, inclusive o arquivo, atualmente muito organizado, ágil, com tabela de temporabilidade disponível a todos e acessível *on-line*.

Destaque também para a ESAJ, Escola Superior de Administração Judiciária, que disponibilizou novos cursos, inclusive com treinamento dado por Juizes. O controle de documentos e registros em geral melhorou muito nas serventias judiciais.

Diversos Atos Normativos da Egrégia Presidência e Corregedoria Geral da Justiça, também decorrentes da participação intensa da Administração Superior do Tribunal, da Coordenação e do Grupo SIGA/VCIV, constituem fortes instrumentos de celeridade e efetividade, e devem ser citados: ofícios eletrônicos (Resolução CGJ 6/2006); baixa eletrônica (Aviso Conjunto TJ/CGJ Nº 08/2008); Diário Eletrônico (Resolução TJ/OE 10/2008); processamento dos agravos de instrumento (Resolução TJ/OE 11/2008); Mensageria (RAD-DGLOG-015); exclusão excepcional da mensagem *Petições a serem Juntadas* que foram encaminhadas pelo Proger, nos casos em que, comprovadamente, for impossível a juntada física das petições (Provimento CGJ 16/2008); desnecessidade de carimbo na numeração dos autos (Consolidação Normativa da CGJ); instituição formal do Gabinete do Juízo (Ato Normativo 4/2009); janelas no sistema (em razão de Auditoria Interna da 3ª Vara Cível, teve origem um RACAP, Relatório de Ação Corretiva/Preventiva, e, pelo Processo Administrativo 2007.256230, dele decorrente, desenvolveu-se aplicativo para inclusão de documentos recebidos, sem protocolo, sinalizando a sua existência para ser juntado aos autos, informado pela DGTEC-DERUS, por *e-mail*, em 10 de maio de 2010); prorrogação do prazo para a correção dos erros de classificação das Ações/Tabelas do CNJ (Aviso TJ 22/2009); solicitação de correção no rol de processos incluídos na Meta 2 do Conselho Nacional de Justiça.

Cumpre ressaltar, ainda, diversos recursos que implicaram melhorias das condições de trabalho, tais como, a mudança de *layout* dos gabinetes, salas de audiência, e em algumas unidades judiciais, também do cartório, incluindo mobiliário novo; computadores e impressoras novas para os

Cartórios e Gabinetes, além de envio de leitores óticos; e aumento do número de estagiários de Direito de três para cinco.

Como melhorias efetivas, destacam-se, ainda, as decorrentes do Mapa de Indicadores, com a inclusão de indicadores novos, reivindicação iniciada na época em que era Coordenadora a estimada colega Doutora Ledir de Araújo, os quais se mostram indispensáveis para o monitoramento dos processos de trabalho, com ênfase na transparência, melhoria contínua, produtividade, objetividade e verificação da eficácia/eficiência do Sistema de Gestão da Qualidade.

8. CONCLUSÃO

Como já dito, foi e continua sendo trabalho altamente estimulante e enriquecedor, exatamente por exigir a integração de todos, a qual pressupõe consciência, participação e responsabilidade, jungidos à gestão estratégica e operacional na missão constitucional de dirimir conflito de interesses.

Para tanto, faz-se mister propor sugestões que se espera ver alcançadas num futuro próximo, como a implantação do processamento virtual, anunciado pelo Presidente Luiz Zveiter, iniciando-se por aqueles processos que envolvem demandas de menor complexidade e/ou demandas consideradas de massa, o que vai exigir, evidentemente, capacitação e treinamento planejado não só de Juízes e serventuários como dos demais participantes do processo judicial.

Outro ponto de relevo é a instituição de política de pessoal regulando os variados aspectos da Gestão de Pessoas. O gestor tem que ter um mínimo de estabilidade na sua gestão. Não basta a letra fria da lotação formal em cada unidade judiciária, mas o pleno desenvolvimento dos recursos humanos com efetivo exercício, capacitado e responsável.

Reputam-se de grande relevância as novas sugestões de ações gerenciais (corretivas, preventivas e contribuições de melhorias), formuladas por Desembargadores, Juízes e Servidores, bem como uma maior integração desta Corte com os demais Tribunais de Justiça do país, e outros sistemas judiciais estrangeiros.

Por se tratar de um Sistema Integrado de Gestão, cujo foco é o usuário, faz-se necessária a criação de novos programas de esclarecimentos à população, realizados por Desembargadores, Juízes, Servidores e demais operadores do Direito, tomando-se como paradigma a TV Justiça.

Na efetivação da melhoria contínua, propõe-se a implantação de cursos de excelência, alguns já iniciados, nas áreas de Filosofia, Sociologia, Antropologia e Psicologia para magistrados, advogados, estagiários, servidores e demais operadores do Direito.

A Justiça é um poderoso instrumento de realização democrática e de expressão da cidadania. Nela depositamos frustrações e esperanças.

O Sistema de Gestão da Qualidade não é um processo pronto e acabado. Juridicamente poderíamos dizer: ele não faz coisa julgada. Ele deve ser construído a cada dia, por cada um de nós. É o toque de excelência. Esta exige a aplicação constante da ética, transparência, celeridade e responsabilidade social.

Qualidade só se pode alcançar com consciência, integração e responsabilidade.

Integração significa participação, mas não pode haver participação sem consciência. Aquele que participa sem consciência não pode sentir que é responsável.

A igualdade exige a liberdade de escolha. Esta só é possível quando há opções, mas só se têm opções quando se as conhece...

A sociedade exige da Justiça transparência, que é requisito do efetivo exercício da democracia material, de nada valendo a democracia meramente formal.

Rememorando Rui Barbosa: *aos iguais a igualdade; aos desiguais a desigualdade.*

A Justiça não pode ser descompromissada. Não se compadece com a omissão.❖

O Magistrado e o Ideal de Justiça

Reis Friede

Desembargador Federal e Professor Adjunto da Faculdade Nacional de Direito / UFRJ; Mestre e Doutor em Direito.

Muito embora possa ser considerado correto afirmar, em termos amplos e genéricos, que o *Magistrado* – no desempenho de seu mister – possua uma determinada condição, em princípio, acima da própria autoridade pública, de modo geral, por exercitar mais diretamente - agindo como Estado em nome do próprio Estado - o poder estatal, através da jurisdição, em nenhuma hipótese, tem o Magistrado uma autoridade e um poder que não estejam nitidamente previstos e limitados pela Constituição Federal e pelas leis infraconstitucionais que com ela convergem.

Por essa razão, não podem os Juízes - como erroneamente supõem os menos avisados - realizar o que se convencionou atecnicamente chamar de *Justiça*, de forma ampla, subjetiva e absoluta, considerando que o verdadeiro e único poder, outorgado legítima e tradicionalmente aos Magistrados - desde o advento da tripartição funcional dos poderes - é a prestação jurisdicional, com o conseqüente poder de interpretação e aplicação do ordenamento jurídico vigente, majoritariamente criado - em sua vertente fundamental - pelo Poder Legislativo, rigorosamente limitado à absoluta observância de regras próprias e específicas que, forçosamente, restringem o resultado final do que se convencionou chamar de Justiça à sua acepção básica, objetiva e concreta e, portanto, dependente da efetiva preexistência de um denominado Direito Justo.

*“(...) hoje, entende-se por Justiça a aplicabilidade eficiente e correta das leis vigentes em um determinado país. Um Juiz faz Justiça quando, imparcialmente, sem propender emocionalmente para esta ou aquela parte, aplica os preceitos legais cabíveis naquele caso em pauta.” (Jorge Jaime, in **Dois***

Conceitos: Justiça e Justo, JC, 9.7.92)

“A Justiça consiste em aplicar a pena conforme a lei” (Fernando Whitaker, fazendo alusão ao Código de Manu (art. 660), in “Direito Penal do Trabalho”, **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, v. 9, 1991, p. 31).

“Se as leis são injustas, mudem-se as leis. Caso sejam inconstitucionais, que assim sejam declaradas. Não cabe ao juiz deixar de aplicá-las de acordo com sua ideologia, consciência e critério, apoiada em uma suposta ‘justiça social’. Já ensinava Ennecerus que, ante a insubordinação do direito positivo ao direito ideal ou à justiça absoluta, deve caber ao legislador a tarefa de corrigir a injustiça através da derrogação da lei má, mas não ao Juiz recusar-lhe aplicação em nome de uma justiça ideal” (Hélio Cavalcanti Barros in **Direito Alternativo**, JB, 22.5.92)

Essa é exatamente a prisão e a conseqüente servidão a que estão vinculados os Membros do Poder Judiciário (além de todos os demais cidadãos brasileiros), sem qualquer exceção, em sua missão última e derradeira de - ao dizer o direito a ser aplicado - realizar, em última análise, o verdadeiro anseio do jurisdicionado, no sentido de alcançar o que ele mesmo ousou definir como Justo ou, em termos mais amplos, como Justiça, até porque, apesar de sua *independência política* (corolário parcial, para alguns autores, da garantia constitucional do devido processo legal), o Juiz se encontra, de forma permanente, inexoravelmente adstrito à lei em seu sentido mais amplo, conforme já, inclusive, prelecionava a lei alemã de 22 de março de 1924, *verbis*:

“A Justiça é distribuída por juízes independentes, única e exclusivamente subordinada à lei”.

Imperioso ressaltar que é, de fato, muito difícil para o Magistrado compreender e, principalmente, manter-se nesta limitada condição de humilde servo da lei *lato sensu*, realizador, portanto, de uma Justiça adstrita (e, por efeito, limitada), irremediavelmente dependente da criação de um Direito Justo (material e processual) por um outro poder, absolutamente soberano e independente, mas, por vezes, *data maxima venia*, distante e divorciado da realidade social e dos verdadeiros anseios dos integrantes do povo, na qualidade de permanentes e potenciais jurisdicionados.

“O problema que se pode arguir, de início, é saber-se se um Juiz pode, aplicando a justiça, ser justo. Modernamente esses dois conceitos não são sinônimos. As leis são coercitivas, educativas, estruturantes sociais por excelência. Mas podem ser injustas (...)” (Jorge Jaime, ob. cit., JC 9.7.92).

“(...) O Magistrado não é um homem para se contrapor à ordem jurídica. O Magistrado é um homem para dar concreção a uma ordem jurídica. Ordem jurídica que tem uma feição política irrefutável, porque não tem sentido que você imagine uma contradição dialética dentro do exercício do próprio Poder” (J. J. Calmon de Passos, in a “Formação do Convencimento do Magistrado e a Garantia Constitucional da Fundamentação das Decisões”, Simpósio de Direito Processual Civil - 11.5.91)

“Na verdade, embora com atividades restritas, os Juízes possuem opiniões pessoais sobre assuntos políticos. O bom julgador, no entanto, é aquele que consegue deixar sua formação política em segundo plano, no momento do julgamento, e colocar acima dela a preservação da ordem jurídica” (Sydney Sanches, Ministro-Presidente do STF (à época) in “O Judiciário deve cumprir e fazer cumprir a Constituição”, GM, 25.6.92)

No entanto, essa específica condição do Magistrado é, em princípio, absolutamente imutável - quer por sua própria vontade em eventual comunhão ou não com uma das Partes do Processo, quer com a plena concordância de ambas as Partes e, até mesmo, com o aval do próprio órgão Ministerial na qualidade de *custos legis* -, considerando que a legislação em vigor, especialmente a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (art. 35, I, da Lei Complementar nº 35/79) é expressa no sentido de ser dever indeclinável do Juiz *“cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão as disposições legais e os atos de ofício”*. É importante salientar que a rigorosa observância desse dever é a única garantia real dos jurisdicionados, na medida em que as decisões do Poder Judiciário são absolutamente soberanas e não se sujeitam, em princípio, ao controle direto de qualquer outro Poder. Por outro lado, resta lembrar que o descumprimento desse dever pode vir a constituir, pelo menos em tese,

até mesmo, *crime de prevaricação*, no caso específico do Juiz vir a praticar ato, proferir decisão ou prolatar sentença, - com dolo específico de satisfazer interesse ou sentimento pessoal -, contra disposição expressa de lei (art. 319 do Código Penal).

“No Estado democrático é imperioso que os governantes e os cidadãos estejam sempre imbuídos do sentimento jurídico. O desrespeito à ordem jurídica traz graves consequências, pois desmoraliza o princípio da autoridade, encarnado pelo Executivo, avilta o Poder Legislativo, que exprime os anseios de liberdade do povo, desmoraliza o Judiciário, atingindo a sua razão de existir.

No nosso sistema institucional, a garantia jurídica, em última análise é a concedida pelo Judiciário, Poder independente como os outros dois, com os quais deve atuar harmonicamente.

No quadro descrito, o Poder Judiciário, no exercício das suas atribuições, não presta vênias aos demais Poderes, nem dele as recebe, mas apenas à Constituição e às leis que com ela se conformem. Cinge-se a fazer justiça sempre que, concretamente, seja invocada a tutela jurisdicional do Estado.” (Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, em cerimônia comemorativa do primeiro aniversário do STJ)

Não é por outra razão que - não obstante a insistência de um ou outro Juiz em procurar realizar o denominado “Justo Abstrato” -, a grande totalidade dos Magistrados se vê consciente na inafastável obrigação de ter que aplicar, independente de sua livre vontade, convicções pessoais e ideologias políticas, a lei objetiva adequada ao caso concreto, ainda que esta possa produzir, através de sua correta interpretação, um resultado que aparentemente o Julgador possa, em seu Juízo particular de valoração, entender como objetivamente “injusto”.

“Constituirá, sem dúvida, um perigo insuperável, uma absoluta negação do valor segurança o admitir-se que os Juizes e, muito menos, as partes possam litigar com base no que é justo, dado, sobretudo, à invencível dificuldade de se esta-

belecer qual é o justo de cada um” (Francisco W. L. Dantas in “Uma Abordagem Hermenêutica sobre o Chamado Direito Alternativo”, Revista AJUFE, maio/jun 92, p. 15/16).

Essa virtual limitação, é conveniente frisar, atinge a todos os espectros de pronunciamentos judiciais, positivos ou negativos, na efetiva aplicação de um dado dispositivo legal que, por qualquer motivo, deva ser observado em um caso concreto levado ao conhecimento do Magistrado.

“Ora, para que algum Juiz pudesse ser realmente justo, teria de possuir poderes que a sociedade ainda não lhe outorgou. Sua onipotência precisaria ser reconhecida, pois para fazer-se justo, muitas vezes, teria que reformular toda a estrutura social daquele momento histórico. O Juiz não faz e nem propõe leis; este poder pertence ao Legislativo e, em certos regimes políticos, o Executivo pode sugeri-las, pode decretá-las (...).”

“O lógico seria que os Juízes fossem consultados na feitura das leis para informar serem elas justas ou não. Mas isto não acontece. E, uma vez impostas as leis, mesmo as injustas, serão cumpridas com convivência pacífica dos Juízes” (Jorge Jaime, ob. cit., JC, 9.7.92)

É por esta razão que, independente da simples vontade, derivada da valoração particular e subjetiva do Juiz, não pode o mesmo, em nenhuma hipótese, afastar-se do denominado “império da lei e da ordem jurídica”, devendo se ater, de forma serena e complacente, à rigorosa observância dos preceitos legais em vigor que se harmonizam com a defesa dos valores mais sublimes que traduzem a verdadeira essência do Direito.

“O direito, portanto, não é uma coisa que gera justiça. O direito é uma coisa que gera ordem. Em termos de exercício de poder, pode ou não gerar justiça” (J. J. Calmon de Passos, in “A Formação do Convencimento do Magistrado e a Garantia Constitucional da Fundamentação das Decisões”, Simpósio de Direito Processual Civil, 11.5.91)

Por outro lado, não poderíamos deixar de registrar que essas referidas e eventuais limitações, derivadas da imperatividade das normas relativas ao Direito Positivo vigente, não atingem apenas os Magistrados,

mas evidentemente todos os integrantes da denominada tríade basilar da Justiça (o que inclui, além dos Juízes, os Advogados e os Membros do Ministério Público), bem como o próprio somatório dos cidadãos em nosso País e até mesmo no estrangeiro.

Trata-se, de maneira efetiva, da inafastável imperatividade - e, por via de consequência, rigorosa observância - das normas jurídicas de direito positivo - por todos (mas, em especial, pelos aplicadores da lei) - como natural imposição da segurança das relações sociojurídicas, dentro do contexto amplo do binário básico do Direito que privilegia, além da dimensão do valor da Justiça, fundamentalmente a Segurança das Relações Jurídicas.

Por efeito, devemos deduzir não ser possível - a título de aplicação do denominado direito alternativo, uso alternativo do direito ou a qualquer outro - produzir-se uma verdadeira subversão à ordem legal - na qualidade de garantidora última da estabilidade social -, criando (sem legitimidade e competência para tanto) um verdadeiro direito paralelo, absolutamente divorciado das normas legais vigentes e da técnica jurídica própria, efetivamente vinculativa (e, portanto, restritiva) de sua correta interpretação.

*“A lei não pode nunca envolver uma injunção de ordem geral que na realidade traduza o que seja mais conveniente para cada um em particular, ela não pode determinar com absoluta exatidão o que seja bom e direito para cada membro da comunidade a um só tempo, seja qual for. As diferenças da personalidade humana, a variedade a que se entregam as pessoas e a inexorável instabilidade de todos os negócios humanos tornam impossível, seja como for, ditar regras gerais que se mostram boas para todas as questões em todos os tempos” (Platão apud Vitor A. A. Bonfim Marins, “Sobre o Juiz, a lei e a idéia de Justiça”, **Revista de Direito Civil**, 36:7).*

“A criação da lei pelo próprio Juiz, para o caso concreto, como propõe o chamado direito alternativo, é uma extravagância tão grande como a que é atribuída a D^a Maria I, Rainha de Portugal, conhecida como “a louca”, que dividia os pleitos que lhe eram submetidos mediante aplicação de uma imaginária ‘lei mental’. Os vereditos daquela soberana variavam de acordo com seu humor ou com maior ou menor grau de

lucidez que passava ao proferir a Justiça.” (Ney Magno Valadares in “A Ética do Magistrado, palestra proferida na Justiça Federal de 1ª Instância”, Seção Judiciária do Rio de Janeiro, em 08.04.94)

Também, a esse propósito, devemos concluir, sem qualquer vacilação, que o cerne da questão do *Justo* - e, por extensão, da Justiça como elemento axiológico fundamental do Direito -, portanto, não se encontra propriamente na valoração genérica e subjetiva de cada Julgador, ou mesmo circunstanciado pela força da paixão interior de cada Magistrado; mas, ao contrário, no rigor da aplicação racional da lei, de forma serena, equilibrada e, fundamentalmente, *imparcial* pelo Julgador.

“A paixão perverte os Magistrados e os melhores homens: a inteligência sem paixão - eis a lei” (Aristóteles, in **Política**, Livro III, Capítulo XI, 4ª ed., Francesa de Laboulaye).

“Nada é mais inimigo da verdadeira justiça do que a paixão. E nada a atropela mais do que a pressa. Os julgamentos apaixonados não são julgamentos, são libelos, são atos unilaterais eivados de nulidade” (Sílvio Meira in “Clamor pela Justiça”, **JC**, 4.9.92)

O Magistrado (e, por extensão, o órgão jurisdicional), é importante frisar, somente realiza a *Justiça* em sua amplitude maior, quando, de maneira *inflexível e independente* - sem propender para esta ou aquela causa -, afirma o direito, amparado única e exclusivamente pela imperatividade da lei em seu sentimento amplo, interpretando e aplicando, consoante o arcabouço técnico-jurídico próprio, a norma jurídica, de forma absolutamente *imparcial* e distante, por efeito, da paixão e da emoção, próprias das partes envolvidas que necessária e constantemente rondam as diversas causas.

*“É necessário que o órgão jurisdicional não corra perigo de carecer da **independência, inflexibilidade e imparcialidade** indispensáveis ao seu ofício (...).”* (Giuseppe Chiovenda in **Instituição de Direito Processual Civil**, v. III, p. 312)

Imparcialidade, ao lado do equilíbrio e da serenidade, se constituem, por efeito conclusivo, na palavra chave, no valor máximo a ser

buscado, de todas as formas, pelos Membros do Poder Judiciário em sua missão última de produzir - através de suas decisões - o que convencionalmente ousamos chamar de *Justiça* em sua acepção mais ampla. Não é por outra razão, portanto, que a *capacidade subjetiva do Julgador*, pelo menos em tese, deve ser sempre questionada, incluindo, nessa avaliação, a constatação do real distanciamento do Magistrado em relação às paixões trazidas pelas partes, como bem assim, de suas próprias, permitindo que a *razão* e o *ideal ético* (a vontade livre dirigida unicamente à realização do bem comum) possam sempre, - e em todas as hipóteses e circunstâncias -, prevalecer. ❖

O vício da decisão judicial fundada em lei declarada inconstitucional ou fundada em interpretação ou aplicação da lei, tidas pelo STF como incompatíveis com a Constituição: mais um caso de coisa julgada inconstitucional?

Ricardo Marques de Almeida

*Procurador Federal no Estado do Rio de Janeiro.
Pós-graduado em Direito Processual Civil.*

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A possibilidade de existirem decisões judiciais que dispensam tratamento díspar a casos assemelhados costuma ser justificada em razão do princípio do livre convencimento motivado do juiz. A aplicação do direito ao caso concreto, embora reconhecidamente não se dê num sistema dedutivo, que se opera pela lógica cartesiana, que atribuiria ao juiz apenas desvendar a única solução possível extraída do enunciado normativo¹, cria um ambiente de independência judicial, que é essencial à existência de um Estado de Direito. Os juízes julgam de acordo com suas consciências e de acordo com a interpretação que dão às leis da República. No entanto, essa liberdade implica a possibilidade de tratar situações iguais de maneira desigual, afinal, uma norma jurídica só existe quando interpretada². E as variações de sentido por que podem ser decididos um mesmo caso podem colocar em questionamento a *justiça* e a *segurança* das decisões judiciais, principalmente aos olhos dos destinatários das normas.

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 281.

² Não é raro que, em decisões colegiadas, haja votos em sentido divergentes sobre a mesma situação de fato. A propósito, vide o julgamento do STF no HC 73662/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Mello.

A preocupação com a uniformidade da aplicação do direito tem sido encarada, principalmente, sob o enfoque da administração da justiça. As diversas reformas por que passaram o Código de Processo Civil e o microsistema de processo coletivo ao longo das últimas duas décadas consagraram mecanismos processuais que valorizam a força do precedente e tendem a pacificar um mesmo entendimento conferido a situações idênticas. A súmula vinculante (CF, art. 103-A); a súmula impeditiva de recurso (CPC, art. 518, § 1º); o julgamento monocrático pelo Relator (CPC, art. 557); o julgamento monocrático do Relator do agravo de instrumento que visa destrancar os recursos especial e extraordinário, quando o acórdão recorrido estiver em consonância com Súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal Superior (CPC, art. 544, §4º, “c”); o julgamento por amostragem na repercussão geral (CF, art. 102, § 3º c/c art. 143-B do CPC) e nos recursos repetitivos (CPC, art. 543-C); o incidente de uniformização de jurisprudência nos tribunais (CPC, art. 476); os embargos de divergência (CPC, art. 546); o recurso especial fundado em divergência (CF, art. 105, III, “c”); a improcedência *prima facie* (CPC, art. 285-A); a dispensa de remessa necessária quando a sentença contra a Fazenda Pública estiver em acordo com a jurisprudência do STF e súmulas de tribunais superiores (CPC, art. 475, § 3º); a sistemática dos processos coletivos (CDC c/c Lei nº 7.347/85); e dos processos de natureza objetiva (Lei nº 9.868/99) foram concebidos para, em larga medida, racionalizar o uso da máquina judiciária, poupando-lhe da apreciação de casos semelhantes.

Nesse contexto, a regra do art. 741, parágrafo único, do CPC, que foi repetida no art. 475-L, § 1º do CPC e, com algumas nuances, no art. 884 § 5º da CLT e agora no art. 511 § 5º no projeto do novo Código aprovado pelo Senado, parece ser a tentativa derradeira de uniformizar as decisões judiciais em matéria constitucional. A regra permitiu ao devedor, na execução, obstar a pretensão do demandante porque seu título judicial, que se fundou em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais, ou que se fundou em interpretação ou aplicação tidas como incompatíveis com a Constituição pelo STF, se tornou, segundo a letra da lei, inexecutável.

Nesse ensaio, irei me referir principalmente ao art. 741, parágrafo único, do CPC, que tem redação idêntica ao art. 475-L, § 1º, também do CPC, mas apresenta pequenas diferenças textuais do art. 884 § 5º da

CLT - trazido pela Medida Provisória nº 2180-35/2001³ - de modo a tentar reduzir, ao longo do texto, a quase inevitável repetição dos artigos ou da referência ao seu conteúdo.

Ao meu ver, a regra do art. 741, parágrafo único, do CPC, fortalecerá a Justiça como instituição, pois permitirá que o juízes tenham poder, a partir de previsão normativa expressa, para manter a supremacia da Constituição nas hipóteses residuais de decisões idênticas que escapam aos mecanismos de uniformização e também protegerá a confiança dos jurisdicionados, porque se mantém uma das regras do jogo que dita que a Constituição não é senão aquilo que diz o Supremo Tribunal Federal⁴.

Embora inserida na disciplina de institutos processuais diferentes – dos embargos à execução contra a Fazenda Pública (art. 741, parágrafo único, do CPC), dos embargos à execução trabalhista (art. 884 § 5º da CLT) e ao incidente de impugnação do cumprimento de sentenças (art. 475-L, § 1º do CPC) – sua incidência guarda semelhanças e consequências de ordem processual e material que vão além da diferença procedimental entre eles. Para compreender sua incidência e principalmente as objeções que lhes são dirigidas, é preciso entender o quadro normativo no qual foi inserida – a execução civil – e a natureza das sentenças que podem ser desfeitas pelos efeitos rescisórios da regra.

Com efeito, na execução, enfrenta-se uma crise do inadimplemento. Por isso, a atividade executiva tem sua estrutura voltada à satisfação, sem delongas desnecessárias, do direito do credor. Com efeito, *in executivis*, o demandante formula pedido para citação do réu para este cumprir a obrigação e não para se defender; o transcurso do prazo aberto pela citação tem como eficácia a ratificação do inadimplemento em lugar da

3 A Emenda Constitucional nº 32/2001 trouxe uma regra que criou as esdrúxulas figuras das Medidas Provisórias “definitivas”, cuja incidência já se esgotou, vale dizer, sob a atual ordem constitucional não mais existirão Medidas Provisórias que sobrevivam além do interstício de 120 dias. A fórmula encontrada, inserta no art. 2º da EC nº 32, foi estender a vigência das Medidas Provisórias editadas anteriormente à publicação da referida Emenda, até que outra MP a revogue ou até deliberação do Congresso Nacional sobre o assunto. Na prática, essas Medidas de urgência, com força de lei, ganharam uma estabilidade normativa semelhante as das leis, pois apenas deixam de vigor quando outra lei o ato normativo superior dispuserem de forma diversa.

4 De acordo com Luís Roberto Barroso, “[a] ideia de segurança jurídica envolve três planos: o institucional, o objetivo e o subjetivo. Do ponto de vista *institucional*, a segurança refere-se à existência de instituições estatais dotadas de poder e de garantia, aptas a fazer funcionar o Estado de Direito, impondo-se a supremacia da lei e sujeitando-se a ela. Do ponto de vista *objetivo*, a segurança refere-se à *anterioridade* das normas jurídicas em relação às situações as quais se dirigem, à *estabilidade* do Direito, que deve ter como traço geral a permanência e continuidade das normas e a *não retroatividade* das leis, que não deverão produzir efeitos retrospectivos para colher direitos subjetivos já constituídos. E, do ponto de vista *subjetivo*, a segurança jurídica refere-se à *proteção da confiança* do administrado, impondo à Administração agir com coerência, lealdade e respeitando as legítimas expectativas do administrado, *Revista Eletrônica do Direito do Estado* n. 2, 2005. In: *direitodoestado.com.br*.

revelia (CPC art. 580); embora haja certas doses de cognição⁵, os atos típicos da função executiva são atos de sub-rogação e atos de coerção; o processo de execução é regido, entre outros, pelo princípio do desfecho único, qual seja, a satisfação do direito do credor. Se o processo findar com solução diversa, dir-se-á que houve um desfecho anormal⁶; no processo executivo, não se discutem questões de fundo atinentes à existência da obrigação exequenda, por força da eficácia abstrata atribuída ao título executivo; o exequente pode desistir do processo independentemente do consentimento do demandado, salvo se este tiver oposto embargos (CPC, art. 569) etc. Se a ação estatal falhar na tentativa de debelar esta crise de adimplemento, principalmente em decorrência de fatores imputáveis à prestação jurisdicional, a própria legitimação da atividade jurisdicional restará comprometida. Não é à toa que Cândido Rangel Dinamarco⁷ afirma, de forma contundente, que “executar é dar efetividade e execução, é efetivação”. Talvez isso tenha criado objeções à regra, como aquelas registradas na 4ª audiência pública do anteprojeto do novo CPC, realizada em março de 2010, que transcrevo, *ipsis litteris*, conforme registros disponibilizados pelo Senado Federal⁸, *in verbis*:

“Quer dizer, você tem o cidadão que se submete a um demanda processual de natureza administrativa, com direito de fundo administrativo ou tributário, ultrapassa dez anos de tramitação judicial, o seu processo transita em julgado, quando chega na fase de cumprimento do julgado ou na execução, ele se depara com uma regra que está no Parágrafo Único, inserido em 2001 pela Medida Provisória 2180, que afirma que se alguém tiver aquela decisão por inconstitucional, esta decisão não precisa ser cumprida, porque o título executivo não é mais judicial, ele não configura mais título executivo

⁵ *In executivis*, o juiz exerce atividade de cognição, p. ex, ao averiguar a validade dos atos de constrição praticados, bem como ao determinar sua correção (CPC art. 667, I), quando rejeita a oferta por preço vil ou quando autoriza a alienação antecipada de bens. Enfim, a execução não é uma atividade cega e mecânica, não obstante seja sua finalidade precípua a realização prática do direito do exequente. Aliás, a existência de doses de cognição é inerente a qualquer processo, como percebeu Kazuo Watanabe ao afirmar que “inexiste ação em que o juiz não exerça qualquer espécie de cognição”. Cf. WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 37.

⁶ O desfecho único é um princípio específico da execução civil, que não exclui outros como o *due process of law*, a motivação das decisões judiciais, o juiz natural etc. Uma análise mais acurada dos princípios regentes do processo civil brasileiro é encontrada em NERY JR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, v. IV, p. 37.

⁸ <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>

judicial. Então esse Parágrafo Único do art. 741 que afirma, e em especial e ele traz uma pegadinha na época, que eu não sei como é que passou isso. É uma pegadinha, porque ele diz: olha, se o Supremo Tribunal Federal disser que é inconstitucional, você não pode cumprir, até aí poderíamos discutir, ainda que haja coisa julgada material, poderíamos discutir o caráter constitucional no controle concentrado, enfim, tudo bem, agora no finalzinho ele diz ou de interpretação tidas por qualquer pessoa inconstitucional, por inconstitucionais. Mas o que é isso? Aí, você chega e diz para a parte: “Olha, o Juiz daquela Vara”, com perdão, com respeito às decisões da magistratura, nós sabemos que há decisões para todas as áreas, aí, chega, de repente, magistrado, ele, pessoa física, ele como intelectual do direito tem a opinião de que aquela decisão é inconstitucional, e ele vai afirmar que é inconstitucional na fase da execução, porque infelizmente o artigo, se você usar a interpretação literal, permite essa posição. Então, eu peço a V. Exas. encarecidamente que quanto a este ponto adotem alguma providência para que este aspecto seja retirado em definitivo do art. 741, ou pelo menos o seu Parágrafo Único lá do Código de Processo Civil”.

Penso diferente. Entendo que a regra do art. 741, parágrafo único, do CPC, repetida em outros dispositivos, aperfeiçoou o controle da constitucionalidade das leis e conferiu mais segurança jurídica ao sistema, porque *não há segurança na inconstitucionalidade.*

No Brasil, o tema tem sido tratado juntamente com a problemática da “coisa julgada inconstitucional”⁹, sem dispensar-lhe a atenção merecida.

⁹ Talvez o exemplo mais emblemático da coisa julgada inconstitucional diga respeito ao conflito entre o comando de uma sentença numa ação de investigação de paternidade já transitada em julgado que contrarie o resultado de exame de DNA realizado posteriormente. Num exemplo apresentado por Eduardo Couture, que trabalhou com o conceito da coisa julgada delincente, um menino uruguaio não teve sua paternidade reconhecida por seu legítimo pai, um rico fazendeiro daquela região dos Pampas, porque este estava de conluio com procurador do menor. A sentença foi proferida e, naturalmente, transitou em julgado, forjando uma realidade que somente existia nos autos do processo, completamente distanciado da vida social. E como o Direito só existe em função do homem, admitir-se essa situação seria sucumbir a formalismos que, neste caso, mostram-se inúteis em face do princípio maior que norteia toda a atividade jurisdicional que é a busca pela justiça. Por fim, conclui que se fossem fechados os caminhos para a desconstituição da coisa julgada em hipóteses como esta, acabaria sendo outorgada uma carta de cidadania e legitimidade à fraude processual e às formas delituosas no processo. Há quem chegue, inclusive, a propor que nas ações relativas ao estado das pessoas, a coisa julgada se forma *secundum eventum probationis*. Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de. “Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação”. In: Fredie Didier Jr. (Coord.). **Relativização da coisa julgada: Enfoque crítico**. Salvador: JusPodivm, 2004, p. 81.

Existem diferenças substanciais entre a relativização da coisa julgada inconstitucional e a aplicação do art. 741, parágrafo único, do CPC. No primeiro caso, a sentença se formou regularmente e se discute se a injustiça nela contida – fruto de *error in iudicando* – foi amparada pela autoidade da coisa julgada¹⁰; no segundo, a sentença também pode ter sido prolatada em consonância com as leis do processo, mas o desrespeito à Supremacia da Constituição não configura um mero *error in iudicando* apagável pela eficácia sanatória da coisa julgada, porque, enquanto cada juiz é livre para aplicar o Direito mediante decisão motivada sobre a controvérsia que se formou em cada processo, a última palavra ao derredor da constitucionalidade de uma lei cabe ao STF, a quem compete guardar a Constituição. Trata-se, portanto, de uma coisa julgada incapaz de irradiar segurança.

A propósito, diz Gustav Radbruch¹¹ que

“[a] disciplina da vida social não pode ficar entregue, como é obvio, às mil e uma opiniões dos homens que a constituem na suas recíprocas relações. Pelo facto de esses homens terem ou poderem ter opiniões ou crenças opostas, é que a vida social tem de ser disciplinada dum maneira uniforme por uma força que se ache colocada acima dos indivíduos (...) Se ninguém pode definir dogmaticamente o justo, é preciso que alguém defina dogmaticamente o jurídico, estabelecendo o que se deve observar-se como direito”.

Há uma dicotomia¹², pois, no discurso da “flexibilização da coisa julgada inconstitucional”, porque os fundamentos para flexibilizar a *res*

10 O Estatuto do Tribunal Penal Internacional, que foi incorporado ao direito pátrio pelo Decreto Presidencial nº 4388/2002, apesar do princípio da complementariedade, já previu nos seus art. 17 à 20 algumas possibilidades de desfazimento da coisa julgada proferida até mesmo em favor do réu em processos criminais, independente de prazo, ante a gravidade dos crimes praticados.

11 RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 6ª ed., Coimbra: Arménio Armado, 1979, p. 177-8.

12 Conquanto não se trate da mesma hipótese, até porque a previsão da regra do art. 741, parágrafo único, do CPC sequer existia à ocasião, o STF já julgou que não prevalece a coisa julgada contra a Constituição de 1988, em especial ante a previsão do art. 17 do ADCT. Em decisão bastante recente, a Ministra Ellen Gracie reconheceu repercussão geral ao RE nº 600658, que trata do tema, e, sem afetá-lo ao Plenário, proferiu julgamento monocrático (*ex vi* do art. 325 do RISTF c/c art. 543-B, §3º do CPC), por entender que o STF já havia firmado entendimento semelhante de não ser absoluta a garantia da coisa julgada anterior à CF/88 e que lhe é contrária, conforme julgamento do RE nº 146331. Ao meu ver, a questão foge do discurso da coisa julgada inconstitucional, pois passa pelas características do poder constituinte originário, que não reconhece limitações e condicionantes, mas não deixa de se inserir no tema da relativização da garantia constitucional da *res judicatae*. Por esse motivo, reputei necessário o registro do caso em rodapé, em vez do texto principal cujo corte epistemológico é mais específico.

judicatae no caso de aplicação do art. 741, parágrafo único, do CPC e nos casos de injustiça manifesta, em que há colisão de valores constitucionais, são distintos. Em ambos, persiste o recorrente embate entre justiça e segurança, mas nos casos sob a incidência da regra contida no parágrafo único do art. 741 do CPC há um *plus*: visa-se a escoimar a insegurança na aplicação do Direito¹³.

Cuida-se, de fato, de uma regra inovadora, que guarda semelhança com o §79-2 do *Bundesverfassungsgericht* – a Lei Orgânica do Tribunal Federal Constitucional alemão. Nela, a execução, cujo título fundou-se em norma inconstitucional, pode ser obstada, mas o título é mantido intocável. Vale dizer: mantém-se a coisa julgada, mas se paralisa a sua eficácia, esvazia-se o seu conteúdo, que se torna inexistente. Se adequadamente aplicada, a regra do parágrafo único do art. 741 do CPC não trará riscos à estabilidade dos direitos, na medida em que é possível preservar os efeitos pretéritos das sentenças condenatórias infirmadas pelo vício, quando isso se fizer necessário, mediante a modulação dos efeitos temporais da inconstitucionalidade prescrita pelo art. 27 da Lei nº 9.868/99.

De todo modo, sua aplicação apenas se dará em hipóteses residuais, quando persistirão decisões singulares em discrepância com aquilo que foi decidido, em matéria constitucional, pelo Supremo Tribunal Federal.

Há inúmeros mecanismos para evitar essa incoerência no sistema. São as hipóteses, por exemplo, de julgamento dos recursos extraordinários, em que o art. 543-B do CPC fala de “multiplicidade de recursos fundada em idêntica controvérsia”. Nesses casos, o STF apreciará os recursos selecionados como representativos da controvérsia¹⁴, mantendo os demais sobrestados nos Tribunais e Turmas Recursais dos Juizados, que serão julgados, posteriormente, na forma do art. 543-B §§ 1º e 2º do CPC. Em tese, ao admitir a repercussão geral, o sistema não permitiria que casos idênticos tivessem julgamentos diferentes, pois os demais recursos aguardariam o julgamento do Supremo na instância *a quo*.

13 Em nota de rodapé do seu ensaio sobre a relativização da coisa julgada inconstitucional, Barbosa Moreira reconhece a diferença substancial entre os dois casos, com as seguintes palavras: “Mereceria exame em separado o caso do parágrafo único acrescentado ao art. 741 pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.8.2001 (...). São tantas e tão complexas, porém, as questões suscitadas por esse texto – a começar pelo entendimento que se deve dar ao enunciado legal -, que temos de renunciar aqui a enfrentar semelhante problemática”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”, *Revista dialética de direito processual*, nº 22, janeiro, 2005, p. 107, nota de rodapé nº 54.

14 Exemplo recente que atingiu os quadros da Administração Federal diz respeito ao reconhecimento da repercussão geral ao RE nº 593.068/SC, sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, em que se discute a constitucionalidade da cobrança do PSS sobre o 1/3 de férias.

No controle concreto da constitucionalidade das leis, a uniformidade das decisões judiciais é amparada pela edição de Resolução pelo Senado Federal, quando notificado da decretação de inconstitucionalidade *incidenter tantum* pelo STF, que não apenas suspende, retroativamente¹⁵, a execução da lei impugnada (CF, art. 52, X), mas dá publicidade aos órgãos Judiciários da necessidade de observância do precedente sobre a constitucionalidade de lei, sob pena de afronta à autoridade da Corte Suprema.¹⁶

No entanto, apesar de todas essas inovações legislativas, é possível que o STF não aprecie uma questão constitucional que lhe seja levada num processo subjetivo, por faltar repercussão geral. Nesse caso, prevalecerá a norma que cada juiz formulou para o caso concreto, muitas vezes idênticos, mas com solução díspar.

Outros exemplos também podem ser cogitados, em que se identificam “brechas” no julgamento vinculante do Supremo, como a apreciação de recursos anteriores à Lei nº 11.418/2006, que instituiu o regramento da repercussão geral e o julgamento por amostragem; o juízo de admissibilidade negativo de recursos extraordinários, por razões de deficiência técnica; ou mesmo o descompasso entre o processo objetivo acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo e processo subjetivo que discute sua aplicação, incidentalmente, sobre um caso concreto, porque no intervalo entre uma decisão e outra podem transcorrer muitos anos, sobrevivendo uma série de decisões em casos concretos.

O primeiro exemplo traduz uma situação de direito intertemporal, que tenderá a desaparecer. Os demais revelam a utilidade da regra do art. 741, parágrafo único, do CPC para hipóteses remanescentes, ao aperfeiçoar o controle de constitucionalidade brasileiro, que conjuga o modelo de fiscalização difusa e concentrada, com diferentes efeitos atribuídos a suas decisões.

15 Não é pacífica a opinião da doutrina quanto aos efeitos temporais da resolução senatorial. Para uma corrente, a eficácia da Resolução do Senado que suspende a executoriedade da lei declarada inconstitucional pelo Supremo é prospectiva, pois a lei tida como inconstitucional por via de exceção era, até então, válida e capaz de incidir sobre os casos que se amoldavam ao seu suporte fático. Neste sentido, dentre outros: SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 54. Por outro lado, secretário do feito *ex tunc* da Resolução do Senado e traçando um paralelo entre as principais vozes da doutrina sobre o assunto, Cf. CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 96-97.

16 O Supremo Tribunal Federal passou a entender, a partir do julgamento da Reclamação Constitucional nº 4.335/AC, numa verdadeira mutação constitucional, que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso.

Efetivamente, o ajuizamento de ADI, ADC, ADPF ou ADI por omissão não coincide com a propositura de demandas individuais ou coletivas. Nem há, necessariamente, a previsão de suspensão automática dos processos subjetivos quando é proposta uma ação do controle abstrato. Existe previsão legal de suspensão de processos subjetivos, como efeito da medida cautelar, apenas para a ADC (art. 21 da Lei nº 9.868/99) e para a ADI por omissão (art. 12-F, § 1º da Lei nº 9.868/99). Nos demais casos de controle concentrado, a suspensão depende do juízo de cada julgador, *ex vi* do art. 265, IV, “a” do CPC. Pode, pois, escapar do efeito vinculando, um processo que tramite mais rápido que o processo objetivo, resultando numa sentença que, nem sempre, estará em consonância com a decisão do Supremo¹⁷.

São, portanto, raríssimos os casos em que a regra do art. 741, parágrafo único, do CPC terá lugar. Ela é útil para defesa da Constituição, aperfeiçoando a fiscalização da constitucionalidade das leis e garantindo, ao mesmo tempo, a supremacia da Carta Magna e a uniformidade das decisões judiciais apenas em *hipóteses residuais*. Em última análise, fortalece-se o Estado Democrático de Direito e, ao contrário do que se teme, a segurança nas relações jurídicas. Por isso, não se pode falar da banalização do instituto, do “vírus do relativismo”, até porque a coisa julgada que se pretende aqui desconstituir é um ato que não é capaz de gerar segurança.

2. DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DOS EMBARGOS DO ART. 741, I, II E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC

Embargar, do latim *imbaricare*, significa obstacular, impedir, opor resistência¹⁸. O executado que embarga opõe um obstáculo a uma execução, quer para se ver livre dela, quer para podar os seus excessos. É essa a finalidade precípua dos embargos e também a sua razão de ser.

17 Exemplo prático bastante corriqueiro dessa última hipóteses ocorre no âmbito da Administração Federal; refere-se à questão da limitação da competência da Justiça do Trabalho para apreciar demandas relativa a servidores até o advento do Regime Jurídico Único dos Servidores Civis Federais, como já consolidou o TST no julgamento da OJ nº 138 da SDBI – 1. Na espécie, as alíneas “d” e “e” do art. 240 da Lei nº 8.112/91, que permitiam ao servidor civil se valer de negociações coletivas e do ajuizamento de reclamationárias trabalhistas, foram declaradas inconstitucionais pelo STF, ao julgar a ADI nº 492-1/DF, cuja medida cautelar, no mesmo sentido, foi concedida em 01/07/1991. No entanto, não é raro ainda hoje encontrar decisões da Justiça do Trabalho, já na fase da execução, que desconsideram a limitação e condenam o Poder Público a arcar com indenizações vultosas em prol de coisa julgada que desrespeitou, *ab ovo*, a competência constitucional daquela Justiça especializada. O tema está sendo debatido no STF, no RE nº 590880/SP, no qual a Min. Ellen Gracie, em seu voto, sustentou que o art. 884 § 5º da CLT é uma restrição ao direito fundamental da coisa julgada estritamente indispensável o esvaziamento de outro direito fundamental como a segurança jurídica.

18 FURTADO, Paulo. **Execução**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1991, p. 296.

Todavia, embora consagrada na seção sobre as defesas do executado, a compreensão da regra do parágrafo único do art. 741 do CPC não se liga apenas à ideia de defesa, como pode parecer, ao equiparar à inexistência o vício da decisão judicial fundada em lei inconstitucional. Trata-se de verdadeira pretensão, se exercida por via de ação, tal como a regra do art. 741, I do CPC.

O inciso I do art. 741 do CPC reza que os embargos poderão versar sobre a falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento, se a ação lhe correu à revelia.

A citação é o ato de comunicação por excelência no processo civil. Por meio dela, noticia-se o réu do ajuizamento de uma demanda proposta contra ele, oportunizando-lhe uma primeira chance para se defender. E como o contraditório deve ser entendido como, “de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência de ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis”¹⁹, a citação é, portanto, o ato processual que primeiro realiza este princípio.

O réu citado não precisa, necessariamente, defender-se. Pode reconhecer a procedência do pedido demandante, pondo fim ao conflito, ou ainda deduzir algumas das respostas que lhes são facultadas, como são a contestação, reconvenção e exceções de parcialidade e incompetência relativa. Basta a sua regular cientificação. Bem observou Dinamarco²⁰ que

“como o substrato ético e sistemático que legitima a sentença condenatória como título executivo é o fato de ser produzida por juiz estatal e depois de havarem sido franqueadas ao réu as mais amplas oportunidades de defender-se e participar em contraditório, é natural que não possam ter toda a eficácia e a firmeza de um título executivo as sentenças proferidas sem que essas oportunidades lhe hajam sido realmente oferecidas”

A falta ou invalidade da citação representa vício formado durante o processo de conhecimento que, por sua gravidade, sobrevive à força sanatória da coisa julgada. É por isso que, com fundamento no inc. I do

19 NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 135.

20 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. IV, p. 673.

art. 741 do CPC, pode o demandante, a qualquer tempo, exercer sua pretensão de desconstituição desta invalidade “transrescisória”²¹. A essa pretensão deu-se o nome de *querela nullitatis*²², que, no direito brasileiro, historicamente, ficou adstrita à hipótese do réu revel não citado²³.

Conquanto prevista como causa de pedir dos embargos, não se trata de mera exceção processual a ser usada apenas nos embargos ou incidente de impugnação de sentenças. Realmente, somente se poderá falar em defesa do executado, seja por embargos, seja por incidente de impugnação, quando houver execução. Existem ações de cunho não condenatório, como as declaratórias e constitutivas, em que também pode ocorrer a falta ou invalidade da citação. De fato, as sentenças constitutivas criam, ao passo que as declaratórias certificam. Via de regra, não condenam e, conseqüentemente, não geram execução. Mas poderão padecer do mesmo vício, porque a falta ou invalidade de citação é defeito que não está adstrito apenas às ações condenatórias. Nesse sentido, Adroaldo Furtado Fabrício²⁴ anota que

*É preciso lembrar que nem todas as sentenças de procedência são passíveis de execução ensejadora dos embargos, mas só as condenatórias; que o prazo para embargar, mesmo havendo execução embargável, é peremptório e preclusivo; que os embargos eventualmente podem sofrer rejeição por defeitos de forma ou de **legitimatío ad processum**; que sentença, mesmo exequível, jamais venha a ser executada, permanecendo sobre a cabeça do condenado qual espada de Dámo-cles, a minar-lhe o crédito, o bom nome e a tranquilidade.*

É por isso que o inc. I do art. 741 do CPC veicula uma pretensão, que pode assumir a forma de embargos, de rescisória, de ação civil pública ou de qualquer outra demanda de conhecimento autônoma²⁵.

A natureza desse vício – a decisão que aplica lei declarada inconstitucional pelo STF – suscita acirradas controvérsias. Há quem fale de inexistência; há quem fale de invalidade; e também há aqueles que afirmam

21 TESHEINER, José Maria. **Pressupostos processuais e nulidades no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 283.

22 ASSIS, Araken. **Manual do processo de execução**. 8ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 1194.

23 NEVES, Celso. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. VII, p. 197.

24 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Réu revel não citado, ‘querela nullitatis’ e ação rescisória”, **Revista do processo**, nº 48, out-dezembro, 1987, p. 31-32.

25 STJ, 2ª T., REsp 445664-AC, v.u., rel. Min. Peçanha Martins, j. 15.04.2004, DJU 07.03.2005.

tratar-se de ineficácia. De qualquer sorte, o importante é perceber que os planos da existência, validade e eficácia são diferentes uns dos outros. Naturalmente, espera-se que um fato, no mundo do Direito, exista, seja válido e eficaz. Mas as vicissitudes por que podem passar os fatos jurídicos criam inúmeras combinações destes planos: do lado de fatos que simplesmente não existem juridicamente, há tantos outros que existem, são válidos e ineficazes (negócio submetido a condição suspensiva); outros existem, são inválidos, mas eficazes (casamento putativo); outros ainda existem, são inválidos e são ineficazes (doação feita pessoalmente por absolutamente incapaz) e há, outrossim, aqueles que sequer passam pelo plano da validade: eles existem e simplesmente são eficazes ou não.²⁶

Entendo que o defeito enunciado no inc. I do art. 741 do CPC – a falta ou invalidade da citação do réu revel – é vício que torna nula a sentença. Isto porque perfilha a corrente que situa a citação como pressuposto de validade do processo²⁷⁻²⁸, logo, o defeito ou a ausência do ato citatório implicará a formação de vício no plano da validade. É também o que prescreve o art. 214 do CPC. Tanto é assim que a sentença proferida contra réu revel não citado irradia normalmente sua eficácia executiva e, se o vício não for detectado, os atos constrictivos se consumarão. Se a sentença fosse um ato inexistente, sequer irradiaria efeitos. Mas por ser um ato processual inválido, produzirá efeitos até a decretação da nulidade.

Ressalte-se, ainda no caso do inc. I, que o direito brasileiro equiparou a inexistência e a invalidade da citação no que tange às consequências

26 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 83.

27 NEVES, Celso. **Comentários ao código de processo civil**, v. VII, p. 195-197. O STJ já esposou o mesmo entendimento em alguns julgados. Cf. STJ, 2ª T., REsp 445664-AC, v. u., rel. Min. Peçanha Martins, j. 15.04.2004, DJU 07.03.2005.

28 Não é pacífico na doutrina pátria o entendimento acerca da citação como pressuposto processual. Para os corifeus da tese da citação como pressuposto processual de existência, não haveria grandes dificuldades na justificação da desconstituição do título executivo operada pelos embargos, afinal, se falta um dos elementos da essência da relação processual, não há que se falar em existência do processo e, conseqüentemente, da sentença, muito menos de coisa julgada. Basta, pois, uma simples declaração, a qualquer tempo, para escoimar as dúvidas a respeito da imprestabilidade de tal decisão. Todavia, levada às últimas consequências a tese da citação como pressuposto processual de existência, surgirão sérios inconvenientes para se explicar o porquê da prática de atos reputados existentes, válidos e eficazes antes da citação, como é o caso do indeferimento da petição inicial, da interposição de apelo contra esta decisão etc. Aliás, não se olvide que a decisão que indefere a inicial acarreta a extinção do processo sem exame do mérito e, excepcionalmente, com resolução de mérito, nos casos de improcedência *prima facie* (reconhecimento da decadência do direito ou da prescrição da pretensão, quando favorecer absolutamente incapaz). Se o processo, para esta corrente, só existe após a citação válida, todos os atos praticados antes dela seriam, em verdade, não atos, atos inexistentes. Como tentativa de contornar essas dificuldades, cunhou-se a ideia de que a citação é pressuposto de existência para o autor e de validade para o réu. *Data venia*, discordo desse posicionamento. Para mim, como o processo é um ente complexo, a prática de um ato pode irradiar consequências diversas para os sujeitos envolvidos, porém, isso não transmuda sua natureza jurídica. A citação, portanto, é pressuposto de validade da relação processual.

jurídicas²⁹, mas isso não significa que os planos da validade e existência se confundam.

Outra hipótese de cabimento dos embargos que interessa para compreensão do art. 741, parágrafo único, do CPC, é a da inexigibilidade do título. Sua importância para este estudo reside na equiparação legal entre inexigibilidade e título que veicula solução inconstitucional.

O título será considerado exigível³⁰ quando o direito do credor não tiver seu exercício vinculado à condição ou termo – elementos acidentais do negócio jurídico – que subordinam sua eficácia. Ainda com relação à exigibilidade, mas em outros termos, vale ressaltar que o art. 572 do CPC assim dispõe: “quando o juiz decidir relação jurídica sujeita a condição ou termo, o credor não poderá executar a sentença sem provar que se realizou a condição ou ocorreu o termo”. Não é à toa que os arts. 614, III e 615, IV do CPC incumbem o exequente da prova da exigibilidade da obrigação.

Celso Neves³¹ classifica a inexigibilidade em absoluta e relativa.

No primeiro caso, trata-se de extinção da exigibilidade; no segundo caso, de exigibilidade a termo não verificado. Ali dá-se a impossibilidade da execução com o título inexigível; aqui, a impossibilidade apenas futura do processo executório, porque a inexigibilidade ainda não se caracterizou.

Levando a cabo a literalidade da equiparação feita entre o parágrafo único e o inc. II do art. 741 do CPC, poder-se-ia considerar o caso da sentença que aplicou norma inconstitucional como exemplo de inexigibilidade absoluta, ao passo que, como inexigibilidade relativa, figura o negócio jurídico sujeito a condição ou a termo. Outrossim, não é tarde para ressaltar que, fundadas na mesma *causa petendi*, a doutrina traz os casos da decisão contra a qual foi interposto recurso com efeito suspensivo, de sentenças prolatadas contra a Fazenda Pública antes do reexame obrigatório e da falta de homologação do laudo arbitral antes da Lei nº 9.307/96³².

Por fim, resta a hipótese de cabimento dos embargos do parágrafo único do art. 741 do CPC, que verbera: “para efeito do disposto no inc. II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal

29 NEVES, Celso. **Comentários ao código de processo civil**, v. VII, p. 195.

30 Araken de Assis prefere falar em exequibilidade em vez de exigibilidade. Cf. ASSIS, Araken. **Manual do processo de execução**, p. 1194.

31 NEVES, Celso. **Comentários ao código de processo civil**, v. VII, p. 197.

32 Por todos, Cf. ASSIS, Araken. **Manual do processo de execução**, p. 1195.

Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”.

Assim como o inc. I, a regra do parágrafo único também veicula uma pretensão. Isto porque qualquer sentença, seja ela condenatória ou não, poderá se fundar em lei declarada inconstitucional. E, nos casos em que não houver a possibilidade de oposição de embargos, outras ações de conhecimento poderão ser propostas para rescindi-la, escoimando o vício.

Recentemente, o STJ decidiu (Resp. 1015133/MT, veiculado no informativo 0425) ser cabível ação civil pública para declarar a nulidade absoluta insanável de sentença causadora de prejuízo ao Erário. Na mesma linha, no ano 2000 (Resp. 199153/GO, veiculado no informativo 0076), o mesmo Superior Tribunal de Justiça julgou procedente outra ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público, rescindindo sentença transitada em julgado há mais de cinco anos.

A natureza do vício da sentença inconstitucional acirra controvérsias na doutrina. Há quem entenda que é caso de nulidade absoluta da sentença, porque esta – assim como os atos do Poder Público em geral – pode incidir em inconstitucionalidade quando não se conformem com a Lei Maior. “Sendo, pois, caso de nulidade” – arremata Theodoro Jr.³³ – “a coisa julgada não tem o condão de eliminar a profunda ineficácia da sentença, que, por isso mesmo, será insanável e arguível a qualquer tempo”.

De outro lado, há doutrinadores que defendem que a sentença “inconstitucional” sequer seria acobertada pela coisa julgada material, por incorrer em impossibilidade jurídica, em virtude de enunciar efeitos impossíveis³⁴.

Já na construção de Araken de Assis³⁵, o dispositivo em análise excepciona a coisa julgada que, por força dele, assume a

“incomum e insólita característica de surgir sub conditione: a qualquer momento, pronunciada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, em que se baseou o pronunciamento judicial, desaparecerá a eficácia do 467. E isso se verificará ainda que a Corte Constitucional se manifeste após o prazo de dois anos da rescisória”

33 THEODORO JR. Humberto. **Curso de direito processual civil**. 36ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. II, p. 280-281.

34 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a Coisa Julgada Material**. In: Carlos Valder do Nascimento (coord.) **Coisa Julgada Inconstitucional**. 2ª ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 61.

35 ASSIS, Araken. **Manual do processo de execução**, p. 1209.

Também comungo dessa posição, por entender que a coisa julgada que veicula lei declarada inconstitucional não concretiza o valor da segurança jurídica.

3. O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

O processo é uma marcha para frente que encontra seu fim na coisa julgada, consolidando uma decisão que pretende promover a pacificação do conflito apreciado pela Justiça. A coisa julgada e segurança são, pois, conceitos (e também direitos fundamentais) que caminham lado a lado. Aquela deve estar a serviço desta e por conta disso é que merece proteção. Efetivamente, a segurança jurídica é um dos valores almejados pelo ordenamento e a coisa julgada é uma de suas manifestações. Pode haver segurança fora da coisa julgada, mas a coisa julgada somente existe para conferir segurança. Se não fosse por isso, não haveria o menor sentido em atribuir imutabilidade ao comando decisório do julgado. A coisa julgada, assim como a lei, as formas e os institutos em geral, não devem ser cultuados e aplicados inconscientemente, sem antes se perquirir seu sentido. E o sentido da coisa julgada reside na segurança.

Com efeito, a consagração normativa da coisa julgada revela a preocupação do legislador em preservar a estabilidade dos direitos, garantindo sua imodificabilidade frente à lei superveniente ou frente à possibilidade permanente de rediscussão da matéria, o que deixaria as portas da Justiça sempre abertas à incerteza. Justamente por essa peculiar capacidade de conferir segurança às relações jurídicas envolvidas pelos efeitos da sentença, a coisa julgada recebe legitimidade política e social.

Mas o que é realmente a tão conclamada segurança jurídica? Qual é o conteúdo jurídico?

César Novoa³⁶ afirma que a segurança só pode ser compreendida tomando em consideração a dimensão social do homem. Como característica humana, a segurança é a pretensão de todo sujeito de saber a que se sujeitar nas suas relações com os demais. Quando adjetivada de jurídica, é a idoneidade do Direito para alcançar esse saber a que se sujeitar.

Num aspecto amplo, a própria existência de uma ordem jurídica positiva é garantia de segurança. Todavia, não é possível falar-se em segu-

36 NOVOA, César Garcia. *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 21.

rança como derivação automática do ordenamento jurídico sem levar em conta a existência de um Estado eticamente aceitável³⁷. É a questão de saber se existe segurança na insegurança - como no exemplo no menino uruguaio mencionado na nota 9, já que a segurança do Direito somente é possível num modelo de Estado que incorpore determinados valores - ou se existe segurança na inconstitucionalidade, no caso do parágrafo único do art. 741 do CPC. Neste particular, as noções de segurança e justiça se aproximam. Contudo, a segurança é um princípio e a justiça, um valor. Por isso, a primeira, dogmaticamente, não pode ser tratada como um valor inferior, que deve ser sacrificado numa situação de conflito³⁸.

Se a segurança é um princípio, ela deve ser usada como instrumento para realização de valores superiores do ordenamento jurídico. Além disso, a concepção da natureza principiológica à segurança importa o reconhecimento de um direito à segurança jurídica, em todas as suas facetas: na previsão, na proteção da confiança e na aplicação³⁹. Assim, a segurança jurídica pode ser encarada como um direito cujo objeto são as próprias normas jurídicas. É um limite do limite: recai sobre as normas criadoras dos institutos jurídicos e, ao mesmo tempo, é conteúdo de um direito do cidadão.

Por ser veiculada em norma de direito fundamental a coisa julgada, naturalmente, comporta restrições. Como não existem direitos absolutos e as situações conflitivas na complexa realidade social são muitas, a norma fundamental do art. 5º, XXXVI da Constituição pode colidir com outros direitos veiculados em normas igualmente fundamentais e que precisarão ter uma solução que alcance a concordância prática entre ambos, sem nulificá-los, ainda que, no caso concreto, possam sofrer restrições em algumas situações. A regra do art. 741, parágrafo único, do CPC não trata de um “relativismo niilista” ou desvirtuamento do Estado de Direito, mas de

37 NOVOA, César García. **El principio de seguridad jurídica en materia tributaria**, p. 24-25. Para Novoa, um Estado de Direito é eticamente aceitável quando, ao lado do primado da legalidade, estão positivados direitos fundamentais do cidadão. Se um Estado de Direito é um Estado de valores, a segurança – na plenitude de sua dimensão valorativa – não pode ser alcançada sem prescindir do valor justiça, que transparece mediante a positivação de direitos fundamentais do homem.

38 NOVOA, César García. **El principio de seguridad jurídica en materia tributaria p. 34-36**. Numa postura mais radical, a distinção entre princípios e valores pode ser estabelecida afirmando-se que os princípios têm aplicabilidade imediata, ou melhor, podem ser usados como parâmetros de controle da atividade jurídica do Estado e de particulares, ao passo que os valores cumprem uma função informadora no ordenamento, por serem pontos de referência do sistema. Todavia, César Novoa, com base no direito espanhol, refuta esta distinção, porque entende que tanto os valores como os princípios apresentam essas duas características. Propugna, então, pelo uso da positivação como critério distintivo entre princípios e valores: enquanto os primeiros sempre teriam caráter de norma jurídico positiva, os segundos, não.

39 NOVOA, César García. **El principio de seguridad jurídica en materia tributaria**, p. 40.

uma restrição ao direito fundamental da coisa julgada, quando for estritamente indispensável para evitar o esvaziamento de outro direito fundamental da segurança jurídica⁴⁰.

A segurança jurídica, pois, pode conflitar com a coisa julgada e restringi-la, quando isso se fizer necessário, justificadamente.

Retornando ao conteúdo jurídico do princípio, precisa-se, ainda, dar resposta à indagação do que seja um Direito seguro, ou melhor, saber quando o Direito regula a realidade por meio de institutos que podem ser considerados seguros.

Nesse aspecto, a segurança jurídica pode ser estudada por três ângulos: a segurança na previsão ou orientação, a segurança na aplicação e a proteção da confiança. Enquanto os dois primeiros são de índole objetiva, o último, de cunho subjetivo.

Deveras, a proteção da confiança consiste na previsibilidade e calculabilidade que os indivíduos podem ter com relação aos efeitos dos seus atos e dos atos do Poder Público. Mas só existirá essa confiança se a norma jurídica, em sua dimensão objetiva, for certa e previsível. Daí se estabelece uma ligação entre o aspecto subjetivo da segurança e seu lado objetivo.

Pelo segundo aspecto - a previsão -, já de caráter objetivo, a segurança jurídica consiste, em linhas gerais, no conjunto de condições que tornam possível às pessoas a previsão dos efeitos que seus atos podem causar⁴¹. Pressupõe, pois, clareza, racionalidade e transparência dos atos do Poder Público, incluindo-se aí a lei⁴². Foi pela segurança jurídica que se cunhou o brocardo latino *nullum crime, nulla poena sine lege* e que, no campo processual-constitucional, foi concebida a coisa julgada.

De outro lado, um outro aspecto ainda pouco pensado consiste na segurança na aplicação. Em termos bastante esquemáticos, consiste no cumprimento do Direito por seus destinatários, principalmente pelos órgãos públicos. Diante de uma regra jurídica, há que se ver, primeiramente, sua compatibilidade com a Constituição. Em seguida, poderá e deverá ser aplicada sobre os fatos da vida que se destinou a reger.

40 SILVA, Virgílio Anfos da. "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais", *Revista de Direito do Estado* 4 (2006), p. 49.

41 NOVOA, César García. *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, p. 75-77. Em seu texto, Novoa aponta que a segurança na previsão ("*seguridad de orientación*") abarca ao menos quatro facetas fundamentais: 1) a existência da norma jurídica, que pressupõe a positividade do direito; 2) existência das normas positivas com caráter prévio à produção de efeitos; 3) a existência da norma seja de conhecimento público; 4) a norma positiva não se destine à regulamentação de uma situação transitória.

42 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3ª ed., Coimbra: Almeida, 1998, p. 252.

Em se tratando da segurança jurídica, não é diferente, embora o raciocínio deve ser adaptado em função da estruturação do direito à segurança, cujo objeto é o próprio sistema normativo. César Nova⁴³, com precisão, destaca que

“la aplicación de la seguridad jurídica no se lleva a cabo a través de un proceso de subsunción de un supuesto de hecho en una norma jurídica sino a través del contraste de una norma jurídica, que es la Constitución, con una realidad jurídica – una norma o un ato de aplicación de la misma -, de la cual se puede predicar su condición de segura o insegura”

Desta forma, a atuação da segurança jurídica na tarefa de aplicação do Direito vai além da simples verificação de incidência da norma sobre os fatos. É preciso não olvidar que a Constituição é a Lei das leis e que qualquer ato normativo só vale na medida em que se conforma com ela. Aferir essa relação de compatibilidade entre as leis e a Constituição é, no direito positivo brasileiro, dever de todos os tribunais e configura, na outra face da moeda, o direito à segurança dos cidadãos. Destarte, aplicar lei inconstitucional ou deixar de aplicar lei constitucional são condutas violadoras da segurança no momento da aplicação do Direito.

Ao introduzir o ensaio, disse que o art. 741, parágrafo único, do CPC tem sua razão de ser na rescisão da coisa julgada por insegurança na aplicação Direito. Uma sentença pode ter sido prolatada em consonância com as leis do processo e se fundar em lei declarada inconstitucional. Mas o desrespeito à Supremacia da Constituição não configura um mero *error in iudicando* apagável pela eficácia sanatória da coisa julgada, porque, enquanto cada juiz é livre para aplicar o Direito mediante decisão motivada sobre a controvérsia que se formou em cada processo, é o Supremo Tribunal Federal quem diz o que é a Constituição e quem tem a última palavra ao derredor da constitucionalidade de uma lei⁴⁴.

43 NOVOA, César García. **El principio de seguridad jurídica en materia tributaria**, p. 45.

44 A escolha da melhor solução, quando há diversas possibilidades interpretativas, é campo para a *teoria da argumentação*. De acordo com Barroso, “[e]xistem incontáveis propostas de critérios para orientar a argumentação jurídica. Não é o caso de investigá-los aqui. A matéria, por suas implicações e complexidades, transformou-se em domínio autônomo e altamente especializado. Por ilustração, são observados brevemente três parâmetros que consideram pertinentes e recomendáveis: a) a necessidade de fundamentação normativa; b) a necessidade de respeito à integridade do sistema; c) o peso (relativo) a ser dado às consequências da decisão”. BARROSO, Luís Roberto. “Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional”. In: Marcelo Novelino (org.), **Leituras complementares de direito constitucional: teoria da Constituição**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2009, p. 175.

É claro que os julgadores de outras instâncias não têm como prever o que será dito pelo Supremo e, por isso, proferirão decisões que, naturalmente, poderão destoar daquilo que decidir o STF, a menos que os julgamentos dos processos subjetivos estejam sobrestados em função da concessão de medida cautelar na ADC, ADIN por omissão ou, nos demais casos, com base no art. 265, IV, *a* do CPC. Mas, é de se questionar a possibilidade de subsistência, em todo seu vigor, de institutos como a coisa julgada, o direito adquirido e o ato juridicamente imperfeito após a pronúncia da inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc*. Gilmar Ferreira Mendes, ao dissertar sobre o efeito retroativo da Resolução Senatorial, já aventou que⁴⁵

“(...) afigura-se inconcebível cogitar-se de ‘situações juridicamente criadas’ de ‘atos jurídicos formalmente perfeitos’, com fundamento em lei inconstitucional. De resto, é fácil de ver que a constitucionalidade da lei parece constituir pressuposto inarredável de categorias como o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.”

É como se, numa linguagem figurada, a coisa julgada representasse o respeito às regras do jogo quando o jogo acabou, ao passo que a segurança jurídica requer, além disso, o respeito às regras do jogo antes deste começar.

No mesmo sentido, frisa Canotilho⁴⁶ que as ideias nucleares da segurança jurídica concentram-se ao redor de dois conceitos:

(1) estabilidade ou eficácia ex post da segurança jurídica, dado que as decisões dos poderes públicos, uma vez adotadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes; (2) previsibilidade ou eficácia ex ante do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se conduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos.

45 MENDES, Gilmar. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 209.

46 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 259.

É bem verdade que o sistema se preocupa com a retidão das decisões judiciais, pois a possibilidade de existência de decisões díspares sobre situações fáticas idênticas, como se fosse uma “álea judiciária”, é, do ponto de vista sociológico, comprometedor da credibilidade do Estado para resolver os conflitos do homem de forma igualitária⁴⁷.

De outro lado, inadmitir restrições à coisa julgada é aceitar que ela não sofre influências externas e colisões de outros direitos fundamentais, o que é palatável para as normas de validade estrita (regras), mas incompatível com as normas de estrutura principiológica, que é como a segurança e a coisa julgada foram enunciadas no texto constitucional.

Portanto, a menos que se tenha o direito à coisa julgada como absoluto, não se pode deixar de aceitar sua restrição, como todo direito fundamental, quando houver uma intervenção estatal justificada, como aquela que se amparará na regra do art. 741, parágrafo único, do CPC.

4. REPERCUSSÃO NO PROCESSO CIVIL SUBJETIVO

Essas considerações, que envolvem principalmente questões de relevo processual, são de importante valia na investigação científica do fenômeno jurídico, ainda mais porque o art. 741, parágrafo único, do CPC positivou inovações sem precedentes no direito brasileiro.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que as hipóteses de cabimento dos embargos apenas diziam respeito a fatos ocorridos após a formação do título. A única exceção ficava por conta do inc. I do art. 741 do CPC, que trata da execução contra o réu revel não citado, que não despertou na doutrina os mesmos problemas que, agora, o art. 741, parágrafo único, suscita. Há marcantes diferenças entre o inc. I e o parágrafo único deste artigo, nada obstante a disciplina daquele seja aproveitável, em larga medida, neste. Apenas para ilustrar as diferenças entre elas, impende ressaltar um detalhe sutil, mas de grande importância: o réu, no caso do inc. I, não exerceu seu direito de defesa, não apresentou em juízo, durante o processo de conhecimento, as exceções que possuía, até porque revel. Já no caso do parágrafo único não se cogita disso. Muitas vezes, o título executivo se formou de acordo com as leis do processo, em que tanto o autor, quanto o réu, puderam exercer seus direitos de ataque e defesa amplamente, suscitando questões cujo deslinde refletiu sobre a

⁴⁷ Vide, a propósito, no STF, o voto da Min. Ellen Gracie, no RE nº 590880/SP, ainda pendente de julgamento, veiculado no *Informativo n. 580*.

formação do objeto do processo. Se suscitada, por exemplo, uma questão constitucional, cuja natureza é questão prejudicial de mérito, as questões prejudicadas terão seu destino selado em função da resolução que se deu à questão constitucional. Isso não era sequer imaginado na hipótese do inc. I. Sem dúvida, isso terá alguma repercussão sobre consequências despertadas pela desconstituição do julgado com base no art 741, parágrafo único, do CPC.

Além disso, é preciso perquirir se existe e, caso afirmativo, qual seria o limite temporal para oposição dos embargos. Como o trâmite dos processos objetivos no Supremo Tribunal Federal nem sempre suspende⁴⁸ os inúmeros processos subjetivos que visam a efetivar a norma cuja constitucionalidade é debatida, pode ocorrer que muitas decisões sejam proferidas e transitem em julgado sem a manifestação definitiva do Supremo sobre a constitucionalidade da lei. Em outros casos, é possível que nem mesmo exista uma ação do controle concentrado ajuizada, enquanto várias decisões são proferidas com base em norma que, posteriormente, possa ser declarada inconstitucional. Ainda nessa hipótese, é preciso pesquisar se é possível embargar a execução a qualquer tempo, se o prazo é o mesmo da rescisória ou se há alguma outra espécie de limitação.

Cabe, outrossim, discorrer se, após a decisão do Supremo que enseja a incidência dos embargos contra título fundado em lei inconstitucional, a desconstituição do julgado é automática ou se, ao contrário, é necessário novo pronunciamento judicial a respeito da matéria que pode, inclusive, não acolher os embargos.

4.1. Quais decisões do Supremo Tribunal Federal ensejam a incidência do art. 741, parágrafo único, do CPC?

A regra em estudo alude à sentença fundada em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou tida, em interpretação ou aplicação, como incompatível com a Constituição pelo mesmo Tribunal.

O texto legal não faz referência a decisões em controle concentrado ou em controle difuso quando fala em “lei declarada inconstitucional”. Por outro lado, a menção à interpretação ou aplicação incompatível com a Constituição remete às técnicas de decisão utilizadas na fiscalização da

⁴⁸ É possível que, enquanto pendente de julgamento alguma das ações de controle abstrato de constitucionalidade, seja deferida, em sede de ADC ou ADI por omissão, medida cautelar, suspendendo todos os processos subjetivos em curso que versem sobre a norma guerreada.

constitucionalidade, mais especificamente à *interpretação conforme* e à *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*.

Sempre que houver uma decisão do Supremo Tribunal Federal cuja importância transcenda os limites subjetivos da causa, seja uma decisão num processo objetivo ou mesmo em casos individualizados, como ocorreu no julgamento plenário do HC nº 82959-7/SP c/c Rcl 4335/AC, será possível manejar, nas hipóteses residuais, em que o sistema de uniformidade no controle de constitucionalidade falhar. O importante é garantir a supremacia da Constituição⁴⁹, sem a qual não há segurança jurídica.

Com efeito, a Constituição deve ser compreendida como a Lei mais importante de um país. Todas as regras e princípios que têm sede na *Norma Normarum* possuem dignidade constitucional e, portanto, devem ser respeitados pela legislação que lhes seja inferior. É verdade que o fenômeno da inconstitucionalidade não é tão simples quanto aparenta o exemplo mencionado – a mera inconformidade entre um ato normativo infraconstitucional e a Lei Suprema –, mas, a partir da singela ilustração, já se vê a seriedade com que, hodiernamente, se lida com a força normativa do texto magno, o que junto com a “consciência de Constituição”⁵⁰ têm colaborado para imprimir efetividade⁵¹ a seus ditames e para dar vulto ao controle de constitucionalidade como mecanismo de preservação de Constituição e da efetividade de suas normas.

A inconstitucionalidade é um conceito de relação. Segundo Jorge Miranda⁵², “é a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido”.

49 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 241-244. Para este autor, “a Constituição confere à ordem estatal e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia* – *supremacia da constituição* – e é nesta supremacia da lei constitucional que o «*primado do direito*» do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão.

50 CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**, p. 27. Segundo o autor paranaense, apoiado em Canotilho e Konrad Hesse, somente é possível falar-se em superioridade das prescrições constitucionais, quando à supremacia da Constituição corresponda a eficácia social.

51 REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 112-114. Empregamos o termo efetividade como sinônimo de eficácia social, assim como o faz Miguel Reale. Segundo ele, “a sociedade deve viver e como tal reconhecê-lo. Reconhecido o direito, é ele incorporado à maneira de ser e de agir da coletividade. Tal reconhecimento, feito ao nível dos fatos, pode ser o resultado de uma adesão racional deliberada dos obrigados, ou manifestar-se através do que Maurice Hauriou sagazmente denomina ‘assentimento costumeiro’, que não raro resulta de atos de adesão aos modelos normativos em virtude de mera intuição de sua conveniência ou oportunidade.”

52 MIRANDA, Jorge *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**, p. 06.

Cuida-se, como anota Gilmar Ferreira Mendes, de uma relação de índole normativa, que qualifica a inconstitucionalidade e que implica trazer, para seu conceito, a ideia de sanção à violação do texto constitucional⁵³. E esta sanção, via de regra, é representada pela nulidade, comportando as atenuações que o Direito Positivo lhe conferir⁵⁴. Segundo ele,⁵⁵

“dir-se-á constitucional o ato que não incorrer em sanção, por ter sido criado por autoridade constitucionalmente incompetente e sob a forma que a Constituição prescreve para a sua perfeita integração; inconstitucional será o ato que incorrer em sanção – de nulidade ou anulabilidade – por desconformidade com o ordenamento constitucional”

A desconformidade com o Texto Constitucional é mais ampla do que o confronto entre disposições antagônicas da norma legal e da norma constitucional. A inconstitucionalidade também se revela em contrastes velados, que surgem na aplicação do direito ao caso concreto, afinal, da interpretação do Texto Magno podem advir normas em diferentes sentidos, sendo que em apenas um deles ela seria tida como incompatível com a Constituição. Daí a importância das três técnicas de decisão para revelar o alcance do fenômeno da inconstitucionalidade, que são: (i) a declaração da inconstitucionalidade seguida pela pronúncia da nulidade; (ii) a declaração da inconstitucionalidade, sem redução de texto; e, finalmente, (iii) a interpretação conforme a Constituição.

A primeira delas é a mais comum e decorre da nulidade como consequência primordial da inconstitucionalidade do ato. Muitas discussões já se travaram a respeito da nulidade como resultado natural da inconstitucionalidade, porém, prevalece o entendimento segundo o qual “o dogma da nulidade não constitui postulado lógico-jurídico de índole obrigatória, comportando soluções intermediárias, nos termos consagrados pelo ordenamento jurídico”⁵⁶.

53 MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**, p. 6.

54 A nulidade continua sendo a consequência principal da declaração da inconstitucionalidade de um ato normativo brasileiro, não obstante seja o direito positivo que desenhe a sanção a um ato reputado inconstitucional. Nesta linha, a Lei 9868/99 admitiu, em seu art. 27, a declaração da inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, quando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social recomendarem que a decisão produza efeitos a partir de seu trânsito em julgado (*ex nunc*) ou de outro momento fixado pelo STF, por maioria de 2/3 dos seus membros. Este dispositivo, cumpre ressaltar, foi alvo de algumas ações diretas de inconstitucionalidade que questionaram, dentre outros aspectos, o *quorum* estabelecido, que é mais rígido do que a maioria absoluta exigida pelo texto constitucional para outras deliberações do Supremo.

55 MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**, p. 9-10.

56 MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**, p. 18-19.

Ratificando essa premissa, está a técnica de declaração da inconstitucionalidade, sem redução do texto. Nela, o âmbito de aplicação da norma é restringido na declaração de inconstitucionalidade, sem, no entanto, haver a expulsão do ato do ordenamento jurídico. Pode-se dar, como exemplo deste efeito, a aplicação de uma lei tributária em desrespeito ao princípio da anterioridade, pois, neste caso, a inconstitucionalidade pode ser declarada, restringindo-se apenas o âmbito temporal de aplicação da norma, determinando que a mesma possa incidir no exercício financeiro subsequente, sem prejuízo, doravante, de sua constitucionalidade⁵⁷.

Quando se tratar de interpretação conforme a Constituição, o Supremo fixará um único sentido de interpretação, de acordo com o disposto na Carta Magna, com base no qual a norma poderá ainda ser aplicada. Qualquer interpretação diversa será tida como inconstitucional.

Segundo Gilmar Mendes⁵⁸

*Ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme a Constituição, se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação (**Anwendungsfälle**) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal.*

São esses os casos de inconstitucionalidade que a regra do art. 741, parágrafo único, do CPC trouxe no seu suporte fático, ao mencionar lei ou ato normativo declarados inconstitucionais ou tidos em interpretação ou aplicação como incompatíveis com a Constituição pelo STF.

4.2. Qual o momento para aplicação da regra?

Admitindo-se que a rescindibilidade de sentenças que aplicam leis inconstitucionais não está restrita aos embargos, resta outra indagação: até quando se poderá rescindi-las, já que a regra legal, ao contrário da ação rescisória, não trouxe nenhum marco temporal?

⁵⁷ ADI 2325-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.09.2004, DJ 6/10/2006.

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 275.

Existe dissenso doutrinário sobre sua utilização no tempo. De um lado, juristas como Cândido Rangel Dinamarco⁵⁹, Barbosa Moreira⁶⁰ e Alexandre Freitas Câmara⁶¹, já se manifestaram no sentido de restringir a admissibilidade dos embargos do executado fundados no § 5º do art. 884 da CLT e parágrafo único do art. 741 do CPC apenas os casos em que a decisão de inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes*, for proferida pelo STF antes do trânsito em julgado da decisão embargada. Em outras palavras, o novel dispositivo seria apenas aplicável à execução provisória.

Em sentido mais amplo, doutrinadores como Eduardo Talamini⁶², Araken de Assis⁶³ e Paulo Roberto Pimenta⁶⁴ não fazem esta restrição temporal – o prazo para embargar ou suscitar o incidente de impugnação de sentença - ao cabimento da regra.

Concordo com a tese ampliativa por duas razões principais. A primeira, porque uma sentença que aplica lei inconstitucional não é uma sentença segura. Se a coisa julgada não é capaz de irradiar segurança jurídica, não haverá motivos para mantê-la. A segunda razão é topográfica: se o legislador pretendesse criar uma regra para ser aplicada apenas à execução provisória, ele o teria feito na seção específica do Código (art. 475-O e seguintes) e não na disciplina dos embargos do devedor e do incidente à impugnação de sentenças.

Além disso, acrescenta-se que os defeitos que maculam as decisões judiciais - quer sejam *errores in procedendo* ou *in iudicando* - são passíveis de correção pelas vias recursais ordinárias e extraordinárias, observados, naturalmente, os requisitos específicos de cada via de impugnação. No entanto, quando se dá o trânsito em julgado de uma decisão, esses vícios, muitas vezes nulidades, transformam-se em rescindibilidades, cujo prazo fatal para sua desconstituição é de 2 anos (p. ex, a nulidade por incom-

59 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. IV, p. 672.

60 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material", **Revista dialética de direito processual**, nº 22, janeiro, 2005, p. 91.

61 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. II, p. 420.

62 TALAMINI, Eduardo. "Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC art. 741, par. ún.)", *In*: DIDIER JR., Fredie (org.). **Relativização da coisa julgada: enfoque crítico**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2004, p. 87.

63 ASSIS, Araken. "Eficácia da coisa julgada inconstitucional", **Revista Dialética de Direito Processual**, nº 4, julho de 2003, p. 25.

64 PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. "Embargos à execução e decisão de inconstitucionalidade – Relatividade da coisa julgada – CPC art. 741, parágrafo único – MP 2.180", **Revista Dialética de Direito Processual**, nº 2, maio de 2003, p. 99.

petência absoluta é causa de rescisão do julgado, segundo o art. 485, II do CPC e as demais, genericamente, se enquadram como infração à lei, conforme inc. V)⁶⁵.

É aí que reside a importância do argumento que leva em consideração a localização da regra estudada. Se fosse mais um caso de rescindibilidade sujeita ao prazo fatal de dois anos, o legislador simplesmente teria acrescentado uma nova causa de pedir ao art. 485 do CPC, que regulamenta a ação rescisória. Não raro, os tribunais costumam dar procedência aos pedidos de rescisão de julgados que infringiram o texto constitucional, com base no art. 485, V do CPC. Se se prestasse apenas para rescindir sentenças, a inserção do parágrafo único no art. 741 do CPC se mostraria totalmente inócua.

Se a execução de título executivo judicial, como regra⁶⁶, só tem início após o trânsito em julgado da decisão, isto revela, em primeiro lugar, que a aplicação do art. 741, parágrafo único, do CPC não se adstringe, exclusivamente, à execução provisória. Outrossim, se algum prazo existe, este não é o biênio legal da rescisória. O vício decorrente da pronúncia da inconstitucionalidade pelo Supremo sobrevive ao trânsito em julgado da decisão e é, por esse motivo, que ao condenado é dado impugnar o título com os embargos e não exclusivamente pela via rescisória. Destarte, nada impede que, iniciada a execução definitiva, o executado que pretenda a rescisão do título fundado em norma inconstitucional oponha embargos com este fim.

De todo modo, apesar de as regras processuais terem aplicabilidade imediata, o parágrafo único do CPC somente pode desfazer decisões judiciais transitadas em julgado a partir da vigência da Medida Provisória nº 2180-35/2001, porque antes dela não havia previsão normativa da regra no ordenamento brasileiro⁶⁷.

Com isso, pode-se sustentar que se trata de um vício transrescisório, que parece indicar a ampliação da *querela nullitatis* para além do seu confinamento histórico à falta ou nulidade de citação do réu revel, para também abarcar a hipótese da sentença que aplicou norma inconstitucional.

65 O STF, contudo, se pronunciou, recentemente, limitando a aplicação da regra ao prazo da rescisória, o que não impede, contudo, uma revisão da decisão em plenário, pois pende de julgamento a ADI nº 2418-3. Cf. RE nº 594350/RS. Rel. Min. Celso Mello, j. 25.05.2010, DJ 11.06.2010

66 É regra porque é possível instaurar-se a atividade executiva, embora de caráter provisório, quando for interposto contra a decisão recurso sem efeito suspensivo.

67 O STJ adotou essa tese, recentemente, no REsp nº 1050129/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11/05/2011.

4.3. Rescisão automática ou necessidade de novo pronunciamento? E qual o prazo?

Admitida a rescindibilidade das decisões que aplicam lei inconstitucionais, surge uma outra questão de relevo na aplicação do art. 741, parágrafo único, do CPC que está relacionada à estreita ligação entre o objeto do processo e a oposição dos embargos contra título fundado em lei inconstitucional. Basta que seja prolatada a decisão pelo STF ou editada a Resolução do Senado Federal para que seja julgado procedente o pedido dos embargos? Ou é necessário um novo pronunciamento judicial a respeito da matéria?

Em primeiro lugar, é preciso ter em mente que os embargos, como toda relação processual contenciosa, envolve sujeitos em dois polos opostos. Essa é a primeira premissa. É certo que a tutela jurisdicional buscada pelos embargos satisfaz plenamente os interesses do executado, caso haja julgamento de procedência, pois este verá a execução, enfim, obstada. Poder-se ia, dessa forma, cogitar da desnecessidade de um novo pronunciamento.

Isto, no entanto, não pode ser aceito.

Na formação do título judicial, a aplicação de norma inconstitucional, por mais das vezes, figurará somente na motivação da decisão. Isto porque a questão constitucional – nos processos subjetivos – é sempre uma questão prejudicial⁶⁸, não fazendo parte, portanto, do objeto do processo e, por essa razão, insuscetível de ser acobertada pela coisa julgada. Em poucos casos, a aplicação da norma inconstitucional aparecerá no decisório, p. ex., quando a parte é condenada a uma sanção proscribida do ordenamento jurídico, como a redução à condição de escravo em virtude do inadimplemento de dívida ou a prisão civil, fora dos casos em que esta é permitida⁶⁹. Mesmo assim, a aplicação da norma inconstitucional, além de fazer parte do dispositivo, deverá, obrigatoriamente, ser arrazoada na decisão, sob pena de nulidade, conforme prescreve o art. 93, IX da CF.

Logo, o acolhimento, *incidenter tantum*, da inconstitucionalidade aventada no processo, justamente por ser a questão constitucional uma questão prejudicial, impedirá que sejam apreciadas, com independência,

68 DIDIER JR, Fredie. "Objeto da cognição judicial", *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 6, setembro de 2003, p. 13.

69 TALAMINI, Eduardo. "Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC art. 741, parágrafo único)", *In: DIDIER JR., Fredie (org.). Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*, p. 121.

as questões subordinadas a ela, pois é característica das questões prejudicadas terem seu teor influenciado pelo julgamento da questão que lhe é prévia⁷⁰. Daí já se vê que, justamente por fazer parte das razões de decidir, a aplicação da norma inconstitucional pode ter peso diferenciado na solução final, conforme existam outros fundamentos em prol da tese vencedora. Em outras palavras, não é lícito privar o embargado de rediscutir essas questões levantadas no processo de conhecimento, cuja apreciação foi obstada pelo acolhimento da inconstitucionalidade.

Eduardo Talamini⁷¹ elaborou dois exemplos bastante elucidativos sobre o tema:

*(1ª) O contribuinte pede a declaração da inexigibilidade do tributo, sob o fundamento de que a lei que o instituiu é inconstitucional. Essa ação meramente declaratória é julgada improcedente, e o contribuinte condenado em honorários. Posteriormente o Supremo declara em ação direta a inconstitucionalidade da norma. Caberão embargos à execução dos honorários, com amparo no art. 741, parágrafo único? (2ª) No curso de processo condenatório, o juiz, aplicando uma lei que proíbe a prova testemunhal naquela espécie de controvérsia, indefere o pedido de ouvida de testemunhas formulado pelo réu. No final, profere sentença de procedência do pedido, por não haver ficado provado o fato extintivo do direito do autor. Sobrevindo o reconhecimento da inconstitucionalidade da regra proibitiva de prova testemunhal, com eficácia **erga omnes e ex tunc**, a questão poderá ser suscitada nos embargos à execução?*

Em face dessas duas hipóteses, é perceptível que a norma inconstitucional acolhida na sentença exequenda possa não ser causa determinante do resultado do julgado, como se visualiza, com bastante clareza, no exemplo nº 2. Ainda neste caso, se ficar constatado que a demanda seria julgada improcedente, independentemente da prova testemunhal, não há que se falar em desconstituição do título. Mas, obviamente, isso só é possível se for realizada a instrução para a colheita dos depoimentos testemunhais. Enfim, conquanto não prevista em lei, deve existir uma

70 DIDIER JR, Fredie. "Objeto da cognição judicial", *Revista Dialética de Direito Processual*, p. 13.

71 TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 465.

relação de causalidade entre o resultado alcançado pelo *decisum* e a lei inconstitucional.

Parece-me, como forma de preservar os interesses das partes e como maneira de evitar a desconstituição de decisões com intuitos meramente protelatórios, que uma nova manifestação judicial sobre a matéria é necessária. E essa manifestação, a depender da natureza do direito discutido em juízo, requererá a realização da atividade instrutória⁷².

Daí surge um novo problema: como deve ser apreciado este “novo” fundamento? Nos próprios embargos? Nos autos do processo de conhecimento que deve, por conta disso, ser reaberto? Ou é preciso o ajuizamento de uma demanda autônoma de impugnação?

Em verdade, por se tratar de uma novidade no ordenamento jurídico, de regramento incipiente, principalmente no que tange aos efeitos decorrentes da aplicação da novel regra, qualquer dos meios escolhidos será passível de críticas⁷³.

Acredito que a apreciação das questões incidentalmente prejudicadas pela declaração da inconstitucionalidade no processo originário poderá ser feita, juntamente com a instrução, nos próprios embargos, em homenagem à celeridade processual. É bem verdade, como observou Celso Neves⁷⁴, que os embargos não se prestavam para discutir fatos que podiam ter sido alegados no processo de conhecimento, em virtude da eficácia abstrata emanada do título. O direito que assiste ao executado de impugnar a execução não tem a mesma amplitude do direito de defesa no processo de conhecimento. Os embargos serviam apenas para obstaculizar a execução. E só.

Esta observação se mostrou em perfeita consonância com o direito posto, até as alterações promovidas, inicialmente, pela Med. Prov. 2180-35/2001, na disciplina dos embargos. Após sua edição, o direito positivo recebeu nova conformação e, particularmente, somente no que se refere

72 No mesmo sentido, PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. “Embargos à Execução e Decisão de Inconstitucionalidade – Relatividade da Coisa Julgada – CPC art. 741, parágrafo único – MP 2.180”, *Revista Dialética de Direito Processual Civil*, p. 104. TALAMINI, Eduardo. “Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, Art. 741, Parágrafo Único)”. In: Fredie Didier Jr. (Coord.). *Relativização da coisa julgada: Enfoque crítico*, p. 126-127.

73 A objeção que se faz à utilização dos embargos é que o conteúdo constitutivo negativo de sua sentença impediria a rediscussão em seu bojo dessa questões; quanto à demanda autônoma, o empecilho é a prescrição, já que esta, nos termos do art. 206 do CC, só pode ser interrompida apenas uma única vez. Por último temos a reabertura do processo de conhecimento, invocando-se o regime da *exceptio nullitatis* que, mesmo assim, peca por falta de previsão legal, por desconsiderar a eficácia preclusiva da coisa julgada formal e por querer atribuir o um aspecto que rege as sentenças inexistentes às sentenças inválidas. Por todos, TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 122.

74 NEVES, Celso. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VII, p. 192.

às peculiaridades do art. 741, parágrafo único, do CPC, a impossibilidade de se rediscutir certas matérias no bojo dos próprios embargos deve ser repensada.

Como visto, o art. 741, parágrafo único, do CPC impõe a necessidade de rediscussão de algumas questões levantadas no processo de conhecimento. E isso não ocorria em nenhuma das hipóteses anteriores. Ora, se são mudados os objetivos, mudam-se também as formas⁷⁵. Não há como se pensar em todas as alterações propiciadas pela nova regra, não só na execução e nos embargos, mas no processo civil como um todo, sem se remodelar a carga de eficácia da sentença de julgamento de procedência dos embargos, que não deve ser encarada, malgrado as controvérsias doutrinárias, apenas como constitutiva negativa. É preciso mais: faz-se mister o pronunciamento de um *iudicium rescisorium*, como sói acontecer nas ações rescisórias que prescindem de novo julgamento. De qualquer sorte, pode não se tratar de uma solução perfeita, mas é a mais adequada, enquanto não houver *melhor* disciplina *de lege ferenda*.

Convém anotar ainda que o regramento dado pelo § 79-2 da Lei Orgânica do do Tribunal Federal Constitucional alemão não deve ser importado para o direito brasileiro, porque insuficiente. De acordo com a saída encontrada pelo direito alemão, a execução, cujo título fundou-se em norma inconstitucional, pode ser obstada, mas o título é mantido intocável. Não me parece, contudo, a solução mais adequada, até porque, muitas vezes, a execução merecerá prosseguir por outros motivos. Pense-se no exemplo do contribuinte que, numa ação de repetição de indébito, alega a inconstitucionalidade da norma instituidora da exação e a inocorrência do fato gerador da obrigação tributária. Em sendo acolhida a alegação de inconstitucionalidade pelo juiz da causa, por ser questão prejudicial de mérito, a cognição sobre a ocorrência ou não do fato gerador não será sequer realizada. Se firmada no Supremo a constitucionalidade da norma que estabeleceu a exação e, por conta disso, a Fazenda Pública opuser embargos, o contribuinte terá direito, ao menos, a ver a questão prejudicada – a ocorrência do fato gerador – apreciada judicialmente,

75 Para Dinamarco, Grinover e Cintra, a instrumentalidade do processo, sob um aspecto negativo, a instrumentalidade das formas, dita que “as exigências formais do processo só merecem ser cumpridas à risca, sob pena de invalidade dos atos, na medida em que isso seja indispensável para a consecução dos objetivos desejados”. Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 42.

porque, caso acolhida, sua pretensão de repetir o indébito ainda estará de pé. Esvaziar o conteúdo da coisa julgada e tornar-lhe simplesmente inexigível, por equiparação legal, embora útil em outras hipóteses, não serviria para o exemplo pensado.

4.4. Nova pretensão nascida da decisão do STF e prazo para seu exercício

Declarada a inconstitucionalidade de uma lei pelo STF e admitida a eficácia rescisória do parágrafo único do art. 741 do CPC, poderá a parte a quem aproveitar o pronunciamento do STF veicular sua pretensão?

É bastante comum se pensar nas hipóteses em que a execução é obstada, como, por exemplo, quando é declarada inconstitucional pelo STF uma lei majoradora de tributo; o contribuinte, desde logo, pode abortar a cobrança a maior da exação nos embargos com fundamento no art. 741, parágrafo único, do CPC. Por outro lado, em se tratando da hipótese inversa: declarada inconstitucional num caso concreto a exação, em que o STF se posicionou pela constitucionalidade, poderá a Fazenda Pública cobrar as diferenças? E, em caso positivo, em qual prazo?

O problema não encontra solução positivada no atual CPC nem no anteprojeto do novo código. É possível se cogitar em duas soluções razoáveis: (i) impedir simplesmente a veiculação de pretensão nova, proscrevendo, no caso acima, que a Fazenda cobre as diferenças pretéritas, mas restitua a exação para fatos futuros; ou (ii) permitir o exercício em juízo da pretensão nascida da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo, respeitados, contudo, os limites temporais da prescrição.

Uma vez admitida a nulidade da sentença e do processo que aplicou norma inconstitucional, se houve adimplemento da prestação, ainda que forçosamente, este pagamento torna-se indevido e outra parte passará a ter o direito de repetir o indébito, no prazo de 3 anos, ao teor do art. 206 § 3º, IV do CC. A pretensão de exercício desse direito, todavia, é fulminável pela força corrosiva do tempo, através da prescrição (ou decadência, para os direitos potestativos). Se não fosse assim, haveria muita insegurança na possibilidade de se reverter a qualquer instante, ainda que, passado muitos anos, o resultado do julgado. Nada impedirá, todavia, o ajuizamento da demanda e o eventual pagamento do indébito pela parte vencida, mas isso não passará de uma obrigação natural (CC, art. 814), cuja peculiarida-

de é gerar a *solutio retentio*: o devedor pagar se quiser, se assim mandar sua consciência, mas se o fizer, não poderá reclamar o que pagou⁷⁶.

Muitas vezes, o descompasso entre o processo objetivo acerca da constitucionalidade do ato normativo e processo subjetivo que o aplicou deixa transcorrer muitos anos no intervalo compreendido entre uma decisão e outra. O decurso do tempo leva a segurança jurídica a se assentar no estado como os fatos se apresentam, como se fosse a poeira repousando sobre velhos móveis. Então, começará um intrincado dilema: é possível se falar em prescrição da pretensão antes mesmo que o pagamento indevido reste configurado com a prolação da decisão do Supremo? Ou é admissível a oposição dos embargos ou de demanda autônoma antes mesmo da decisão do Supremo acerca da constitucionalidade da norma aplicada?

Se uma sentença aplicar norma cuja constitucionalidade é discutida em sede de controle abstrato, é possível demandar com fulcro no art. 741, parágrafo único, do CPC, com raciocínio similar ao que é feito na denunciação da lide quanto ao interesse de agir do denunciado. Todavia, esse novo processo (juntamente com a execução, se for o caso dos embargos) deve ser suspenso, para aguardar a manifestação do STF, configurando uma nova possibilidade de interesse de agir superveniente.

Mais uma vez, surgirá o problema da prescrição, pois o art. 202 do CC reza que o curso desse prazo extintivo só pode ser interrompido uma única vez. No entanto, esse é um problema que deve ser repensado, tendo em vista o processo de execução como um todo, pois, na estrita literalidade deste dispositivo (CC art. 202, I c/c parágrafo único), após o desfecho do processo de conhecimento a prescrição tornaria a fluir. É como se o juízo das execuções tivesse que correr contra o tempo para obter sucesso em sua atividade e, na prática, a maior parte dos processos executivos seriam extintos anormalmente, por causa da prescrição. Ou se levará a cabo essa solução radical ou então, nesse particular, as disposições do Código serão transformadas em letra morta.

Nos casos de sentenças meramente declaratórias, a superveniência de declaração de inconstitucionalidade não oferece maiores embaraços,

76 WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro: Introdução e parte geral**. 7ª ed., rev. e atual. com a colaboração de Álvaro Villaça de Azevedo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 201. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, v. II. p. 57. GOMES, Orlando. **Contratos**. 25ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 429.

pois as ações declaratórias visam apenas a certificar uma situação, não causando insegurança o seu manejo a qualquer tempo. As sentenças declaratórias, a qualquer tempo em que sejam proferidas, trazem certeza. A segurança decorre de a sentença existir como fato jurídico, por isso, não há necessidade de limitação do prazo de seu exercício. São, pois, ações imprescritíveis.

Já no que diz respeito às ações constitutivas, o marco a ser respeitado é o prazo de decadência, quando houver previsão legal. As sentenças constitutivas visam a criar, alterar ou modificar uma situação jurídica contra alguém que esteja num *estado de sujeição*. Basta um “rescindimento da sentença”, “anulo o lançamento do imposto”, “dissolvo o casamento”. Como não há uma prestação pelo sujeito passivo, os direitos potestativos não podem ser violados. Esgotam-se no próprio exercício. Logo, a única preocupação que se pode ter entre o passar do tempo, a declaração de inconstitucionalidade posterior e essas ações está no marco dos prazos decadenciais, quando houver tal previsão legal⁷⁷. Afora isso, também são imprescritíveis. De qualquer modo, trata-se de efeitos que merecem regulamentação *de lege ferenda*.

5. CONCLUSÕES

1) A regra do art. 741, parágrafo único, do CPC, que foi repetida no art. 475-L, § 1º do CPC, no art. 884 § 5º da CLT e agora no art. 496 § 4º do anteprojeto do novo Código de Processo Civil, aperfeiçoou a fiscalização de constitucionalidade brasileira, reforçou a Supremacia da Constituição e garantiu a uniformidade de tratamento para situações idênticas pelas decisões judiciais e tem aplicação apenas em *hipóteses residuais*;

2) A regra é comumente tratada na temática da coisa julgada inconstitucional. No entanto, há uma dicotomia no discurso, pois os fundamentos para flexibilizar a coisa julgada no caso de aplicação do art. 741, parágrafo único, do CPC e nos casos de injustiça manifesta, em que há colisão de valores constitucionais, são distintos. Em ambos persiste o recorrente embate entre justiça e segurança, mas nos casos sob a incidência da regra contida no parágrafo único do art. 741 do CPC há um *plus*: a insegurança na aplicação do Direito;

77 AMORIM FILHO, Agnelo. “Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e para Identificar as Ações Imprescritíveis”, *Revista dos Tribunais*, out. 1960, v. 300.

3) Segurança e coisa julgada são conceitos que caminham lado a lado. Aquela deve estar a serviço desta e por conta disso é que merece ser protegida. Pode haver segurança fora da coisa julgada, mas a coisa julgada somente existe para conferir segurança. Assim, se a coisa julgada fundada em lei declarada inconstitucional ou tida em interpretação ou aplicação incompatíveis com a Constituição pelo STF não é capaz de gerar segurança jurídica, não haverá empecilhos em “relativizar” a coisa julgada com base no art. 741, parágrafo único, do CPC;

4) Com efeito, o conteúdo jurídico do princípio da segurança se desdobra em três: a segurança na previsão ou orientação, a segurança na aplicação e a proteção da confiança. Enquanto os dois primeiros são de índole objetiva, o último, de cunho subjetivo. Esta última, em termos bastante esquemáticos, consiste no cumprimento do Direito por seus destinatários, principalmente pelos órgãos públicos. Diante de uma regra jurídica, o juiz deve observar, primeiramente, sua compatibilidade com a Constituição. Em seguida, poderá e deverá ser aplicada sobre os fatos da vida que se destinou a reger. Aferir essa relação de compatibilidade entre as leis e a Constituição é, no direito positivo brasileiro, dever de todos os tribunais e configura, na outra face da moeda, o direito à segurança dos cidadãos. Destarte, aplicar lei inconstitucional ou deixar de aplicar lei constitucional são condutas violadoras da segurança no momento da aplicação do Direito;

5) A regra do art. 741, parágrafo único, do CPC pode ter aplicação tanto na execução provisória, quanto na execução definitiva, quanto após o prazo da rescisória. Primeiro porque se a regra apenas estivesse adstrita à execução provisória, o legislador da Med. Prov. nº 2180-35/2001 teria promovido alterações na seção específica do Código. Tampouco é caso de rescindibilidade, pois o entendimento pretoriano firmou-se no sentido de que é possível desconstituir uma sentença que infringiu as prescrições constitucionais com supedâneo no art. 485, V do CPC. A repetição da mesma regra no parágrafo único do art. 741 do CPC, além de inócua, revelar-se-ia inútil. Destarte, com base neste último dispositivo, a demanda pode ser ajuizada mesmo após a expiração do prazo fatal de dois anos da rescisória, assim como ocorre com o inc. I do art. 741 do CPC, porquanto o vício que contamina a decisão sobrevive ao trânsito em julgado e por essa razão é dado ao executado impugná-la com os embargos e não exclusivamente com a rescisória. Seria mais adequado,

portanto, se o legislador equiparasse o parágrafo único do 741 do CPC ao inc. I do mesmo dispositivo, admitindo, expressamente, a ampliação da pretensão da *querela nullitatis* para além de seu confinamento histórico ao caso da falta ou invalidade da citação do réu revel;

6) As peculiaridades despertadas pela aplicação da regra do parágrafo único do art. 741 não foram estudadas, plenamente, na hipótese do inc. I, até porque isto não era possível. Enquanto no caso do parágrafo único, o demandado pode participar ativamente do processo, influenciando no seu objeto, no inc. I isso é inconcebível, mesmo porque revel o réu. Dessa maneira, a casuística trará situações em que a execução embargada não merece findar anormalmente, principalmente nos casos em que for declarada a inconstitucionalidade *incidenter tantum* e o STF pugnar pela constitucionalidade da lei, pois poderão existir outros fundamentos que autorizem o prosseguimento da execução, mas cuja apreciação foi influenciada pelo acolhimento da inconstitucionalidade, que é questão prejudicial de mérito. É o exemplo da oposição de embargos pela Fazenda Pública contra sentença que a condenou à repetição de indébito por ser inconstitucional uma exação por ela cobrada, embora tenha o contribuinte, na mesma demanda, alegado a inocorrência do fato gerador. Esse último argumento merecerá, sem dúvida, nova apreciação. Por isso a saída empregada pelo § 79-2 do *Bundesverfassungsgericht*, que permite a interrupção da execução, mantendo-se inalterado o título, não deve ser importada para o direito brasileiro. Segundo as mesmas razões, a simples oposição dos embargos não impõe a rescisão automática do julgado. Necessário, pois, novo pronunciamento;

7) Pontue-se que os embargos são a via adequada para impugnação de título executivo judicial que, comumente, é a sentença cível condenatória. Todavia, decisões com outro conteúdo como as constitutivas e declaratórias também podem aplicar norma inconstitucional e, contra elas, não são cabíveis os embargos do executado por falta de interesse - adequação. Isso, na verdade, quer indicar a persistência da pretensão do parágrafo único do art. 741 do CPC como demanda autônoma que pode assumir a forma de embargos devedor ou de outro meio processual de impugnação, como a ação civil pública, a ação popular, ação declaratória de nulidade, ação rescisória etc;

8) Por fim, que, mesmo sendo possível o manejo da pretensão contida no parágrafo único do art. 741 do CPC, existem limitações impostas

pelo tempo. Cuidou-se da consagração de um vício transrescisório e não de um caso a mais de imprescritibilidade da pretensão. Assim, uma vez decretada pelo STF, com eficácia *erga omnes* e *ex tunc*, a inconstitucionalidade da lei cujo título executivo declarou constitucional, o executado terá o direito de repetir o indébito, cujo prazo prescricional é de três anos. Em se tratando do exercício de direitos submetidos à decadência, o prazo para desfazimento da sentença constitutiva é o mesmo. Em se tratando de sentenças meramente declaratórias, por não gerarem insegurança, não há qualquer limitação;

9) O desafio, portanto, é de transpor barreiras e suplantar dogmas enraizados no Direito brasileiro, conforme emerge da problemática suscitada pela aplicação do art. 741, parágrafo único, do CPC. Eis uma das grandes questões a serem enfrentadas pelos juristas no despertar do século XXI, principalmente regulamentando, *de lege ferenda*, os problemas, sem solução positivada, que a aplicação da regra desperta: como o prazo para exercício, a forma e o interesse de agir. ❖

As astreintes e o seu tratamento pelo NCPC

Rodolfo Kronenberg Hartmann

Juiz Federal. Coordenador Adjunto de Processo Civil na EMERJ e Professor da EMES (Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo). Mestre em Direito pela UGF-RJ.

1. CONCEITO DE EXECUÇÃO E SEU MÉRITO

A execução é um dos temas atuais de maior relevância e complexidade, já que reforça a ideia da necessária eficiência que um sistema processual precisa ter, eficiência esta que só existe onde haja um modelo executivo capaz de produzir o resultado que dele se espera.

Mas, para que se possa compreender melhor a execução, é necessário analisar a sua definição. De uma forma geral, a execução é usualmente conceituada como o processo ou etapa em que o magistrado determina as medidas executivas tendentes ao cumprimento de uma obrigação constante no título executivo. Neste processo ou etapa, a atuação jurisdicional não busca reconhecer um direito, mas sim adotar as medidas necessárias para a sua satisfação. Há, portanto, um mérito na execução, justamente consistente na prática destes atos, muito embora nela não ocorra julgamento de mérito.¹ Por esse mesmo motivo (ausência de julgamento) é que não há necessidade de produção de provas com vistas a obter o convencimento do magistrado, embora essas até possam ocorrer quando, no bojo da execução, se instaura algum incidente cognitivo como, por exemplo, quando se discute a respeito da possibilidade de aplicação de desconsideração de personalidade jurídica.

Vale destacar que, diversamente do que ocorre no processo de conhecimento, o mérito na execução é atendido antes da prolação da sentença. Em outras palavras, somente após já ter ocorrido a satisfação do crédito em decorrência do emprego dos meios executivos é que o juiz irá proferir sentença.

¹ HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. **A Execução Civil**. Niterói: Impetus, 2010, p. 6.

Essas medidas executivas, estabelecidas pelo magistrado no curso da execução, têm como espécies os meios de coerção ou de sub-rogação. É de se ressaltar, ainda, que tais medidas executivas também podem ser eventualmente determinadas nos processos de conhecimento ou cautelar, de modo a permitir a efetivação de algumas decisões que neles foram proferidas.

Mas, mesmo com essa possibilidade, não se transmuda a natureza do processo, uma vez que esta deve ser analisada sob o prisma da sua finalidade principal. Assim, se o intuito é o reconhecimento de um direito, este processo é de conhecimento. Caso o objetivo seja o cumprimento de uma obrigação reconhecida em um título executivo, se estará diante de um processo de execução. E, por fim, se o que se busca é tornar útil ou proveitoso um provimento jurisdicional a ser proferido em outro processo, este será um processo cautelar.

2. MEIOS EXECUTIVOS

Os meios executivos podem ser fixados tanto na etapa de conhecimento como na executiva e são estabelecidos para assegurar que uma decisão judicial seja cumprida ou efetivada, o que guarda grande semelhanças com o objetivo final da execução.

Como visto, esses meios podem ser de sub-rogação ou de coerção. Os meios de sub-rogação são aqueles estabelecidos pelo magistrado que focam diretamente o cumprimento da obrigação, o que justifica a nomenclatura por vezes empregada de “execução direta”. Usualmente, são estabelecidos para obrigação de entrega de coisa ou mesmo nas obrigações de pagar, sendo permitido que um terceiro estranho ao processo possa cumprir a obrigação em vez de o executado. É o caso da penhora (realizada pelo Oficial de Justiça) ou do desconto em folha de pagamento com previsão no art. 734 do Código de Processo Civil (efetuado pelo empregador).

Já os meios de coerção, também chamados de “execução indireta”, por si só não garantem o cumprimento da obrigação, pois não têm o seu foco na mesma, e sim na vontade do devedor da prestação. É que, nesses casos, a finalidade é estimular o cumprimento da obrigação pelo próprio executado, o que é indicativo de que o campo de incidência é, usualmente, nas obrigações de fazer ou não fazer. Mas não se trata, porém, de uma regra absoluta, pois um meio de coerção, como a prisão civil, pode ser usado em obrigação de pagar dívida alimentar, apenas para citar um único exemplo.

É amplamente admitida a fungibilidade entre os meios executivos, pois o magistrado sempre deve estar atento para adotar e realinhar aquele que for o mais eficiente para o cumprimento da obrigação. Por exemplo, na obrigação de entrega de coisa, o meio mais eficiente seria o de sub-rogação, pois implicaria a expedição do mandado de busca e apreensão, que seria cumprido pelo oficial de justiça. No entanto, caso esse bem não seja localizado, o juiz tem o dever jurídico de alterar o meio executivo para outro. Assim, nessa hipótese concreta, poderia substituir o meio de sub-rogação fixado na sentença por um meio de coerção, como as *astreintes*. Vale dizer que esta circunstância de alterar o meio executivo fixado na sentença não desnatura a sua natureza jurídica, que deve ser perquirida no momento da sua criação.²

3. MEIO DE COERÇÃO: AS *ASTREINTES*

As *astreintes*³ representam o meio executivo ou meio de coerção mais largamente empregado, o que requer um estudo mais aprofundado diante do parco tratamento dado pelo legislador, que acaba gerando muitas dúvidas.

As principais questões relevantes sobre o tema podem ser agrupadas da seguinte maneira: a) quais as obrigações que admitem a fixação das *astreintes*; b) se o juiz pode fixar as *astreintes* de ofício, assim como proceder a revisão do seu valor; c) se o valor das *astreintes* pode ultrapassar o valor do próprio conteúdo econômico da obrigação devida; d) se as *astreintes* são cabíveis contra a Fazenda Pública; e) se o devedor deve ser intimado pessoalmente; f) se estas *astreintes* comportam execução imediata ou não; g) se esta execução será provisória ou definitiva. Vale dizer que cada um destes questionamentos será abordado em item próprio.

3.1. Obrigações que admitem a fixação das *astreintes*

Quanto a essa dúvida, as *astreintes* são usualmente fixadas em decisão interlocutória ou em sentença que impõe uma obrigação de fazer,

2 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 140: “*não há como alterar a natureza da sentença. A sentença, como é óbvio, tem a sua natureza definida no momento em que é proferida. Se é certo que novo meio executivo pode ser imposto diante da inefetividade do antigo, isso não significa, como é evidente, que esse último ou que a sentença tiveram suas natureza modificadas*”.

3 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4ª Ed. Buenos Aires: B de F, 2005, p. 376: “*la jurisprudencia y la doctrina francesa han arbitrado una solución no exenta de ingenio. La coacción de carácter material, de la índole de la que consistiría en apostar la fuerza pública al lado del obligado, se sustituye por una coacción de carácter económico, casi siempre arbitraria en su monto y desproporcionada con la obligación misma. Se llama, aun en la doctrina hispanoamericana, astreintes (constricción), todavía con la palabra francesa, a esta forma especial de compulsión*”.

não fazer e de entrega de coisa. Realmente, não faria muito sentido o seu estabelecimento quando se tratar de obrigação de pagar, pois já há outro meio executivo mais eficiente, embora de sub-rogação, que seria a penhora. Além disso, se a obrigação de pagar já não está sendo honrada, um meio executivo que cria uma outra obrigação de pagar gera fundadas dúvidas se será obedecido ou não. A doutrina, de uma forma geral, vem repudiando a fixação de *astreintes* em obrigação de pagar.⁴

3.2. Fixação de ofício das *astreintes* e revisão do valor

Quanto a essa dúvida, que consiste em saber se o juiz pode fixar as *astreintes* de ofício, assim como proceder a revisão do seu valor, a resposta deve ser dada em partes. Não existem dúvidas de que este meio executivo pode ser fixado de plano pelo magistrado, conforme lhe autoriza o art. 461, § 4º do Código de Processo Civil. E não se trata de violação ao princípio da inércia, também chamado de princípio dispositivo, pois o magistrado não estará inovando nos limites da provocação que foi realizada pelo demandante. Com efeito, apenas estará sendo definido o melhor mecanismo para o cumprimento de uma obrigação postulada pela parte, o que não significa maltrato ao mencionado princípio. Igualmente, também a sua revisão pode ser realizada de ofício, nos termos do art. 461, § 6º do Código de Processo Civil.

A maior divergência é se essa decisão judicial, que reduz o valor das *astreintes*, poderá ter ou não efeito retroativo, atingindo o montante já acumulado. O tema não é pacífico. De um lado, há quem defenda que o valor poderá ser reduzido, mas a eficácia dessa decisão será *ex nunc*, pois o valor acumulado já integra o patrimônio do credor da prestação.⁵ Por outro lado, há quem entenda que a decisão tem caráter retroativo, pois o magistrado percebeu que esse mecanismo executivo estava sendo ineficiente para atingir os seus fins, tendo sido completamente desvirtuado e transformado em fonte de enriquecimento indevido. Logo, o juiz faria a retroatividade até o momento processual em que percebeu este desvio.⁶

4 TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos direitos de fazer e de não fazer*. São Paulo: RT, 2001, p. 470: “recorrer-se-ia à multa porque a execução monetária tradicional é inefetiva, mas o crédito advindo da multa seria exequível através daquele mesmo modelo inefetivo”.

5 CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 55.

6 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 520-521: “a diminuição do valor acumulado da multa somente é possível quando se chegou a esse valor por inércia do juiz, que, em determinando momento, deveria ter diminuído ou feito cessar a multa. Note-se que a multa deve cessar quando se

Esse segundo entendimento é que costuma ser adotado na prática, muito embora seja muito simples resolver essa questão mediante adoção de outro procedimento pelo juiz. É que a problemática reside na circunstância de que os valores das *astreintes* vão se acumulando em razão da imposição ter sido diária ou semanal, por exemplo. Mas, para se evitar o problema gerado pelo acúmulo dos valores, bastaria que o juiz fixasse *astreintes* de incidência única. Em outras palavras, o demandado deveria cumprir a obrigação em, por exemplo, quinze dias, sob pena de sofrer *astreintes* única de trinta mil reais. Com o descumprimento, os autos iriam conclusos ao magistrado, que poderia mudar o meio executivo ou insistir no mesmo, mas agora estabelecendo um valor ainda maior.⁷

3.3. Valor das *astreintes* que ultrapassam o conteúdo econômico da obrigação primitiva

Em relação a esse questionamento, ou seja, se o valor das *astreintes* pode ultrapassar o valor do próprio conteúdo econômico da obrigação devida, não há dúvidas quanto a isso, já sendo de longa data admitida tal situação. Com efeito, a mesma apenas objetiva o cumprimento da obrigação, o que não justifica que deva ser estabelecido no mesmo patamar.⁸

3.4. *Astreintes* fixadas em desfavor da Fazenda Pública

Quanto a essa dúvida, que consiste em saber se as *astreintes* são cabíveis contra a Fazenda Pública, a resposta deve ser invariavelmente

verifica que o seu valor não mais conduzirá ao cumprimento da ordem, seja porque o seu valor assumiu a natureza de confisco do patrimônio do demandado, seja porque a coisa que se pretendia pereceu. Se a multa continuou eficaz, mesmo depois de ter se tornado potencialmente ineficaz no plano concreto, há que considerar o espaço de tempo em que não deveria ter incidido”.

7 FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. **Comentários às alterações no Código de Processo Civil – processo de conhecimento e recursos**. Rio de Janeiro: Ed. Roma Victor: p. 120-121: “A melhor solução é a imposição da multa por determinado período de tempo. Ultrapassado esse prazo previamente fixado, não se obtendo o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o autor irá peticionar ao juízo insistindo no meio de coerção (requerendo a dilação do prazo de incidência da multa cominatória) ou, se for o caso, pleiteando a satisfação direta da obrigação principal (seja por sua conversão em perdas e danos, seja por sua realização a cargo de terceiro, quando possível). Na primeira hipótese, o juiz poderá fixar a multa por novo período de tempo, desta feita, provavelmente, aumentando o seu valor e, assim, proporcionalmente o seu papel coercitivo. Findo esse novo prazo, o autor vai comunicar ao juízo o cumprimento ou não da medida pelo réu. Em caso negativo, o juiz irá reavaliar a fixação da multa por novo período de tempo. Caso conclua que a mesma já atingiu montante razoável e ainda assim não alcançou o objetivo de forçar o devedor ao cumprimento da obrigação principal, deve reconhecer o seu fracasso, suspendendo-a a partir de então. Nessa hipótese, restará ao autor pugnar pela satisfação da obrigação principal, in natura (realização a cargo de terceiro, se fungível a obrigação) ou de forma derivada (mediante a sua conversão em perdas e danos)”.

8 FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 485: “Dispõe a lei que para vencer a recalcitrância do devedor o juiz pode fixar multa diária, cuja incidência dia a dia seja capaz de atemorizá-lo quanto ao dano patrimonial que sofrerá, de tal maneira que o faça abandonar aquele estado de inércia. A técnica das *astreintes* exige que a mesma não tenha compromisso de proporcionalidade com a obrigação principal para que o devedor capitule diante de seu montante avassalador”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004, p. 396.

positiva, uma vez que, do contrário, estaria sendo vulnerado o princípio da isonomia. Há, porém, quem entenda em sentido contrário, pois esse numerário, acaso devido, penalizaria indiretamente a própria sociedade, que é quem arca os recursos que são usados pela Fazenda Pública.⁹

A questão, em realidade, não parece muito ser essa, porque o problema reside na diminuta coerção que esse meio gera, já que a Fazenda Pública, para pagamento de obrigação pecuniária em decorrência de decisão judicial, necessariamente deverá se submeter ao procedimento executivo previsto no art. 730, para só então ser requisitado o precatório ou a requisição de pequeno valor. A orientação é correta e, realmente, o fator coercitivo é sensivelmente diminuído, mas não a ponto de excluir, por completo, a adoção dessa via processual.¹⁰

Mas não convence a sugestão apresentada por determinado segmento da doutrina de que as *astreintes* devem ser fixadas em relação ao agente público, mesmo ao arrepio do devido processo legal e de diversas outras garantias constitucionais,¹¹ ou, então, a de potencializar as hipóteses de prisão civil para situações que sequer são previstas na Constituição Brasileira.¹² Muito embora quem defenda esses pensamentos sempre justifique tais drásticas medidas em prol da maior eficiência do resultado do

9 GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**, volume 3. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 73: *"entendemos, também, serem inviáveis a cominação e a imposição de multa contra pessoa jurídica de direito público. Os meios executivos contra a Fazenda Pública são outros. Contra esta multa não tem nenhum efeito cominatório, porque não é o administrador renitente que irá pagá-la, mas os cofres públicos, ou seja, o povo"*.

10 Enunciado nº 63 do FONAJEF (Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais): *"cabe multa ao ente público pelo atraso ou não cumprimento de decisões judiciais com base no art. 461 do CPC, acompanhada de determinação para a tomada de medidas administrativas para a apuração de responsabilidade funcional e/ou por dano ao erário. Havendo contumácia no descumprimento, caberá remessa de ofício ao Ministério Público Federal para análise de eventual improbidade administrativa"*.

11 DIDIER Jr., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil Execução**. 5ª Volume. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 449: *"nada impede que o magistrado, no exercício do seu poder geral de efetivação, imponha as astreintes diretamente ao agente público (pessoa física) responsável por tomar a providência necessária ao cumprimento da prestação. Tendo em vista o objetivo da cominação (viabilizar a efetivação da decisão judicial), decerto que aí a ameaça vai mostrar-se bem mais séria e, por isso mesmo, a satisfação do credor poderá ser mais facilmente alcançada"*.

12 No mesmo sentido do texto: MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução**. São Paulo: RT, 2008, p. 280: *"pensamos que, quando a Constituição Federal veda a prisão civil por dívidas (art. 5º, LXVII), abarca não apenas a possibilidade de prisão como meio de 'satisfação' da dívida, mas, também, o emprego da prisão como meio 'coercitivo', pois também neste caso a prisão civil estaria ocorrendo por causa da dívida"*. Em sentido contrário ao texto: DESTEFENNI, Marcos. **Curso de Processo Civil**, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 187: *"o uso de prisão civil é capaz de favorecer a realização de outros direitos fundamentais, o que consiste em forte argumento em favor da 'tese ampliativa'. Assim, como medida coercitiva de eficácia comprovada, a prisão civil favorece, desde logo, o direito fundamental à tutela executiva"*. MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004, p. 295: *"pensar na prisão civil como meio de coerção civil não implica em ter uma visão autoritária da justiça civil, mas sim em ter consciência de que o seu uso não pode ser descartado para dar efetividade aos direitos. Em um país em que a multa frequentemente pode não atingir peso coercitivo, a ameaça de prisão é imprescindível para evitar, por exemplo, a violação dos direitos da personalidade ou do direito ambiental"*.

processo, também é certo que garantias processuais históricas, obtidas ao longo de séculos, não podem ser simplesmente descartadas em favor de um juízo meramente axiológico. E, claro, sem olvidar que a adoção de tais medidas pode sugerir que o magistrado, perigosamente, possa incorrer em crime de abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65).

3.5. Intimação pessoal do devedor para fluência das *astreintes*

Quanto a esse ponto, ou seja, se o devedor deve ou não ser intimado pessoalmente para a fluência das *astreintes*, a resposta também deve ser sim.¹³ A intimação do advogado, que normalmente apenas possui os poderes da cláusula *ad judicium*, não é suficiente, pois uma coisa é ser procurador para praticar atos em juízo e outra, para realizar atos de direito material, como o pagamento. Ademais, será o próprio patrimônio do demandado que eventualmente estará sendo comprometido, o que recomenda maior cautela a justificar que o mesmo tenha efetiva ciência do risco a que está sendo submetido.

A questão tende a se pacificar ainda mais em razão da criação do Verbete nº 410 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, nos termos seguintes: “*A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer*”.

3.6. Execução imediata do valor acumulados das *astreintes*

No tocante a essa dúvida, ou seja, se as *astreintes* comportam execução imediata ou não, a resposta também é bastante controversa. O art. 12, § 2º, da Lei nº 7.347/85, que cuida da ação civil pública, estabelece que: “*A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento*”.

Essa norma é indicativa de que o legislador optou, neste caso, em prestigiar a certeza da existência da obrigação ao exigir que primeiramente haja o trânsito em julgado da condenação, para que, somente após, o valor possa ser executado, até mesmo retroativamente, se for o caso. É, também, a orientação adotada por alguns doutrinadores inclusive

13 CÂMARA, Alexandre Freitas. **A nova execução de sentença**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 48: “*ora, se é à parte, e não a seu advogado, que incumbe fazer, desfazer ou abster-se, não se pode admitir outro modo de intimação que não o pessoal*”.

na demandas de natureza individual, pois realmente seria criticável exigir o pagamento imediato das *astreintes* se, ao final, o demandado obtém sentença favorável que o dispensa de cumprir a obrigação pleiteada pelo autor. Ou, em outras palavras, não faria sentido penalizar imediatamente o réu recalitrante se ainda não se pode afirmar se o autor realmente terá o direito que alega possuir.¹⁴

Mas, por outro lado, este raciocínio acima gera o desprestígio deste meio de coerção, pois a ausência de exigibilidade imediata transformaria a mesma em, apenas, uma promessa, caso o demandado não tenha êxito na demanda. Em consequência, vem sendo permitida a execução imediata desses valores, conforme recomenda a melhor doutrina.¹⁵

Vale dizer, ainda, que todas essas dúvidas se referem apenas à possibilidade de execução das *astreintes* que foram fixadas no decorrer da etapa cognitiva. É que, caso as mesmas tenham sido estabelecidas em fase de execução ou mesmo em execução autônoma, a sua exigibilidade já é imediata, em razão da existência de um título executivo, que, por si só, já representa uma obrigação presumida como certa, líquida e exigível.

3.7. Execução definitiva ou provisória das *astreintes*

Por fim, para aqueles que admitem a promoção imediata da execução das *astreintes*, resta analisar se a mesma será considerada como provisória ou definitiva. Sobre este aspecto, há aqueles que defendem que a melhor orientação é a que considera esta execução como provisória, devido à instabilidade do título. Com efeito, não bastasse a possibilidade de decisão posterior julgar o pedido autoral improcedente, o que tornaria indevida a cobrança de tais *astreintes*, também não se pode olvidar da liquidez provisória desta obrigação, constante em título executivo judicial, eis que possível a atuação do magistrado na forma do art. 461, § 6º do Código de Processo Civil.

14 DINARMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, p. 239-240: "*elas são computadas a partir do descumprimento; mas quando tem o credor o poder de cobrá-las, inclusive promovendo-lhe a execução (execução por quantia certa)? Não há qualquer disposição legal a esse respeito... quanto às multas fixadas em sentença ou acórdão portador de julgamento de mérito, a resposta é menos difícil: o valor das multas periódicas acumuladas ao longo do tempo só é exigível a partir do trânsito em julgado do preceito mandamental, porque antes, o próprio preceito pode ser reformado e, eliminada a condenação a fazer, não fazer ou a entregar, cessa também a cominação. Não seria legítimo impor ao vencido o desembolso do valor das multas, quando ele, havendo recorrido, ainda pode ser eximido de cumprir a obrigação principal e, conseqüentemente, também de pagar pelo atraso*".

15 TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos direitos de fazer e de não fazer**. São Paulo: RT, 2001, p. 252: "*muito embora, deva se atentar para o caráter provisório de tal execução (CPC, art. 588, c/c art. 273, § 3º). Parece-me que se o juiz usou a multa como expediente para forçar o cumprimento imediato da prestação de fazer, não se deve recusar sua exigibilidade também imediata*".

Mas, ainda assim, há quem sustente que esta execução tem contornos de definitiva, pois o fato gerador das *astreintes* decorre do descumprimento de uma decisão judicial, o que tornaria irrelevante aguardar eventual sentença do magistrado decidindo a respeito da existência ou não da obrigação.¹⁶ Sob essa ótica, a multa teria natureza processual e não seria necessário aguardar a solução da relação jurídica material.

Mas esse último raciocínio, embora seja extremamente benéfico ao credor, também pode ser objeto de algumas críticas. Com efeito, embora as *astreintes* realmente tenham natureza processual, é certo que são fixadas para reforçar o cumprimento de uma obrigação de direito material, que ainda não foi definida se existente ou não. Assim, a mesma não deve ser tratada como um meio de punição para aquele que não cumpre ou cria embaraços no cumprimento das decisões judiciais, mas sim deve ser apenas um instrumento para coagir o devedor a adimplir uma determinada obrigação.

Da forma como exposta pela doutrina que adota esse último entendimento, há nítida aproximação das *astreintes* com outro instituto jurídico, este sim tendente a punir aqueles que adotam postura que desrespeita o Poder Judiciário. Trata-se da sanção pecuniária em decorrência do *contempt of court*, que possui previsão no art. 14 do Código de Processo Civil e que, em hipótese alguma, pode ser confundida com as *astreintes*, em razão de diversas diferenças.

Com efeito, a multa da *contempt of court* é para punir o comportamento da parte ou mesmo terceiro que desrespeite a autoridade da Corte jurisdicional, o que possibilita a imposição de uma sanção pecuniária prefixada, em até 20% sobre o valor da causa, que será revertida posteriormente à União ou aos Estados, dependendo da esfera da justiça afeita ao caso.¹⁷ As *astreintes*, ao revés, não objetivam punir, e sim reforçar o

16 ZAVASCKY, Teori Albino. **Processo de execução**. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2004, p. 318: “as decisões que impõem sanção por ato atentatório à dignidade da justiça, ou fixam multa coercitiva por atraso no cumprimento de obrigação de fazer e de não fazer, ou fazem incidir ônus de sucumbência em favor do litisconsorte excluído, são decisões que definem outra norma jurídica individualizada, diferente da que é objeto do processo, surgida de fato gerador novo, ocorrido no curso do processo e por causa dele. Assim, independentemente da solução que for dada à causa pela sentença definitiva, a decisões interlocutórias, naqueles casos, têm vida própria e, operada a preclusão em relação a elas, podem servir de título para execução definitiva”.

17 COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4ª Ed. Buenos Aires: B de F, 2005, p. 378: “El obligado se encuentra situado dentro del ámbito disciplinario del juez. La no ejecución del fallo es una desobediencia, un menosprecio, una ofensa al tribunal. Se le denomina contempt of Court y se reprime ejecutivamente por el propio juez”.

cumprimento de uma obrigação. Ademais, as mesmas são fixadas exclusivamente em relação ao demandado e em prol do credor da prestação discutida no processo, sem que haja qualquer limitação do seu valor.¹⁸

3.8. O tratamento reservado ao tema pelo novo Código de Processo Civil

Em junho de 2010, foi apresentada por uma comissão de juristas, que foi instituída por ato do Presidente do Senado Federal de nº 379/2009, um projeto para um novo CPC, que iniciou a sua tramitação perante as Casas Legislativas sob a rubrica PLS nº 166/2010. Essa comissão é composta por diversos juristas renomados e cujo Presidente é o Ministro Luiz Fux. Os demais membros são: Teresa Arruda Alvim Wambier, Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinícius Furtado Coelho e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.

Entre as justificativas para a criação de um novo CPC, encontra-se a melhoria da prestação jurisdicional, com a eliminação ou criação de instrumentos e institutos tendentes a torná-la mais ágil, bem como a recomposição da unidade sistemática do código, que foi bastante prejudicada em razão do advento de inúmeras leis que massivamente vinham alterando-o.

O PLS nº 166/2010 foi aprovado pelo Senado Federal em dezembro de 2010, com algumas modificações. Atualmente, o mesmo tramita perante a Câmara dos Deputados sob a alcunha PL nº 8.046/2010. Embora seja imprevisível saber se o projeto será ou não aprovado com ou sem modificações, o que se pretende com o presente estudo, é apenas apresentar, em linhas gerais, as principais mudanças que poderão vir a ser engendradas. Vale dizer, por fim, que a numeração dos artigos abaixo mencionada reflete a do PL nº 8.046/2010, que é a mais atual.

De acordo com a redação do art. 486 do Projeto, fica expresso que o valor das perdas e danos não excluem o montante acumulado das *astreintes*, o que, por sinal, corporifica uma visão que já é adotada nos dias atuais.

Já o art. 521 estabelece que as *astreintes* somente podem ser estabelecidas em obrigações de fazer ou não fazer. O mesmo, por sinal, também se aplica em relação as obrigações de entrega de coisa, conforme sugere o

18 DESTEFENNI, Marcos. *Curso de processo civil*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 186: “os destinatários podem ser diversos: enquanto as *astreintes* sempre se revertem em favor do credor, a multa aplicada no contempt of court pode reverter em favor do Estado”.

possível novo art. 523, parágrafo único. A crítica ao dispositivo (art. 521) é que o mesmo, injustificadamente, passa a estabelecer que qualquer meio de coerção somente pode ser fixado se requerido por uma das partes, o que diminui sensivelmente o poder que o magistrado tem para a condução do processo. E mais, de forma totalmente contraditória, o art. 522 permite que somente as *astreintes* possam ser estabelecidas de ofício.

O art. 522 é o mais extenso sobre o presente tema mas, pelo menos em seu *caput*, também não traz grandes inovações, pois apenas menciona que as *astreintes* podem ser fixadas de ofício tanto em sede de decisão interlocutória (liminar) como em sentença ou até mesmo no decorrer da etapa executiva.

O seu parágrafo primeiro admite a execução provisória das *astreintes*, muito embora o levantamento dos valores constrictos somente serão permitidos após o trânsito em julgado da sentença favorável ou na pendência de recurso de agravo para impugnar decisão monocrática que não conheceu do recurso extraordinário ou recurso especial.

O parágrafo 3º do mesmo art. 522 do Projeto estabelece que o magistrado poderá alterar apenas o valor das multas vincendas ou até mesmo excluí-las, desde que demonstrada que o mesmo se tornou insuficiente ou excessivo. Este tema já foi até abordado em momento próprio, com a exposição das correntes doutrinárias a respeito.

Por seu turno, o parágrafo 5º do art. 522 prevê expressamente que o valor das *astreintes* pode ultrapassar o do conteúdo econômico da obrigação, mas com a ressalva de que esse excesso será revertido em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça em que o processo estiver tramitando. Trata-se de grande modificação, pois o entendimento tradicional, tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial, sinalizava que esse valor, que até poderia superar o equivalente da obrigação principal, era inteiramente revertido ao demandante.

Já o provável parágrafo 6º do art. 522 cuida da hipótese em que a demanda não possua conteúdo economicamente apreciável, caso em que caberá ao magistrado determinar um valor limite para o teto das *astreintes* que serão revertidas ao autor.

Por fim, o parágrafo 7º do art. 522 acertadamente prevê a possibilidade de *astreintes* em face da Fazenda Pública e, para que o mesmo seja coerente com a norma prevista no parágrafo 5º, expressa que todo o montante que ultrapassar o conteúdo econômico deverá ser revertido em prol de entidade pública ou privada, com finalidade social. ❖

JUSTIÇA E DIREITO

O que é Justiça?*

Sandro Lucio Barbosa Pitassi

Juiz de Direito – TJRJ.

1. INTRODUÇÃO

Sabe-se que o direito tem uma natureza prática, revelando-se a razão como elemento de retificação e correção, diante da variedade e complexidade das circunstâncias, o que deixa transparecer a provisoriedade das conclusões. O próprio Aristóteles já havia preconizado que no campo do direito é inapropriada aquela precisão própria dos matemáticos.

Diante de tal cenário, a acentuada relativização da justiça, comprometendo a própria segurança jurídica, carrega evidentes e trágicos resultados, daí a presente proposição no sentido da investigação da possibilidade de se imprimir certa racionalidade no discurso sobre a justiça, contemplando-se, consoante já ressaltado, a variabilidade e complexidade das circunstâncias da vida.

Seria, assim, a justiça um elemento seguro, dadas as limitações culturais e históricas verificadas no mundo e a própria imperfeição humana? Lança-se, ainda, outra indagação: poderia a justiça assegurar uma sociedade justa?

A extrema riqueza da realidade tem como consequência evidente a impossibilidade de o legislador prever todas as soluções reclamadas pelo plano fático. Partindo-se de tais premissas, passa-se a explorar o tema da justiça à luz de alguns dos principais pensadores.

São embates que se travarão neste estudo, percorrendo-se, frisa-se mais uma vez, de forma panorâmica e despretensiosa, ao menos alguns dos principais pensadores da história, na tentativa tímida de se buscar alguma resposta.

* Artigo apresentado à disciplina de Teoria Geral do Direito – Professor Dr. Eduardo Luis Tinant, do Curso de Mestrado da Universidade Nacional de La Plata - Argentina.

2. A JUSTIÇA: UMA QUESTÃO DE OPINIÃO OU UM PARÂMETRO OBJETIVO - PROBLEMA DO JUSTO E DA SOCIEDADE JUSTA

O homem é um ser social, se relaciona com outros homens, com ele mesmo, com a natureza e a própria transcendência (Deus). A justiça, em ação, por sua vez, supõe a liberdade, como um poder-ser.

A justiça sob a ótica dos Salmos afirma que Deus é justo e que nos fará sermos justos, sendo a Justiça obra de suas mãos (de Deus), caminhando na teologia da Justiça.

Ela aparece como virtude, aparece em Platão e Aristóteles (2001), como a capacidade ou a excelência traduzida como virtude, cujo lugar está na alma ou na cidade. Sabe-se que a obra “A República”, de Platão, é o primeiro escrito que faz da justiça um termo, em que pesem as implicações metafísicas e certa ambiguidade.

Em São Tomás de Aquino, colhe-se a ideia de que aquilo que é dado ao todo é devido à parte, ou seja, sem a distribuição do comum, a comunidade perderia sua razão de ser, vigorando até o Renascimento a justiça Comutativa, **dar e receber entre indivíduos**.

Com o advento do capitalismo, tudo é reduzido em mera comutatividade, sendo a lei positiva baseada no contrato social. O filósofo Jeremy Bentham, ao encarar o “problema da justiça”, salienta:

Esse pode ser chamado de “o problema da justiça” para Bentham. Parece que certas circunstâncias da visão utilitarista entram em conflito com nossas intuições acerca do que é justo ou pelo menos do que é certo. O contra exemplo pode nos conduzir em duas direções. Pode-se concluir que o utilitarismo não pode ser a maneira correta de se pensar sobre a moralidade, ou pode-se concluir que as intuições acerca da justiça estão erradas.

O próprio problema pode ser enunciado de modo mais geral: às vezes a única maneira de produzir um saldo maior de prazer em relação à dor é fazendo com que um ou mais de nós sofram pelos outros. Obviamente, isso não equivale a afirmar que os pobres devem sofrer pelo bem dos ricos, mas exatamente o contrário. Isso equivale a se aproximar de uma verdade acerca da conexão entre colocar de lado os desejos de alguém pelo bem dos de outra pessoa e a natureza da moralidade. O utilitarismo captura algo acerca daquilo que

muitos consideram um fato sobre qualquer sistema moral digno do nome: sua natureza impessoal. A moralidade exige que seus interesses às vezes fiquem no lugar dos meus – e a seguir vem a parte importante – não importando quem você seja. Talvez a visão de Bentham capture esse fato de modo completo e nosso problema com ela reflita não uma falha do utilitarismo, mas o fato de que ser moral não é fácil. Deparar com o relativismo axiológico de Kelsen (2009) tem que a justiça absoluta é uma ilusão, visto que, do conhecimento racional, não existem mais do que interesses humanos e, portanto, conflitos de interesses, colocando-se Kelsen como partidário, em última análise, da justiça e da democracia liberal, consignando em suas afirmações o fato de que cada um terá uma concepção de justiça, colocando-se a tolerância como princípio moral específico de uma filosofia relativista de justiça, surgindo a idéia da justiça, da liberdade, da paz, da democracia e da tolerância, acrescentando Kelsen que A CIÊNCIA NÃO SE MOSTRA CAPAZ DE RESOLVER A QUESTÃO DO COMPORTAMENTO JUSTO.

Ao enfrentar a noção de justiça, Hans Kelsen salienta:

A justiça é, portanto, a qualidade de uma específica conduta humana, de uma conduta que consiste no tratamento dado a outros homens. O juízo segundo o qual uma tal conduta é justa ou injusta representa uma apreciação, uma valoração da conduta. A conduta, que é um fato da ordem do ser existente no tempo e no espaço, é confrontada com uma norma de justiça, que estatui um dever-ser. O resultado é um juízo exprimindo que a conduta é tal como – segundo a norma de justiça – deve ser, isto é, que a conduta é valiosa, tem um valor de justiça positivo, ou que a conduta não é como – segundo a norma de justiça – deverá ser, porque é o contrário do que deverá ser, isto é: que a conduta é desvaliosa, tem um valor de justiça negativo. Objeto da apreciação ou valoração é um fato da ordem do ser. Somente um fato da ordem do ser pode, quando confrontado com uma norma ser julgado como valioso ou desvalioso, pode ter um valor positivo ou negativo. Por outras palavras: o que

é avaliado, o que pode ser valioso ou desvalioso, ter um valor positivo ou negativo, é a realidade”.

Quando Hans Kelsen enfrenta a ideia de justiça em Platão, representante clássico do tipo das normas de justiça de ordem metafísica, afirma:

A justiça é o problema central de toda a sua filosofia. É para solucionar este problema que ele desenvolve a famosa Teoria das Idéias. As idéias são essências transcendentais que existem num outro mundo, num mundo diferente do perceptível pelos nossos sentidos e, por isso, são inacessíveis ao homem, prisioneiro dos mesmos sentidos. Elas representam no essencial valores que devem, na verdade, ser realizados no mundo dos sentidos, mas que jamais podem ser aí plenamente realizados. A idéia principal, aquela à qual todas as outras idéias se subordinam e da qual todas retiram a sua validade, é idéia do Bem absoluto; e esta idéia desempenha na filosofia de Platão o mesmo papel que a idéia de Deus na teologia de qualquer religião.

A idéia de bem contém em si a de justiça – aquela justiça cujo conhecimento visam quase todos os diálogos de Platão. A questão: <<O que é a justiça?>> Identifica-se, portanto, com a questão: <<O que é bem ou o que é o Bem?>> Nos seus diálogos, Platão faz numerosas tentativas para responder a esta pergunta por uma via racional. Todavia, nenhuma dessas tentativas conduz a um resultado definitivo. Quando uma qualquer definição parece ter sido alcançada, Platão logo declara pela boca de Sócrates que são necessárias novas indagações. Platão remete repetidas vezes para um específico método de pensamento abstrato liberto de todas as representações sensíveis, a chamada dialética que – segundo ele afirma – dá àquele que o domina a capacidade de apreender a Idéia. Todavia, ele próprio não emprega este método nos seus diálogos nem tão pouco nos comunica os resultados desta dialética.

Ao caminhar na justiça e o amor de Deus, ou seja, a justiça divina, Hans Kelsen assim discorre:

Ela equivale à justiça que exige que os homens devem ser tratados tal como for conforme à vontade divina, à humanamente incognoscível vontade de Deus, o qual preceitua o bem mas também permite o mal. É absolutamente bom e, ao mesmo tempo, onipotente-pelo qual é autor não só do Bem como também do Mal. Ela equivale, especialmente, à justiça que ensina o Grande Santo. Jesus, depois de ter energicamente rejeitado o princípio <<olho por olho, dente por dente>>, o princípio da retribuição anuncia como sendo a nova, a verdadeira justiça a que se contém no princípio do amor: não retribuir o mal com o mau, mas com o bem, não opor resistência ao mal que nos fazem mas amar quem nos faz mal, sim, amar até os inimigos.

Essa justiça situa-se para além de toda ordem possível numa realidade social; e o amor, que é esta justiça, não pode ser a emoção humana a que nós chamamos amor. Isto não só porque é contra a natureza humana amar os inimigos mas ainda porque Jesus expressamente rejeita o amor humano que liga o homem à mulher, os pais aos filhos. Quem quer seguir Jesus e alcançar o Reino de Deus deve deixar a casa e a fazenda, os pais, os irmãos, a mulher e os filhos. Sim, quem não odeia o seu pai, mãe, mulher, filhos, irmãos, irmãs e até a sua própria vida, não pode ser discípulo de Jesus. O amor que Jesus ensina não é o amor do homem. É o amor através do qual o homem deve tornar-se tão perfeito como o Seu Pai no céu, o qual manda o sol levantar-se sobre os maus e sobre os bons e manda chover sobre justos e injustos. É o amor de Deus – e como tal, completamente diferente do amor do próximo, que é inteiramente humano. O mais estranho nesse amor de Deus é que o temos de aceitar como compatível com a pena cruel, eterna mesmo, que será aplicada ao pecador no Juízo Final; e, portanto, como conciliável como o temor mais profundo de que o homem é capaz, o temor de Deus.

Esta e muitas outras contradições não procurou Jesus esclarecê-las. Pois que, com efeito, ela apenas é contradição para a razão humana limitada, não para a razão absoluta de Deus,

que é inacessível ao homem. Por isso ensina Paulo, o primeiro teólogo da religião cristã, que a sabedoria deste mundo é insensatez em face de Deus, que a filosofia, que é conhecimento lógico racional, não é via de acesso à justiça divina, que está encerrada na insondável sabedoria de Deus, que esta justiça apenas nos é revelada por Deus através da fé, que atua através do amor. Paulo conserva-se fiel à doutrina de Jesus da nova justiça, do amor de Deus. Mas reconhece que o amor que Jesus ensina está para além do conhecimento da razão. Ele é um segredo, um dos muitos mistérios da fé.

Sobre justiça e felicidade, o mestre Hans Kelsen tece:

Platão ensina que o justo, e apenas o justo, é feliz; ou que temos de conduzir os homens a crer em tal. E, de fato, o problema da justiça tem uma importância tão fundamental para a vida social dos homens, a aspiração à justiça está tão profundamente enraizada em seus corações porque, no fundo, emana da sua indestrutível aspiração à felicidade.

Nenhuma justiça simplesmente relativa, apreensível pela razão humana, pode atingir este fim. Uma tal justiça relativa apenas conduz a uma satisfação muito parcial. A justiça pela qual o mundo clama, <<a>>justiça por excelência é, pois, a justiça absoluta. Esta é um ideal irracional. Com efeito, ela só pode emanar de uma autoridade transcendente, só pode emanar de Deus. Por isso, a fonte da justiça e, juntamente com ela, também a realização da justiça, têm de ser relegadas do Aquém para o Além – temos que nos contentar na terra com uma justiça simplesmente relativa, que pode ser vislumbrada em cada ordem jurídica positiva e na situação de paz e segurança por esta mais ou menos assegurada. Em vez da felicidade terrena por amor da qual a justiça é tão apaixonadamente exigida, mas que qualquer justiça terrena relativa não pode garantir, surge a bem-aventurança supra-terrena que promete a justiça absoluta de Deus àqueles que nele crêem e que, conseqüentemente, acreditam nela. Tal é o engodo desta eterna ilusão.

Hoje há consenso geral sobre a possibilidade de conhecimentos racionais não estritamente científicos.

Norberto Bobbio (2007) encara o problema da justiça no âmbito do estudo de filosofia do direito.

Na modernidade se potencializaram elementos judaicos e helênicos. A redução da racionalidade à ciência, vinculando-se a idéia da justiça a de Direito, a do Direito à Lei. Hoje se vive um mundo sem idéia do próprio mundo, até porque **o pensar e a prática da totalidade estão em crise, deparando-se com época de transição histórica, sem falar na própria revolução moral.** Não há um discurso moral único, por mais que se participe do relativismo.

A crise do direito é uma crise de fundamentação, verdadeiro vazio legal de situações não previstas pelo legislador, sem falar na busca de uma fundamentação ética em pleno quadro, chegando-se a se falar em tecnociência, nova racionalidade; em vez de se falar apenas em ciência.

Três âmbitos se apresentam para uma Teoria da Justiça, consistentes na distributiva, comutativa e legal. Não há dúvidas de que a justiça supõe o Direito.

Tércio Sampaio Ferraz Junior leciona:

O conceito de justiça, como todas as categorias fundamentais dentro da Filosofia, é um dos mais disputados. O termo costuma caracterizar, de modo geral, aquilo que é justo no sentido de equitativo, congruente, igual. Mas, especificamente refere-se à congruência relativa ao homem, às coisas na sua relatividade face ao homem e aos homens entre si. É nesse sentido, sentido humano, que o termo justiça ganha foros jurídico-filosóficos, convertendo-se em pedra angular de todo edifício jurídico.

Nas mais antigas manifestações do pensamento grego antigo, a justiça não aparece com denominação própria e específica, mas freqüentemente ligada às outras idéias, cujas conotações são invariavelmente míticas. Como tem sido observado, nem Homero nem Hesíodo conhecem o vocábulo, mas, para designarem a justiça, de que por certo, tiveram alguma idéia, valem-se de outros vocábulos, como decisão judicial, bom conselho. Têmis, como toda figura mítica, bastante controversa, é uma das deusas gregas da justiça. Ela é mãe das Horas que presidem a ordem no universo. Têmis é

originariamente a conselheira de Zeus, identificada mesmo com sua vontade. Mais tarde, ela já surge como a divindade dos oráculos, promovendo reuniões públicas e propiciando o aparecimento e elaboração das ordenações civis. A outra imagem mítica é Diké, deusa dos julgamentos, filha de Zeus e Têmis. Sua figura liga-se mais tarde não só à decisão, mas também à pena judicial, fazendo-a cruel e vingativa. Importa verificar, no entanto, que na épica grega a justiça não tem a forma da virtude principal, mas é freqüentemente superada pela coragem, a astúcia, virtudes estas cujo caráter dramático é bem mais propício ao desenvolvimento de uma epopéia. Ou, como diz Del Vecchio (1960, p.6), “a própria índole da justiça – virtude equilibradora – a torna menos apta a traduzir-se naqueles movimentos de paixão e contrastes de afetos, de que acima de tudo se alimenta a poesia”. Contudo, mesmo Têmis nem sempre é portadora da concórdia, nos seus conselhos a Zeus, podendo incitar o conflito e a discórdia, o que realmente sucede na íliada, com a guerra de Tróia. (FERRAZ JR, 2009, p.168)

O mesmo autor, ao encarar a justiça como virtude universal, discorre:

Por outro lado, na linha da virtude universal, é básica uma referência ao pensamento socrático-platônico. A admissão da justiça como virtude primacial já era mais ou menos aceita desde o século VI a.c., consoante as citações, em tom de algo indiscutível e aceito, feitas por Aristóteles, de Theognis, na sua Ética a Nicômaco. Mas é, sem dúvida, no platonismo que esta idéia ganha um estatuto lógico e fundamental, dentro de uma sistemática filosófica. Com efeito, se é verdade que não é o corpo, por perfeito que seja, que torna a alma boa por sua virtude; é a alma boa que, por sua virtude, dá ao corpo toda a perfeição de que ele é capaz, o corpo é, no entanto, ainda que imagem imperfeita, o instrumento da alma (República, III, 403 d). Pode-se dizer assim que a alma comanda o corpo, para que seu instrumento se torne o mais perfeito possível, pois que a alma está encarregada do que é desprovido da alma e deve ela cuidar de si mesma. Ora, o exercício do poder de mando é assim uma aceitação da lei da

necessidade universal, e o homem perfeito deve conformar-se a ela (República, VII, 519 d).

A justiça passa, em Platão, a ser, portanto, o princípio regulador da vida individual, da vida social e de todo o universo. Não lhe cabe, em absoluto, como sucedia aos sofistas, a função específica e limitada de regular uma esfera estrita de aplicação (a sociedade, no caso da sofística) nem encerrá-la na operação de harmonizar as ações individuais (como os pitagóricos e sua reciprocidade), mas sim a função total e sistemática de reger e equilibrar as várias partes num todo orgânico. A justiça torna-se, efetivamente, a virtude universal.

Quando se observa as teorias sobre a justiça, basicamente se agrupam em analíticas (sobre estruturas lógicas e conteúdos linguísticos do conceito de justiça), empíricas (observação da realidade) e normativas (quais concepções de justiça se pode justificar eticamente).

As teorias processuais se prendem ao desenvolvimento de procedimentos, elencando-se as teorias de argumentação, decisionistas e fundantes da justiça, sendo representantes da Teoria da Argumentação, por exemplo, Perelman e Alexy, e representante das Teorias Decisionistas, por exemplo, John Rawls.

A justiça como princípio aparece na seara da Bioética e do Direito. Tomando-se os postulados de John Rawls, este surge como alternativa ao utilitarismo, colocando a justiça como algo inerente ao humano. Defendendo os princípios fundamentais do liberalismo, pretende responder quais são as condições que a sociedade deveria atingir, tratando da justiça procedimental e da maior liberdade equitativa, da justa igualdade de oportunidades, bem como, do Princípio da Diferença, pois, as desigualdades imerecidas requererem uma compensação.

Esboçando os traços distintivos da Teoria da Justiça, de John Rawls, Roberto Gargarella afirma:

Antes de expor quais são os traços próprios do peculiar contrato hipotético imaginado por Rawls, convém esclarecer algumas questões fundamentais vinculadas a ele. Em primeiro lugar, cabe considerar que o referido contrato tem como objetivo último estabelecer certos princípios básicos de justiça.

Esses princípios, no entanto, não visam resolver casos particulares, problemas cotidianos de justiça. Os princípios defendidos por Rawls surgem muito mais como critérios que se destinam a ser aplicados à estrutura básica da sociedade. Como ele mesmo esclarece: “o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade ou, mais exatamente, o modo como as instituições sociais mais importantes distribuem os direitos e deveres fundamentais, e determinam a divisão das vantagens provenientes da cooperação social. Por instituições mais importantes, entendo a constituição política e as principais disposições econômicas e sociais. Em segundo lugar, convém ressaltar que os princípios resultantes do contrato rawlsiano são aplicáveis a sociedades bem organizadas, nas quais vigoram as circunstâncias de justiça. Uma sociedade bem organizada é aquela direcionada para promover o bem de seus membros. Uma sociedade em que predominam as circunstâncias de justiça é aquela onde não existe nem uma extrema escassez nem uma abundância de bens; onde as pessoas são mais ou menos iguais entre si (quanto a suas capacidades físicas e mentais) e também vulneráveis às agressões dos demais (nesse sentido, por exemplo, uma sociedade hiperprodutiva, como a imaginada na utopia marxista, surgiria anulando, ou melhor, superando as mencionadas circunstâncias de justiça).

Segundo Rawls, para situações como as mencionadas, não existe um critério independente que possa nos dizer o que é justo fazer, embora existam procedimentos que podem ajudar-nos a chegar a resultados equitativos. Para Rawls, isto constitui uma situação de justiça procedimental pura. Por outro lado, seria considerada uma situação de justiça processual imperfeita se existisse um critério independente de justiça, embora não um procedimento capaz de assegurar tal justiça e seria considerada justiça processual perfeita se existisse tanto uma idéia independente e clara do que é um resultado justo como um processo capaz de garantir este resultado. Quanto à escolha dos princípios de justiça, as condições procedimentais imparciais levam, segundo Rawls, ao que ele

denomina sistema de justiça como equidade. Nesse sistema, considera-se que os princípios de justiça imparciais são os que resultariam de uma escolha realizada por pessoas livres, racionais e interessadas em si mesmas (não invejosas), colocadas em uma posição de igualdade. Para dar forma a essas condições Rawls recorre à posição original. (1997, p. 20)

Aprofundando a questão da justiça sob a ótica do marxismo analítico, Roberto Gargarella prossegue:

A partir da nova preocupação com os microfundamentos, com a averiguação das crenças e motivações dos indivíduos, era quase natural que os marxistas analíticos começassem a se ocupar de temas como o da justiça ou da igualdade, comumente despercebidos (ou menos prezados) pelo marxismo. No entanto, o próprio devenir histórico veio reforçar essas tendências. Sobretudo quando se começou a perceber que o Estado igualitário final, próprio do comunismo, não apareceria como um resultado inevitável da evolução social. Ou quando se observou que, apesar do crescente desenvolvimento produtivo, os problemas da escassez ameaçavam permanecer crônicos. Torno-se imperioso, então, determinar que normas iriam ser usadas para distribuir a escassez presente. Do mesmo modo, tornou-se necessário definir que tipo de igualdade deveria ser buscado como último objetivo social.

Em síntese, nos novos estudos marxistas, o tema da justiça começava a ocupar um primeiro plano. Há pouco tempo, esta questão era praticamente inexistente para a maioria dos marxistas, já que se admitiam a inevitabilidade da revolução proletária, a prática eliminação da escassez e a identificação entre proletários e necessitados.

Citando-se uma das críticas à Teoria da Justiça, de John Rawls, apresenta-se aquela feminista formulada por Catharine MacKinnon, registrada por Roberto Gargarella:

Na literatura feminista, MacKinnon escreveu um dos trabalhos mais originais e mordazes. Suas críticas, em geral, rela-

cionaram-se à teoria liberal como um todo, a partir de uma rejeição à idéia de autonomia, pelo menos tal como esta é apresentada na referida corrente de pensamento. Segundo MacKinnon, a ênfase na autonomia deveria ser deixada de lado, para começar a pensar em um enfoque teórico mais radical que o que domina o enfoque da dominação. De acordo com ela, esse enfoque permitiria descrever e examinar melhor a situação das mulheres no mundo contemporâneo.

O enfoque da dominação apóia-se na idéia de uma distribuição desigual do poder entre homens e mulheres, ao mesmo tempo que objeta a superioridade masculina e a subordinação feminina. De acordo com a mencionada autora, essa subordinação não tem nada a ver com a biologia, ou com a forma diferente como evoluíram os sexos, mas com a política.

(...)

A primeira objeção que MacKinnon apresenta ao liberalismo destina-se a se opor ao individualismo que caracterizaria essa postura teórica.

Em segundo lugar, MacKinnon critica o naturalismo que é atribuído ao liberalismo, e segundo o qual certas características sociais são reduzidas a características naturais. Com essa objeção, a autora pretende assinalar que o liberalismo considera como dadas situações que são, na verdade, produto da política ou, talvez mais especificamente, da dominação masculina (2009, p. 86/87).

São embates que se travarão neste estudo, percorrendo-se, frisa-se mais uma vez, de forma panorâmica e despretensiosa, ao menos alguns dos principais pensadores da história, na tentativa tímida de se buscar alguma resposta.

Retomando Aristóteles, em sua obra **Ética a Nicômaco**, o mesmo, ao analisar o justo e o injusto, assevera:

Uma classe de atos justos se compõe de atos que estão em consonância com alguma virtude e que são prescritos pela lei (por exemplo, a lei não permite expressamente o suicídio e o que a lei não permite expressamente, ela o proíbe). Além disso, quando uma pessoa, violando a lei, causa dano a um outro

voluntariamente (excetuados os casos de retaliação), ela age injustamente; e um agente voluntário é aquele que conhece tanto a pessoa a quem atinge com o seu ato como o instrumento que está usando; e que, em um acesso de forte emoção, voluntariamente se apunhala, pratica esse ato contrariando a reta razão da vida e isso a lei não permite; age, portanto, injustamente. Mas contra quem? Certamente contra a cidade, e não contra si mesmo, pois essa pessoa sofre voluntariamente, e ninguém é voluntariamente tratado com injustiça. Por essa razão, a cidade pune o suicida, punindo-o com uma certa perda de direitos civis, pois ele trata a cidade injustamente.

(...)

O justo e o injusto sempre envolvem mais de uma pessoa. Além disso, a ação injusta é voluntária e praticada por escolha e a ela pertence a iniciativa (não se diz que um homem agiu injustamente se, tendo sofrido um mal, retribui com o mesmo mal); mas se alguém pratica um dano a si próprio, sofre e pratica as mesmas coisas a um só tempo.

De um modo geral, a pergunta “pode um homem tratar injustamente a si mesmo?” é respondida também pela distinção que aplicamos a outra pergunta: “pode um homem ser voluntariamente tratado injustamente? (2001, p. 126/127).

Após analisar a questão da justiça no plano concreto, relacional, o filósofo ainda acrescenta:

Em sentido metafórico e em razão de uma certa analogia, há uma espécie de justiça no homem, não em relação a ele mesmo, mas entre certas partes suas. Não se trata de uma justiça de qualquer espécie, mas daquela que prevalece entre amo e escravo ou entre pai e filho. Com efeito, as relações que a parte racional da alma guarda com a parte irracional são desse tipo e é tendo em vista essas partes que se pensa que um homem pode ser injusto para consigo mesmo, porque tais partes podem sofrer alguma coisa contrária aos seus desejos, de tal modo que parece haver uma justiça entre elas, como aquela que existe entre governante e governado.

E era o que tínhamos a dizer acerca da justiça e das outras virtudes morais. Como dissemos anteriormente, deve-se preferir o meio termo e não o excesso ou a falta, e o meio termo é determinado pelos ditames da reta razão.

Eminente representante do pensamento do século XX, John Rawls (1997) pensou na justiça, numa sociedade bem ordenada, contudo, este é um dos pontos que ensejam críticas à sua teoria.

Ressalta-se, desde já, que a análise não se fará com observância de rígida ordem cronológica de aparecimento de observadores e estudiosos.

A partir do filósofo Kant (2005) aparece um problema, **pois a Europa se depara com o esgotamento da síntese metafísica, realidade que se faz clara através da descoberta científica de que a Terra não é o centro do universo, bem como, a perda pelo catolicismo do monopólio da interpretação da vontade de Deus, conjugando-se, igualmente, o aparecimento da América, surgindo o estranho, o indígena, o outro no cenário mundial.**

Tais pontos ensejam o afastamento da metafísica, deixando-a de lado, visto que **incapaz de responder aos novos problemas, transmutando-se em fonte de guerra, violência e até mesmo de conservadorismo, a fim de impedir o surgimento de novos modelos.**

Assim, a ciência moderna surge a partir da negação da metafísica, verificando-se no século XIX a possibilidade de percepção da história, do tempo, do espaço, das ideias de progresso e de evolução. E lança-se nova indagação: perante tal realidade qual seria a postura humana?

Justiça e poder são conceitos harmônicos e, em caso positivo, qual seria o respectivo grau?

Maquiavel escreve:

De fato, o modo como vivemos é tão diferente daquele como deveríamos viver, que quem despreza o que se faz e se atém ao que deveria ser feito aprenderá a maneira de se arruinar e não a defender-se. Quem quiser praticar sempre a bondade em tudo o que faz está fadado a sofrer, entre tantos que não são bons. É necessário, portanto, que o príncipe que deseja manter-se aprenda a agir sem bondade, faculdade que usará ou não, em cada caso, conforme seja necessário. Deixando de lado as coisas imaginárias que dizem respeito aos príncipes

e falando das que existem realmente, pode-se observar que todos os homens – especialmente os soberanos, pela sua posição mais elevada – têm a reputação de certas qualidades, que lhes valem elogios ou vitupérios. Assim, alguns são tidos como liberais, outros por miseráveis (para usar um termo toscano, misero, que designa o que usa de má vontade o que é seu, enquanto avaro significa entre nós quem deseja possuir, pela rapina); um é considerado generoso, o outro ávido; um, cruel, o outro misericordioso; um, perjuro, o outro fiel; um, efeminado e pusilânime, o outro bravo e corajoso; humanitário ou altaneiro; lascivo ou casto; franco ou astuto; difícil ou fácil; sério ou frívolo; religioso ou incrédulo; e assim por diante.

Reconhecemos todos que seria muito louvável que um príncipe possuísse todas as boas qualidades acima numeradas, mas como isso não é possível, pois as condições humanas não o permitem, é preciso que tenha a prudência necessária para evitar o escândalo provocado pelos vícios que poderiam abalar seu reinado, evitando os outros se for possível; se não for, poderá praticá-los com menores escrúpulos. Contudo, não deverá se importar com a prática escandalosa daqueles vícios sem os quais seria difícil salvar o Estado, isto porque, se se refletir bem, será fácil perceber que certas qualidades que parecem virtudes levam à ruína, e outras que parecem vícios trazem como resultado o aumento da segurança e do bem-estar. (2009, p. 82/83)

Com base nos relatos e diante da vivência social, poderia a justiça figurar como critério certo, norteador e justificador da legislação e práticas sociais?

Sobre a criação da sociedade perfeita, Thomas More, escreve:

Um mapa do mundo em que não aparece o país Utopia não merece ser guardado. Esta máxima de Oscar Wilde expressa o anseio permanente de criação de sociedade perfeita. Ideal irrealizável em sua plenitude, a utopia se materializa parcialmente, no entanto, graças ao progresso científico e tecnológico.

Utopia é toda proposta ideal de organização da sociedade em que, por meio de novas condições econômicas, políticas e sociais, se pretende alcançar um estado de satisfação geral.

*Nesse sentido, a utopia é a contrapartida para o futuro do mito de uma idade áurea, que teria existido em passado remoto. Comum a essas duas projeções é a oposição teórica às instituições sociais vigentes. Segundo Karl Mannheim, autor de *Ideologie und Utopie* (1929; *Ideologia e Utopia*), utopias são idéias inspiradoras das classes em rebelião e ascensão, em oposição às ideologias que racionalizam e estratificam o pensamento das classes dominantes.*

A palavra “utopia” que em grego significa “em lugar nenhum”, foi usada por Thomas More para designar a ilha imaginária descrita em outra obra. More faz severas críticas à sociedade inglesa e européia, ao mesmo tempo em que apresenta a ilha de Utopia como um lugar em que a sabedoria e a felicidade do povo decorrem de um sistema social, legal e político perfeito, guiado pela razão. A Utopia fez muito sucesso na época e tornou-se modelo de todas as concepções posteriores do gênero. (2009, p. 121).

Jean-Jacques Rousseau, ao tomar em consideração o povo, esclarece:

Assim como o arquiteto, antes de erguer um grande edifício, observa e sonda o chão, e examina se pode sustentar o peso da construção, da mesma forma o sábio instituidor não começa a formar boas leis em si mesmas antes de ter observado se o povo a quem ele as destina é capaz de as suportar. Por esse motivo recusou Platão dar leis aos arcádios e aos cirênios, sabendo que esses dois povos eram ricos e não podiam sofrer a igualdade; por essa razão se viram em Creta boas leis e maus homens, porque Minos disciplinou um povo carregado de vícios. (2002, p. 150).

Aliada à percepção do tempo e do espaço, surge a cultura, a verificação de que produzimos nosso meio e de que este nos produz, erguendo-se a valorização do ente, ou por outras palavras, a mirada de que o ser existe, mas tal existência só acontece na medida em que se concretiza no ente.

Kant (2005), a fim de resolver o problema da metafísica, transforma a filosofia numa teoria do conhecimento, revelando-se como fundamental **o sentido dado a aquilo que conhecemos**. Portanto, o importante não seria definir a justiça, mas sim a descoberta do sentido que é dado à mesma.

Porém, existe igualmente o caminho fenomenológico, originário da Alemanha, **reduzindo-se em poucas e apertadas palavras na afirmação de que não se consegue estabelecer um diálogo sobre o ser em si, a justiça, por exemplo, mas há experiências de como o ser aparece, se manifesta, o que denota a importância do fato histórico**.

Prosseguindo-se na investigação inicialmente sugerida, se a justiça puder ser analisada como uma preocupação universal, como se manifestará nas particularidades?

A própria questão da universalidade dos direitos humanos não carregaria algo ligado a uma pretensão hegemônica? E, há lugar para se pensar o mundo a partir da minoria, com a resolução do localizado, do concreto, o que significaria a síntese permanentemente aberta, até porque inacabada?

O que a experiência traz é o conceito de que se trata de espaços onde sínteses históricas resolvem problemas localizados.

Nesse aspecto, olhando-se com os elementos de um pensamento localizado hegemônico como foi enfrentada a noção de justiça, tem-se **a representação mitológica, ou mesmo Aristóteles, o qual apresenta a justiça como uma virtude; ou o Cristianismo, onde aparece como a vontade de ser justo, lembrando-se, ainda, São Tomás de Aquino, que trata da justiça como amor, ao passo que um retorno a Aristóteles revela a justiça como equidade, até se chegar na época moderna, do Leviatã, do contrato social, ou a ideia de justiça de John Rawls, o qual salienta que na medida em que o recurso irá beneficiar, tem-se uma sociedade mais justa**.

Interessante que, recentemente, o tema do amor reaparece na comunicação, o do respeito ao outro, o que torna necessário o diálogo.

Portanto, refaz-se a indagação: existe a possibilidade da concepção da justiça com racionalidade numa sociedade pluralista? Sabe-se que o conceito de desencantamento do mundo aparece em Max Weber, passando o mundo a ser explicado e a própria religião por critérios racionalistas, colocando-se a problemática da racionalização na forma de se justificar as posturas num mundo onde não há consenso de base, uma situação de desencantamento.

Todavia, tal fenômeno é marcado por aspectos negativos e positivos, traduzindo-se o aspecto positivo na retirada do mundo da **mentalidade mágica, libertando do obscurantismo, o que abriu espaço para o Direito como elemento fundamental da solidariedade e igualdade entre as pessoas, surgindo a ideia de se resistir a toda forma de violência.**

O aspecto negativo emerge do futuro, de como enfrentá-lo, como herdeiros da secularização e do desencantamento. Seria a justiça um valor simplesmente, ou se traduz em um valor que tem que buscar apoio, já que não suficientemente forte, ou poderia se negar a qualidade de valor?

No mundo contemporâneo, firma-se a ideia de que a construção do mundo **não poderá ter um rosto somente, colocando-se o desafio de se resistir à negação do outro, constatando-se que o eu se realiza, na pós-modernidade no seu encontro com o outro.**

Sabe-se que cada sociedade apresenta um modelo de justo, ao mesmo tempo em que a justiça não é um dado pronto, precisando ser construída. No mundo moderno a justiça é chamada a ser desenhada com racionalidade, sendo a base da fundamentação não o absolutismo, **mas sim a argumentação.**

A representação mítica que se fazia em Roma da deusa Justiça trazia a balança, contrariamente àquela verificada na Grécia, onde se encontra a espada. Nas representações mais antigas, era a figura de uma mulher segurando a balança, encontrando-se, ainda, o cetro, símbolo da majestade e da autoridade, sendo que no correr dos séculos houve a substituição do cetro pela espada.

Não há dúvidas de que a justiça tem a ver com o equilíbrio da balança, mas também se fala que a justiça é cega, tendo os olhos vendados. A romana era assim, ao passo que a grega tinha os olhos bem abertos.

Retomando Aristóteles, tem-se que para o excesso, seja no mais ou no menos, o que se verifica, em última análise, é a injustiça. Os gregos tinham uma noção ligada a tal dualismo, ou seja, justo ou injusto.

O fato de a justiça romana apresentar símbolo com olhos vendados traduz a valorização da audição, possibilitando ouvir os interessados, guardando ligação com a ponderação, pois a verdade se obtém a partir de um diálogo. A justiça grega, com a presença do cetro, coloca o problema do poder e da verdade tirânica: ou é ou não é.

A noção de justiça crê-se, surge simultaneamente com a ideia da vingança, até porque na representação mitológica tem-se a presença da

espada e do poder, o que é perceptível em sociedades primitivas. Contudo, **a ideia de vingança é algo que perdura no tempo, trazendo-se os países islâmicos, onde se constata forte elo da justiça com a vingança.**

Sendo assim, pode-se concluir que o tema da justiça traz ideias de verdade, ponderação, equilíbrio, mas também está ligada à ideia de vingança, **sabendo-se que tais temas não são congruentes, até porque se de um lado surge a pureza, do outro revela-se elemento até mesquinho.**

E no campo da justiça, como se tratar a questão da retribuição? Nos povos germânicos até crimes com morte eram retribuídos com pena pecuniária, sendo que na tradição judaico-cristã proíbe-se pena pecuniária em homicídio, delineando-se diferentes formas de se olhar a questão.

Na retribuição hierárquica, encara-se a Justiça em termos de poder e hierarquia, onde não se conversa muito, modelo vertical, contraposto ao modelo horizontal, aquele equilíbrio da balança, podendo-se afirmar que no ser humano o modelo vertical tem suas raízes mais arraigadas no lado primata, ao passo que o modelo horizontal sublima o lado mais humano. Ao retribuir, ora se usa o modelo horizontal, ora o vertical. Na verdade, ao se encarar a justiça numa perspectiva retributiva, ambos os modelos se imbricam.

Voltando, mais uma vez, a Aristóteles, o qual insere a justiça dentro da Ética, tratando-a como virtude, conclui o mestre, diferentemente de Platão, que **a justiça é mais ação, ou seja, ninguém é justo porque tem a capacidade de ser justo, mas sim porque age, faz coisas justas, algo que se percebe como virtude num processo constante**, diferentemente de Platão, que encarou o tema como algo que o ser humano possuía traduzido em potencialidade.

A modernidade quis descobrir padrões fixos de comportamento, os quais hoje desapareceram. A injustiça, numa visão aristotélica, abarcaria o excesso para mais ou para menos, **figurando a justiça como temperança, colocando-se a figura da equidade como a própria justiça levada no particular, em cada caso, concretamente.**

O modelo horizontal, já referido, traduz verdadeira comutação, justiça comutativa, base, por exemplo, de São Tomás de Aquino. Quando se analisa o mundo romano, surge o tema da vontade, o que em Aristóteles e Platão se aproxima do instinto, do apetite.

Já em Roma, começa-se a esboçar a vontade como livre arbítrio, **aquela vontade constante de dar a cada um o que é seu, própria do Direito Justiniano.** E a vontade vai alterar o modo como se percebe a

própria organização da sociedade, até porque as sociedades gregas e romanas eram estamentais.

O cristianismo marcou a renovação da vontade, sua reinterpretação. Contudo, tal ponto não traduz necessário equilíbrio, revelando-se, diversamente, até mesmo desequilíbrio de emoções.

Na filosofia cristã a vontade passa a ser uma faculdade, o livre arbítrio passa a ser possibilidade simultânea de querer e não querer, volta-se a olhar o homem virtuoso não como aquele que age, mas como aquele que quer, **deslocando-se do agir para o querer, diversamente daquela ideia presente em Aristóteles em que não bastava alguém querer ser justo, mas necessariamente deveria agir de forma justa**, transmutando-se para o raciocínio de que alguém pode ser justo na intimidade, revelando-se como decisivo aquilo que se apresenta na intimidade, **o que faz com que o tema da justiça se interiorize, sem falar no problema de como se lidar com tamanha subjetividade.**

Deus seria o único capaz de ver se as intenções corresponderiam aos atos, operando o julgamento total e, enquanto isto não acontece, verificam-se os juízos humanos.

A justiça divina seria um paradigma e a humana figura híbrida, fusão do humano e do externo na medida do possível, verificando-se na era moderna esta percepção da justiça ligada à vontade, do problema de se ligar interno/externo e da própria percepção da justiça nas relações desproporcionais, da justiça como um problema de consciência, em que cada um é sede do que é justo e decide o que **revela o problema do radicalismo numa forma total, até porque como resolver tamanha subjetivação se já não se tem a relação homem/Deus para apaziguar, pois no lugar de tal relação surgiu a relação homem/Estado, sem falar nas ideias de razão e ciência.**

Sobre razão e ciência, colocam-se mundos diversos: o da consciência ética e o da verdade, e a verdade é um problema da ciência, o que enseja uma segunda separação, consubstanciada no caráter vinculativo das normas da justiça, tornando-se um tema restrito à consciência, desvinculando-se o subjetivo daquilo que se mostra objetivo, este realizado pelo Direito, o qual se separa da justiça, ou melhor, em linhas gerais, o Direito seria aquele que vincula objetivamente e a justiça, subjetivamente. O Estado burocrático seria sede do Direito, não da justiça.

Na era moderna, a justiça vem como a realização de um Estado racional, o que implica uma discussão acerca de sua universalidade.

Fato é, após a caminhada até aqui feita, que não se duvida da dificuldade de se conceituar a Justiça. Todavia, **em que pese tal constatação, não se nega que se trata de algo que se vivencia, como, por exemplo, o amor, a verdade e o poder, verdadeiros códigos que nos permitem a prática de certas relações, porém são códigos móveis, alvo de um processo contínuo de alteração.**

Mas, mesmo os códigos mais abstratos possuem uma base vital, algo que inter-relaciona, sua base simbólica. A justiça é um código, código este inicialmente estabelecido como ação, conduta, virtude, ato de vontade, consciência, organização positiva etc., que trabalha com uma infinidade de símbolos, até mesmo revela em sua base simbiótica a própria inveja, julgando-se o outro como aquele não digno do que possui, sabendo-se que tal afirmação pode causar certo incômodo.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na base da Justiça está a igualdade, o elemento inter-relacional, aquilo que diz respeito ao outro, à socialização e ao se comunicar o homem usa, dentre vários códigos, o da justiça.

Estas são as considerações objeto do presente estudo, sem a menor pretensão de se esclarecer plenamente assunto tão sujeito a armadilhas. ❖

Anotações sobre o novo art. 387, IV, do CPP: o valor mínimo indenizatório na sentença penal condenatória

Sauvei Lai

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, pós-graduado pela Universidade Estácio de Sá, professor de Processo Penal dos cursos preparatórios da EMERJ, FEMPERJ, AMPERJ e IURIS.

1. INTRODUÇÃO

A Lei n. 11.719/08 imprimiu nova redação ao art. 387, IV, do CPP, a saber:

“Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

(...)

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;”

Cuida-se de mais uma competência cível dada atipicamente pelo legislador ao Juiz Criminal.

Antes dessa alteração, a sentença penal condenatória irrecorrível era título executivo cível, só tornando certa a obrigação de indenizar (art. 91, I, do CP), mas, como não especificava nenhum valor, demandava pedido de liquidação por artigos do art. 475-A do CPC pelo credor (vítima ou seus sucessores).

Hoje esse título executivo detém liquidez parcial – decorrente do valor mínimo indenizatório fixado pelo Juiz Criminal –, que pode ser executado e liquidado **ao mesmo tempo** pela vítima (art. 63, § único, do CPP

c/c art. 475-I, § 2º, do CPC: “quando na sentença houver uma parte líquida e outra ilíquida, ao credor é lícito promover **simultaneamente** a execução daquela e, em autos apartados, a liquidação desta”). Aliás, caso a vítima se contente com o *quantum debeatur*, a liquidez será total e completa, poupando-a do penoso transcurso da ação indenizatória e/ou do processo de liquidação.

2. A FINALIDADE DA MODIFICAÇÃO LEGAL

Neste ponto, parece claro que a Lei n. 11.719/08 teve como objetivo simplificar e acelerar a reparação patrimonial da vítima, aproveitando-se a produção probatória do processo penal e a respectiva cognição judicial do crime – mesmo fato gerador da pretensão punitiva e da indenização civil –, para implementar a satisfação patrimonial e a reprimenda penal, sem a necessidade da deflagração da ação indenizatória e/ou do processo de liquidação.

Desse modo, obtém-se a tão almejada economia processual, reduzindo-se também o número de processos. Em vez de multiplicar a quantidade de ações judiciais, forçando o Judiciário a analisar o mesmo fato gerador várias vezes (ainda que em searas distintas), usa-se uma única relação processual para dar soluções jurisdicionais a diversos litígios, pondo fim às lides.

Além disso, na militância forense, sabe-se que o Juiz Cível muitas vezes decide as questões patrimoniais lastreado tão somente em provas documentais, na frieza dos papéis. Por isso, afigura-se razoável que o Juiz Criminal – obrigado a ter um contato mais próximo das provas do crime, sobretudo as orais, onde há interação direta com a vítima, as testemunhas e o réu – possa conhecer as controvérsias que o habilitem a fixar a quantia mínima reparatória.

3. O AUMENTO DA INTERFERÊNCIA DE INTERESSES PRIVADOS E DISPONÍVEIS NO PROCESSO PENAL

A esta altura, verifica-se que a vítima tem as suas pretensões patrimoniais cada vez mais tuteladas no processo penal. Não é despidendo lembrar que esta proteção sempre existiu no país, bastando examinar a seguinte *anamnese* legislativa, colocada a título exemplificativo: art. 16 do CP (arrepentimento posterior), art. 45, § 1º, do CP (prestação pecuniária),

art. 78, § 2º, do CP (*sursis*), art. 83, IV, do CP (livramento condicional), art. 94, III (reabilitação), art. 312, § 3º, do CP (extinção de punibilidade de peculato culposo), art. 74 da Lei n. 9.099/95 (composição de danos civis), art. 89, § 1º, I, da Lei n. 9.099/95 (suspensão condicional do processo) e art. 297 da Lei n. 9.503/97 (multa reparatória no crime de trânsito).

Entretanto, chegou-se a um ponto em que se exige uma reflexão mais cuidadosa sobre as polêmicas que vão nascendo, porquanto há um inegável perigo nessa mistura de interesses (penal e civis patrimoniais) com princípios regentes tão distintos (*v. g.*, obrigatoriedade *versus* **oportunidade**, indisponibilidade *versus* **disponibilidade**, interesse público *versus* **interesse privado** etc.).

4. A FIXAÇÃO DO VALOR MÍNIMO INDENIZATÓRIO: *EX OFFICIO* OU MEDIANTE REQUERIMENTO?

O primeiro tema a ser debatido, quiçá o mais complexo, é quanto à aplicação **de ofício** do art. 387, IV, do CPP pelo Juiz Criminal.

Parte da doutrina¹ e da jurisprudência² se posiciona positivamente, sob o argumento de se tratar de um novo efeito extrapenal secundário, cuja imposição é *ex vi legis*. A cominação da verba indenizatória seria uma consequência natural e automática da própria sentença condenatória, como são as hipóteses do art. 92 do CP, bastando o Juiz fundamentá-la sem a necessidade de prévio requerimento. Aliado a isso, o verbo contido no art. 387, IV do CPP (“*fixará*”) seria de conteúdo mandamental e, por conseguinte, indicativo de um verdadeiro poder-dever do Juiz³.

Esses autores se defendem das acusações de violação do sistema acusatório, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Os argumentos são sedutores. O sistema acusatório – que veda a concentração da função de julgar e do papel de parte autora – seria um modelo inerente da persecução criminal, e não da tutela de uma pretensão meramente patrimonial. Por sua vez, a ausência de requerimento expresso não

1 Oliveira, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 13ª ed., p. 206. Mendonça, Andrey Borges de. **Nova Reforma do CPP**. São Paulo: Método, 2008, p. 240. Cabral, Antônio do Passo. “O valor mínimo da indenização cível fixado na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV do CPP”. Rio de Janeiro: **Revista EMERJ**, v. 13, n. 49, p. 309. Tourinho Filho, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 31ª ed., p. 337.

2 TJRJ, 4ª C. C., Ap. 0041202-37.2009.8.19.0001 (2009.050.07155), Des. GUARACI DE CAMPOS VIANNA, Julgamento: 12/01/2010.

3 Lima, Marcellus Polastri. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª ed., p. 245 (“*É que a lei diz que o juiz “fixará” o valor mínimo da indenização (art. 387, IV do CPP), sendo, assim, uma imposição imperativa*”). (grifo nosso)

significaria obrigatoriamente uma transgressão ao direito do contraditório (entre as partes) e da ampla defesa, sendo suficiente ao Juiz iniciar o debate e a controvérsia sobre a questão, intimando as partes, sobretudo o réu, para contestar a quantia, defender-se e produzir provas em favor de sua tese. Realmente, não pode o Juiz, no final do processo, tirar um número cabalístico de sua cartola, causando surpresa à defesa, sob pena de rasgar o *due process of law* (art. 5º, LIV, da CR).

Entretanto, discordando dessa doutrina, surgem algumas indagações dignas de nota. Se para garantir o contraditório (sem que haja pedido expresso da vítima) a solução seria a intimação das partes, quem seriam essas partes? Réu, sem dúvida. Mas a parte contrária seria o MP ou a vítima (convenhamos que o réu não contradita o Juiz)? Penso que não caberia ao *Parquet*⁴ se manifestar sobre este assunto, pois, incontroversamente, cuida-se de matéria patrimonial, havendo proibição constitucional na atuação ministerial nos casos de interesses individuais **disponíveis** (art. 127 da CR). De mais a mais, a hipótese retratada se assemelharia muito **com a do art. 68 do CPP** (ação civil proposta pelo MP quando a vítima é pobre), que o STF declarou **inconstitucional** (art. 134 da CR)⁵. Resta tão somente a alternativa de se intimar a vítima, titular da pretensão indenizatória. Ora, então a presença dela se tornaria obrigatória para que o Juiz de ofício pudesse fixar o valor mínimo reparatório. Se o seu comparecimento na relação processual penal é compulsório, de modo a viabilizar o contraditório, seria mais aconselhável o Juiz intimar a vítima no início do processo penal (ou o MP requerer nesse sentido), para formular pedido expresso⁶. Melhor do que fazer simples figuração. Aliás, intimada a vítima para formular o pedido, esta poderia simplesmente consignar a sua renúncia à pretensão civil, pois cuida-se de direito **disponível**.

Diga-se de passagem, que, além de ser mais prudente, tal procedimento respeita a inércia da jurisdição (princípio da congruência)⁷, a impar-

4 Discordamos de Lima, Marcellus Polastri. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª ed., p. 246 (“*Portanto, o Ministério Público já procurará fazer a prova do dano do delito, e o acusado, sabendo do princípio da adesão parcial obrigatória, carregará para os autos elementos que lhe aproveitarem, tudo visto e discutido no processo*”). (grifo nosso)

5 STF, R. E. 147.776-8/SP, Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 19/05/1998.

6 Tourinho Filho, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 31ª ed., p. 337 (“*Melhor seria devesse o legislador permitir à vítima do crime postular perante o juízo penal o seu direito à satisfação do dano*”). (grifo nosso)

7 TJRJ, 1ª C. C., Ap. 0013454-43.2008.8.19.0008 (2009.050.04517), Des. MARCO AURELIO BELLIZZE, Julgamento: 19/08/2009 (“*Fixação de quantum indenizatório. Ausência de pedido do beneficiário e de prova que autorize a fixação da indenização. Violação do princípio da correlação. Recurso a que se dá parcial provimento*”). (grifo nosso)

cialidade do Juiz e a paridade de armas, pois, do contrário, o réu estaria digladiando contra o MP na lide penal e contra o Juiz na lide civil em um mesmo processo (fragilizando sobremaneira a ampla defesa). É importante esclarecer que a função jurisdicional já foi exercida de ofício, atingindo o seu auge no período medieval. Agir sem provocação do interessado é fazer pré-julgamento, causando “pré-juízo” a uma das partes. Por isso, conclui-se que a inércia forçada da jurisdição e a sua prestação, quando propriamente acionada, foram medidas criadas para, em última instância, preservar a imparcialidade do Julgador. Em outras palavras, caso o juiz aplicasse de ofício o art. 387, IV, do CPP, procederia a um julgamento *extra petita* (expressão emprestada do processo civil, na medida em que está se discutindo uma questão civil), prática odiosa, que deve ser evitada a todo custo pelo Judiciário, sob pena de retroagirmos à idade média.

Por outro lado, é inegável haver interesse recursal do réu em apelar da sentença penal, para buscar tão somente a diminuição do *quantum debeat*, mesmo porque a quantia é mínima, irreduzível no Juízo Cível. Assim, questiona-se: na hipótese de o valor ter sido fixado *ex officio* pelo Juiz, quem ofereceria as contrarrazões? O Promotor de Justiça? A vítima? Repetirei a mesma lógica, exposta acima: “*penso que não caberia ao Parquet se manifestar sobre este assunto, pois incontrovertidamente cuida-se de matéria patrimonial, havendo proibição constitucional na atuação ministerial nos casos de interesses individuais disponíveis (art. 127 da CR). De mais a mais, a hipótese retratada se assemelharia muito com a do art. 68 do CPP (ação civil proposta pelo MP, quando a vítima for pobre), que o STF declarou inconstitucional (art. 134 da CR)*”. Resta tão-somente a alternativa de se intimar a vítima, titular da pretensão indenizatória. Ora, então a presença dela se tornaria obrigatória para que o Juiz de ofício pudesse fixar o valor mínimo reparatório. Se o seu comparecimento na relação processual penal é compulsório, de modo a viabilizar o contraditório, seria mais aconselhável o Juiz intimar a vítima no início do processo penal (ou o MP requerer neste sentido), para formular pedido expresso. Melhor do que fazer simples figuração. Aliás, intimada a vítima para formular o pedido, esta pode simplesmente consignar a sua renúncia à pretensão civil, pois cuida-se de direito **disponível**”.

Colocando as divergências de lado, um ponto subsiste incontestável: o Juiz não está autorizado a cominar a verba indenizatória sem pro-

8 STF, R. E. 147.776-8/SP, Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 19/05/1998.

vocar prévio contraditório e ampla defesa. Aliás, caso **inexistam** provas no processo que sirvam de baliza e de parâmetro para o Juiz constatar a quantia justa, este, excepcionalmente, deixará de fixar o valor⁹. Como é medida de exceção, demanda-se motivação judicial, sob pena de embargos de declaração¹⁰. Também navega nesta direção a seguinte construção pretoriana, *in textus*:

“Merece ser acolhido o pleito defensivo no que tange à condenação em reparação dos danos. O magistrado sentenciante fixou as verbas indenizatórias considerando somente as declarações das vítimas, que atribuíram valores aos prejuízos sofridos. Entretanto, verifica-se que não consta dos autos nenhum documento que comprove os valores mencionados, e sequer os apelantes puderam manifestar-se a respeito. Assim, é certo que deve ser expungido o valor mínimo para reparação dos danos fixado na sentença, ressalvado o direito de se postular a indenização na esfera cível, com observância da garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.”¹¹ (grifo nosso)

Como se viu, parcela da doutrina prega a interposição de embargos de declaração, na hipótese de o Juiz não fixar de ofício o valor mínimo reparatório, mas não aponta quem seria o embargante. Estaríamos novamente diante do enigma da esfinge: MP ou a vítima, que (lembre-se) não está habilitada no processo?

Para todos os efeitos, soa estranha a cognição judicial obrigatória e de ofício desta pretensão patrimonial, porque se trata de direito **disponível** da vítima, que pode meramente não desejá-lo, renunciá-lo ou até mesmo **se retratar** no andamento da ação penal. É até coerente que a sentença penal condenatória irrecorrível seja título executivo cível (mesmo sem pedido da vítima), tornando certa a obrigação de indenizar

9 Lima, Marcellus Polastrí. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª ed., p. 245 (“É evidente que se o juiz não tiver parâmetro para tal na produção de prova **não poderá fixar a indenização**, mas isso é uma impossibilidade fática e não demonstração de facultatividade”). (grifo nosso).

10 Cabral, Antônio do Passo. “O valor mínimo da indenização cível fixado na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV do CPP”. Rio de Janeiro: **Revista EMERJ**, v. 13, n. 49, p. 311 (“... sendo ou não possível a quantificação, a ausência de manifestação do magistrado na sentença é atacável por meio dos embargos de declaração. **Quando for possível quantificar**, o vício será a violação do dever legal de fixar o valor mínimo; e **quando não for possível**, o vício será a ausência de justificação desta impossibilidade”). (grifo nosso)

11 TJRJ, 7ª C. C., Ap. 0056795-09.2009.8.19.0001 (2009.050.07429), Des. MARCIA PERRINI BODART, Julgamento: 30/03/2010.

(art. 91, I, do CP), porquanto o Juiz Criminal pronuncia-se de qualquer jeito a respeito da existência do fato e de sua autoria. Mas, obrigá-lo a se manifestar sobre cálculo matemático do *quantum debeat* sem o devido requerimento pelo particular afigura-se irrazoável.

Em relação à **ação penal privada** (sabe-se que a mesma é facultativa), proposta a queixa **sem** o pedido civil, a vítima deve ser intimada para formulá-lo (também de modo facultativo), porque pode expressamente abrir mão do pedido de ressarcimento, quando o Juiz estará desobrigado de apreciar a questão, desonerando-se do cumprimento do art. 387, IV, do CPP. Veja: se a ação penal privada é facultativa na sua propositura e disponível durante o seu curso, obstando o Juiz a julgar de ofício a lide penal, a pretensão civil também é, impossibilitando o Juiz a efetivar o art. 387, IV, do CPP. Essa mesma linha de raciocínio se aplica, então, na ação penal pública, intimando-se a vítima a fazer pedido civil no processo penal (que pode, em vez disso, renunciar ou se retratar), de modo a viabilizar o cumprimento do art. 387, IV, do CPP.

Em suma, não compete ao Juiz fixar de ofício a verba indenizatória do art. 387, IV do CPP, cabendo-lhe aguardar a provocação da vítima ou de seus sucessores para se pronunciar: *ne procedat iudex ex officio*. Nesta senda trilham as legislações européias¹² e o anteprojeto do CPP¹³ que tramita no Congresso Nacional brasileiro.

5. DA NATUREZA DA INTERVENÇÃO DA VÍTIMA E SEUS PODERES

Partindo da premissa de que a vítima tem a tarefa de postular a verba indenizatória no processo penal – instaurando a discussão do tema, assegurando as garantias do réu e, ao final, autorizando o Juiz a adotar as providências do art. 387, IV, do CPP –, agora cabe tentar esquadriñar o seu papel e poderes na proteção de sua pretensão civil.

Alguns propagam que a vítima atuaria como assistente de acusação (art. 268 do CPP)¹⁴. Entretanto, a defesa de sua pretensão civil não pode

12 Art. 71 do CPP lusitano: “**O pedido de indenização civil** fundado na prática de um crime é deduzido **no processo penal** respectivo”. (grifo nosso)

13 Art. 79: “A vítima, ou, no caso de sua ausência ou morte, as pessoas legitimadas a ingressar como assistentes, sem ampliar a matéria de fato constante da denúncia, poderá, no prazo de 10 (dez) dias, **requerer a recomposição civil do dano moral** causado pela infração (...)”. (grifo nosso)

14 Nicolitt, André. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 166 (“*A doutrina vem caminhando no sentido de que a fixação do valor mínimo independe de pedido expresso (...). Ousamos divergir, vez que à luz da Constituição o juiz deve ser imparcial, portanto, inerte, não sendo possível prestar jurisdição sem pedido. Quanto à legitimidade, esta será do assistente habilitado.*”). (grifo nosso)

compeli-la a atuar ao lado do *Parquet* na acusação criminal. De fato, a vítima, como assistente de acusação, possui uma série de poderes (art. 271 do CPP), inclusive podendo **apelar para aumentar a pena** (questão criminal), mesmo com o **conformismo ministerial**¹⁵. A meu sentir, a melhor solução seria enxergá-la apenas como **parte civil do processo penal** – jamais no inquérito policial –¹⁶, formulando pedido próprio e autônomo e constituindo um verdadeiro litisconsórcio com o *Parquet* na relação jurídica. Desse modo, quanto à sua atuação (e poderes) aplicar-se-ia por analogia o art. 271 do CPP com a limitação nas questões que envolvessem a sua pretensão civil. Por ex., aderindo civilmente sem se habilitar como assistente de acusação, a vítima estaria impossibilitada de apelar para aumentar a pena do réu. Nesta passagem, torna-se imperioso citar novamente a CPP português e o anteprojeto do CPP que tramita no nosso Congresso Nacional, respectivamente, *ipsis litteris*:

“Art. 74 (...):

§ 1º - O pedido de indenização civil é deduzido pelo lesado, entendendo-se como tal a pessoa que sofreu danos ocasionados pelo crime, **ainda que não se tenha constituído ou não possa constituir-se assistente.**” (grifo nosso)

“Art. 80. A **parte civil** terá as mesmas faculdades e os mesmos deveres processuais do assistente, além de autonomia recursal quanto à matéria tratada na adesão, garantindo-se ao acusado o exercício da ampla defesa.” (grifo nosso)

Quanto aos requisitos do pedido civil, estes observarão as regras do art. 282 do CPC no que for possível e aplicável (por ex., não precisa qualificar novamente o réu com minúcias, bastando se referir à identificação já dada na denúncia ou na queixa).

Classificando o pedido civil no processo penal de forma **acessória e vinculada** à ação penal, a vítima estará proibida de aumentar a demarcação fática (*thema probandum*) deduzida na denúncia ou na queixa. A parte civil se contentará com os eventos descritos na ação penal, sendo ilícito acrescentá-los e, assim, ampliar o objeto da discussão, como ocorre

¹⁵ STF, HC 66.754/RJ, Min. OCTAVIO GALLOTTI, Julgamento: 18/11/1998.

¹⁶ Art. 268. Em todos os termos da **ação pública**, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no Art. 31. (grifo nosso)

no anteprojeto do CPP brasileiro¹⁷. Do contrário, tornaria o processo penal mais burocrático e moroso, fustigando a norma constitucional do art. 5º, LXVIII (“*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”).

Se por algum motivo o Juiz Criminal indeferir o ingresso da vítima na ação penal pública como parte civil, resta autorizada a impetração de mandado de segurança (art. 5º, LXIX, da CR), da mesma forma que acontece no caso de assistência¹⁸.

6. OS DANOS MORAIS

Outra questão tormentosa é a inclusão¹⁹ ou não²⁰ dos danos morais no valor mínimo reparatório. Sem pretender invadir o campo dos civilistas, é preciso chamar atenção para uma parte específica da redação do art. 387, IV, do CPP: “*considerando os **prejuízos sofridos***”. A expressão “prejuízo” sugere dano material, s.m.j., pois no dano moral há o sofrimento, a dor ou o abalo psicológico profundo²¹. Aliás, o exercício dessa competência cível pelo Juízo criminal é realizado **excepcionalmente**. E como toda exceção, deve ser interpretada **restritivamente, cum grano salis**.

De toda sorte, o exame de avaliação mercadológica do produto do crime (art. 172 do CPP) reassume papel fundamental no processo penal, sendo sobremaneira útil ao Juiz Criminal na formulação de parâmetros na fixação da verba indenizatória. Incumbe ao *Parquet* requerê-lo na denúncia em diligências.

17 Art. 79: “A vítima, ou, no caso de sua ausência ou morte, as pessoas legitimadas a ingressar como assistentes, **sem ampliar a matéria de fato** constante da denúncia, poderá, no prazo de 10 (dez) dias, requerer a recomposição civil do dano moral causado pela infração (...)”. (grifo nosso)

18 TJRJ, 3ª C. C., M. S. 0032926-20.2009.8.19.0000 (2009.078.00011), Des. MARIA ANGELICA GUEDES, Julgamento: 02/06/2009.

19 Cabral, Antônio do Passo. **O valor mínimo da indenização cível fixado na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV, do CPP**. Rio de Janeiro: Revista EMERJ, v. 13, n. 49, p. 325 (“*Embora na maioria dos casos o dano moral necessite de prova alongada para sua aferição, se a prova estiver nos autos ou puder ser facilmente obtida, pensamos ser possível a fixação*”). (grifo nosso)

20 Oliveira, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 13ª ed., p. 206 (“*Por isso, o valor que entendemos possível à sua fixação desde logo na sentença penal condenatória será: (...) aquele relativo aos prejuízos materiais efetivamente comprovados*”). (grifo original)

Lima, Marcellus Polastri. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª ed., p. 246 (“*a indenização aqui se baseia somente no dano patrimonial e não no moral, pois este será objeto de discussão do cível*”). (grifo nosso)

21 Filho, Sergio Cavaliere. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 6ª ed., p. 105 (“*Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições angústias e desequilíbrio em seu bem-estar. (...) dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa uma agressão à dignidade de alguém*”). (grifo original)

7. ALGUNS ASPECTOS RECURSAIS E DE EXECUÇÃO PENAL

A sucumbência (leia-se interesse recursal) decorrente da pretensão civil deduzida no processo penal atingirá tanto o réu (com a imposição de um valor altíssimo), quanto a vítima (com a previsão de uma quantia ínfima). Jamais fulminará o *Parquet*, que, como já foi debatido, não participa da relação jurídica de natureza patrimonial.

Por conseguinte, é facultado ao réu manejar recurso dirigido às câmaras criminais do Tribunal de Apelação, visando tão somente à diminuição do *quantum debeat*²², pois tal valor é mínimo, fazendo *res iudicata* parcial no Juízo Cível, que não poderá reduzi-lo. Agora, se a vítima ficar insatisfeita com o modesto valor reparatório, é inadmissível a apelação criminal por faltar interesse recursal, na medida em que o instrumento útil e adequado para majorá-lo é a liquidação de sentença na fase executória do art. 475-A do CPC.

De outra sorte, a sentença *sub examine* passa a ser **objetivamente complexa**. A boa técnica demanda a elaboração de capítulos diferenciados. Uma parte penal (com os requisitos do art. 381 e seg. do CPP) e outra civil (com os requisitos do art. 458 e seg. do CPC). Destarte, quando o réu apelar parcialmente, para apenas reduzir a verba indenizatória, o capítulo criminal transita **imediatamente** em julgado para ambas as partes da relação processual penal (MP e réu), iniciando a execução da sanção imposta²³ com a expedição da guia de recolhimento (“carta de sentença”) do art. 105 e seg. da Lei n. 7.210/84 (LEP).

22 TJRJ, 8ª C. C., Ap. 0000141-96.2009.8.19.0002 (2009.050,06583), Des. MARCUS QUARESMA FERRAZ, Julgamento: 18/11/2009 (“CÂMARA CRIMINAL. APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2009.050.06583. APELANTE 1: WAGNER DA SILVA LIRA. APELANTE 2: LEANDRO FERREIRA DE ARAÚJO. APELADOS: MINISTÉRIO PÚBLICO. ORIGEM: JUÍZO DA 2ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE NITERÓI. RELATOR: DES. MARCUS QUARESMA FERRAZ. Artigo 33, § 4º, c/c artigo 40, inciso IV, e artigo 35, todos da Lei nº 11.343/06, c/c artigo 65, inciso III, letra ‘d’, e na forma do artigo 69, estes do Código Penal. Pena para cada réu: 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, e 221 dias-multa (tráfico), e 3 anos de reclusão e 700 dias-multa (associação), totalizando a pena em 5 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, e 921 dias-multa. Regime fechado. Valor unitário da pena pecuniária de 1/30 do salário mínimo. Indenização fixada no valor mínimo de R\$ 3.000,00, com base o artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal. **Apelos defensivos: 1. Wagner: diminuição do quantum fixado a título de indenização, por ser o apelante hipossuficiente, além do que não estão esclarecidos os parâmetros utilizados pelo julgador para chegar ao valor de R\$ 3.000,00; 2. Leandro: a) aplicação da fração mínima de 1/6, em razão da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso IV, da Lei de Drogas; b) diminuição do quantum fixado a título de indenização, por ser o apelante hipossuficiente. (...) Recursos providos, para decotar o valor da indenização, e fixar as penas dos réus, em relação ao crime de tráfico de drogas, em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, e 193 dias-multa, mantidas as demais cláusulas da sentença”) (grifo nosso).**

23 Cabral, Antônio do Passo. O valor mínimo da indenização cível fixado na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV, do CPP. Rio de Janeiro: Revista EMERJ, v. 13, n. 49, p. 319 (“... se o recurso for parcial e atacar apenas esta parte da sentença, o restante da decisão transita em julgado e pode ser expedida carta de execução de sentença (“carta de guia” ou “guia de execução”) para cumprimento de pena”).

Não se trata de execução provisória da pena, mas definitiva, ainda que com o réu **solto**, mandando-o para a prisão. Com efeito, a não culpabilidade (ou presunção de inocência) do art. 5º, LVII, da CR já foi devidamente afastada, pois a defesa **resignou-se** com a parte criminal (a reprimenda penal) da sentença condenatória, formando a coisa em julgada. A possibilidade de *reformatio in mellius ex officio* e do efeito prodrômico²⁴ da parte criminal pelo Tribunal na apelação defensiva (que visa tão somente à diminuição do valor reparatório), não serve de argumento para desconstituir a presente tese de **trânsito em julgado bilateral parcial** (do capítulo criminal), pronto para ser cumprido *incontinenti*. Mesmo porque a *reformatio in mellius ex officio* (ou provocada) é admitida até **depois** da formação da coisa julgada, inclusive para rescindi-la²⁵.

Recorde-se que a união da responsabilidade patrimonial no processo penal surgiu para primar pela celeridade. Usar a recorribilidade do capítulo civil da sentença penal para postergar a prestação jurisdicional da parte criminal (já transitada em julgado), seria um contrassenso.

8. A RETROATIVIDADE

Finalmente, tal regramento possui natureza híbrida: material de origem cível e processual de etiologia penal. Lembre-se de que a irretroatividade de lei posterior é adotada constitucionalmente, quando a norma é material de índole penal (art. 5º, XL, da CR: “**A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu**”).

Assim, invocando-se o art. 6º da LICC (“*A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada*”), o art. 5º, XXXVI, da CR (“*A Lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada*”) e o art. 2º do CPP (“**A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior**”), conclui-se que o art. 387, IV, do CPP tem incidência imediata, de modo a alcançar fatos praticados antes de sua alteração e processos criminais em andamento²⁶. Inobstante as opiniões em direção oposta²⁷.

24 vide http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080130145013672

25 STF, HC 100.103/SP, Min. ELLEN GRACIE, Julgamento: 04/05/2010.

26 TJRJ, 4ª C. C., Ap. 0004058-42.2004.8.19.0021 (2009.050.06407), Des. FRANCISCO JOSE DE ASEVEDO, Julgamento: 03/03/2010.

27 TJRJ, 6ª C. C., Ap. 0289915-93.2008.8.19.0001 (2009.050.04581), Des. LUIZ FELIPE HADDAD, Julgamento: 09/02/2010.

9. CONCLUSÃO

A responsabilização civil no processo penal continua abraçando o modelo da **separação mitigada** de instâncias (art. 64 do CPP e art. 935 do CPP)²⁸, porém sofre mais um revés na nova redação do art. 387, IV, do CPP, autorizando Juiz Criminal a fixar valor mínimo indenizatório, mediante pedido próprio, acessório e facultativo da parte civil. ❖

²⁸ Discordamos de Lima, Marcellus Polastri. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª ed., p. 245 (“*Porém, aqui a adesão parcial é obrigatória e não facultativa, como podem pensar alguns*”).

A Relevância da Ética Judiciária no Estado Contemporâneo

Sérvio Túlio Santos Vieira

Desembargador (aposentado) do TJ-RJ. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense-UFF, pela qual é Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidad Del Museo Social Argentino-UMSA.

1 – INTRODUÇÃO

O presente texto aborda a relevância da ética judiciária na era contemporânea, procedendo a uma análise das suas condições atuais, investigando se ela condiz com valores e princípios que devem ser observados pelos magistrados na função jurisdicional do Estado Democrático de Direito. Não faz parcimônia em exemplificar o que fere a ética judiciária nas visões interna e externa, ressaltando a obsolescência dos instrumentos de controle do exercício da atividade judicante nos graus de jurisdição, vale dizer, a Lei Orgânica da Magistratura, o Código de Ética da Magistratura e os Códigos Judiciários Estaduais. Empenha-se em demonstrar que há necessidade de se elaborar um instrumento capaz de promover a adequação da ética à era do Estado contemporâneo, numa mudança de paradigma. Conclui-se com excogitação acerca da elaboração de um Código Modelo de Ética Judiciária, a ser reverenciado pela Magistratura Nacional, a fim de conferir maior autoridade moral à função jurisdicional.

2 – A MODERNIDADE COMO ORIGEM DA JURISDIÇÃO

A jurisdição é atividade exercida por um dos Poderes da República, sendo, portanto, atividade desempenhada pelo Estado, direcionada à prestação de serviço público. Dita atividade advém da modernidade, responsável pela organização e estruturação do Estado. Perfilhada a divisão dos poderes de Montesquieu, surge o novo Estado, um dos maiores legados da era moderna.

Para efeito do tema eleito cumpre perfilar um marco da modernidade para dar início ao estudo da ética na função jurisdicional do Estado contemporâneo, investigando-se se ela se mostra de acordo com as funções atribuídas ao Poder Judiciário, no compromisso institucional de prestação do serviço público.

Apesar de não se poder afirmar que o marco inicial da modernidade é a Revolução Francesa cumpre ressaltar a relevância desse fato social, que pôs fim ao Antigo Regime.¹ Registros históricos asseveram que a modernidade é proveniente de fatos sociais que antecederam à Revolução Francesa. Sem estabelecer fato social relevante, ela teria início por ocasião das mudanças de estilo, hábito renovado de vida e de organização social ocorridas na Europa, no século XVII, que se espargiram pelo mundo.² Adotando como marco inicial fatos sociais anteriores à Revolução Francesa, o Movimento Iluminista e a Revolução Industrial dariam origem à modernidade.³ Encampando como termo suspensivo da modernidade a Revolução Francesa, pode ser afirmado que ela é responsável pela modificação do comportamento social, por adotar novos princípios e carrear para a época moderna características, atributos e conseqüências diferenciadas.

Dentre os princípios destacam-se a universalidade, a individualidade e a autonomia, todos direcionados ao indivíduo. Quanto às características da modernidade avulta a valorização da razão, com uma dimensão cognitiva prática, na expressão kantiana, e emancipatória, além do desenvolvimento da autonomia e da liberdade.⁴

1 Krishan Kumar entende que “a Revolução Francesa tornou-se comum dizer, levava o mundo para uma nova era da história. Marcou o nascimento da modernidade – isto é, de uma época que está em constante formação e reformação diante de nossos olhos” (**Da Sociedade Pós-Industrial à Pós-Moderna. Novas teorias sobre o mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2. ed., 2006, p. 119.).

2 Anthony Giddens prefere conceituar a modernidade sem aludir ao seu marco inicial, com esteio em Weber, afirmando que se cogita de um “estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência” (**As Conseqüências da Modernidade**. São Paulo: ed. Unesp, 1991, p. 11).

3 Zygmunt Bauman afirma: “Quero deixar claro desde o início que chamo de ‘modernidade’ um período histórico que começou na Europa Ocidental no século XVII com uma série de transformações sócio-estruturais e intelectuais profundas e atingiu sua maturidade primeiramente como projeto cultural, com avanço do Iluminismo e depois como forma de vida socialmente consumada, com o desenvolvimento da sociedade industrial (capitalista e, mais tarde, também a comunista)”, *in* **Modernidade e Ambivalência**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 11, 299 e 300.

4 Gilvan Luiz Hansen anota que “a Razão é, de fato, o elemento comum a todos os seres humanos e, por isso, assume a condição de fundamento a partir do qual o mundo deve ser organizado. É ela quem deve, a partir de agora, dar unidade e sentido a todas as esferas que compõem a existência humana. Tudo quanto pretenda ter legitimidade para existir necessita, pois, de submeter-se ao crivo da Razão. Na esfera política, destarte, somente é considerado legítimo o governo que basear suas decisões em argumentos racionais, os quais possam ser conhecidos e discutidos pelos membros da sociedade e aceitos como válidos. Igualmente, só têm validade as leis e normas jurídicas fundadas em critérios racionais e que possam ser submetidos ao domínio público; as constituições passam a ser, nesse período, uma exigência social, uma vez que se tornam a consagração de princípios racionais cujos conteúdos

Os conseqüências da modernidade se acentuaram entre 1789 e 1799, época em que a França viveu fortes mudanças na sua estrutura econômica, política e social. A jurisdição administrativa – que abarcou o sistema lockeano perfilhado na América, em que o controle jurisdicional da Administração Pública tem lastro no princípio da sua submissão à lei – e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão são frutos da Revolução. A Constituição Francesa elaborada pela Assembleia Constituinte de Luis XVI, em 1791, foi a primeira a perfilhar a ética na Administração Pública, impondo ao soberano e aos agentes públicos a submissão dos seus atos à lei. Essas mudanças se espraiaram não só pelos países europeus como por todo mundo.

A estruturação do Estado, como mencionado, eclode como uma das mais importantes mudanças, ou seja, um das principais conseqüências da modernidade. Organizado como republicano – já que admitido como governo de leis e, após, com a consagração da divisão dos poderes – o Estado passa a voltar sua atenção para os indivíduos participativos. Estes podem agora contar com a legitimidade do Poder Legislativo para fazer das normas de conduta um dever de respeito, obediência e submissão ao que devem ou podem fazer; do Poder Executivo para – com supedâneo em normas legais e regulamentares – dedicar-se à Administração Pública e com o funcionamento do Poder Judiciário, para solucionar os conflitos emergentes das relações e dos fatos jurídicos, além de autorizar o que a norma jurídica dispõe como sendo indispensável para a prática de ato ou de negócio jurídico.

No avanço do tempo, sem discutir se ocorreu o termo final ou resolutivo da modernidade, exsurge a “pós-modernidade”, designação popularizada nos meandros das ciências sociais por Jean-François Lyotard, ao editar a obra **The Post-Modern Condition**, em 1979. Trata-se de uma era correspondente a espaço de tempo posterior à da modernidade – compreendida entre o final da primeira metade do século XX e a época contemporânea – que em velocidade empreendida acima do razoável caminha rumo à busca do novo, contribuindo ainda mais para a modificação do comportamento social. Para ele, citado por Anthony Giddens, a pós-modernidade se traduz numa época de “*deslocamento das tentativas de fundamentar a epistemologia, e da fé no progresso planejado humanamente*” (**As Conseqüências da Modernidade**, p. 12).

vão nortear as ações de governos, magistrados e demais indivíduos” (**Modernidade, Utopia e Trabalho**. Londrina: Edições Cefil, 1999, p. 37).

A pós-modernidade é um novo tempo, sucessor da modernidade, no entendimento de respeitáveis pensadores. Nesse tempo identifica-se uma crise da razão moderna, com conseqüências negativas que atingiram o final do século XX e atingem o século XXI. Levando em conta o significado do prefixo “pós”, a era da pós-modernidade pode ser entendida como o período *post mortem* da modernidade, ou seja, uma época posterior ao decesso da modernidade. Como diz Krishan Kumar, a pós-modernidade pode ser entendida como a época das “*exéquias realizadas sobre o corpo morto da modernidade, a dissecação de um cadáver*” (ob. cit., p. 106) ou, de acordo com Gilvan Hansen “*a amarga despedida de um defunto que criou muitas expectativas, mas sucumbiu aos efeitos de suas próprias ilusões*” (ob. cit., p. 140).

Na fase de transição entre a modernidade e a pós-modernidade, com a paradoxal ruptura e prolongamento da primeira, na originalidade da segunda, Gilles Lipovetsky afirma que nesse período há “*predominância do individual sobre o universal, do psicológico sobre o ideológico, da comunicação sobre a politização, da diversidade sobre a homogeneidade, do permissivo sobre o coercitivo*” (**A Era do Vazio – ensaio sobre o individualismo contemporâneo**, p. 92). Este mesmo pensador é forte no sentido de sustentar que a pós-modernidade chegou ao seu termo resolutivo, fazendo eclodir a *hipermodernidade*, com predomínio “*do consumismo, do hedonismo, do psicologismo e da comunicação*” sobre os valores da modernidade (**A Invenção do Futuro**, p. 84). Trata-se de um tempo diverso da modernidade.

Certo afirmar, conseqüentemente, que não mais se vive em tempos da modernidade e sim numa época que lhe é após, ou seja, do “fim da história”, da “pós-modernidade”, da “segunda modernidade”, da “sobremodernidade”, da “modernidade líquida” ou dos “tempos líquidos”, nas designações de Zygmund Bauman, em que se verifica que “*uma mudança radical no arranjo do convívio humano e nas condições sociais sob as quais a política-vida é hoje levada, é o fato de que o longo esforço para acelerar a velocidade do movimento chegou ao seu limite natural*” (**Modernidade Líquida**, p. 17-18).⁵

5 O autor, ao discorrer sobre a ‘vida líquido-moderna e seus medos’, referindo-se à época da pós-modernidade, anota que “o ‘progresso’, que já foi a manifestação mais extrema do otimismo radical e uma promessa de felicidade universalmente compartilhada e permanente, se afastou totalmente em direção ao pólo oposto, distópico e fatalista da antecipação: ele agora representa a ameaça de uma mudança inexorável e inescapável que, em vez de augurar a paz e o sossego, pressagia somente a crise e a tensão e impede que haja um momento de descanso” (**Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007, p. 16).

A atividade jurisdicional do modo que hoje se encontra organizada e estruturada – integrando a função de um dos Poderes da República – surge nesse contexto, ou seja, nos mais recentes tempos da pós-modernidade, em que o projeto do Estado do bem-estar social aparece bem comprometido, em decorrência de uma constante ameaça de desestabilizar direitos políticos, tendência de postergar o reconhecimento de direitos sociais encartados na Lei Fundamental e desrespeito aos direitos humanos e do cidadão. Aclamada como atividade exercida no Estado Democrático de Direito, em República Federativa, a função judiciária tem como fundamentos, dentre outros, no caso brasileiro, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Sua natureza é de função exercida por um dos Poderes constituídos, sendo credora de legitimidade do povo – haja vista a forma de investidura dos seus membros –, vocacionada e dirigida ao atendimento do que lhe for requerido, não importando quem figura no polo ativo ou passivo da lide ou quem é interessado no deferimento da autorização exigida por lei. Daí a relevância da ética judiciária na contemporaneidade.

3 – A ÉTICA COMO CONDUTA MORAL

3.1 – A Ética em Geral

A ética pode ser conceituada como o discurso sistemático que trata da conduta moral dos indivíduos participativos da sociedade. Via de consequência entende-se por ética judiciária o discurso sistemático que cuida do comportamento moral dos magistrados no exercício da função jurisdicional, observada do ângulo interno e, máxime, do ângulo externo, não só pelos jurisdicionados como também por todos os cidadãos. A afirmação da ética judiciária assume importância por estar atrelada à prestação de serviço público de distribuir justiça e servir de fortalecimento da credibilidade da população no Poder Judiciário.

A ética judiciária na era contemporânea resgata a ética aristotélica, a ética kantiana e a ética deontológica. É aristotélica por reverenciar a justiça, traduzida na virtude moral abrangente das demais virtudes, como a coragem, o equilíbrio, a verdade e a humildade, possibilitando o relacionamento social dos indivíduos. Emoldura-se como kantiana por se pautar por normas de cumprimento da lei moral, referentes aos deveres pessoais e sociais. Enquadra-se como deontológica porque reverencia o justo,

sendo direcionada para o dever, no caso funcional, além de lastrear-se também na moral, que é imperativa. Este último desdobramento da ética bem espelha a ética judiciária, pois priorizar o justo é o que mais interessa à atividade jurisdicional.⁶

O magistrado está encarregado da missão de distribuir justiça. Assim, não há como deixar de ter virtudes e como imperativo a lei moral, devendo prestigiar, dentre outros, valores inerentes à cidadania e à dignidade humana. Ademais, a ele se impõe o cumprimento dos seus deveres funcionais, não devendo se olvidar de ser justo, independentemente do que for incorporado nos diplomas legais e regulamentares encarregados de recomendar a assunção de comportamentos que venham a consagrar a ética na atividade jurisdicional.

Propõe-se a investigar se a conduta dos magistrados, no exercício da função jurisdicional, condiz com a ética judiciária na era contemporânea, vista dos ângulos antes ressaltados. Na era do Estado contemporâneo o juiz pós-moderno não é mais um simples aplicador da lei, e sim um agente público encarregado de concretizar direitos, distribuir e efetivar justiça como, por exemplo, deferir e mandar implementar políticas públicas de pronta e viável execução, na recomendação resultante da conjugação dos arts. 1º, 2º e 3º da Constituição Federal. Portanto, deve se analisar se a conduta dos magistrados é compatível com a ética judiciária na era contemporânea, vista do ângulo kantiano. Isto porque vem se constatando mudança do comportamento funcional e judicante dos magistrados, já que alguns entendem que podem agir sob o pálio de uma incabível imunidade, quer no âmbito interno, isto é, nas atividades administrativas perante o seu órgão julgador, quer no âmbito externo, ou seja, na atividade judicante (processante e decisória).

O modelo de comportamento dos magistrados – tolerado internamente pelos tribunais e externamente pelos cidadãos – muitas vezes não condiz com uma autêntica ética judiciária, que é estóica. Esse modelo de conduta precisa ser analisado, para se verificar a necessidade de mudança de paradigma, como diz Thomas Kuhn, no interesse dos membros da sociedade para quem a função jurisdicional está voltada. E a mudança de paradigma de uma ética judicial, consentânea com o Estado Democrático

6 José Fernando de Castro Farias afirma que “a ética deontológica dá prioridade à noção de justo e concentra-se no dever, ao captar a moral como uma noção imperativa no sentido de que o agente age de acordo com uma regra, máxima ou princípio; o valor moral impõe-se ao agente de forma imperativa. Na concepção deontológica, sendo o justo a noção fundamental, o bem será a ação do agente conforme às exigências da obrigação da lei moral” (**Ética, Política e Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.2).

de Direito, só será alcançada se, constatadas a deficiência e a defasagem das normas que regem os deveres, valores e princípios que devem ser seguidos pelos magistrados, for elaborado e instituído um Código Modelo de Ética Judiciária, adequado à era contemporânea, em que a atividade jurisdicional, com a instituição do Conselho Nacional de Justiça, passou a ser fiscalizada pelos cidadãos.

A atividade jurisdicional é desenvolvida pelo Estado pós-moderno em época em que o cidadão – credor de maior acesso à jurisdição – deposita no Poder Judiciário a esperança de ver reparado o direito violado ou atendido o seu interesse. Constatando-se uma acentuada decadência da boa Administração Pública, com ênfase na omissão do implemento de políticas públicas e determinações judiciais para a prática de atos administrativos que lhe compete, há um arremedo de judicialização dos atos inerentes ao exercício dos poderes administrativos, que enfraquece a credibilidade no Executivo e fortalece a credibilidade no Judiciário.⁷

Ao mesmo tempo, esse mesmo cidadão se mostra pouco confiante na função jurisdicional, ao assistir condutas antiéticas de magistrados e o estiolamento da ética judiciária, sendo assombrado por dúvidas quanto à eficiência da atividade judicante e sua autoridade moral, máxime quando no polo contrário da demanda judicial que deflagra figura uma pessoa jurídica de direito público, de direito privado prestadora de serviço público ou integrante da macroestrutura econômica. E mais: ao vislumbrar que nos julgamentos de causas de grande interesse econômico, envolvendo interesse do Executivo a decisão é contaminada pela política, ele não acredita na ética da Magistratura.

Os motivos da morosidade processual já são conhecidos. Não é esse o foco do presente trabalho, que se engaja no desvendamento dos comportamentos dos magistrados que colidem com a ética judiciária, como corolário da inobservância dos valores e princípios, no exercício da função jurisdicional, não só na primeira instância como nas instâncias superiores. Condutas funcionais e processuais aqui denominadas internas e externas acenam para a precitada inobservância de valores e princípios, apontando

7 Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Resende de Carvalho, Manoel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, com lastro em Antoine Garapon, in **Le Gardien de Promesses**, Paris, ed. Odile Jacob, 1996, p. 36, registram que na sociedade democrática o Estado tudo pode satisfazer, remediar e atender. “Daí que diante da sua decadência, as esperanças nele depositadas se transfiram para a Justiça. Doravante é nela, e via de consequência fora do Estado, que se encaminha a realização da ação política. O sucesso da Justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, em razão do desinteresse existente sobre elas e a perda do espírito público” (**A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 25).

as omissões legais e regulamentares que deveriam proscrever tais procedimentos. A mudança de paradigma sugerida objetiva reduzir o ceticismo do cidadão na ética judiciária, a fim de dar mais credibilidade à função jurisdicional. Dados existem indicando pontos deficientes da legislação e dos regulamentos dirigidos à ética judiciária no Estado contemporâneo, no âmbito interno.

Os atuais instrumentos de controle da ética judiciária ainda se mostram deficientes, mesmo após o funcionamento do Conselho Nacional de Justiça. Há necessidade de se instituir um novo instrumento, capaz de promover a adequação do comportamento jurisdicional ético ao Estado contemporâneo. Hodiernamente, verifica-se que alguns magistrados não conseguem seguir uma conduta ética própria do Estado Democrático de Direito. Fatos por eles praticados, veiculados pela imprensa, podem revelar o comprometimento de uma conduta ética. Ainda que penderes de apuração pelos órgãos competentes, abalam a credibilidade da população na atividade judiciária.

De vez em quando são noticiados pela imprensa fatos que incutem no cidadão a convicção do comprometimento da ética por magistrados. Na era contemporânea, em que imperam os meios de comunicação mais sofisticados e os espaços são praticamente públicos, a notícia pela imprensa, máxime escrita, de comportamento contrário à ética judiciária, repita-se – mesmo sem ter sido objeto de investigação ou de apuração –, além da repercussão negativa, atinge toda a Magistratura. Por isso, infere-se que há necessidade de se modificar os instrumentos de prevenção de condutas que contrariam a ética judiciária.

Os cidadãos que leram as notícias jornalísticas informando que magistrados feriram a ética judiciária não vão acompanhar as notícias seguintes, nem o resultado das investigações ou das apurações. A primeira notícia sobre fatos antiéticos é a que fica registrada na formação da opinião pública. Os jurisdicionados que até então acreditavam na conduta ética do juiz ficam na dúvida, mesmo sem ter certeza se a informação jornalística é verdadeira. Melhor que os magistrados atuem com ética para que os jurisdicionados dela não duvidem. Mas para isso não basta a expedição de um Regulamento recomendando a observação de princípios éticos, mais direcionados ao magistrado do 1º grau de jurisdição. É preciso mais.

A relevância da atividade jurisdicional exige um absoluto respeito à ética, não só por se tratar de serviço público – onde se exercitam os

direitos do homem e do cidadão e que deve respeito à dignidade humana – como também por lhe ter sido, pela Constituição Federal, delegada a especialização da solução dos mais variados conflitos. Nessa espécie de serviço público, o que se tem atualmente de controle de condutas antiéticas no exercício da jurisdição ainda é pouco, com poucas normas legais e regulamentares de combate ao comportamento contrário à ética judicial. Como foi dito, alguns magistrados entendem que estão amparados por uma suposta imunidade judiciária. Percebe-se também que há uma proposital defasagem de atualização e alteração das regras de conduta. A atualização destas, porém, é imprescindível à mudança de paradigma da conduta dos que exercem a jurisdição.

3.2 – A Ética na Jurisdição como Serviço Público

A jurisdição tem atributos e se norteia por princípios que se vinculam ao desempenho da sua atividade. Poder, dever, função e atividade constituem os atributos da jurisdição.

A jurisdição é poder atribuído ao Judiciário pela Constituição. Diz-se que é dever por estar obrigada a funcionar após provocação da parte ou do interessado (arts. 2º e 262, do Cód. Proc. Civil). Emoldura-se como função por estar incumbida, através do processo, de resolver os conflitos individuais ou coletivos, ainda que a solução não tenha previsão legal (art. 126, do Cód. Proc. Civil; art. 4º, do Decreto-lei nº 4.657/42). É atividade porque o processo – sendo composto de várias formalidades envolvendo o juiz, partes e auxiliares da justiça, além de outros protagonistas – é desenvolvido para se chegar à decisão final, com a sua efetivação.

Independência, imparcialidade, publicidade e razoável duração do processo são os princípios que norteiam seu exercício.

O princípio da independência se confunde com a autonomia da função jurisdicional. O Poder Judiciário é controlado pelo Conselho Nacional de Justiça, não com relação à atividade jurisdicional, mas sim no que atine às suas atividades administrativas e financeiras e ao cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados (arts. 92, I-A e 103-B § 4º, da Carta Federal).

O princípio da imparcialidade diz respeito à isenção do magistrado no exercício da atividade para decidir os litígios. No desempenho da atividade jurisdicional deve o juiz examinar com profundidade as provas produzidas.

Na reverência dos valores que compõem a imparcialidade, submete-se ao que lhe é vedado pelo art. 95, parágrafo único, da Constituição Federativa. Em cumprimento ao dever que lhe é imposto como garantia da imparcialidade em prol dos litigantes, deve se abster de receber auxílio ou contribuição de pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado (arts. 95, par. único, IV, da Constituição Federal e 135, IV, da Lei Processual Civil). As garantias de imparcialidade não são instituídas para preservar a relevância da função exercida. Elas são dirigidas aos cidadãos para que – estando em juízo como autores ou réus – não duvidem da isenção do juiz ao conduzir o processo, acreditando que ele zela pela ética.

O magistrado, *verbi gratia*, há de se afastar do processo em que instituições financeiras – ainda que encarregadas de depósitos judiciais ou de outras funções auxiliares da justiça, figuram como partes em demandas judiciais no seu juízo – promovem encontro de juízes, em fins de semana, em aprazíveis localidades, devendo se abster do desfrute gratuito dos serviços de hotel de luxo e das suas refeições. A observância do princípio da imparcialidade objetiva fazer com que o juiz não abalroe a ética no processamento e no julgamento do feito que preside, tendendo a beneficiar uma das partes. O juiz é o agente do Estado erigido em autoridade designada para funcionar como terceiro encarregado de decidir o conflito, sem interesse no direito subjetivo das partes.

Para ele é irrelevante se a sua decisão vai agradar ou desagradar um dos litigantes. A equidistância é caracterizadora da imparcialidade da função jurisdicional. Ao cidadão que carrou para a jurisdição a questão pertinente ao conflito e àquele em desfavor de quem ela se dirige interessa a solução por um magistrado que se pautar pela ética.⁸

O princípio da imparcialidade também se estende ao impedimento do magistrado, quando o legislador, atento à ética, dispõe que ele deve também se afastar do processo em todas as situações identificadas no art. 134 da Lei Processual Civil. Se não o faz, compromete a ética.

8 Mauro Cappelletti anota: “o valor ‘final’, a ‘essência’ ou a ‘natureza’, por assim dizer – da função judiciária é, portanto, que a decisão seja tomada por um terceiro imparcial, *tertius super partes*, depois que as partes tenham tido a possibilidade de apresentar e defender o seu caso: possibilidade que assegura, além de tudo, o caráter eminentemente ‘participativo’ da função judiciária e da própria jurisprudência, entendida como fonte, embora informal, de criação e evolução do direito. E, na verdade, justamente estas duas características, a imparcialidade do juiz (*nemo iudex in causa sua*) e a possibilidade das partes de fazer valer em juízo as próprias razões (*audiatur et altera pars*, isto que constitui a ‘fairness’ do processo), consideram-se por séculos como as duas regras fundamentais – as ‘regras da justiça natural’ ou ‘*rules of natural justice*’ – do processo judiciário” (Juizes Irresponsáveis? Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 32-33).

A função judiciária verga-se à publicidade dos atos judiciais. Despachos, decisões, sentenças e acórdãos não têm valor senão depois de publicados nos órgãos de imprensa. A ética judiciária proscreve atos secretos. As audiências e sessões são públicas, salvo nos casos previstos em lei (arts. 5º, LX e 93, IX, da Constituição Federal; art. 155, do Cód. Proc. Civil). As decisões administrativas dos tribunais além de motivadas também se regem pela publicidade. E mais: para evitar o corporativismo, as decisões administrativas referentes aos processos disciplinares são tomadas pelo voto da maioria dos seus membros (art. 93, X, da Carta da República).

Fora da atividade jurisdicional o magistrado, na função administrativa (Presidência, Vice-Presidência, Corregedoria de Justiça e Conselho da Magistratura), deve sujeitar seus atos à publicação (art. 37, da Lei Fundamental). Enfim, os processos e os procedimentos deflagrados no Judiciário devem contar com a reverência da publicidade dos seus atos. A publicidade, como adiante se verá no exame do Código de Ética da Magistratura, dá “transparência” aos atos jurisdicionais na atividade desenvolvida.

O serviço público é mantido pelos tributos arrecadados, o que veio a se incorporar ao Estado moderno e também ao Estado pós-moderno ou contemporâneo. Quando o cidadão provoca a jurisdição passa à condição de credor da solução do litígio que ajuizou. O resultado deve vir dentro de um prazo razoável, bastando que sejam observadas as formalidades processuais. Somente com o julgamento em caráter definitivo é que a prestação do serviço público estará concluída. A prestação de serviço público é dever do Estado. Este é erigido em devedor da solução.⁹

Considerando que a atividade jurisdicional se traduz em serviço público, restou introduzido no art. 5º da Lei Maior o inciso LXXVIII, pela Emenda Constitucional nº 45/04. Este inciso dispôs sobre o princípio da razoável duração do processo. A solução do litígio em tempo razoável é garantia do seu bom funcionamento. Muito embora a atividade jurisdicional não se inclua dentre as atividades administrativas dos três Poderes, tendo o art. 37 da Carta Federal sido alterado pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98, para incluir o princípio da eficiência – sendo dita atividade uma faceta da prestação de serviço público – é forçoso convir que

⁹ José Fernando de Castro Farias, com lastro em preleção de Léon Duguit, ao tratar do “serviço público” afirma: “apresentada como critério geral do campo de ação do Estado, a noção de serviço público implica essencialmente uma idéia de obrigação positiva. Da *soberania ao serviço público*, passa-se de uma visão do Estado como poder público a uma concepção do Estado como ‘função social’. Neste ponto, o funcionalismo de Duguit segue uma lógica cara a Durkheim, quando este escreve: ‘todo o direito é público, no sentido de que ele é uma função social e que todos os indivíduos são, mesmo que a títulos diversos, funcionários da sociedade’” (**A Teoria do Estado no Fim do Século XIX e no Início do Século XX**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 88).

os serviços judiciários por ele devem se pautar. O exercício da jurisdição, portanto, não pode se prostrar no tempo, deixando o cidadão na expectativa prolongada de obter o resultado do processo.

O jurisdicionado não pode se cansar de tal forma que venha a se desinteressar pela solução da lide e a parte contrária se acomodar, no errôneo entendimento de que sairá vencedora em razão da demora da entrega da prestação jurisdicional. A solução da demanda deve ser apresentada tão logo o processo esteja em condições de ser julgado. O julgamento do feito traz em si um princípio ético implícito: ele deve ocorrer no momento em que a causa estiver “madura”. O exercício da atividade jurisdicional vincula o juiz a velar pela rápida solução do litígio (art. 125, II, do Cód. Proc. Civil).

A entrega da prestação jurisdicional tardia erige o processo em injusto, podendo prejudicar direito do cidadão, às vezes de matiz fundamental. O retardo da entrega da prestação jurisdicional, além de se incompatibilizar com a ética judiciária na era contemporânea, incute no cidadão jurisdicionado fundada dúvida quanto à eficiência da função jurisdicional. Isto não quer dizer, contudo, que o magistrado deve processar e julgar os feitos açodadamente para alcançar as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça ou pelo seu tribunal. O juiz que assim se comporta, sem respeitar as etapas procedimentais estabelecidas na lei processual – deixando de examinar as provas e de fundamentar suas decisões, faltando com seus deveres funcionais, para mostrar que está recuperando o tempo perdido –, também viola a ética.

3.3 – A Ética Judiciária na Era Contemporânea

A conduta dos indivíduos participativos, além de se nortear pela razão, deve estar impregnada de valores instituídos pela sociedade. Se estes indivíduos são membros de um dos Poderes da República, urge que seus valores estejam a florados e se mostrem presentes no exercício das suas funções, de modo que possam servir de norte à ética para manter e incrementar a confiança na sociedade na autoridade moral da atividade pública.

A atividade jurisdicional é exercida por cidadãos investidos na função pública, que vão julgar interesses de outros integrantes da sociedade. Deles se exige maior observância dos valores e princípios que integram a ética, que passa a ser judiciária. Trata-se de uma ética imprescindível ao bom exercício da função de dizer o direito, justamente em Estado Democrático de Direito. Este garante aos cidadãos jurisdicionados uma atividade

judiciária independente das funções administrativa e legislativa, a legalidade dos atos que provém da Administração Pública – que só pode atuar em conformidade com o corpo de leis aprovadas e editadas – e a não interveniência do Estado no que for aspirado socialmente em conduta ou atividade permitida. De outro ângulo, garante o conjunto de normas que estruturam a Democracia. Como diz Delamar José Volpato Dutra “*sob o ponto de vista normativo, o Estado de Direito justifica-se por assegurar um conjunto de regras que estruturam o procedimento democrático*” (**Manual de Filosofia do Direito**. Caxias do Sul: Educs, 2008, p. 101).

A ética judiciária deve ser analisada dos ângulos interno e externo.

Do ângulo interno exige-se do magistrado de primeiro grau de jurisdição a observância dos valores morais e cumprimento dos deveres inerentes ao seu cargo, emoldurados nos diplomas legais e regulamentares adiante mencionados, além de lhanza, cautela e conhecimento das normas de conduta social, para que se afaste qualquer dúvida sobre sua integridade moral. O juiz está cercado de fiscais do seu comportamento, que se estende desde o mais simples empregado terceirizado da limpeza das repartições judiciárias ao Chefe do seu Poder, passando pela observação dos que militam no foro, partes e testemunhas que o avaliam, aclamando se ele se comporta de acordo com a ética ou a conspurca.

Às vezes a conduta antiética do magistrado se deve à falta de discernimento da relevância da função jurisdicional que lhe exige comportamento inteiramente diferenciado dos demais indivíduos participativos. É mister que ele tenha essa consciência moral para agir eticamente.

O Código Civil, por exemplo, reprovava o procedimento do magistrado que, desrespeitando o disposto no art. 497, III, adquire, em hasta pública, bem sobre o qual se estende sua autoridade em feito judicial. Suponha-se que – após se remover para comarca próxima onde exercia a função judicante – arremate imóvel penhorado em execução de título extrajudicial levado à praça, cujo processo por ele foi iniciado. Em princípio não há nulidade, já que não mais exercia jurisdição no órgão julgador onde o feito tramitava. No entanto, feriu a ética, uma vez que atingiu a substância da sua conduta, demonstradora de obtenção de vantagem, ao adquirir bem cujas características conhecia em razão do ofício judicante, possibilitando o oferecimento de um lance único que o levou a vencer a licitação, afastando a oferta de outros licitantes. Estes, desconhecendo as características do imóvel, se abstiveram de elevar o preço ofertado pelo magistrado arrematante.

Em outro exemplo, o Estatuto Civil rechaça o comportamento do magistrado que falta com seus deveres funcionais. Ao deixar de admitir a escusa do tutor nomeado, estabelece o art. 1.739 que o juiz responde diretamente por perdas e danos que o menor suportar, numa demonstração de reprovação máxima do seu vilipêndio à ética judicial, de modo a excluir a responsabilidade civil objetiva do Estado, por ato do seu agente público no exercício da suas funções, traçada como linha geral nos arts. 37 § 6º, da Carta Federal e 43, da Lei Civil.

Do ângulo externo exige-se do julgador o compromisso com os valores e princípios processuais, tais como o contraditório e ampla defesa e o devido processo legal, emoldurados nos art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, para legitimar suas decisões e investigar se elas devem ser corrigidas por uma instância revisora. Ainda que orientado e pautado por uma microética, vale dizer, uma ética das relações interpessoais, em decorrência do cargo que ocupa e da função que exerce, urge que o magistrado se conscientize de que ao processar e julgar ação coletiva, *exempli gratia*, quando o feito se submete a julgamento – não mais por ele, mas por um colegiado de magistrados – sua decisão, em grau de recurso, será revista com a presunção de que os valores e princípios éticos da sua atuação funcional foram observados. Daí porque sua conduta deve se nortear pela decência e probidade jurisdicionais ínsitas à atividade estatal que exerce.

No 2º grau de jurisdição, a ética judiciária merece abordagem para que se possa, tal como ocorre no primeiro grau, conhecer a necessidade de mudança de paradigma.

Do ângulo interno, o magistrado deve agir com equilíbrio ao disputar funções, tais como as de direção do tribunal, presidência de associações ou de órgãos administrativos ou julgadores, de modo a não faltar com a ética, muitas vezes demonstrada pelo não cumprimento dos prazos para relatar, proceder à revisão, redigir votos e ementas, pedir dia para julgamento, colocar em mesa os processos, comparecer e participar das sessões da sua turma ou câmara. Do contrário assumirá um comportamento contrário à ética. Observe-se que essa conduta antiética não vem tratada na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, no Código de Ética da Magistratura, nos Códigos Judiciários Estaduais ou mesmo nos Regimentos Internos dos Tribunais.

Ainda no que tange ao comportamento ético visto do ângulo interno, o magistrado de grau mais elevado deve se abster da prática do patri-

monialismo e do nepotismo, procedimentos injustificáveis e demonstradores de uma crise de paradigma político-social.

A indicação de pessoas ou servidores para ocupar cargos comissionados ou funções de confiança em seu gabinete e outros mais para a direção da secretaria do seu órgão julgador deve recair em indivíduos credores de conhecimentos técnico-jurídicos para exercê-los. Quando o magistrado atende a pedidos de parentes, amigos, colegas ou políticos, indicando para ocupar cargos ou funções pessoas despreparadas, além de ferir a ética compromete sua independência, dando a entender aos servidores do quadro efetivo, aos jurisdicionados e aos cidadãos que o órgão julgador onde exerce a jurisdição e os cargos comissionados ou funções de confiança a eles pertencem, como se tivessem sido privatizados.¹⁰

Demais disso, não deve o magistrado se olvidar de que a escolha dos assessores, assistentes ou auxiliares, naquelas condições, pode prejudicar sua produtividade, uma vez que certamente ficará abaixo da qualidade e da quantidade ostentadas pelos seus colegas que indicaram para os cargos ou funções pessoas altamente qualificadas. O resultado dessa conduta violadora da ética é a prestação de um serviço público de baixa qualidade, além do retardo dos processos, muitas vezes julgados bem após o decurso dos prazos legais.

Por intermédio do segundo comportamento, magistrados da maior hierarquia judiciária não se importavam com a indicação de parentes para ocupar diretamente os cargos ou funções nos seus gabinetes. Sendo uma espécie do gênero patrimonialismo, o nepotismo sempre foi visto com “maus olhos”. A nomeação de cônjuge, companheiro, parente em linha reta descendente, colateral e até por afinidade deve ser evitada. Foi prática muito comum de magistrados promovidos ao 2º grau ou investidos no cargo pelo quinto constitucional a que se refere o art. 94 da Lei Fundamental.

A prática do nepotismo – reveladora de conduta que agride a ética judiciária e é reprovada pela população – vem sendo rechaçada pelo Conselho Nacional de Justiça, instituído pela Emenda Constitucional nº 45/04 como órgão do Poder Judiciário. Assim que instalado o dito Conselho editou a Resolução nº 07, de 18/10/05, expedida no âmbito da competên-

10 José Murilo de Carvalho, em entrevista concedida à imprensa acerca do tema “Agruras Democráticas”, ao responder à 1ª pergunta do jornalista sobre corrupção e escândalos, registrou: “certamente não é igual em todos os países, sobretudo protestantes, em que a ética pública é mais rigorosa. Mas é comum em países de origem ibérica por conta do patrimonialismo, em que a distinção entre o público e o privado é pouco nítida. A distinção que existe é de que ou é meu ou é do Estado, e se for do Estado, eu posso meter a mão. A ideia de que o público é de todos os que pagam impostos não faz parte da nossa cultura” (*O Globo, Caderno Ciência-História*, sábado, 23/05/09, p. 36).

cia que lhe outorgou o art. 103-B, § 4º, II, da Carta Federal. Com fulcro nos princípios da moralidade e da impessoalidade, versado no art. 37 do mesmo diploma constitucional, não hesitou em *“disciplinar o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário”*. O nepotismo vem sendo combatido, mas ainda não chegou ao seu termo resolutivo.

Ainda que dissimulado – através da indicação do seu parente para ocupar cargo em comissão ou função gratificada em gabinete de colega e, em expediente de reciprocidade, de parente deste para cargo ou função igual ou equivalente no seu gabinete – o ferimento da ética judiciária persiste. Por isso que a denominada *“investidura cruzada”* foi alvo de novo controle administrativo, desta vez pela vez pela Suprema Corte, que não hesitou em editar a Súmula Vinculante 13, dispondo: *“a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”*.

A prática antiética do critério da personalidade continua se, por acaso, o magistrado indica para ser nomeado em seu gabinete parente em quarto grau, como, *exempli gratia*, um primo ou um sobrinho-neto, que obtém a investidura. A nomeação não é vedada pelas normas legais e regulamentares, nem pela precitada Súmula Vinculante. Pode parecer que o comportamento não fere a ética. Ao reverso, se quem ele indicou e foi nomeado é parente, mormente quando pouco ou nada entende dos serviços judiciários, infere-se um nepotismo arrefecido.

Dentro das condutas antiéticas mencionadas pode ser incluída, ainda, a contratação de pessoas indicadas – em regra vinculadas por laços de amizade ou de parentesco com o magistrado gestor ou não ocupante de cargo de direção – para admissão em emprego de firmas que prestam serviços nos tribunais. São os chamados terceirizados, que muitas vezes permanecem no serviço público no regime celetista, por longos períodos, já que não há vedação para a renovação do contrato ou da transferência dos beneficiados para a empresa que vence a concorrência para prestar

serviços nas Cortes de Justiça. Essa prática não é expressamente vedada, como se vê do art. 3º, da Resolução nº 07/05 do Conselho Nacional de Justiça que proscree, apenas, a contratação e a manutenção de contrato de prestação de serviço com empresa que tenha, entre seus empregados, parente do magistrado ocupante ou não de cargo de direção no tribunal, o que permite – para quem quer se comportar aeticamente – influenciar a pessoa jurídica a contratá-lo posteriormente.

Do exame das normas legais e regulamentares que tratam da ética judiciária vê-se que elas mais se dirigem aos juízes monocráticos, isto é, do primeiro grau, do que aos magistrados das instâncias recursais. A Lei Orgânica da Magistratura Nacional nunca se preocupou com o patrimonialismo ou com o nepotismo, práticas antiéticas que – embora tenham sido bastante reduzidas – ainda são encontradas nos tribunais, menosprezando valores e inobservando princípios que acarretam a redução da confiança da sociedade na autoridade moral do Poder Judiciário. O jurisdicionado não pode continuar a assistir essas práticas, pois sua confiança é dirigida a uma atividade jurisdicional integrada por magistrados que devem respeitar os princípios da impessoalidade e da moralidade.¹¹

Ao magistrado da instância revisora se exige mais. Não se está diante de uma microética da instância originária. Ao participar, *v. g.*, de julgamento de representação de inconstitucionalidade de lei municipal, de mandado de segurança coletivo, de ação rescisória de sentença proferida em ação fundada em pretensão de interesse difuso, de uniformização de jurisprudência, de elaboração de súmula da jurisprudência predominante, em colegiado judicante, com elevado número de membros, como o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, há uma dimensão pública maior da sua conduta, que, reunida com as dos demais julgadores, muito se aproxima da macroética, malgrado inexistam no processo judicial as macroestruturas que dão origem às decisões coletivas.

Do ponto de vista externo, exige-se mais do magistrado do 2º grau de jurisdição. Ao proceder ao julgamento dos feitos em que é relator,

11 Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao tratar da 'Ética na administração pública' registra: "moralidade tem sido cada vez mais cobrada dos parlamentares, dos juízes e dos administradores, na medida em que aumentam as decepções populares com a conduta de seus dirigentes. O descrédito dos políticos, como não poderia deixar de ocorrer, se tem comunicado às próprias instituições, abalando-as profundamente nos seus alicerces, tantas vezes tão laboriosos plantados pelos povos. Em nosso País, essa crise é grande e necessita ser superada, até como condição para a retomada da governabilidade e do desenvolvimento. A preocupação com a moralidade é reclamo público, presente no povo, nos meios de comunicação e, é de se esperar, com frutífera repercussão na consciência e na ação dos homens públicos e dos profissionais do direito" (**Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 3. ed., 2007, p. 51).

revisor ou vogal, o julgador deve se pautar pela ética do discurso, máxime quando se trata de representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. No julgamento da declaração de inconstitucionalidade da lei que é palco do ataque judicial, por colidir com normas e princípios da Constituição, o magistrado votante ou falante, no linguajar habermasiano, deve assumir comportamento ético de tal forma que – admitindo a sustentação dos demais votantes e ouvindo entendimentos contrários ao seu – não utilize argumentos estranhos à ética discursiva, na ávida tentativa de fazer prevalecer seu ponto de vista ou o seu convencimento.¹²

Nos julgamentos colegiados os debates são intensos e muitas vezes calorosos, máxime quando envolvem questões de grande repercussão nacional ou local. Os discursos apresentam pretensões de validade lógico-semânticas e pragmáticas. Quando na sessão do tribunal o magistrado relator apresenta o seu voto, fundado no seu convencimento, e o revisor ou o vogal diverge, deve este tratar aquele com simetria, dignidade e respeito. As argumentações devem surgir como procedimentos de entendimentos mútuos.¹³

4 – A REGULAMENTAÇÃO DA ÉTICA JUDICIÁRIA

O exercício da atividade judiciária requer sejam asseguradas garantias de independência do magistrado, em decorrência do cargo vitalício que ocupa. Se assim não fosse, quando contrariasse interesses maiores – notadamente dos demais Poderes – seria destituído, removido do seu lugar ou teria seus vencimentos reduzidos. Além disso, para que se dedique inteiramente à função judicante são asseguradas garantias de imparcialidade que impõem ao magistrado as proibições elencadas no art. 95, parágrafo único, da Constituição Federal. Ao ser empossado no primeiro ou no segundo grau de jurisdição presta compromisso de cumprir a Constituição e as leis vigentes no País e os deveres inerentes ao seu cargo. Seus deveres estão elencados na Constituição Federal, na Lei Orgânica da

12 Luiz Guilherme Marinoni, com lastro em preleção de Robert Alexy, ao tratar dos 'Direitos fundamentais e democracia-O problema do controle do juiz sobre a decisão da maioria', afirma que: "o controle judicial de constitucionalidade das leis se justifica quando os juizes demonstram publicamente que seus julgamentos estão amparados em argumentos que são reconhecidos como bons argumentos, ou, ao menos, como argumentos plausíveis, por todas aquelas pessoas racionais que aceitam a Constituição" (**Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3. ed., 2008, p. 92).

13 Jürgen Habermas leciona que "a partir de pontos de vista *procedurais*, as argumentações aparecem, em seguida, como processos de entendimento mútuo que são regulados de tal maneira que proponentes e oponentes possam, numa atitude hipotética e liberados da pressão da ação e da experiência, examinar as pretensões de validade que se tornaram problemáticas" (**Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2. ed., 2003, p. 110).

Magistratura Nacional, no Código de Ética da Magistratura e nos Códigos Judiciários Estaduais.

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional data de 14/03/79. Com mais de trinta anos de vigência e composta por 147 artigos, está desatualizada, uma vez que multifários dispositivos legais foram revogados pela Constituição Federal de 1988 e Emendas Constitucionais posteriores. O Título III, que se divide em três Capítulos, versa sobre a Disciplina Judiciária, dedicando não mais do que cinco preceptivos à ética judiciária. O Capítulo I trata dos deveres do magistrado (arts. 35 a 39); o Capítulo II cuida das penalidades que a ele podem ser impostas (arts. 40 a 48) e o Capítulo III versa sobre sua responsabilidade (art. 49). Da sua leitura se constata a obsolescência do trintenário diploma legal, por se apresentar como um conjunto de normas que pouco versam sobre o comportamento ético dos magistrados. Aliás, sua edição coincide com o ano em que a expressão “pós-modernidade” foi popularizada por Jean-François Lyotard. A Magistratura Nacional carece de um novo Estatuto.

O Código de Ética da Magistratura, editado em 18/09/08 pelo Conselho Nacional de Justiça, dentro das atribuições que lhe foram conferidas pelos arts. 103-B § 4º, I e II, da Carta Federal e 60 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, se traduz num diploma regulamentar, composto de 42 artigos, que exterioriza os princípios norteadores da função jurisdicional: independência, imparcialidade, conhecimento e capacitação, cortesia, transparência, segredo profissional, prudência, diligência, integridade profissional e pessoal, dignidade, honra e decoro. O Regulamento da Ética Judiciária está supedaneado nos deveres do magistrado, conforme dispõem os arts. 35, VIII e 56, II, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional: pautar-se por um comportamento compatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções e manter conduta irrepreensível na vida pública e particular.

Dito Regulamento tem força de lei, haja vista ter sido expedido na esteira da Emenda Constitucional nº 45/04, vinculando todos os magistrados da Federação a obedecer aos princípios que perfilhou. Contudo, cogita-se de um conjunto de regras de recomendação, quanto ao seu proceder no desempenho da atividade estatal, destituídas de preceitos que façam com que eles absorvam a consciência de uma postura ética consentânea com as exigências dos cidadãos.

De outra parte, abstraído o campo punitivo-disciplinar, é recomendável que um Código de Ética faça previsão de sanções administrativas para o caso da conduta antiética acarretar consequências advindas da

violação dos preceitos, como, por exemplo, reparar o prejuízo causado ao Erário, ou à parte litigante ou ao interessado, quando retardar ato de ofício ou, ainda, o reconhecimento público do procedimento antiético, com divulgação de reparação voluntária do que foi reprovado pela sociedade ou pelo seu tribunal, sem prejuízo de outras sanções meramente administrativas. A persistir o que hoje se tem, pouco adianta anunciar regras de conduta ética sem que possa contar, como foi dito, com um instrumento capaz de ajustá-las à realidade do Estado contemporâneo.

No âmbito estadual, o Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro – CODJERJ, editado pelo Tribunal de Justiça, através da Resolução nº 01, de 21/03/75, cuida da “ética funcional” do magistrado nos arts. 206 a 211, reproduzindo as vedações da Constituição Federal e da Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Sua maior recomendação consta do art. 206: deve o magistrado manter irrepreensível procedimento na vida pública e particular, pugnando pelo prestígio da justiça, zelando pela dignidade das funções e respeitando as do Ministério Público e dos advogados.

Embora tenha também força de lei, uma vez que editado com fulcro em permissivo da Constituição Federal então em vigor e na Lei nº 5.621/70, prestando-se a vincular todos os magistrados fluminenses, verifica-se que o Capítulo IV, do Título III do CODJERJ, que cuida dos seus direitos e deveres, traduz-se em normas de reprodução de dispositivos da Constituição Federal vigente à época. Não apresenta regras de comportamento voltadas para a ética, nem de valorização dos direitos do cidadão em juízo.

O magistrado deve obediência aos jurisdicionados do seu modo de agir. Todo aquele que atua com ética aumenta a confiança da sociedade na autoridade moral da atividade judiciária. A conjugação da Lei Orgânica da Magistratura Nacional com o Código de Ética da Magistratura e os Códigos Judiciários Estaduais, ainda que insuficientes para vincular o magistrado a atuar com observância dos princípios da ética judiciária, se esforçam para obter o seu perfil ideal. Louva-se a maioria que assim procede no exercício da judicatura.¹⁴ Entrementes, quando se trata da minoria cujo compor-

14 Diógenes Madeu, citando Aniceto Lopes Aliende, registra: “traçado o perfil do juiz, em sua conceituação ideal, como paradigma abstrato, dele exigiu Hélio Tornaghi, para a preservação da justiça, ‘o decoro nas atitudes, a decência nas ações, a seriedade na análise dos problemas, a nobreza no trato, o pundonor, a honra, a altivez, a seriedade’. (...) ‘esses atributos, que devem exornar a pessoa que assume o encargo de tornar efetiva a distribuição da justiça, são qualidades morais indispensáveis, que exigem o complemento de uma sólida e diversificada cultura jurídica; uma experiência de vida; uma percepção da natureza humana; uma capacidade de raciocínio lógico, que englobe essa sutil intuição que se convencionou denominar de senso comum’. A inteligência e o saber jurídico aliam-se na composição do acervo indispensável para que se tenha definitivamente delineada a figura do juiz” (**Ética Geral e Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 56).

tamento colide com a ética no desempenho da sua atividade, infere-se que não há um instrumento hábil a compelir o magistrado a segui-la ou a prevenir a prática de condutas antiéticas, o que está a exigir mudança de paradigma.

O projeto do novo Estatuto da Magistratura tramita nos órgãos competentes. Depois que tomar corpo, for publicado e entrar em vigor, há que se editar um Código de Ética que venha a regulamentá-lo, servindo de modelo para o desempenho da atividade jurisdicional. Do contrário, a reunião de regras de conduta continuarão a decorar mais um diploma legal e a ética judicial permanecerá como está, sendo vilipendiada por alguns poucos magistrados que não valorizam o seu cargo e a relevante função que exercem.

5 - CONCLUSÃO

A função judiciária vem do poder que emana do povo, para este estando voltada. Está à sua disposição, bastando a deflagração da pretensão ou a apresentação do requerimento para iniciar sua atividade. A atividade é exercida em Estado de Direito, vale dizer, em democracia, que “*é o governo do povo para o povo e pelo povo*”, como já dizia Abraham Lincoln, em 1863. O poder vem do povo que o exerce para o atendimento das pretensões envolvendo direitos e interesses dos indivíduos participativos.

Traduzindo-se em atividade de interesse geral, desenvolvida em República Federativa, a jurisdição se preocupa em atender, dentre outros, ao que diz respeito a dois objetivos da democracia: à cidadania e à dignidade da pessoa humana, sem se olvidar de se esforçar ao máximo para corrigir e reparar o que não é feito a título de direitos fundamentais. Como função de um dos Poderes da República, na conjugação dos arts. 1º, parágrafo único e 2º da Lei Fundamental com o art. 1º do Código de Processo Civil, a jurisdição é exercida na mesma direção da atividade administrativa desempenhada pelo Poder Executivo. A diferença reside apenas na natureza da função que ditos poderes exercem. Ao Executivo cumpre administrar e ao Judiciário solucionar conflitos.

Ao prestar o serviço público, tal como o Executivo, a função jurisdicional, reverenciando a ética judiciária no cumprimento dos seus deveres, objetiva alcançar também o que está encartado no art. 3º da Lei Maior:

a) construir uma sociedade livre, justa e solidária; b) garantir o desenvolvimento nacional; c) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; d) promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Esse último objetivo, qual seja, a promoção do bem de todos, muito se ajusta à atividade jurisdicional, eis que se trata de função exercida por um dos Poderes da República para solucionar conflitos. A solução dada à lide serve de função educativa coadjuvante, uma vez que, ao tomar conhecimento do resultado do processo, seus protagonistas se encarregam de divulgar o que foi decidido para os cidadãos jurisdicionados.

Os que se encontram na mesma situação ou em situação assemelhada, tomam conhecimento de que devem se comportar consoante o comando emergente da decisão judicial. Do contrário, se persistirem no comportamento diferenciado, poderão ter seus direitos ou interesses atingidos, caso deflagrem demanda ou venham a responder aos seus termos. Os demais Poderes da República, em casos iguais, também se curvam ao comando decisório, devendo modificar os entendimentos até então mantidos. Daí a relevância da ética judiciária, para que os jurisdicionados confiem na autoridade moral da Magistratura.

A jurisdição não só decorre da estruturação do Estado como ostenta manifestação da sua soberania. Como dever se obriga a responder às pretensões que lhe são dirigidas, acolhendo ou rejeitando as de natureza contenciosa e os requerimentos de índole graciosa. Através do processo, serve de instrumento de solução dos conflitos intersubjetivos, controle das condutas anti-sociais e controle da constitucionalidade normativa, tudo no interesse individual, coletivo ou difuso.

A função jurisdicional na era contemporânea, focada na cidadania e na dignidade da pessoa humana, pauta-se por uma ética diferenciada, atenta à recomendação constitucional. Por isso tem sido invocada para o implemento de políticas públicas, no atendimento, dentro do possível, dos direitos fundamentais do cidadão, na omissão do Executivo. A ética da função judicante é bem diversa da que caracteriza as atividades administrativa e legislativa.

A atividade judiciária sempre esteve presente, do Antigo Regime à pós-modernidade. Na Antiguidade, ainda que se ressentindo de estrutu-

ração, mas dotada de função mediadora, era invocada e procurada pelos súditos, na busca de solução dos seus conflitos.¹⁵ Em Roma era um pouco diferente: o pretor atuava como representante do Poder Executivo e do Poder Judicial. À proporção que o Império Romano se estendia o soberano delegava a função jurisdicional aos juizes.

A divisão dos poderes idealizada por Montesquieu proclamou a atribuição de dizer o direito ao Poder Judiciário. Porém, nos Estados totalitários modernos as funções administrativa e jurisdicional foram aglutinadas, ao passo que a legislativa restou esvaziada. A maioria dos Estados modernos se afastou do totalitarismo e a função jurisdicional recuperou o seu poder. Assim se mantém até o advento da pós-modernidade, onde o Estado de Direito está presente.

A jurisdição na era contemporânea é diferente. Tendo o indivíduo deixado a heteronomia, com aquisição de esclarecimento, o Estado pós-moderno encartou em sua legislação a facilidade de acesso à sua atividade, sendo garantido não só o ingresso em juízo como também o cumprimento da decisão. A Constituição da Espanha garante ao cidadão não só o acesso à jurisdição como também à tutela judicial efetiva (art. 24). No âmbito interno, a Constituição da República erigiu o acesso à jurisdição em garantia fundamental, ampliando o conteúdo dos preceitos constantes das Constituições anteriores, insculpindo no art. 5º, XXXV: *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*.

O acesso à jurisdição restou facilitado por haver a Constituição Federal posto diversos órgãos do Poder Judiciário à disposição do cidadão, de acordo com o rol do art. 92. Chamada a funcionar, a atividade judiciária não pode se furtar ao dever de prestar a tutela jurisdicional, o que se deve ao fato de ter como o mais importante dos objetivos: a distribuição de justiça. O cumprimento das decisões fica a cargo da própria jurisdição, *ex vi* da norma processual aberta, inscrita no art. 461 da Lei Processual Civil, de modo que o cidadão vencedor obtenha a efetivação do que restou decidido. O juiz pós-moderno pode adotar as medidas adequadas à efetivação do julgado, não devendo esmorecer no caso de resistência ao cumprimento, seja quem for o vencido ou executado. É seu dever. E cum-

15 Aristóteles já anunciava: “Eis porque, quando ocorrem disputas, as pessoas recorrem ao juiz. Recorrer ao juiz é recorrer à justiça, pois a natureza do juiz é ser uma espécie de justiça animada, e as pessoas procuram o juiz como um intermediário, e em algumas cidades-Estado os juizes são chamados mediadores, na convicção de que, se os litigantes conseguirem o meio-termo, obterão o que é justo. Portanto, justo é um meio termo já que o juiz o é” (*Ética a Nicômaco*. São Paulo, Martin Claret, 1. reimp., 2008, p. 111).

prir dever funcional de dar execução à decisão é também se comportar conforme a ética judiciária.

Outro aspecto da relevância da ética judiciária é o registro de que o magistrado justo e que adota procedimento adequado ao exercício da atividade jurisdicional do Estado contemporâneo deve observar que a legitimidade da sua decisão vai depender da maior participação das partes no processo.

O processo tem como efeito legitimar a decisão proferida. Isto se dá através da efetiva participação das partes e debates que contribuíram para a formação da convicção do juiz e entrega da prestação jurisdicional. A participação das partes no processo legitima a decisão proferida no instrumento da função jurisdicional da era contemporânea. A participação é possível em decorrência da observância dos princípios que regem o processo civil, alguns deles erigidos em direito fundamental, como ocorre com o contraditório e ampla defesa e o devido processo legal, inscritos no art. 5º, LIV e LV da Carta Federal.

A ética do discurso tem aplicação aos precitados princípios, por possibilitar às partes sustentar seus argumentos, o que se inicia com a petição inicial, prossegue com a contestação e culmina com a audiência de instrução e julgamento, onde os debates (discursos) assumem a maior relevância, tornando o processo justo. Consequentemente, ao reverenciar a ética discursiva, o magistrado não só fortalece a aplicação dos precitados princípios constitucionais, como também consagra a assunção de procedimento conforme a ética judiciária do Estado contemporâneo.¹⁶

A participação consiste na oportunidade das partes de apresentar e sustentar suas razões e de se contrapor, produzir provas, integrar as audiências, sessões e julgamentos, com sustentações (discursos), de modo a influenciar na formação de uma decisão fundamentada, demonstradora de uma atuação ostensivamente democrática.¹⁷ A atividade jurisdicional da era

16 Walter Reese-Schäfer registra: “a ética do discurso não precisa apregoar certos valores de conteúdo, passíveis sempre de discussão, como por exemplo os direitos humanos, porém, ao invés disso, ela pode descrever, numa perspectiva exterior caracterizável como objetiva, quase jurídica, os procedimentos do entendimento entre iguais. Quando esses procedimentos efetivamente são executados, o resultado também teria que ser considerado “justo”, ao passo que se poderia discutir interminavelmente sobre justiça quanto ao conteúdo. Habermas apóia-se aqui estritamente no modelo jurídico: quando ocorrer um procedimento legal, no qual ambas as partes forem ouvidas e as leis observadas, também a sentença poderá ser considerada justa. Ela não precisará mais ser determinada a partir de uma ideia substancialista de justiça, que cada um inferiu, de acordo com sua própria concepção de justiça, a partir de suas interpretações individuais do que ele ou ela considera direito” (**Compreender Habermas**. Petrópolis: Editora Vozes, 2009, p. 68).

17 Luiz Guilherme Marinoni, anota que a participação através do contraditório e da publicidade dos atos processuais confere à parte a oportunidade de interferir sobre a formação da decisão, garantindo a sua justiça (*Op. cit.*, p. 455).

contemporânea recomenda que o magistrado, antes de proferir a decisão, proceda ao exame das normas jurídicas que servem de lastro às razões dos litigantes com os pressupostos comunicativos e condições do processo legislativo democrático.¹⁸

Ao adotar comportamento ético e se abster das condutas antiéticas o magistrado reverencia a autêntica ética judiciária. Isto pode se alcançar com a elaboração de um Código Modelo de Ética Judiciária, consentâneo com a era do Estado contemporâneo. De que modo? Ouvidos os órgãos de classe e os magistrados, que se comprometem a respeitá-lo, será editado com legitimidade do órgão encarregado de fiscalizar o seu cumprimento. Os demais Poderes, os jurisdicionados e os cidadãos louvarão. O Poder Judiciário se fortalecerá. ❖

18 Luiz Guilherme Marinoni, desta vez em consonância com entendimento de Habermas, sustenta que “a jurisdição deve buscar legitimidade assegurando que o processo de gênese da lei seja receptivo àquilo que os cidadãos estabelecem como consenso no espaço público. O juiz deveria estar atento ao consenso formado no espaço público a partir da discussão e do debate” (“Da Teoria da Relação Jurídica Processual ao Processo Civil do Estado Constitucional” *in* **A Constitucionalização do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 535).

A inquirição de testemunhas em audiências criminais: controvérsias acerca da interpretação do artigo 212 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 11.690/2008

Vlamir Costa Magalhães

Juiz Federal. Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Pós-graduado em Direito Público da Economia pela Universidade de Coimbra/Portugal e pela EMARF – Escola da Magistratura Regional Federal do TRF da 2ª Região.

“Os sistemas processuais vêm sendo utilizados como pano de fundo para encobrir preferências ideológicas de conhecidos setores da doutrina. Há um verdadeiro esforço criativo em subverter dados históricos e informações provenientes do direito comparado (doutrina, reformas legislativas e jurisprudência de altas cortes) a fim de que os sistemas acusatório e inquisitivo sejam apresentados com características que nunca tiveram (...) Isso provoca uma luta pela apropriação ou utilização dos termos acusatório e inquisitivo. De um lado, a simples aderência do termo acusatório a um determinado sistema faz com que ele obrigatoriamente seja composto por princípios e institutos de caráter liberal, e seu processo não passe de um enfrentamento que trate de interesses meramente privados. Por outro lado, o termo inquisitivo vem sendo utilizado para afastar tudo o que não é de interesse de uma determinada linha doutrinária, pois fica mais fácil vincular certos institutos ou práticas judiciais

à idéia de algo pejorativo ou arbitrário, embora a história do processo penal não corrobore tais conclusões.”

*Mauro Fonseca Andrade*¹

I - INTRODUÇÃO

Após a promulgação da Lei n. 11.690, em 9 de junho de 2008, vem sendo discutida, no meio doutrinário e jurisprudencial, uma importante questão de cunho processual penal referente à interpretação da nova redação conferida ao artigo 212, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Penal. Em sequência, serão expostos neste estudo: (1) os posicionamentos que vêm sendo ostentados na jurisprudência; (2) a análise dos fundamentos das correntes que abordam o tema e (3) as conclusões do autor. Desde já, confira-se a redação atribuída pela Lei n. 11.690/2008 ao artigo 212 do Código de Processo Penal, *verbis*:

“Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.”

II – A APRECIÇÃO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 212 DO CPP

No Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência encontra-se dividida quanto ao tema. Neste contexto, a 5ª Turma² tem se manifestado no sentido de que a nova redação do dispositivo legal citado suprimiu o sistema presidencialista e inaugurou o sistema acusatório no processo penal brasileiro, consistindo este, segundo o entendimento acolhido pelo aludido órgão jurisdicional, na imposição de que vítimas, testemunhas e interrogado sejam inquiridos, direta e inicialmente, pelas partes, podendo o magistrado tão somente complementar os questionamentos. O aludido órgão jurisdicional fixou também que a eventual iniciativa da inquirição pelo magistrado configura *error in procedendo* gerador de prejuízo presu-

¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 1ª edição. Curitiba: Juruá, 2009, p. 465.

² Apenas à guisa de exemplo, relaciono os seguintes julgados: HC n. 155.020 – RS, rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 16.12.2010 e HC 145.182 – DF, rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 04.02.2010.

mido para as partes e nulidade absoluta, a ensejar, portanto, a invalidação da audiência de instrução e julgamento, o que poderia ser declarado, inclusive, em sede de *habeas corpus*.

A seu turno, a 6ª Turma³ do Superior Tribunal de Justiça tem rechaçado o posicionamento retrocitado, ao sustentar que, ainda que se considere que houve efetiva alteração legal da ordem de questionamentos, em caso de inobservância da suposta nova sequência de inquirição, quando muito, estaria-se diante de nulidade relativa, a demandar, portanto, alegação tempestiva e efetiva comprovação de prejuízo concreto pela parte interessada, respectivamente, nos termos dos artigos 563 e 571, ambos do CPP.

No seio dos Tribunais Regionais Federais⁴, a jurisprudência pende, maciçamente, para o acolhimento do entendimento chancelado pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos termos expressos anteriormente.

Vale destacar que, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 2ª Região⁵, foi impetrado mandado de segurança preventivo por membro do Ministério Público Federal, com o objetivo de ver reconhecida a suposta prerrogativa das partes quanto à iniciação da inquirição - que teria sido consagrada a partir da Lei n. 11.690/2008 -, pleiteando-se ordem no sentido de que o juízo criminal de primeiro grau fosse limitado a somente poder efetuar perguntas às testemunhas depois das partes. Um outro mandado de segurança com a mesma finalidade foi impetrado, também por membro do Ministério Público Federal, junto ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região⁶. Ambas as medidas foram rejeitadas. No primeiro feito, a ordem foi denegada, entendendo-se que inexistia ilegalidade quanto à iniciação da inquirição pelo magistrado. No segundo, embora extinto sem

3 Neste sentido, relaciono, a título de exemplo, os seguintes julgados: RHC 2755 – PR, rel. Min. OG Fernandes, julgado em 11.05.2010; HC 121215 - DF, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 01.12.2009 e HC 144909 – PE, rel. Min. Nilson Naves, julgado em 04.02.2010.

4 A título de ilustração, relaciono os seguintes julgados: TRF – 2ª Região, 1ª Turma, rel. Des. Federal Maria Helena Cisne Cid, MS 20100201004625-3, julgado em 02.06.2010; TRF – 3ª Região, HC 201103000005583, HC 44064, 5ª Turma, rel. Juíza Louise Figueiras, julgado em 07.02.2011; TRF – 4ª Região, 8ª Turma, Apelação Criminal 0067368720074047001, rel. Juiz Paulo Afonso Brum Vaz, julgado em 02.06.2010 e TRF – 5ª Região, HC 00070687320104050000, HC 3930, 4ª Turma, rel. Des. Federal Frederico Pinto de Azevedo, julgado em 25.05.2010.

5 TRF – 2ª Região, 1ª Turma, rel. Des. Federal Maria Helena Cisne Cid, MS 20100201004625-3, julgado em 02.06.2010.

6 TRF – 5ª Região, Questão de Ordem em MS (n. 20080500101261801 – 102297/01), rel. Des. Federal Cesar Carvalho, julgado em 19.02.2009. Neste feito, foi declarada a falta de interesse de agir, por inadequação da via eleita, haja vista a inviabilidade do manejo do mandado de segurança para exercer o controle abstrato sobre o exercício da função jurisdicional com o fim de impor ao juízo impetrado, preventivamente, a adoção de determinada interpretação sobre dispositivo legal.

resolução do mérito, foi igualmente declarada a inexistência de ilegalidade quanto à iniciação da inquirição pelo magistrado.

II – OS FUNDAMENTOS DAS VERTENTES SOBRE A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 212 DO CPP

A corrente que defende que houve efetiva alteração da ordem tradicional de formulação de perguntas em audiência para o fim de permitir ao magistrado somente a complementação dos questionamentos iniciais das partes atribui esta manobra a duas premissas que teriam sido estabelecidas pela nova lei: (1) o afastamento do sistema presidencialista de inquirição com a adoção do sistema de exame direto e cruzado de produção probatória (*cross examination*) e (2) a inauguração do sistema acusatório no direito processual brasileiro.

Quanto à primeira premissa, não há dúvidas de que o sistema presidencialista⁷, ao menos quanto à inquirição de testemunhas, foi abandonado como regra geral⁸. Portanto, as partes (Ministério Público e Defesa) passaram a ter o direito de arguir as testemunhas diretamente, isto é, sem a necessidade de direcionar a pergunta ao magistrado, o que tem a louvável finalidade de tornar o ato processual mais célere⁹.

Quanto à segunda premissa, há notório equívoco na afirmação de que a Lei n. 11.690/2008 inaugurou o sistema acusatório no processo penal brasileiro. Aliás, a confusão conceitual nesta seara é não só corriqueira, mas também antiga e universal¹⁰. Este erro é ainda mais enfatizado quando se assevera que o legislador brasileiro nada mais fez senão importar a sistemática vigente nas nações que adotam a sistemática processual conhecida como *Common Law*, notadamente Estados Unidos e Inglaterra, o que talvez se explique pela incorreta tradução e mesmo a incompreen-

7 Embora aparentemente desnecessário, é sempre bom reprimir que o poder de polícia e de condução dos atos em audiência permanece com o magistrado, nos termos do 251 do CPP.

8 Desde já, deve-se atentar para a manutenção do sistema presidencialista de inquirição, isto é, com questionamentos iniciados e, posteriormente, intermediados pelo magistrado no interrogatório (art. 188 do CPP). Nas oitivas do Tribunal do Júri (art. 473 do CPP), embora aberta a possibilidade questionamentos direto das partes ao ofendido e às testemunhas, manteve-se, expressamente, a iniciação da inquirição pelo magistrado.

9 Ainda assim, a fim de exercer, de forma correta e oportuna, o controle referido na parte final do *caput* do artigo 212 (indução, pertinência e repetição), é aconselhável que o magistrado oriente a testemunha a somente responder cada uma das perguntas formuladas pelas partes após a autorização do Juízo.

10 É por tal razão que ANDRADE noticia o susto que teve quando, ao iniciar pesquisa na Universidade de Barcelona, percebeu que, de dez autores, obteve dez conceitos diferentes sobre o sistema acusatório. A situação tornou-se ainda mais crítica pelo fato de que algumas características do sistema acusatório dadas por certos autores encaixavam-se, perfeitamente, nas características que outros autores atribuíam ao sistema inquisitório. Cf. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores...** *Op. Cit.*, p. 07/08.

são do verdadeiro conteúdo das ideias contidas em determinados termos empregados nestes países.

III - OS SISTEMAS PROCESSUAIS E A REALIDADE BRASILEIRA

Em nenhum momento, a Constituição da República ou a legislação brasileira fazem qualquer referência expressa à adoção deste ou daquele sistema processual.

De maneira geral, a doutrina pátria costuma distinguir os tipos de sistemas processuais de acordo com a concentração das funções de acusação e julgamento num mesmo órgão (modelo inquisitório) ou atribuição destas funções a órgãos distintos (modelo acusatório)¹¹. É evidente que, sob este prisma mais simplista, o modelo brasileiro é acusatório, ao menos desde a promulgação Constituição de 1988, vide o disposto no artigo 129, I. No entanto, devido às características que permeiam o inquérito policial (artigo 20 do CPP) e à subsistência de previsões legais que conferem ao magistrado o controle (ex.: artigo 28 do CPP) ou a atuação sobre matéria probatória (ex.: art. 156, I e II, do CPP), há quem afirme que o modelo brasileiro é misto ou, ao menos, não é puro.

Quanto ao direito comparado, como bem explica ANDRADE¹², na amplitude do sistema acusatório que seria empregado nos Estados Unidos e na Inglaterra, coexistem duas vertentes, as quais se distinguem pela forma de intervenção do juízo e das partes ao longo do processo. Na primeira, denominada *adversary system*, somente se admite a figura do juiz passivo no tocante à matéria probatória. Neste aspecto, o magistrado age como uma espécie de árbitro ou moderador e quem faz o juízo de valor sobre a prova colhida são os jurados. Já na segunda vertente, denominada alhures de *inquisitorial system*, ocorre certa flexibilização, sendo admitida a atuação positiva do juízo na busca de elementos probatórios que o auxiliem na fundamentação decisória, o que se aproxima da realidade do processo penal, dada a natureza eminentemente pública dos interesses envolvidos nesta seara.

Logo, o reconhecimento alhures da existência de um sistema acusatório como gênero do qual uma das espécies é denominada de inqui-

11 Neste sentido: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 08 e TORNAGHI, Hélio. **Instituições de direito processual penal**. 2ª edição. V. II. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 01 e PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 242.

12 Cf. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores...** *Op. cit.*, p. 104/105.

sitorial inviabiliza, por si só, a defesa da transposição pura e simples da disciplina estrangeira sobre o tema para o cenário pátrio, sobretudo, em se considerando as gritantes diferenças culturais, históricas e jurídicas entre o Brasil e os países que adotam o *Common Law*. Neste aspecto, há que se combater o complexo de inferioridade¹³ que, vez por outra, acomete a doutrina e a jurisprudência brasileiras. Também por este motivo, ANDRADE¹⁴ enfatiza a comum inexistência de menção aos documentos históricos que porventura tenham servido de base à formulação dos conceitos doutrinários e jurisprudenciais sobre sistemas processuais, o que acaba por refletir-se nos múltiplos desacertos que se têm visto quanto à verdadeira classificação do ordenamento brasileiro.

IV – FUNDAMENTAÇÃO E TOMADA DE POSIÇÃO

Diante do exposto, penso que a fase do colonialismo jurídico-intelectual já se foi e não deixa saudades em nosso país. Com efeito, não se pode pretender importar, de forma cega e acrítica, tudo o que vigora - ou que se acredita vigorar - em outros países. É de se indagar o que exatamente se pretende com isto. Qual é a vantagem para a sociedade brasileira na permissão para que as inquirições tendenciosas e intimidadoras retratadas em filmes hollywoodianos se espraíem no cotidiano forense de nosso país? A quem interessa uma coleta probatória dirigida e gerida por atitudes e intenções parciais?

Definitivamente, a iniciação dos questionamentos pelo magistrado não gera qualquer restrição ao direito das partes de formular questionamentos no momento próprio. É evidente que não há substituição das partes pela atuação do Juízo e, muito menos, mitigação da partição das funções processuais que seria inerente ao sistema acusatório. Outrossim, a redação do artigo 212, *caput* e parágrafo único, do CPP não delimita, em qualquer hipótese, que o juiz somente possa formular perguntas após as

13 Neste sentido, é patente o acerto da afirmação do Desembargador Federal, Dr. Abel Gomes, que, em específica referência à controvérsia que constitui objeto deste estudo, referiu-se ao ex-Presidente da República, Luiz Ignácio Lula da Silva, segundo o qual temos de acabar com o complexo de vira-lata, isto é, com a mania de achar que tudo o que vem do estrangeiro é melhor ou mais eficaz. Parafrazeando o magistrado federal citado: “nós somos cães de raça em matéria processual”. Vide notas taquigráficas registradas no julgamento proferido pela 1ª Turma Especializada do TRF 2ª Região (MS 20100201004625-3, Rel. Maria Helena Cisne Cid, julgado em 02.06.2010).

14 Cf. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores...** *op. cit.*, p. 451. Ao ilustrar a confusão gerada pelo não aprofundamento da pesquisa histórica, este autor exemplifica que, ao longo da Inquirição na Espanha, foi concedida a titularidade da ação penal ao Ministério Público, sendo esta, portanto, a curiosa origem “inquisitorial” daquela que, segundo a maioria, seria a principal característica do sistema acusatório. *Op. cit.*, p. 454 e 459.

partes¹⁵, tendo deixado expressa apenas a faculdade do magistrado de complementar as indagações das partes.

É bom lembrar que a produção probatória tem por único objetivo auxiliar a formação do convencimento do órgão julgador, que, como bem se sabe, está obrigado a fundamentar suas decisões nas provas produzidas. Portanto, ainda que não fosse prevista, a atuação do magistrado em questões probatórias estaria constitucionalmente embasada como corolário da teoria dos poderes implícitos¹⁶. Ademais, não basta a imposição de fundamentação decisória, esta tem que ser lastreada em elementos probatórios colhidos de forma lúdima e neutra. Portanto, o magistrado e, em última análise, a sociedade, são os maiores interessados numa instrução probatória isenta de direcionamentos indevidos, eis que, somente assim, lograr-se-á a fiel observância do mandamento contido no artigo 93, IX da CR/1988. O destinatário final e legítimo da prova é o órgão julgador, e a recente consagração expressa do princípio da identidade física do juízo no âmbito processual penal (artigo 397 do CPP) veio a corroborar esta realidade.

Noutro giro, ainda que se considerasse, hipoteticamente, que a ordem de inquirição foi alterada, é desarrazoada a afirmação de que eventual inobservância desta constitui nulidade absoluta, a ponto de tornar desnecessária a arguição imediata pela parte que se julga prejudicada e, sobretudo, a comprovação de efetivo prejuízo. Nesse sentido, cabe sublinhar o teor da decisão proferida pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça¹⁷, que deixou claro o seguinte:

“(...) a oitiva de testemunha sem observância dessa nova ordem não resulta nulidade absoluta, pois não se altera o sistema acusatório nem se viola a lei. O juiz, no modelo brasileiro, não é mero expectador, visto que possui participação ativa no processo cujo controle incumbe-lhe. Dele se espera a proteção de direitos e garantias constitucionais e também a busca da verdade real. Anote-se que o próprio CPP, em seu art. 473, permite que, no júri, as perguntas sejam feitas ini-

15 Mesmo aqueles que defendem que houve alteração legal da ordem de inquirição admitem que isto pode vir a distorcer a prova com a feitura de questões voltadas à obtenção de respostas que se amoldem às teses defendidas pelas partes. Cf. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 391.

16 Segundo esta, quando o ordenamento jurídico atribui uma finalidade a determinado agente, entidade ou órgão, este goza, ainda que tacitamente, dos meios necessários ao fiel cumprimento da referida meta.

17 Precedentes citados no informativo n. 421 STJ: HC 121.215-DF, DJe 18/11/2008 e HC 144.909-PE, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 4/2/2010.

cialmente pelo juiz presidente e, depois, pelas partes diretamente. Vê-se que o caráter acusatório é o mesmo nos dois procedimentos, de sorte que não há a nulidade pela alteração da ordem de perguntas.”

Grifou-se.

Não bastasse isso, a tese de que há uma nova ordem impositiva de inquirição protegida pela ameaça de nulificação do procedimento despreza importantes dados de cunho sistemático.

A iniciativa do magistrado na inquirição foi mantida pelo legislador tanto no interrogatório (art. 188 do CPP), quanto em todas as oitivas do procedimento do Tribunal do Júri (art. 473, *caput* do CPP). Com efeito, esta última disposição legal reforça a preocupação do legislador em buscar uma coleta de provas o mais neutra possível, protegendo os jurados, leigos por essência, da influência passional das partes mediante a inicial e benfeiza atuação jurisdicional. Outro dado digno de nota é a previsão legal de questionamentos obrigatórios ao ofendido a serem formulados, de forma preliminar, pelo magistrado (artigo 201 e parágrafos do CPP). Ressalte-se que este último dispositivo legal tem sua redação dada pela mesma Lei n. 11.690/2008, que alterou o artigo 212 do Código de Processo Penal.

Ainda assim, segundo entendimento de parcela da jurisprudência¹⁸, o absoluto afastamento do magistrado da atividade probatória - por meio da integral supressão do sistema presidencialista - seria o principal pilar da “inauguração” do sistema acusatório no Brasil, o que teria sido operado pela Lei n. 11.690/2008. Com todas as vênias cabíveis, tais premissas são falsas e as conclusões respectivas, equivocadas.

A uma, o magistrado não foi afastado por completo da atividade probatória, bastando a leitura do artigo 156 do CPP para se chegar a esta conclusão. Repare-se que este dispositivo legal também teve sua redação alterada pela mesma Lei n. 11.690/2008, que alterou o artigo 212 do CPP. A duas, o sistema presidencialista de inquirição não foi extinto por completo, bastando a leitura do artigo 188 do CPP para se chegar a essa conclusão. A três, a Lei n. 11.690/2008 não instalou ou “inaugurou” o sistema acusatório no processo penal brasileiro, uma vez que, há mais de duas décadas, a partição das funções processuais de acusar e julgar - principal característica do sistema acusatório, segundo a opinião majoritária - é garantida constitucionalmente (vide art. 129, I da CR/1988).

18 Cf. HC 155020/RS, 5ª Turma do STJ, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 16.12.2010.

Como visto, o sistema presidencialista de inquirição de testemunhas (direcionamento das perguntas ao magistrado) foi afastado na dicção do artigo 212 do CPP com o exclusivo fim de proporcionar maior celeridade ao ato processual. Aliás, o mero direcionamento de perguntas ao magistrado em nada vulnerava a imparcialidade do juízo ou o sistema acusatório¹⁹. Caso se entenda o contrário, independentemente da edição da Lei n. 11.690/2008, todas as audiências criminais realizadas desde 05.10.1988 com iniciação da inquirição pelo magistrado teriam de ser anuladas, o que jamais ocorreu, ao menos com este fundamento.

Pelo exposto, entendo que o acolhimento de postura interpretativa diversa importa na admissão de um legislador esquizofrênico, capaz de contradizer, num único dispositivo (artigo 212, *caput* e parágrafo único, do CPP), toda a sistemática que manteve em outras normas afetas ao mesmíssimo tema, qual seja: a oitiva de pessoas em Juízo. Com vigor, não é sensato considerar que a vislumbrada violação ao sistema acusatório e à imparcialidade judicial foi parcialmente expurgada, como regra geral, mas pode continuar sendo praticada, com base legal expressa, em outros ritos e atos de oitiva. Se o objetivo do legislador era verdadeiramente alterar o sistema de inquirição para evitar ofensa a uma ilusória prerrogativa das partes, porque a ordem de todas as oitivas previstas na legislação processual não foi também alterada para ser iniciada por questionamentos das partes? Verifica-se que esta é apenas uma das questões que vagam sem resposta no mar de incongruências e aberrações em que flutua a tese defensora da “nova ordem”.

Em verdade, a suposta prerrogativa das partes quanto à iniciação da inquirição é fruto de interpretação aditiva, isto é, que visa a incluir no texto legal aquilo que determinados setores almejam ver consagrado. Com efeito, não podem ser ignoradas as pressões, sobretudo no âmbito das Casas Legislativas, para que o processo penal como um todo venha a ser disciplinado de forma a permitir a contaminação por intenções que passam longe do interesse público. Neste contexto, na última ponta, o magistrado figuraria como um mero espectador, quase uma peça decorativa que passaria a ornamentar as audiências criminais deste país.

19 Mesmo entre os que defendem que houve instituição do tal sistema de exame cruzado e direto (*cross examination*), há quem reconheça a ausência de qualquer proveito prático na alteração, eis que a iniciação dos questionamentos pelo magistrado jamais foi um problema no processo penal brasileiro. Neste sentido: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli e FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 411.

Reconheça-se que tal ideia não está isolada, mas encontra-se inserida no bojo de um movimento mais amplo e vigoroso que tem, ao longo dos últimos anos, procurado abrir portas para o narcisismo processual de alguns e para o estrelato inócuo de interesses ora corporativos, ora particulares, ora impublicáveis, sempre com nítido prejuízo, não para os magistrados que ainda ousam atuar na jurisdição criminal brasileira, mas sim para o interesse social na busca da verdade em um processo justo. A se seguir esse caminho lamentável, estamos bem próximos do dia em que a própria presença do juiz em audiência será considerada desnecessária, se é que já não o é, pelo menos para alguns²⁰.

V – CONCLUSÕES.

“O primeiro cuidado de quem pretende conhecer a verdade deve ser o de não se influenciar por preconceitos de espécie alguma e procurar os acontecimentos com absoluta isenção e serenidade.”

Hélio Tornaghi²¹

Por todo o exposto, o entendimento que me parece razoável e técnico é no sentido de que:

1 - A tradicional ordem de inquirição a testemunhas cumpre a meta de isenção e neutralidade que se espera da instrução oral em juízo e atende ao interesse público concernente à busca da verdade real. Logo, a iniciativa da inquirição pelo magistrado não vulnera a imparcialidade do juízo, o devido processo legal ou o sistema processual acusatório (isto em se adotando o conceito chancelado pela maioria doutrinária e jurisprudencial de que o mesmo consiste na distribuição das funções processuais de acusar e julgar a órgãos distintos);

2 - A redação dada pela Lei n. 11.690/2008 ao artigo 212, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Penal não alterou a tradicional ordem de inquirição de testemunhas e não autoriza que se enxergue uma ilusória prerrogativa absoluta das partes quanto à iniciação da inquirição em audiências criminais. Há que se interpretar o dispositivo referido sob o

²⁰ Há quem defenda que as partes têm o direito de ditar, diretamente ao funcionário público responsável pela digitação, os relatos orais das testemunhas para fins de redução a termo, sem que o magistrado tenha qualquer participação nisso. Nesse sentido: RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 554/555.

²¹ TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1, p. 15.

prisma sistemático em cotejo com os demais dispositivos legais relacionados à matéria. O legislador apenas deixou expressa a faculdade do magistrado quanto à complementação dos questionamentos das partes²²;

3 – Ainda que se considere que a Lei n. 11.690/2008 instituiu uma nova ordem de inquirição nas audiências de instrução e julgamento do rito ordinário, a eventual inobservância desta não gera nulidade absoluta. Quando muito, configurar-se-ia mera irregularidade ou nulidade relativa, a demandar, portanto, alegação imediata e comprovação concreta do prejuízo eventualmente suportado pelas partes, nos termos do que tem entendido a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. ❖

22 Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 480.

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS

- 1 - Os textos devem ser enviados por correio eletrônico, para o endereço emerjpublicacoes@tjrj.jus.br;
- 2 - Fontes:
 - ✓ no corpo do texto - **Times New Roman – 12**
 - ✓ nas citações longas e notas de rodapé – **10**
 - ✓ cor preta (exceto para gráficos);
- 3 - Margens: esquerda e superior de **3 cm**; direita e inferior de **2 cm**;
- 4 - Espaços no corpo do trabalho: **1,5**;
- 5 - Espaço simples, nos seguintes casos:
 - ✓ citações literais de mais de três linhas,
 - ✓ notas, referências;
- 6 - Destaques: itálico ou negrito;
- 7 - Numeração de páginas - iniciada a partir da segunda folha da introdução, embora a inicial seja contada;
- 8 - Fazer referências às fontes de consulta através de citações no texto ou em notas de rodapé, observando que:
 - ✓ a primeira citação de uma obra deverá ter a sua referência completa.

Exemplo:

ÚLTIMO SOBRENOME do autor (exceto Filho, Neto, Júnior),
Prenome e outros sobrenomes (abreviados ou não). **Título**. Local:
editora, ano. página¹.

- ✓ as citações subsequentes da mesma obra podem ser feitas de forma abreviada, com as seguintes expressões:

a) *Idem* (id) – mesmo autor²

b) *Opus citatum* (op. cit.) – obra citada³

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 24.

² *Idem*, 2001, p. 19.

³ RODRIGUES, *op.cit.*, p. 40.