

2



# Revista Judiciária do Paraná



# **Revista Judiciária do Paraná**

**Capa**

Bruna Zonatto

**Diagramação e Montagem**

Celso Valério Szymanski

**Revisão Redacional e Ortográfica**

Dos próprios autores

**Edição e Colaboração**

Plural Editora &amp; Negócios Ltda

Luiz Fernando Mello

orcamento@pluralnegocios.com.br

**Impressão e Acabamento**

Imprensa Oficial do Estado do Paraná -DIOE

Revista Judiciária do Paraná  
Ano - 06 - Número 02  
Curitiba - Paraná  
Janeiro - 2011

# Revista Judiciária do Paraná

Praça Nossa Senhora da Salete  
Palácio da Justiça - 9º. Andar  
Centro Cívico - Curitiba - Paraná  
CEP 80530-912 - Fone: (41) 3017-1620

**Conselho Editorial**

Albino de Brito Freire  
Anita Zippin  
Cláudia Lima Marques  
Clèmerson Merlin Clève  
Fernando Antonio Prazeres  
Joatan Marcos de Carvalho  
José Wanderlei Rezende  
Laurentino Gomes  
Luiz Edson Fachin  
Luiz Fernando Tomasi Keppen  
Mario Frota  
Tereza Arruda Alvin Wambier

**Conselho Executivo****Presidente**

Gil Francisco de Paula Xavier Fernandes Guerra

**Diretor da Revista**

Joatan Marcos de Carvalho

**Membros**

Denise Krüger Pereira  
Evandro Portugal  
Rosana Andriguetto de Carvalho

## Sumário

1 - Apresentação.....	9
-----------------------	---

## Doutrina

2 - A Nulidade Parcial da Sentença Penal Como Artificio Para a Manutenção do Decreto Condenatório: Error in Judicando. Mário Helton Jorge .....	13
3 - Arbitragem: Kompetenz/Kompetenz X Situações Subjetivas Existenciais Luciano Campo de Albuquerque .....	35
4 - Breves Considerações Acerca da Aposentadoria por Idade na Forma do Art. 48, §3º, da Lei 8.213/9 Gustavo Tinôco de Almeida.....	43
5 - Breves Considerações a Respeito do Ato de Improbabilidade Administrativa, Com Subsunção no Artigo II da Lei Nº. 8.429/92 Abraham Lincoln Calixto .....	47
6 - Breve Introdução às Regras Científicas da Hermenêutica Alberto Marques dos Santos .....	55
7 - A Reparação do Dano Ambiental e a Questão da Prescrição Rogério Ribas.....	91
8 - Uma Visita ao Código de Processo Penal, Art. 385 Fábio Capela .....	99
9 - A Razoável Duração do Processo e a Garantia da Celeridade na Sua Tramitação (Artigo 5o, LXXVIII, da Constituição da República) Fábio Haick Dalla Vecchia.....	107

---

10 - A Eficácia Mandamental do Título Judicial Concebido em Ação Civil Pública Relativa à Correção dos Valores Devidos Pela Instituição Financeira aos Poupadores, Com a Consequente Dispensa das Execuções Individuais. Fernando Wolff Filho.....	117
11 - A Prescrição Intercorrente na Execução Comum (Direito Privado) Da Eternização do Processo por Inexistência de Limitação ao Prazo de Suspensão da Ação Executória por Ausência de Bens Penhoráveis no Livro II do Código de Processo Civil Gamaliel Seme Scaff.....	125
12 - Pós-Modernidade e Direito José Ricardo Alvarez Vianna .....	147
13 - Tutela da Privacidade e Repressão ao Crime Lilian Romero .....	165
14 - Reflexões Sobre a Igualdade nas Constituições Brasileiras Maria Aparecida Blanco de Lima .....	177
15 - A Aprendizagem Como Ferramenta Estratégica na Administração Judiciária Roberto Portugal Bacellar.....	197
16 - Breves Considerações Sobre a Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas Vitor Roberto Silva .....	219
17 - Código de Contratos de Consumo - Mera Utopia ou Magno Objectivo Alcançável a Curto Prazo? Mário Frota .....	235
18 - Recursos Como Uma Forma de Fazer “Render”o Processo Teresa Arruda Alvim Wambier.....	239
19- Conceitos de Previdência Complementar Adacir Reis/Sidnei Cardoso.....	249

### **Jurisprudência**

20 - Tribunal de Justiça do Paraná Tripla Homicídio, Dolo Eventual. Quesitos. Rel. Des. Jesus Sarrão .....	263
21 - Tribunal de Justiça do Paraná Ação de Alimentos Contra Avô Paterno, Com Pedido Para Integrar a Lide os Avós Maternos. Rel. Des. (Juiz Conv.) Marcos S. Galliano Daros.....	271
22 - Tribunal de Justiça do Paraná Cadáver Para Estudo Científico. Rel. Des. Joatan Marcos de Carvalho .....	277

### **Linguagem Forense**

23 - Dicas de Linguagem Albino de Brito Freire.....	287
--	-----



## Apresentação

A Revista Judiciária do Paraná – RJP é uma publicação da Associação dos Magistrados do Paraná – AMAPAR, em conjunto com a Escola da Magistratura do Paraná – EMAP e o Tribunal de Justiça do Paraná – TJPR.

O objetivo de sua publicação é o de franquear a todos, e especialmente a aqueles vinculados às instituições supra mencionadas, um veículo para a divulgação de trabalhos científicos, doutrinários e jurisprudenciais.

Muito embora esteja voltando a circular, de forma despretensiosa, a RJP pretende se estabelecer como uma publicação comprometida com a qualidade e a regularidade.

Decidiu o Conselho Editorial que a RJP adotará o “formato revista”, isto é, serão privilegiados os artigos curtos, entre dez e quinze páginas, o que tornará a leitura agradável e possibilitará maior oportunidade de publicação a todos os interessados.

Sem dúvida alguma, as publicações eletrônicas tem dominado o universo da cultura e do conhecimento de forma surpreendente; no entanto, muitas publicações convencionais tem iniciado e se estabelecido, ultimamente, no cenário jurídico-cultural do país.

Ademais, é sabido que um grande contingente de leitores e autores ainda preferem e tem reivindicado a publicação de seus trabalhos por meio físico; de forma que esperamos que a RJP venha a satisfazer este anseio.

Apesar disso, estamos estudando a melhor maneira de estabelecer um espaço virtual, para a divulgação e disponibilização de todos os trabalhos que forem produzidos no âmbito das instituições que apóiam este projeto.

Por fim, agradecemos aos ilustres membros do Conselho Editorial, aos autores e colaboradores, que viabilizaram a realização desta publicação.

Joatan Marcos de Carvalho  
Departamento da Revista

Gil Francisco de Paula Xavier Fernandes Guerra  
Presidente da Amapar



## **DOUTRINA**



## **A Nulidade Parcial da Sentença Penal Como Artifício Para a Manutenção do Decreto Condenatório: Error In Judicando<sup>1</sup>.**

Mário Helton Jorge  
Desembargador (TJ/PR)  
Mestre em Direito (PUC/PR)  
Prof. Escola da Magistratura do Paraná

### **1. INTRODUÇÃO**

A decretação da nulidade parcial da sentença penal condenatória, ou do acórdão, por vício na fixação da pena – inobservância do sistema trifásico (art. 68 c.c. 59, do Código Penal) ou por deficiência de motivação (art. 93, IX, da Constituição Federal), tem sido utilizada pelos tribunais superiores<sup>2</sup> como artifício para a manutenção do decreto condenatório, com os objetivos de evitar, dentre outros, a repetição da parte hígida, a soltura do réu custodiado cautelarmente e o aperfeiçoamento do lapso prescricional da pretensão punitiva.

No entanto, a matéria, ainda que de alta relevância, não tem despertado maiores atenções, estudos e críticas da doutrina, mas, na jurisprudência dos tribunais, observa-se um avanço significativo de adesões à tese, após os primeiros acórdãos originários do Supremo Tribunal Federal.

Objetiva-se, portanto, examinar o tema sob o aspecto processual penal para demonstrar que o decreto de nulidade parcial está calcado em bases jurídico-processuais equivocadas, ainda que sejam relevantes os objetivos, considerando-se que a sentença é um ato processual simples, único, cujo pronunciamento se exaure em uma só conduta, pondo fim ao processo, tendo por consequência que o ato jurídico deve ser interpretado como um todo, ainda que possa ser dividido em capítulos, o que não induz ao equívoco de considerá-lo um ato complexo, este sim, pois se apresenta como um conglomerado de vários atos unidos pela

---

1 Pontes de Miranda, in Comentários ao CPC, vol. II, Rio de Janeiro:Forense, 1947, p.390-395, fazendo análise das falhas e incorreções no procedimento, conclui que se trata de erro in procedendo a má aplicação da norma jurídica processual, contrariando lições de Pietro Calamandrei.

2 STF-HC 73.987-3; STF- HC 74.424-9; STF-HC 80.524-8; STJ-RHC 709-SP; STJ-RESP 275.882; HC 34078-DF.

contemporaneidade e pelo fim comum.

Para demonstrar que essa prática caracteriza o que se denomina de *erro in iudicando*, pois, para eliminar um erro processual, comete-se outro, far-se-á incursão sobre a ação penal pública, onde o *dominus litis* postula a aplicação da *sanctio júris*; sobre a causa de pedir e o pedido, onde são expostos o fato penalmente relevante e a pretensão condenatória; sobre a prestação jurisdicional, que deve guardar correspondência com a acusação; sobre a sentença, como sendo um ato unitário; sobre a ocorrência de eventuais irregularidades processuais; sobre o sistema de nulidades processuais; sobre a nulidade parcial da sentença por ausência ou deficiência de motivação; e sobre as conseqüências processuais do decreto da nulidade parcial da sentença condenatória.

## 2. DA AÇÃO PENAL PÚBLICA

A ação penal pública é exercida pelo Ministério Público, quando a lei o exige, de representação do ofendido, ou de requisição do Ministério da Justiça, nas hipóteses do artigo 102, § 1º, do Código Penal. Inicia-se por meio da denúncia (petição acusatória), em conformidade com o artigo 24 do CPP. Uma vez oferecida a denúncia, exercido está o direito-dever de ação penal (art. 25, CPP) e instaurada a relação processual (acusação-juiz).

Assim, através da denúncia, o Ministério Público provoca a atividade jurisdicional, dando conhecimento ao órgão competente de fatos que caracterizam uma infração penal, e postula a aplicação da *sanctio júris* ao culpado.

De outro lado, o Estado-Juiz não pode exercitar o seu direito-dever de punir, sem que seja acionado para a aplicação da *sanctio júris*. Portanto, o direito de pedir a tutela jurisdicional – atuação do Direito Penal Objetivo – consagra o direito de ação, pois pede-se ao Estado o julgamento de uma pretensão, em face de um bem juridicamente protegido.

Deve, pois, a denúncia conter “a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas”, de acordo com o artigo 41 do CPP.

### 3. DO PEDIDO E DA CAUSA DE PEDIR

Na denúncia, o órgão do Ministério Público pretende a condenação do réu. E, para pedi-la, obviamente, deve-lhe imputar a prática de um crime. O fato criminoso, pois, é a regra do pedido de condenação, a *causa petendi*, segundo Tourinho Filho.<sup>3</sup>

Não existe denúncia sem pretensão e sem causa de pedir. Assim, a denúncia tem como pedido imediato a condenação e mediato a pena prevista ao fato principal típico (sanção).

No dizer de Frederico Marques: “A ação penal condenatória é a que tem por objetivo o reconhecimento de uma pretensão punitiva ou de aplicação de medida de segurança, para que seja imposto ao réu o preceito sancionador da norma penal incriminadora”.<sup>4</sup>

A acusação é o objeto da ação penal e se traduz numa inculpação concreta suscetível de aplicação de pena ou medida de segurança.<sup>5</sup>

É certo que, no processo penal, pouco se faz referência ao pedido, tal como é específico no processo civil. No entanto, a acusação está para processo penal condenatório, assim como o pedido está para o processo civil de conhecimento, no que se refere à pretensão a ser tutelada pelo Estado-Juiz.

Assim, a acusação tem por objeto imediato o julgamento da pretensão punitiva e objeto mediato a imposição da sanção ao acusado. Tem-se, pois, que a acusação é elemento fundamental da denúncia, pois fica delimitada, mediante a imputação, a abrangência da prestação jurisdicional (concretiza-se pela sentença condenatória), vez que o fato delituoso “em tese” narrado, em que se baseia a pretensão, fixa o objeto da decisão do órgão judiciário.

A acusação deve ficar perfeitamente caracterizada pela descrição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, bem assim a qualificação jurídica do crime, de fundamental importância, uma vez que a sanção a ser imposta depende da qualificação jurídica dada ao fato pelo julgador, que, no

3 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, vol.1, 6ª ed, Saraiva, 1982, p.335.

4 MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, vol.I, Bookseller, 1997, p.289.

5 Ob.cit. p.305

final, poderá ser diversa (art. 383 e 384, CPP), significando, dizer, ainda, que a acusação contém um pedido condenatório genérico, no que se refere à imposição e à aplicação da pena.

Enfim, o pedido de condenação (genérico) fica delimitado pela imputação, porquanto a pretensão é a aplicação das penas previstas para a espécie delituosa descrita na denúncia. O quantum da pena não se define por ocasião da acusação, mas ficará determinado, *a posteriori*, com a qualificação jurídica dos fatos e das circunstâncias.

#### **4. A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL: CORRELAÇÃO ENTRE A ACUSAÇÃO E A SENTENÇA**

A prestação jurisdicional almejada pelo exercício da denúncia pelo Ministério Público é sem dúvida a de obter a condenação do acusado, por ofensa às normas penais que tutelam bens da vida.

A acusação tem seus limites no fato que é imputado ao acusado, sendo o fato delituoso que traça os limites da denúncia e da *res in iudicium deducta*.

Portanto, o pedido contido na acusação é o de que o juiz condene o réu pela prática dos fatos que lhe são atribuídos; no entanto, as conseqüências jurídicas do fato independem de pedido, sendo irrelevante se constarem na denúncia, pois o julgador não está a ele vinculado e aplicará as sanções (ou não as aplicará, no caso de perdão judicial), que sejam adequadas, de acordo com a definição jurídico-penal do tipo.

Assim, a correlação entre a acusação e a sentença, que é a correspondência entre o objeto da denúncia e o objeto da sentença, constitui garantia do réu de que não poderá ser condenado, sem que possa se defender da acusação, e também a garantia do *dominus litis* de que a tutela judicial será prestada, nos limites da pretensão, em face do monopólio estatal de fazer justiça (art. 345 CP), pela aplicação da *norma agendi*.

Portanto, da sentença condenatória segue-se automaticamente a aplicação da pena, que é sua conseqüência, em perfeita correlação com a

acusação, exceto na hipótese de perdão judicial, quando não se aplica a sanção, porque autorizada pelo ordenamento jurídico.

## 5. DA SENTENÇA

Para Claus Roxim<sup>6</sup>, sentença é:

“O momento culminante do processo, destino e meio da prestação jurisdicional; sendo o fim do processo, a qual deverá ser justa, observando os estritos limites da legalidade, conferindo ao cidadão a garantia de um decreto decorrente de parâmetros justos e de ilimitada subjetividade do julgador; porém, com estrita normatividade prévia e processos regulamentados pelo direito”.

Por sua vez, Frederico Marques<sup>7</sup> conceitua sentença “como sendo o ato de composição de litígio ou causa penal, em que o preceito normativo imposto pela ordem jurídica se transforma em preceito concreto e específico”.

Ney Fayet<sup>8</sup>, por sua vez, define sentença penal como sendo “a decisão do juiz que condena ou absolve o réu”.

Tourinho Filho<sup>9</sup> esclarece que, na doutrina, “reserva-se o nome de sentença para aquele ato jurisdicional por meio do qual se resolve a lide. A tendência, contudo, é para conceituá-la como o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, com ou sem julgamento do mérito. A sentença é o ato proeminente da relação processual”.

Assim, para ser pronunciada a sentença, que é a concretização da prestação jurisdicional, após ultrapassar as fases procedimentais realizadas para instruir o juiz, para que bem possa decidir, à luz do direito aplicável, procede-se à reconstituição dos fatos, de acordo com o acervo produzido, através de um trabalho mental e de lógica, para concluir pela condenação ou absolvição, julgando procedente ou improcedente a pretensão do órgão de acusação.

6 ROXIN, Claus. Derecho Proceso Penal. Trad. da 25ª ed. alemã por Gabriel E.Córdoba Y Daniel R. Pastor, revisada por Júlio B. J. Maier. Buenos Aires. Editores Del Puerto. S.R.L., 2000, p.415.

7 ob.cit. vol.III, p.19.

8 FAYET, Ney. A sentença criminal. São Paulo. Malheiros, 1995, p.166.

9 TOURINHO FILHO, Fernando. Manual... 2003, p.689.

A sentença é tida como um ato declaratório de vontade (condena ou absolve) e como resultado de uma atividade mental (reconstrução dos fatos da acusação).

A sentença é composta pelos elementos essenciais: o relatório, a motivação ou fundamentação, o dispositivo e a autenticação, de acordo com o artigo 381 do CPP, formando um todo único.

E para a sentença produzir efeitos, necessário se faz a sua publicação, isto é, passar o seu conteúdo para o domínio da opinião pública.

Ademais, como efeito da publicidade da sentença, o juiz nada mais pode fazer, porquanto a sua atividade jurisdicional está esgotada (art. 463 CPC<sup>10</sup>). A sentença torna-se irretroatável e imutável, exceto nas hipóteses admitidas, nos embargos de declaração, ou de existência de erro material, quando, então, poderão ser corrigidos os vícios de atividade.

Assim, com a prolação da sentença condenatória, o juiz julga procedente a denúncia, vale dizer, o *jus puniendi*, reconhecendo a responsabilidade do acusado (pedido imediato) e impõe-lhe a *sanctio jûris* (pedido mediato), observando os artigos 387, I a IV, do Código de Processo Penal, e artigos 59 e 68 do Código Penal.

De se notar que o efeito principal automático, de natureza penal (mérito), da sentença condenatória, é o previsto no artigo 387, III, primeira parte, do CPP: aplicação das penas, as quais devem suficientes e necessárias para a reprovação e prevenção do delito, para ser justa (art.59,CP).

Pode-se afirmar, pois, que a sentença condenatória é um ato jurídico objetivo, porque os efeitos produzidos não derivam da vontade do juiz, mas da lei. Portanto, a sentença como ato processual, para ser prolatada, depende de vontade do juiz; mas, os efeitos da condenação são os previstos na lei penal.

Outro aspecto relevante a ser destacado é considerar-se a sentença como um ato processual simples, equivalendo dizer que o ato se exaure em uma só

10 Art. 463 CPC: Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la: I – para lhe corrigir, de ofício, ou a requerimento da parte, inexactidões materiais. Ou lhe retificar erros de cálculo; II – por meio de embargos de declaração.

conduta, contrariamente a dos atos complexos, os quais se apresentam como um conglomerado de vários atos unidos pela contemporaneidade e pelo fim comum (vg: audiência de instrução e julgamento, onde são praticados atos instrutórios, postulatorios e decisórios).

A conseqüência de ser a sentença um ato processual simples é a de que deve ser interpretada como um todo, calcado no Princípio da Unidade da Sentença, ainda que possa ser dividida em capítulos, o que não induz ao equívoco de considerá-la um ato complexo. Interpretá-la de modo diverso implica na cisão do julgamento, caracterizando-a como um ato complexo, inconcebível pela sua própria natureza.

Corroborando que a sentença rege-se pelo Princípio da Unicidade, qual seja, que deve ser interpretada como um todo, destaca-se a lição de Jorge Vicente da Silva:<sup>11</sup>

“A sentença é um corpo único, onde a divisão em relatório, motivação, parte dispositiva etc. é mero indicativo de necessários itens para o exame judicial, orientando a lei por ordem lógica e de fácil abordagem e compreensão, não sendo porém essencial e absoluta, desde que as partes entendam os motivos fáticos de direito que levam o juiz a optar por aquela sistemática de abordagem”.

Das lições de Cândido Rangel Dinamarco, destaca-se que:

“... a sentença é uma só e formalmente incindível como ato jurídico integrante do procedimento; também um só e formalmente incindível é o decisório que a integra. Mas, substancialmente, o decisório comporta divisão, sempre que integrado por mais de uma unidade elementar – residindo em cada uma dessas um dos preceitos imperativos ali ditados<sup>12</sup>”. Mais adiante esclarece: “como ato formalmente único que é a sentença comporta um recurso só, não-obstante sua divisão em capítulos mais ou menos autônomos e quaisquer que sejam os variados conteúdos de cada um desses capítulos... Esse capítulo, estando integrado no corpo unitário de uma sentença, não se destaca dos demais em razão de seu conteúdo, para receber um tratamento diferente, no tocante

11 SILVA, Jorge Vicente. Manual da sentença penal condenatória: requisitos & nulidades. Curitiba: Juruá, 2003, p.45.

12 DINAMARCO, Cândido Rangel. Capítulos da sentença. São Paulo. Malheiros, 2002, p.63.

ao recurso cabível; caberá sempre e somente o recurso de apelação, porque o conteúdo de cada capítulo não exerce influência alguma na determinação do recurso adequado ao caso<sup>13</sup>.”

Pondere-se, ainda, com observância das lições de Pontes de Miranda, que o vício incidente no elemento essencial aniquila todo o ato jurídico, quando esse não suportar a divisão em suas partes, acrescentando-se, também, que a nulidade parcial somente é possível nos negócios jurídicos complexos.

Ademais, a sentença ao admitir cômoda divisão de seus componentes estruturais, em relatório, fundamentação e dispositivo, possibilita a realização de cortes, com vistas a identificar capítulos, quando ocorrerem duas ou mais questões solucionadas na fundamentação, tal como a existência de crimes conexos (um de estupro e outro de roubo – duas pretensões), podendo ser impugnada apenas a decisão sobre um dos crimes, ou mesmo no crime único (furto qualificado), em relação à condenação e à pena, onde a parte poderá impugnar a existência das qualificadoras, ou somente a aplicação da pena.

Na primeira hipótese – crimes conexos, examinam-se os elementos do crime de estupro e os do roubo, individualmente, pois são crimes autônomos e independentes. Poderiam ser objeto de duas sentenças, pois decorreram de duas pretensões condenatórias. Aqui, admite-se a cisão da sentença em relação a um dos crimes, para que outra seja prolatada, com todos os seus elementos estruturais.<sup>14</sup>

Na segunda hipótese, a pretensão é única, examinando-se a ocorrência do tipo penal e a das qualificadoras. Pode ocorrer que a defesa impugne somente as qualificadoras, para que o delito seja desclassificado para o de furto simples. Na fundamentação, haverá toda a atividade do juiz, no sentido de motivar a existência ou não das qualificadoras. A conclusão da existência do furto qualificado estará no dispositivo, em decorrência da fundamentação.

13 Ob.cit. p.115

14 STH-HC 7743-SP – T.6. Rel. Min. Vicente Leal, j.02.03.99 – EMENTA – PENAL-HABEAS-CORPUS – SENTENÇA CONDENATÓRIA- CONCURSO MATERIAL- INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA- NULIDADE PARCIAL. Reconhecida em sede de habeas-corpus a nulidade parcial da sentença por defeito na fase de individualização da pena em relação à alguns dos delitos imputados ao réu – concurso material – o vício não se estende a toda a sentença se o juiz sentenciante, no tocante a um dos delitos, observou os regramentos próprios, como precisa observância ao sistema trifásico, previsto no art. 68, do Código Penal. Recurso ordinário desprovido”.

Assim, eventual recurso da defesa poderá incidir somente sobre as qualificadoras (recurso parcial), razão pela qual se admite o corte do *decisum* (fracionamento do furto das qualificadoras), definindo a matéria sobre a qual versarão as razões recursais.

Diversamente, da hipótese dos crimes conexos, o crime de furto é autônomo em relação às qualificadoras, mas as qualificadoras não são autônomas em relação ao crime de furto. Aqui não se admitem duas sentenças. A pretensão é única. Eventual vício na motivação das qualificadoras não poderá ser superado pela manutenção da sentença condenatória do furto, para que outra seja prolatada, somente em relação às qualificadoras.

O fracionamento do *decisum* da sentença, em capítulos, somente pode ser admitido, desde que existam unidades autônomas e independentes, tal como nas duas pretensões de condenação nos crimes conexos (em concurso).

### **Das irregularidades processuais**

Para o enfrentamento da temática, de se indagar quais são os atos praticados no processo penal passíveis de serem sancionados com a decretação de nulidade?

Para se alcançar uma resposta razoável para a indagação, é importante recapitular os passos do procedimento e os das atividades desenvolvidas pelas partes, na relação processual.

O juiz é o terceiro imparcial da relação processual *inter partes*, que se substitui aos litigantes no interpretar a norma legal e no aplicá-la. Realiza, pois, a aplicação autoritativa do direito, por haver faltado à aplicação voluntária, que se apresentava como dever ao particular, em razão da incidência dos fatos da vida ao suporte fático da norma.

No entanto, a posição do juiz, no processo, em face do seu poder-dever jurisdicional, não se limita ao julgamento de fundo (aplicação do direito material), porque, até chegar à sentença, o magistrado e as partes têm que desenvolver atividades, através da prática de atos processuais, preparativos do

juízo final, tido como o ponto final da jurisdição: certificação do direito para a sua aplicação autoritativa. Neste percurso, são seguidas regidamente as normas de procedimento para possibilitar a aplicação das normas de conduta.

A propósito, o direito material penal estabelece normas de conduta, isto é, estabelece previamente as conseqüências para determinados comportamentos. As necessidades da vida inspiram a atuação dos homens no grupo social, limitando-se o direito material a valorá-las, segundo o critério político-jurídico adotado à época.

No direito processual penal, o legislador não seleciona comportamentos humanos para lhes emprestar relevância jurídica. Determina forma única de comportamento, vedando os demais. No processo, a atividade é predeterminada, descritiva, sendo a única lícita. Equivale dizer que está descrito como se realizará um processo, no futuro. É o itinerário a ser percorrido, desde a denúncia até a sentença...

Nesse sentido, tudo o que o juiz deve fazer, ou pode fazer no processo, está predeterminado nas normas processuais. Havendo desvio de itinerário, desbordando dos limites traçados, pratica ato ilegal, passível de ser sancionado de nulidade.

Dentre os deveres do juiz, traçados no processo, destacam-se: (a) o de impulsionar o processo para que ele chegue ao fim, de acordo com o itinerário previamente traçado; (b) de sentenciar sobre o mérito (aplicação do direito material) da demanda, uma vez constituída regularmente a relação processual; (c) o dever de motivar a decisão de mérito (razões de convencimento) ou a razão de não poder julgá-la, pela falta de pressupostos processuais (aplicação do direito formal).

Qualquer omissão do juiz no dever formal de agir caracteriza a violação *in omittendo* da lei processual. Mas a ação do juiz deve ser na forma da lei; se no seu agir violar a norma processual, configurada está a violação *in faciendo*.

Como visto, a atividade do juiz é delineada pelas normas processuais, sempre traduzida em declaração, e em comunicação de vontade, revestidas de resoluções. As resoluções podem se apresentar sob forma de decisões definitivas,

ou terminativas. Portanto, são espécies de pronunciamento judicial.

Dentre as atividades do juiz, a doutrina classificou a natureza do juízo emitido pelo julgador. Não há dúvida de que o juiz emite juízos da sua própria atividade, como antecedentes necessários ao seu comportamento no processo; se defeituosos, conduzem a vícios de atuação, que se traduzem em violação da lei processual, classificado como *error in procedendo*. O impulso processual é decorrente do agir do juiz. No decidir questões processuais, o pronunciamento contém juízo sobre o comportamento das partes. As normas processuais destinam-se às partes, enquanto partes, porque determinam as respectivas atuações, e ao juiz para fazer atuar a jurisdição. O *error in procedendo*, portanto, pode dizer respeito à validade do processo ou da própria sentença.

O juízo de mérito diz respeito ao comportamento do réu, ou de sua conduta, fora do processo, isto é, o juiz julga a conduta do réu descrita na denúncia, aplicando a norma específica do tipo legal violado (direito objetivo). A decisão definitiva (sentença condenatória ou absolutória) é o objetivo perseguido, não só pelas partes, como pelo Estado-juiz.

Concluída, portanto, a instrução, após coletado todo o material que se fez possível ao pronunciamento de fundo, a sentença (emissão de juízo sobre a conduta do réu descrita na denúncia) não desponta como consequência lógica de todos os atos processuais realizados, porque se faz necessário o exame de todo o material colacionado sobre os fatos, à luz das normas reguladoras.

O trabalho lógico desenvolvido no plano do pensamento e exposto na sentença (conclusão) constitui o juízo, que nada mais deve ser do que a vontade concreta da lei.

Pode ocorrer que não haja coincidência entre a vontade da lei com a vontade concreta expressada na sentença, cuja divergência pode ser decorrente de erro na atividade intelectual do julgador, caracterizando a sentença, dita, injusta, derivada de um erro ocorrido no raciocínio, na fase decisória. Aqui fica evidenciado o que a doutrina denomina de *error in iudicando*.

Portanto, o *error in procedendo* diz respeito à validade do processo (vg: ausência de citação), ou da sentença (vg: *ultra petita*, *extra petita*, *infra*

*petita*), enquanto que o *error in iudicando* diz respeito à justiça da sentença, a qual não interfere na sua validade.

Como visto, o juízo condenatório enseja a declaração do direito, reconhecendo-se a procedência da denúncia (pedido imediato). Da condenação, provém o seu efeito principal que é aplicação da sanção penal (pedido mediato).

A sanção penal é a consequência da condenação como solução pleiteada pelo órgão de acusação. Assim, é razoável concluir que a prestação jurisdicional não se satisfaz somente com o decreto condenatório, mas também com a aplicação da sanção, sob pena de haver violação às regras de procedimento.

### **Do sistema de nulidades processuais**

Na sistemática das nulidades do processo penal, encontra-se a negação ao excesso de formalismo, tal como se observa na Exposição de Motivos (itens II e XVII), estabelecendo a prevalência dos impedimentos de declaração, ou de argüição das nulidades, tal qual estampa o artigo 563, do CPP:

“Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resulta prejuízo para a acusação ou para a defesa”.

É o princípio *pás nullité sans grief*, pelo qual não existe nulidade, desde que da preterição da forma legal não haja resultado prejuízo para as partes, o qual deve ser provado pelo interessado, nas nulidades relativas, e presumido, nas absolutas.

Por outro lado, se não houver a possibilidade de sanar a irregularidade formal, o ato deve ser novamente praticado, à luz do artigo 573 do CPP:

“Os atos cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos superiores, serão renovados ou retificados”.

A correção pode ser efetuada por renovação, onde é realizado novamente, ou retificado, em que é alterado ou completado de acordo com as disposições legais. Corrige-se o ato viciado, por razão de economia processual, decorrente

do princípio *utile per inutile non vitiatur*.

A não contaminação do que é válido pelo que é viciado é chamado de princípio da conservação do ato processual.

Portanto, o decreto das nulidades deve ser aplicado em conformidade com os parâmetros constitucionais: princípios e regras. Assim, marca-se como ponto de partida o Princípio do Devido Processo Legal (art. 5º, LIV, CF/88) para interpretar em que sentido os atos processuais podem ser considerados nulos.

Nesse sentido, o devido processo legal pode ser procedimental (formal) e substancial (material), entendido como a indispensável observância dos requisitos formais estabelecidos em lei.

Assim é que o procedimento deve fiel observância ao princípio da legalidade; logo, uma vez realizado o ato processual, em desacordo com a lei, deve ser sancionado com o decreto de nulidade.

Por outro lado, o devido processo legal substancial assegura que o ato processual somente deve ser anulado, se não alcançar a finalidade, pois não seria razoável e proporcional anular um ato que de qualquer forma atingiu o fim colimado pela lei.

Consagrou-se, portanto, o princípio da instrumentalidade das formas (*procedural due processes of law*) e o princípio da finalidade do ato processual (*substantial due processes of law*).

Portanto, o vício do ato consiste na falta de um dos requisitos exigidos pela lei para a sua validade e decorre da desobediência ao modelo legal.

Não sendo praticado o ato na forma expressa na lei, o ato será viciado. A finalidade do ato processual é o resultado prático a ser alcançado com a sua realização. O critério para identificar a nulidade de um ato é o da falta de sua idoneidade para alcançar o fim ao qual se destina, por ausência dos requisitos essenciais.

Se o ato não apresentar os requisitos indispensáveis para alcançar o

objetivo deverá ser considerado nulo; contrariamente, se alcançar a finalidade, então, considerar-se-á válido. Ademais, o aproveitamento do ato processual não pode resultar em prejuízo, nem para a acusação e nem para a defesa.

A esta altura, circunscrito no âmbito das nulidades, é de se indagar se a sentença condenatória, desprovida de sanção (pena), pode alcançar a sua finalidade, isto é, se está apta a dar a resposta penal ao infrator da norma que tutela juridicamente um bem ?

Afigura-se razoável afirmar-se negativamente, pois a tutela jurisdicional, no momento, é apenas parcial, não havendo a correlação da sentença com a denúncia. O fim da sanção penal é o de reprovação da conduta delituosa.

De se notar, ainda, que a nulidade atinge o ato que não alcança a sua finalidade. A sentença toda (relatório – fundamentação – dispositivo – autenticidade) é um ato processual único, embora somente no *decisum* se formulem preceitos imperativos, destinados a produzir efeitos sobre a vida do réu, somente atingirá a sua finalidade, sendo procedente a pretensão, se condenar o réu e aplicar-lhe a sanção correspondente, como último ato do processo.

A nulidade parcial do dispositivo da sentença – no que se refere à aplicação da pena – para que outra seja realizada – implicará na cisão do ato jurídico único e último do processo. Assim, como será possível praticar outro ato processual se o processo já está extinto?

Na hipótese da sentença, é inaplicável o princípio da conservação dos atos processuais - a não contaminação do que é válido pelo que é viciado - porquanto se trata de ato processual único, não passível de renovação parcial. Entretanto, assim sendo admitido, fica caracterizado o *error in iudicando*, pelo equívoco na aplicação dos efeitos da norma processual (artigo 564,inc.IV,c.c. 573, CPP), pois não é possível a co-existência de duas sentenças relativas à mesma pretensão.

### **Nulidade parcial da sentença por ausência ou deficiência de motivação.**

Para a fixação da pena, em decorrência da condenação, existe um

método, que está definido no artigo 68 e 59 do Código Penal (modelo legal). Assim, a pena deve ser fixada em três fases distintas, dito sistema trifásico, pois, por primeiro, fixa-se a pena-base, após, levam-se em conta as circunstâncias agravantes e atenuantes e, finalmente, as causas de aumento e de diminuição.

A pena-base é fixada com observância de oito circunstâncias legais, de acordo com a pena prevista no tipo legal violado, seguindo-se a definição do regime prisional, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Portanto, o método é a parte formal da aplicação da pena. O desvio do itinerário configura vício de atividade do juiz, isto é, *error in procedendo*, que leva a nulidade do ato, sem dúvida.

Ademais, é necessário esclarecer o fundamento que dá suporte ao *quantum* de pena estabelecido na sentença, da mesma forma o porque da definição do regime penitenciário, ou mesmo da substituição das penas. Isto é, dizer às partes das razões do convencimento do juiz; justificar a posição adotada com dados concretos extraídos das provas produzidas nos autos, cumprindo assim o dever de motivação.

Por outro lado, além do itinerário (método) a ser seguido na individualização da pena, cada fase, que defina a pena a ser aplicada, deve ser motivada. Pode, destarte, ocorrer no caminho percorrido erro de procedimento, viciando o ato.

Já, no que se refere à dosagem da pena, examina-se a culpabilidade, que é o pressuposto da pena. A sanção, ou pena, somente será imposta, quando for positivo, ou possível o juízo de reprovabilidade, sobre o comportamento passado.

Aqui, o juízo é de mérito (aplicação do direito material motivado). Na fixação da pena base, cada circunstância deve ser valorada com amparo em dados concretos, subtraídos do acervo probatório, produzido na instrução. Podem ser constatados *erros in procedendo* ou *in judicando*; *in procedendo*, por ausência ou deficiência de motivação; *in judicando*, por qualificação equivocada do fato em relação à circunstância, ou ainda por pena exacerbada (injusta).

A importância na definição da espécie de erro está na consequência de

seus efeitos. Se for erro essencial de atividade, leva-o a sanção de nulidade; por sua vez, se for erro essencial de julgamento, o ato pode ser revisto, reformado, não se lhe aplicando a sanção de nulidade.

Assim, somente os vícios de atividade podem levar a nulidade integral da sentença, mister por falta de motivação. Se for erro de quantificação da pena, o ato poderá ser revisto pelo juízo *ad quem*.

Destaca-se, a propósito, a posição adotada por Antônio Magalhães Gomes Filho:<sup>15</sup>

“... tanto a falta de apresentação de qualquer justificação como a fundamentação incompleta, não dialética, contraditória, incongruente ou sem correspondência com o que consta dos autos, em relação à aplicação da pena, devem levar ao reconhecimento da nulidade da própria sentença condenatória, pois na verdade é a motivação desta que estará incompleta, na medida em que um dos pontos sobre o qual deveria versar não ficou devidamente fundamentado. (destaquei)

Sobre o tema, pode-se afirmar que a jurisprudência dos tribunais brasileiros tem sido bastante criteriosa e exigente, estabelecendo como princípio a nulidade da sentença condenatória sempre que não seja observado o critério trifásico, ou não devidamente justificada a imposição de pena acima do mínimo legal, bem como a fixação de regime inicial mais grave, quando existir outro mais favorável ao condenado.

Também, segundo uma consagrada tendência jurisprudencial, a nulidade não é reconhecida quando se tratar de pena aplicada no mínimo legal ou então, diante de um vício de motivação, o tribunal simplesmente reduz a sanção àquele mínimo, sem decretar a invalidade da sentença”.

Contudo, o renomado doutrinador, destaca em nota de rodapé:

“Não merece ser compartilhada, portanto, a posição consagrada em alguns julgados do STF em que se anulou tão-somente a parte da sentença em que constando o vício, determinando-se a prolação de nova decisão sobre a

15 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001, p.216/217.

aplicação da pena (HC 68.865-9-RJ, DJU 15.05.1992; HC 69.101-3-SP, DJU 29.05.1991, RTJ 140:593)” (destaquei).

### **Das conseqüências processuais do decreto da nulidade parcial da sentença condenatória.**

Prolatada a sentença condenatória com a aplicação da sanção penal pelo juiz *a quo*, posteriormente, submetida à instância superior, através de recurso de apelação, ou pela via do habeas-corpus, e uma vez constatado vício na aplicação da pena, em face da inobservância do método, ou pela ausência de motivação, tem sido decretada a nulidade parcial da sentença pelos tribunais, subsistindo o ato processual até o dispositivo, no que se refere à parte condenatória.

Tanto a ausência de motivação da pena, como a inobservância do método trifásico, caracteriza vício processual, decorrente de *error in procedendo*, isto é, erro de atividade judicante.

O reconhecimento pelo tribunal *ad quem* da nulidade da pena aplicada, com subsistência apenas da parte condenatória, enseja a necessidade da complementação da sentença, com a aplicação de (novo/outro) apenamento pelo juiz *a quo*, após o trânsito em julgado do acórdão, o qual faz coisa julgada do decreto de condenação.

Nessa hipótese, ocorre a substituição da sentença pelo acórdão, em face do efeito substitutivo da apelação, de acordo com o artigo 512 do CPC:

“O julgamento feito pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso”.

Segundo lição abalizada de Nélson Nery Júnior<sup>16</sup>, de acordo com o artigo 512, do CPC, “a decisão a respeito do mérito do recurso substitui integralmente a decisão recorrida. Assim, somente se poderá cogitar de efeito substitutivo do recurso, quando este for conhecido e julgado pelo mérito, pois do contrário não terá havido pronunciamento da instância recursal sobre o acerto ou desacerto da decisão recorrida.”

---

16 NERY JUNIOR, Nelson. Princípios fundamentais - teoria geral dos recursos - 5ed. Revista dos Tribunais, 2000, p.421.

E segue, “ainda que a decisão recursal negue provimento ao recurso, ou, na linguagem inexata mas corrente, ‘confirme’ a decisão recorrida, existe o efeito substitutivo, de sorte que o que passa a valer e ter eficácia é a decisão substitutiva e não a decisão ‘confirmada”.

Portanto, a parte da sentença confirmada deixa de existir no plano jurídico, passando a valer e ter eficácia somente a decisão substitutiva contida no acórdão. Vale dizer, sem a sanção penal, que foi anulada, não opera sobre esta parte da sentença o efeito substitutivo da apelação, posto que sobre a pena o acórdão nada examinou e nada decidiu.

Em decorrência do retorno dos autos ao juízo de origem, a pena deverá ser aplicada; isto é, nova atividade do juiz será necessária, traduzida em ato processual independente e isolado da sentença original. No entanto, sobre uma pretensão só pode existir uma sentença, que é una e incindível.

Agora, tem-se, no plano concreto, (a) o acórdão contendo a eficácia da decisão condenatória, realizado por um colegiado, e (b) um outro ato processual, posterior, realizado pelo juiz singular, onde foi aplicada uma sanção, sem forma de sentença!, em instância diferente, em nível hierárquico inferior.

Não há suporte jurídico para dar sustentação a tese de que um ato processual praticado pelo juiz *a quo* possa complementar o ato processual de natureza colegiada, juiz *ad quem*, em razão da competência e do procedimento.

Outra questão processual que surge é a vedação da prática de atos pelo juiz, após a publicação da sentença (art. 463, do CPC).

Na hipótese do decreto da nulidade parcial da sentença pelo tribunal *ad quem*, após o trânsito em julgado do acórdão, os autos retornarão ao juiz para a aplicação da pena. No entanto, ao juiz é vedada a prática de novos atos processuais, objetivando modificar a sentença, exceto nas hipóteses do artigo 463, do CPC: embargos de declaração e correção de erro material.

E qual é a natureza do ato processual da fixação da pena, isoladamente, para fins recursais, considerando que não tem forma de sentença definitiva, eis que não é condenatório e nem absolutório (a imputação da pena tem como

pressuposto a culpabilidade, enquanto que a condenação exige fato típico e antijurídico)? Ademais, caberia, oportunamente, ação revisional no que tange à aplicação da pena, se o artigo 621 do CPP refere-se á sentença condenatória?

Como visto, ainda que tenha efeitos práticos a conservação da sentença, na parte não viciada, com vistas a evitar a repetição do ato, certo é que há necessidade de os tribunais atentarem para os princípios que revelam o Direito uma Ciência, nas palavras do Ministro Marco Aurélio:<sup>17</sup>

“Evidentemente, não se levou em conta o que preceituado no artigo 59 do Código Penal. O fato atrai para o decreto condenatório a pecha de nulo. Por outro lado, descabe ao Judiciário construir visando a afastar a possibilidade de ter-se como configurada a prescrição. O provimento judicial, conforme enaltecido por uníssona doutrina, revela, em se tratando de uma mesma ação, um grande todo. Impossível é falar-se em condenação sem pena. A lógica conduz, por isso mesmo, à insubsistência da tese de que é possível caminhar-se para a declaração de nulidade parcial. Atente-se para a circunstância de que somente a declaração condenatória recorrível, é fator interruptivo da prescrição. Ora, o acórdão, tal como resultará da concessão parcial deste hábeas, não se mostrará recorrível, porque incompleto, faltando-lhe o que revela materialmente, no campo das conseqüências, a condenação, ou seja, a própria pena que a caracteriza”.

Por tais motivos, ressaltando a necessidade de o Supremo Tribunal Federal atentar para os princípios que revelam o Direito como Ciência, concedo a ordem, fulminando o acórdão condenatório proferido, a fim de vir a... proferir outro, observando, em tudo, o que se contém em nossa ordem jurídica...”.

Sendo, pois, o Direito uma Ciência, que traduz sempre um conjunto de proposições que recebem o qualitativo de “verdadeiras”, valendo, ainda, dizer que também poderiam ser “falsas”. No entanto, a verdade ou a falsidade de uma proposição se estabelece pela verificação, através da experimentação, ou da observação, esta própria para o Direito. Assim, a ciência do direito se preocupa em determinar o alcance dos juízos de valor jurídicos, razão pela qual é possível assim qualificá-la.

Portanto, ao interpretar a lei dessa ou daquela forma, a ciência jurídica

---

17 STF-HC 73.987-3-RJ (vencido como relator).

busca determinar o seu alcance, sem contradição, fornecendo ao Juiz um sistema de proposições, que depois de aplicadas tornam previsíveis as suas decisões e, via de conseqüência, reduz a margem de arbitrariedade, proporcionando segurança jurídica, ainda que esta não dependa exclusivamente da previsibilidade das decisões.

Por fim, afigura-se razoável afirmar que a Ciência Jurídica projeta a jurisprudência, a qual, possuindo alto conteúdo pedagógico, não deve subverter o valor contido nas proposições, já observadas cientificamente. Assim, a jurisprudência, antes de procurar mascarar as deficiências do aparelho estatal, deve preservar as proposições científicas.

### **Breves conclusões**

Com base na fundamentação exposta, afigura-se razoável concluir, processualmente, que:

(a) é impossível a cisão da sentença penal condenatória, decorrente de uma só pretensão, ainda que seja estruturada em relatório, motivação e dispositivo, considerando-se que é um ato único, que se exaure em um só pronunciamento, não passível de ser complementado, após o decurso do trânsito em julgado;

(b) o fracionamento do *decisum* da sentença, em capítulos, somente pode ser admitido, desde que existam unidades autônomas e independentes, tal como na hipótese de duas pretensões de condenação (nos crimes conexos), possibilitando o decreto da nulidade parcial da sentença, na hipótese de erro de procedimento, em relação a uma das pretensões;

(c) o decreto de nulidade parcial da sentença viola o princípio da correlação entre a acusação e a sentença;

(d) o ato de complementação da sentença parcialmente nula pode ensejar a violação do princípio do juiz natural da causa, porquanto, no retorno dos autos à origem, a aplicação da pena poderá ser realizada por outro magistrado, que não o do ato original;

(e) a aplicação da pena, através de um segundo pronunciamento jurisdicional, viola o artigo 463, CPC, pois a sentença, uma vez prolatada, torna-se irretroatável e imutável, exceto nas hipóteses admitidas, nos embargos de declaração, ou de existência de erro material, quando, então, poderão ser corrigidos os vícios de atividade;

(f) o vício na aplicação da pena na sentença, ou no acórdão, no juízo *a quo* caracteriza o *error in procedendo*, cujo vício não se sana com a decretação da nulidade parcial do pronunciamento, no juízo *ad quem*, pois padece de outro vício caracterizando o *error in iudicando*.<sup>18</sup>

---

18 A decretação da nulidade parcial da sentença, na instância recursal, caracteriza erro in iudicando, assim considerando que não existe vício processual na decisão, mas erro na aplicação dos efeitos da norma processual (artigo 564, inc. IV, c. c. 573, CPP), cujo acórdão pode ser reformado em instância superior, para que seja ampliado o alcance da nulidade sobre toda a sentença. Se fosse considerado erro in procedendo o acórdão poderia ser anulado em instância superior, para que outra decisão fosse prolatada. E para que ficasse caracterizado o erro de procedimento deveria estar a decisão embasada em motivação equivocada, mas o que não ocorre na hipótese.



## **Arbitragem: Kompetenz/Kompetenz X Situações Subjetivas Existenciais**

Luciano Campo de Albuquerque

Juiz de Direito

Mestre em Ciências Jurídicas - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Especialista em Direito Processual Civil - IBEJ

### **Introdução**

A arbitragem é instituto jurídico que, após a declaração de constitucionalidade da Lei de Arbitragem (Lei n.º 9.307/96)<sup>1</sup>, cresceu em interesse, considerando as ótimas vantagens que possui.

Há possibilidade de tratar dos litígios com menor formalidade, maior agilidade e por que não dizer, com melhor conhecimento técnico que os magistrados em matérias especializadas como direito marítimo, mercado financeiro, direito societário, etc.

O futuro da arbitragem no Brasil está sendo decidido hoje, como bem já salientou Tepedino:

“O futuro da arbitragem no Brasil depende de sua capacidade de agir com rapidez e com confiabilidade técnica. Dessa forma, afigura-se essencial a escolha de árbitros a partir de nomes de pessoas especializadas para o caso concreto e de grande reputação, porque, do contrário, sobreviverá o desconforto dos advogados no que tange ao tribunal e a seus membros, às indicações da parte contrária e a um eventual maior acesso que o advogado da parte contrária possa ter ao árbitro, por exemplo. Se essa segurança não for total, o futuro do processo arbitral corre risco no Brasil, já que, se houver dúvida e insegurança, não há dúvidas de que se preferirá a Justiça Estadual. Parte desta insegurança decorreu do surgimento de inúmeras cortes arbitrais pífiás, que transpõem para o processo arbitral toda a burocracia que se critica na Justiça Estadual, preocupando-se com formalidades inapropriadas ou mesmo incabíveis (como a

---

1 “Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5.º, XXXV da CF” – STF, Agr Se 5.206-7, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, jul. 12.12.2001).

autodesignação de juiz ou desembargador arbitral) sem trazer, por outro lado, a necessária credibilidade.”<sup>2</sup>

Neste momento de afirmação da Arbitragem, deve-se discutir a importante questão sobre a aplicação do princípio da “kompetenz/kompetenz” (competência/competência) diante de situações que apenas aparentemente são patrimoniais.

Este trabalho apresentará discussão sobre a funcionalidade das situações subjetivas, em que situações aparentemente patrimoniais, em razão da funcionalidade dos direitos, podem configurar situações subjetivas existenciais. A Lei 9.307/96 limitou o campo de atuação da arbitragem às situações subjetivas patrimoniais disponíveis. Pelo princípio da “competência/competência”, o magistrado não poderia sequer investigar a validade da cláusula compromissória antes do árbitro se manifestar sobre o tema.

O que se questiona no trabalho é: diante de uma flagrante lesão a direito de personalidade (em situação que apenas aparentemente é patrimonial disponível), o magistrado está *proibido* de afastar a lesão a direito antes do árbitro avaliar a situação? O direito de personalidade não possui garantia constitucional a partir do princípio da dignidade da pessoa humana? A Constituição Federal não teria aplicação direta, pois não se estará dentro do limite dos direitos patrimoniais disponíveis permitidos pela Lei e pelo julgamento do Supremo Tribunal Federal?

## 1 – KOMPETENZ/KOMPETENZ

O princípio da “competência/competência” fixa uma ordem cronológica rígida para o conhecimento das questões referentes a eventuais nulidades dos compromissos arbitrais. Primeiramente compete ao árbitro verificar a nulidade da cláusula, cabendo ao Judiciário nova análise em eventual ação anulatória, prevista no artigo 33 da Lei 9.307/96.

“Seria perfeitamente possível, em tese, que determinadas situações ligadas a eventual nulidade do compromisso ou do processo arbitral fossem levadas ao Judiciário ainda no curso da arbitragem. Contudo, por uma opção política adotada em diversos regulamentos de arbitragem e ordenamentos estatais (inclusive do Brasil), não é esta a sistemática vigente. É preferível que a arbitragem chegue a seu término para que, somente então, determinadas alegações possam ser levadas ao Judiciário. Desse modo, obtém-se uma solução

2 TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 158/159.

mais célere para o conflito, pelo meio escolhido previamente pelas partes, permanecendo a possibilidade de controle a respeito da validade do processo arbitral.”<sup>3</sup>

## 2 – A FUNCIONALIDADE DOS DIREITOS

Primeiramente deve-se ressaltar que a noção de direito subjetivo como sendo única espécie de situação subjetiva está ultrapassada. A situação subjetiva é gênero, na qual se inserem direito subjetivo, faculdade, ônus jurídico, etc. Perlingieri explica que a análise das situações subjetivas deve ser feita considerando-se diversos perfis concorrentes<sup>4</sup>. A professora Rose Melo Vencelau Meireles bem resume os perfis de forma didática:

“A exata dimensão das situações jurídicas subjetivas se alcança somente por meio do entendimento unitário dos seus diversos perfis. Assim, a situação jurídica subjetiva tem origem em um fato jurídico (perfil do efeito) e se justifica a partir de um interesse existencial ou patrimonial (perfil do interesse), o qual é exercido por uma pluralidade de comportamentos (perfil dinâmico), juridicamente relevante, portanto, que traduzem o poder de realizar ou deixar de realizar determinados atos ou atividades (perfil normativo), para atender sua finalidade no âmbito das relações sócio-jurídicas (perfil funcional).”<sup>5</sup>

3 SCHWIND, Rafael Wallbach. As Anti-Suit Injunctions nas Arbitragens que envolvem a Administração Pública. IN: Arbitragem e Poder Público. Pereira, Cesar Augusto Guimarães, Talamini, Eduardo (org.). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 197.

4 “A) Perfil do efeito: toda situação é efeito de um fato, ou seja, encontra a sua origem em um fato, natural ou humano, juridicamente relevante. B) Perfil do interesse: fundamento justificador da situação é o interesse, que pode ser patrimonial, existencial ou, por vezes, um e outro juntos, já que algumas situações patrimoniais são instrumentos para realização de interesses existenciais ou pessoais. ... O interesse pode ser tanto pessoal quanto particular. O primeiro é caracterizado pelo fato de que a situação jurídica se deve realizar pela generalidade das pessoas: assim o tutor exerce seu ofício no interesse do menor e, ao mesmo tempo, da coletividade. O interesse particular por vezes é individual, isto é, de cada destinatário, por vezes coletivo: ele tanto pode coincidir, quanto estar em conflito com o interesse coletivo e com aquele geral. O conflito encontra na norma diversas soluções, segundo as diferentes circunstâncias. C) Perfil dinâmico: a situação subjetiva é vista como conceito de duração que vive no seu ser uma referência contínua para a qualificação de uma pluralidade de comportamentos. Tais comportamentos constituem o perfil dinâmico da situação subjetiva. ... D) Perfil do exercício: o exercício da situação requer a manifestação da vontade de um sujeito, não necessariamente do titular do interesse. E) Perfil funcional: trata-se de um aspecto particularmente importante na qualificação da situação, isto é, para a determinação da sua função no âmbito das relações sócio-jurídicas. O ordenamento vigente conforma a função de cada situação subjetiva em sentido social. ... F) Perfil normativo ou regulamentar: é essencial na medida em que atribui relevância jurídica à situação, a qual, para ser jurídica, deve ter valor normativo. ...” - PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 669/670.

5 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 18/19.

Sobre o perfil do interesse esclarece a professora Rose Meireles:

“De acordo com Pietro Perlingieri e Pasquale Femia, todo direito se funda sobre um interesse e o ordenamento tanto reconhece o direito na medida em que este seja exercitado no modo correspondente ao interesse. O limite é interno: o titular pode ter os comportamentos (e somente aqueles) que sejam justificados pelo interesse posto como fundamento da situação subjetiva. O interesse pode ser ora patrimonial, ora de natureza pessoal e existencial, ora um e outro juntos, já que algumas situações patrimoniais são instrumento para a realização de interesses existenciais ou pessoais. Desse modo, é a patrimonialidade ou não patrimonialidade do núcleo de interesse que determinará se a situação jurídica subjetiva é patrimonial ou não patrimonial. Sabe-se que a patrimonialidade se caracteriza quando há suscetibilidade de avaliação pecuniária. Dessa forma, pode-se afirmar que a situação jurídica patrimonial é aquela que possui referencial objetivo em um interesse apreciável economicamente; enquanto que a situação jurídica não patrimonial, ao contrário, detém objeto não suscetível de avaliação econômica.”<sup>6</sup>

Assim, situação patrimonial possui interesse apreciável economicamente e a não patrimonial não é suscetível de tal avaliação. Mas bem lembra Perlingieri que situações patrimoniais podem ser instrumentos para realização de interesses existenciais. Muitas situações que poderiam ser consideradas patrimoniais assumem natureza existencial em razão da função que desempenham. O perfil funcional da situação jurídica determina sua finalidade na ordem jurídica. *“Uma vez que a finalidade do instituto jurídico somente pode ser definida relativamente no âmbito de dado ordenamento jurídico, a funcionalização está estritamente ligada aos valores fundamentais que lhe cercam.”*<sup>7</sup>

### 3 – DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS

O artigo 1.º da Lei 9.307/96 prevê:

*“As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”*

Ocorre que um “direito patrimonial disponível” pode caracterizar uma situação subjetiva existencial, dependendo da função que assuma em uma

6 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia* ..., p. 23.

7 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia*..., p. 37.

relação jurídica.

Já se fez referência a que, pelo princípio da “competência/competência”, a análise de eventual nulidade da cláusula compromissória somente pode ser feita posteriormente ao procedimento arbitral.

Coloca-se então a seguinte hipótese:

Um grupo de imobiliárias cria um “Tribunal Arbitral” para solucionar todas as controvérsias surgidas em seus contratos de locações. As imobiliárias deste grupo somente aceita inquilinos que se submetam a cláusulas de compromisso arbitral em seu “Tribunal”. Surge um conflito. O “Tribunal Arbitral” designa seu “Desembargador Arbitral” para solucionar a questão. O “Desembargador”, como primeiro ato no feito, concede uma tutela de urgência para que a família do locatário desocupe a residência fundamentando sua decisão em verossimilhança de que o bem está sendo destruído. O “Desembargador Arbitral” apresenta, em uma Vara Cível, o pedido para que o magistrado estadual cumpra sua decisão, após resistência do inquilino. O locatário ajuíza uma ação anulatória de compromisso arbitral requerendo como tutela antecipada a permanência no imóvel.

Pode o juiz estadual desrespeitar o princípio da “competência-competência” para afastar lesão à situação subjetiva existencial? O exemplo é claramente exagerado, mas serve para demonstrar a idéia.

Parece que o princípio da “competência-competência” deve ser respeitado se estiver dentro de sua teleologia. Se em toda e qualquer situação o magistrado afastar tal princípio, a Lei da Arbitragem será letra morta, o que não é possível, pois o Supremo Tribunal Federal já considerou válida e constitucional. No entanto, dentro de um parâmetro de equidade, prudência e razoabilidade, o magistrado não pode permitir que uma clara situação de ilegalidade se concretize.<sup>8</sup>

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é diretamente aplicável e poderá afastar a aplicação da Lei 9.307/96 se o “direito patrimonial disponível” determinar, em razão de sua funcionalidade, uma situação subjetiva existencial.

---

8 “Em suas aulas no Curso de Pós-Graduação na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, o professor CARMONA tem defendido que, se detectável de pano (i.e., in status assertionis) o vício na convenção de arbitragem, o Judiciário pode reconhecê-lo, se devidamente provocado pela parte interessada – com o que o processo arbitral, ao menos nos termos em que pactuado, ficará obstado entre as partes.” – WLA-DECK, Felipe Sripes. Os Meios de Controle Judicial da Sentença Arbitral Nacional Previstos na Lei 9.307/1996. IN: Arbitragem ... , op. cit., pg. 248.

#### 4 – CONCLUSÃO

O instituto da arbitragem é ótimo, mas seu futuro está na mão dos árbitros. Se bem utilizado, permitirá um desafogo, por demais necessário, ao Judiciário, principalmente em questões altamente técnicas.

Se porventura for utilizado como forma de burlar direitos do consumidor, com profissionais não devidamente preparados para a função, tende a desaparecer, pois todas as questões serão remetidas ao Judiciário.

O princípio da “competência-competência” é unicamente aplicável em situações subjetivas patrimoniais e se, estas, em razão de sua funcionalidade, caracterizarem situações subjetivas existenciais, poderá o Estado-Juiz intervir na relação mesmo antes da análise do árbitro, pois cabe ao Judiciário o papel garantidor dos direitos fundamentais das pessoas.

O magistrado não pode ser mero passageiro da História. Deve atuar como agente político transformador que ajuda a moldar o estatuto jurídico de sua sociedade. Já se faz tarde chamar à colação a responsabilidade do Judiciário pelo futuro. Uma responsabilidade política e social.

Pouco importará constar na Constituição a busca de uma sociedade solidária, igualitária, sem a busca pela sua concretização. O princípio da responsabilidade proposto por HANS JONAS, reside “... *na preocupação ou cuidado que nos coloca no centro de tudo o que acontece e nos torna responsáveis pelo outro, seja ele um ser humano, um grupo social, a natureza, etc.; esse outro inscreve-se simultaneamente na nossa contemporaneidade e no futuro cuja possibilidade de existência temos de garantir no presente. A nova ética não é antropocêntrica, nem individualista, nem busca apenas a responsabilidade pelas conseqüências imediatas. É uma responsabilidade pelo futuro.*”<sup>9</sup>

---

9 SOUZA SANTOS, Boaventura. A Crítica da Razão Indolente. Contra o Desperdício da experiência. Vol. 1. 6.<sup>a</sup> ed. – São Paulo: Cortez, 2007, p. 112.

**BIBLIOGRAFIA**

- MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SCHWIND, Rafael Wallbach. **As Anti-Suit Injunctions nas Arbitragens que envolvem a Administração Pública**. *IN: Arbitragem e Poder Público*. Pereira, Cesar Augusto Guimarães, Talamini, Eduardo (org.). São Paulo: Saraiva, 2010.
- SOUZA SANTOS, Boaventura. **A Crítica da Razão Indolente. Contra o Desperdício da experiência**. Vol. 1. 6.<sup>a</sup> ed. – São Paulo: Cortez, 2007
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- WLADECK, Felipe Sripes. **Os Meios de Controle Judicial da Sentença Arbitral Nacional Previstos na Lei 9.307/1996**. *IN: Arbitragem e Poder Público*. Pereira, Cesar Augusto Guimarães, Talamini, Eduardo (org.). São Paulo: Saraiva, 2010.



**Breves Considerações Acerca da Aposentadoria por Idade na Forma do Art. 48, §3, da Lei 8.213/91.**

Gustavo Tinôco de Almeida  
Juiz de Direito do Paraná

A aposentadoria por idade rural visa garantir o pagamento de um salário mínimo mensalmente àquele que desempenhou atividade rural por determinado período de tempo e alcançou a idade de 55 anos, se mulher, ou 60 anos, se homem.

Em 2008 foi editada a Lei 11.718\2008 que estabeleceu uma nova forma de aposentadoria por idade para aqueles que estivessem se dedicando a tal atividade rural por tempo insuficiente para alcançar o benefício de aposentadoria por idade rural, mas tivessem laborado em atividades urbanas por longos períodos.

Reconheceu o legislador que não existiria motivo para a redução da idade, permanecendo ela no patamar da aposentadoria por idade comum, ou seja, o trabalhador deveria alcançar 65 anos, se homem, e 60, se mulher, e deveria contar com labor rural e trabalho urbano por número equivalente à carência do benefício pretendido.

Com o devido respeito ao posicionamento que entende que tal forma de aposentadoria por idade seria rural, na verdade se cuida de aposentadoria por idade comum, haja vista o patamar etário a ser alcançado onde se entendeu, corretamente, somar-se o período de labor urbano, com o período de labor rural, evitando, assim, que aquele que iniciasse o período de labor em atividades urbanas e depois passasse a ativar-se em atividades rurais fosse penalizado por não possuir a carência urbana necessária e nem a carência da aposentadoria rural necessária.

Pondere-se que se cuida de situação que vem corrigir injustiças, pois era permitido ao segurado especial e trabalhadores rurais o gozo da aposentadoria rural, desde que comprovado o labor rural, e aos trabalhadores urbanos, desde que comprovasse as contribuições, mas não se admitia a possibilidade do indivíduo iniciar o trabalho de um modo e terminar de outro. Foi esta incoerência sistêmica que a lei em tela buscou corrigir.

Anote-se, ainda, que a fórmula de cálculo privilegia o labor urbano

realizado, devendo ser considerados os salários de contribuição, na forma do art. 29, inciso II, da Lei 8.213/91 e aplicando-se, de forma ficta, o salário de contribuição durante o período exercido de labor rural considerado o valor mínimo de contribuição ao sistema previdenciário, ainda que contribuição alguma tenha sido vertida.

Ao revés do sistema que garante a aposentadoria por idade rural no valor de 1 salário mínimo a novel disposição cinge-se a forma de aproveitamento do período de trabalho rural, imputando-lhe uma contribuição ficta e somando-lhe ao período de trabalho urbano a fim de que seja concedido o benefício de aposentadoria por idade observados os requisitos etários normais ao benefício de aposentadoria por idade, com a indicação de que deve o período de carência ser cumprido e considerado como aquele anterior à concessão do benefício, utilizando-se de conceito próprio da aposentadoria em atividade rural, observando-se os salários de contribuição na forma da aposentadoria por idade originária.

Anote-se que é muito parecida à aposentadoria por idade como originariamente pensada, uma vez que se faz necessário o cumprimento do período de carência longo em momento anterior à concessão do benefício, como era idealizada antes da desvinculação entre o período de carência e o alcance da idade, na forma da Lei 10.666/03 e das decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Por estes motivos, a forma de aposentadoria por idade na forma do art. 48, §3º, da Lei 8.213/91 não se cuida de aposentadoria por idade rural, mas, sim, de aposentadoria por idade comum com aproveitamento do período de labor rural sem contribuição.

Neste mesmo sentido, tem-se orientado a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. ATIVIDADE URBANA. LEI Nº 11.718/08. NOVA REDAÇÃO DO ART. 48, §§ 3º E 4º DA LEI 8.213/91. RURÍCOLA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL. I - **A Lei 11.718 de 20.06.2008 acrescentou os §§3º e 4º ao art. 48 da Lei 8.213/91, passando a dispor que para o segurado que atuou em atividade rural os períodos de contribuição referentes às atividades urbanas podem ser somados ao tempo de serviço rural sem contribuição para obtenção do benefício de aposentadoria comum por idade aos 60 anos (mulher) ou 65 anos (homem).** II - Aplicabilidade do art. 462 do Código de Processo Civil que impinge ao julgador considerar fato constitutivo, modificativo ou extintivo de direito que possa influir no julgamento da lide. III - Havendo a

autora completado 60 anos de idade, e apresentado início razoável de prova material relativo à sua atividade rurícola exercida em períodos anteriores, a produção da prova testemunhal é indispensável para esclarecer a questão acerca do exercício de atividade rural alegadamente empreendida. IV - Preliminar argüida pela autora acolhida, restando prejudicado o exame do mérito da apelação.

(AC 200761240015728TRF3; Décima Turma; Relator: Sérgio Nascimento; Data da Decisão: 17.03.2010)

Por este motivo, nas demandas ofertadas após a vigência da citada norma, é necessário que o interessado requeira a aposentadoria por idade comum, fazendo referencia a ambos os períodos laborados em atividades urbanas e rurais.



## **Breves Considerações a Respeito do Ato de Improbidade Administrativa, com Subsunção no Artigo 11 da Lei N°. 8.429/92.**

Des. Abraham Lincoln Calixto  
Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

### **I. INTRODUÇÃO**

O art. 11 da Lei de Improbidade administrativa trata dos atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública. Ocorre que referido dispositivo contem termos abertos, o que impõe a interpretação restritiva por parte dos operadores do direito, sob pena de serem taxados de ímprobos atos que não apresentam qualquer indicativo de dolo ou desonestidade.

Sem desconhecer a existência de posicionamento em sentido contrário, ou seja, de que para a tipificação da conduta descrita no artigo 11 da lei em comento basta a atuação culposa do agente, faz-se necessário, s.m.j., a comprovação do dolo para configuração do ato como sendo de improbidade administrativa subsumível ao referido artigo.

### **II. CONFIGURAÇÃO DO DOLO OU MÁ-FÉ COMO CONDIÇÃO PARA A CARACTERIZAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Não se pode afirmar que qualquer ação que viole os princípios da administração resultará na punição do agente como enquadrável nas hipóteses relacionadas no artigo 11 e seus incisos.

Parte-se do princípio de que não existe má-fé objetiva.

O mero erro legal do agente, desprovido do mínimo de demonstração da intenção desonesta, não deve ser necessariamente compreendido dentre as condutas que geram as consequências dos atos tido como ímprobos.

O propósito em ferir o decoro, tendo em vista a gravidade das sanções que lhes são decorrentes (inciso III, do art. 12 da Lei nº. 8.429/92), é pré-requisito indispensável à aplicação das penas.

Neste sentido, anoto na parte que interessa, posicionamentos emanados do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

**“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. (...). IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TIPIFICAÇÃO. INDISPENSABILIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO, NAS HIPÓTESES DOS ARTIGOS 9º E 11 DA LEI 8.429/92 E CULPA, PELO MENOS, NAS HIPÓTESES DO ART. 10). PRECEDENTES. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO, JÁ QUE FOI NEGADA AO RECORRENTE A PRODUÇÃO DE PROVA TENDENTE A AFASTAR A CONFIGURAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.” 1**

**“ADMINISTRATIVO. RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATOS IRREGULARES. LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE NÃO RECONHECIDA. (...). ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 11 DA LEI 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO. NECESSIDADE. COMPROVAÇÃO. APLICAÇÃO DAS PENALIDADES PREVISTAS NO ART. 12 DA LEI 8.429/92. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE INOBSERVADOS. READEQUAÇÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS. PRECEDENTES DO STJ. RECURSOS ESPECIAIS PARCIALMENTE PROVIDOS.**

(...)

**3. O entendimento majoritário desta Corte Superior é no sentido de que a configuração de ato de improbidade administrativa exige, necessariamente, a presença do elemento subjetivo, inexistindo a possibilidade da atribuição da responsabilidade objetiva na esfera da Lei 8.429/92. Nesse sentido, os seguintes precedentes: REsp 734.984/SP, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, DJe de 16.6.2008; REsp 658.415/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 3.8.2006; REsp 604.151/RS, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 8.6.2006; REsp 626.034/RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 5.6.2006, p. 246. 2**

(...)

Por sua vez a doutrina não reluta em reconhecer que somente a conduta dolosamente praticada, ou seja, com a má intenção de ofender os princípios norteadores da função pública, é que pode configurar ato de improbidade administrativa.

É o que leciona **WALDO FAZZIO JÚNIOR**:

*“[...] As condutas gravadas no art. 11 e seus incisos pressupõem a consciência de conduta e ânimo de realizar o resultado proibido. Se não houver dolo, não há ato administrativo que atenta contra os princípios constitucionais da administração, mediante a inobservância de deveres gerais sobejamente conhecidos, como padrões morais.*

*Quando cogita da espécie culpa em sentido estrito, o legislador faz menção expressa de sua admissibilidade. É o que ocorre no texto do art. 10, caput, mas não aparece no do art. 11.*

*Não há, pois, violação culposa dos princípios explicitados no art. 11. Ninguém é desonesto, desleal ou parcial por negligência. Ou o agente público labora movido pelo dolo (e pratica ato de improbidade) ou não se aperfeiçoa a figura do art. 11. Seja in vigilando, seja in comittendo, seja in omittendo, seja in custodiendo, a culpa não cabe na consideração dos atos de improbidade alocados no art. 11.*

*Se um agente público, pura e simplesmente, deixa de cumprir ato de ofício, por negligência - o que não é raro no país - não evidenciando o dolo, não pratica ato de improbidade, dado que a figura do art. 11, II, da Lei nº 8.429/92, ostenta o advérbio indevidamente, a demonstrar a exigência de dolo. Da espécie culposa, o dispositivo não faz menção. Eventualmente, poderá ser alvo de processo administrativo disciplinar.*

*(...) Dolo, para o art. 11 e seus incisos, é a vontade livre e consciente de se conduzir contra a probidade administrativa ou pelo menos agir nessa direção, assumindo o risco do resultado.”* <sup>3</sup>

Do mesmo entendimento compartilha **MARINO PAZZAGLINI FILHO**:

*“[...] Em resumo, a norma do art. 11 exige, para sua configuração, que a afronta a princípio constitucional da administração pública decorra de comportamento doloso do agente público, ou seja, que ele aja de forma ilícita, consciente da violação do preceito da administração, motivado por desonestidade, por falta de probidade.”* <sup>4</sup>

No mesmo sentido ainda, **PEDRO ROBERTO DECOMAIN**:

*“(...) acredita-se que somente seja viável a imposição das sanções por improbidade administrativa ao agente que tenha realizado dolosamente conduta enquadrável no art. 11 da Lei. A intenção de ofender o princípio constitucional parece ser aqui da essência da improbidade. Se, como dito, ao tentar-se apresentar uma noção do que seja improbidade, esta gravita essencialmente em torno da própria noção de desonestidade, difícil caracterizar afronta a princípio constitucional que não haja mesmo sido desejada.”* 5

Não se mostra possível, portanto, enquadrar como ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11 da Lei n.º 8.429/92, quando ausente prova de que o agente agiu com a deliberada intenção de praticar ato desonesto e que atente contra os princípios insertos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

Isso porque, o dolo, assim considerado como a consciência e vontade de praticar ato de improbidade administrativa, não está presente.

Tem-se pois, que é o conjunto probatório coligido aos autos que indicará ter o administrador agido com desonestidade ou sem decoro.

Daí se pode afirmar que, ainda que a conduta do agente não tenha obedecido aos estritos ditames legais, mesmo assim, não se pode tê-la como desonesta, dolosa, eivada de má-fé ou fraude, capaz de autorizar a condenação do réu nas graves sanções por ato de improbidade administrativa.

Aliás, como acima já afirmado, não é qualquer violação a princípios da administração que poderá ser considerada ato de improbidade passível de sanção.

O erro legal do agente político/público, por si só, isto é, ausente de demonstração inequívoca de que agiu com desonestidade não configura o ato como ímprobo.

Em verdade, a Lei n.º. 8.429/92, pune o administrador desonesto e não o inábil, ou, em outras palavras, para que seja enquadrável como improbidade administrativa o ato praticado deve estar contaminado pelo dolo, a má-fé ou a culpa e, por fim, o prejuízo efetivo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público. (neste sentido, veja-se Mauro Roberto Gomes de Mattos, em “O Limite da Improbidade Administrativa”, Edit. América Jurídica, 2ª ed. pp. 7 e 8). 6

Alexandre de Moraes enfatiza que *“a finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto”* (in “Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional”, Atlas, 2002, p. 2.611). 7

O eminente Min. Luiz Fux, em julgado do Colendo STJ, consignou:

*“A Lei nº 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9); b) em que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade pública.”* 8

O ato eivado de erro legal praticado não se amolda ao artigo 11 da lei de regência, a despeito de restar violado o princípio da legalidade, quando não se possa extrair a intenção dolosa do agente público em praticar o ato.

Não bastasse isso, seria demasiadamente desarrazoado o enquadramento da conduta como ato de improbidade administrativa, já que não reveladora de qualquer objetivo escuso, fraudulento ou desonesto.

A fim de corroborar a tese ora esposada, mais uma vez, revelam-se oportunos os comentários de **WALDO FAZZIO JÚNIOR**, citando julgado proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª. Região:

*“[...] Não se pode confundir o agente atalhado, dos pecados administrativos pueris, com os patrocinadores de maranhas e tramóias, que traficam suas funções e, cavilosamente, se fartam à custa da res publica. Esse discernimento que reclama ponderação, o legislador não deixa explícito, incumbindo ao magistrado fazê-lo, na concretização, caso a caso, do art. 11. ‘O art. 11 da Lei nº 8.429/92, que diz respeito a atos que atentem contra os princípios da Administração Pública, é norma que exige temperamento do intérprete, em razão do seu caráter excessivamente aberto, devendo por essa razão, sofrer a devida dosagem de bom senso para que mera irregularidade que não constitua prejuízo para o erário seja considerada ato ímprobo e sofra as severas conseqüências da lei. Não são todos os atos administrativos ou omissões que colidem com a imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições e dão azo ao enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa. A má-fé,*

*caracterizada pelo dolo, comprometedora de princípios éticos ou critérios morais, com abalo às instituições, é que deve ser penalizada, abstraindo-se meras irregularidades, suscetíveis de correção administrativa”.*

(obra citada, pp. 166/167).

## CONCLUSÃO

Em consonância com o acima exposto, pode-se afirmar que a ausência de demonstração da prática dolosa das condutas previstas no artigo 11 e seus incisos, impedirá a imposição das sanções por ato de improbidade administrativa previstas em referido dispositivo, diante da necessidade de comprovar-se o comportamento intencional do agente político/público.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. REsp. 1054843/SP, Primeira Turma, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 23/03/2009
2. REsp. 875425/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro DENISE ARRUDA, DJe 11/02/2009.
3. FAZZIO JÚNIOR, WALDO - in “ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA”, São Paulo: Editora Atlas, 2007, pp. 163/164.
4. PAZZAGLINI FILHO, MARINO - in “LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMENTADA”, São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 114.
5. DECOMAIN, PEDRO ROBERTO - in “IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA”, São Paulo: Dialética, 2007, pp. 146/147.
6. GOMES DE MATTOS, MAURO ROBERTO - in “O Limite da Improbidade Administrativa”, Edit. América Jurídica, 2ª ed. pp. 7 e 8.
7. MORAES, ALEXANDRE DE - in “Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional”, Atlas, 2002, p. 2.611
8. REsp nº. 480.387/SP, 1ª. T, DJU de 24.5.2004, p. 162





## Breve Introdução às Regras Científicas da Hermenêutica

Alberto Marques dos Santos  
Juiz de Direito no Paraná

### I – A hermenêutica, sua função e natureza das suas normas.

A interpretação do direito é a operação que tem por fim solucionar uma dada questão jurídica, mediante a compreensão clara, exata e completa da norma estabelecida pelo legislador. Consiste em determinar o *sentido* e o *alcance* da expressão jurídica (MAXIMILIANO), porque se interpreta o direito em dois momentos ou níveis diferentes, correspondentes cada um a uma das “partes”, componentes ou fragmentos da norma: a *hipótese de incidência* e a *disposição*. Primeiro é preciso interpretar a hipótese de incidência da norma, para saber se o caso em exame nela se enquadra – isto é, definir o *alcance* da regra. Confirmando-se que a norma trata do caso em exame, interpreta-se-a de novo, na sua parte dispositiva, para entender qual a solução que manda aplicar ao caso (qual é o *sentido* da norma).

A interpretação do direito não é tarefa das mais simples e está sujeita à constante controvérsia. O direito, objeto da interpretação, é um edifício construído com tijolos fluidos e maleáveis, que são as palavras, suscetíveis de interpretações as mais diversas. A comprovação da dificuldade que cerca a interpretação do direito está na própria complexidade do sistema montado para executar essa função: o duplo grau de jurisdição, a exigência do juiz natural, a garantia do contraditório, e o titânico emaranhado de correntes, doutrinas, teorias, teses, súmulas, incidentes de uniformização de jurisprudência, etc., atestam quão escorregadio e movediço é o chão que se pisa ao interpretar o direito <sup>1</sup>.

---

1 Na data em que escrevemos este texto o Supremo Tribunal Federal já editou 736 enunciados da sua Súmula de Jurisprudência Dominante, cujo início data de 1963, além de 31 enunciados da Súmula de Jurisprudência Vinculante. O STJ, com 22 anos de existência somente, já editou 470 enunciados. Vê-se que cada um dos Tribunais mais altos do país edita, em média, 18 enunciados por ano. Ora, os enunciados da Súmula de Jurisprudência dominante contém, cada um, a solução pacificada de uma polêmica doutrinária e jurisprudencial que se arrastou por anos. Cada polêmica dessas é uma questão controvertida sobre a interpretação do direito. A superabundância das Súmulas confirma a complexidade da tarefa interpretativa. Para agravar a complexidade do caso, o jornal Valor Econômico anunciava, em sua edição de 6/10/2006, que “de 1988 para cá, foram editadas nada menos do que 3.510.804 normas, entres leis ordinárias, complementares e delegadas, medidas provisórias, decretos, emendas

Para tornar mais previsível e realizável a arte de interpretar os textos jurídicos criou-se uma ciência, a hermenêutica. Hermenêutica significa, genericamente, a arte de interpretar o sentido das palavras: é uma arte de interpretação de textos. Já a hermenêutica jurídica é a ciência que tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos que tornam a interpretação do Direito mais fácil e eficiente. É, portanto, uma ciência, e seu objeto de estudo são os métodos e técnicas de interpretação do Direito. A hermenêutica é o setor das ciências que investiga a interpretação do Direito, à busca de instrumentos e técnicas que a tornem mais fácil e eficiente.

Como ciência que é, a hermenêutica não traça *regras*, no sentido em que usualmente utilizamos esse termo – *regra* como norma imperativa e garantida por sanção. A Hermenêutica estuda o fenômeno interpretativo e *sugere* procedimentos que o tornam mais eficaz. Esses *procedimentos sugeridos* constituem as chamadas regras da hermenêutica, que não são regras jurídicas, mas regras técnicas como as que indicam os métodos de trabalho mais aceitos em cada profissão ou ofício. As leis da hermenêutica não são “leis de fim”, como as normas jurídicas, mas “leis de causa”, ou “leis indicativas ou causais” (na terminologia de GENY), tal como a lei da oferta e da procura na economia, ou a lei das partidas dobradas na contabilidade. As regras de hermenêutica não são ‘chaves mágicas’ que resolvem todos os problemas intercorrentes no labor interpretativo. São só ferramentas que auxiliam o trabalho de interpretação.

É sabido que um argumento convincente é aquele que utiliza, como premissa maior, uma tese que se sabe de antemão ser aceita pelo interlocutor. A utilidade das regras de hermenêutica decorre de serem parte daquele grupo de premissas aceitas pacificamente pela comunidade jurídica. Premissas úteis, portanto, como pontos de partida para argumentações consistentes.

As regras da hermenêutica são, portanto, fruto de elaboração científica. São conclusões doutrinárias, conclusões dos estudiosos. Algumas delas datam de milhares de anos. Muitas, porque tradicionais e respeitadas, ecoaram no trabalho pretoriano e se converteram naquilo que, adiante, será chamado de

---

constitucionais nos âmbitos federal, estaduais e municipais, de acordo com um levantamento anual do IBPT - Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário. Comparando com o balanço de 2005, isso equivale a dizer que somente nos últimos 12 meses o país ganhou 75.999 novas normas locais, regionais ou gerais” (Disponível em: <<http://www.apesp.org.br/Imprensa/newletter06-10-06.htm>>. Acesso em 6/3/2009). E, por fim, nem o sustentáculo do sistema, que é a Constituição da República, está “completo”, pois, após quase 21 anos, ainda falta regulamentar por lei 142 dispositivos do texto constitucional, e destes 80 ainda nem têm projeto de lei apresentado, segundo levantamento feito pelo gabinete do senador Demóstenes Torres (notícia divulgada pelo site Espaço Vital em março de 2009. Fonte: <[http://www.espacovital.com.br/noticia\\_ler.php?id=14077](http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=14077)>. Acesso em 02.03.09)

“regras da jurisprudência”, mas não são, na verdade, criação dos Tribunais: são fragmentos de doutrina consagrados pelo uso pretoriano, que lhes acrescenta prestígio e autoridade. Algumas das regras doutrinárias acabaram, em outros tempos, convertidas em texto de lei, quando se pensou que conviria redigir normas cogentes que disciplinassem a interpretação do Direito. Essa idéia – regulamentar a interpretação – não vingou entre nós, e as antigas regras legais de hermenêutica hoje são reminiscências. Há mesmo quem defenda, como SICHES, que o legislador carece essencialmente de competência para ordenar como deva ser feita a interpretação, porque se trata de matéria afeta à competência do órgão julgador. De outro lado, a lei é o *objeto* da interpretação. Uma lei que viesse explicar *como se interpretam as leis* teria também de ser interpretada. Haveria um círculo vicioso. Mas as antigas regras legais de hermenêutica têm grande valor como fontes de doutrina, porque consolidam a experiência jurídica de muitos séculos.

No presente, as regras legais de hermenêutica são raras, mas há pelo menos duas delas <sup>2</sup> de alta relevância. Estão no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC, Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942) e no preâmbulo e nos arts. 1º e 3º da Constituição <sup>3</sup>.

---

2 Estamos nos referindo, aqui e adiante, apenas às normas legais de hermenêutica aplicáveis a todo o ordenamento jurídico, e não às normas legais relativas à interpretação de apenas certos segmentos ou ramos do direito. Excepcionalmente aparecem, em normas específicas, regras particulares de interpretação, relativas ao micro-sistema ali versado. Assim acontece no art. 6º do ECA (Lei nº 8069/90) (“na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”). São também normas de conteúdo ou utilidade hermenêutica as que introduzem certos micro-sistemas, e que têm função principiológica, indicando os princípios regentes da matéria relativa a um sub-sistema legal. Os princípios, é sabido, são vetores de interpretação, e funcionam como “super-normas”, que não apenas esclarecem o sentido das demais, como prevalecem sobre elas em caso de aparente conflito. As normas principiológicas, no mínimo, fornecem indicação segura a respeito dos “fins sociais” do sub-sistema a que se referem. Vide, p.ex., os princípios do art. 4º do Código do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90), do art. 2º da Lei dos Juizados Especiais (Lei Federal nº 9.099/95), do art. 1º da Lei de Execução Penal (se a “execução penal tem por objetivo ... proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, todas as normas a ela referentes têm como “fim social” proporcionar essa mesma integração), do art. 1º e §§ do Estatuto da Terra (Lei Federal nº 4504/64, cujo artigo 1º expressa o fim da norma: “para os fins de execução da Reforma Agrária e promoção da Política Agrícola”, conceituando, nos parágrafos, esses dois institutos), do art. 6º da Lei nº 9.472/97, dos arts. 1º, 2º e 4º do Decreto nº 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social).

3 A regra do art. 4º da LICC, freqüentemente lembrada pela doutrina, não é, realmente, uma regra de Hermenêutica. Dispõe, na verdade, sobre integração do ordenamento, e integração é uma operação específica da aplicação do Direito.

## II – Os fins sociais da lei.

O art. 5º da LICC dispõe que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Como a aplicação consiste em transformar a norma abstrata, contida na lei, em norma concreta, para o caso particular, ela exige a prévia interpretação: impossível aplicar a lei sem primeiro interpretá-la. Logo, a regra do art. 5º incide sobre a interpretação: é preciso interpretar a lei à luz dos seus fins sociais, para poder aplicá-la atendendo a tais fins. Essa primeira parte do dispositivo em exame consagra o método teleológico de interpretação.

A expressão *teleologia* refere-se ao estudo dos fins, dos objetivos, das metas. Diz-se que a interpretação é teleológica quando ela busca o sentido de uma expressão jurídica analisando quais os objetivos, os fins, a que se destina a referida expressão. A interpretação teleológica parte de uma premissa: toda norma visa proteger um interesse, um valor. Se identifico qual o valor que a norma visa a proteger, qual o interesse que ela quis fazer valer, posso compreender melhor o comando contido na norma. Toda a doutrina admite que existe, por trás do texto legal, um algo mais: uma intenção, um fim, uma meta, um valor que a norma quer tutelar. Esgota-se aí o consenso. Há controvérsia sobre o que exatamente vem a ser esse algo mais, e, principalmente, sobre como identificá-lo nos casos concretos. Esse algo mais que a interpretação teleológica quer identificar é, para uns, a *mens legislatoris*: a vontade do legislador<sup>4</sup>. Mas atualmente predomina o entendimento, a que nos filiamos, pelo qual o elemento teleológico não busca a vontade do legislador, mas sim a vontade da lei, a *voluntas legis* ou *ratio legis*. Enxerga-se, aí, uma vontade da lei independente da vontade de seu criador. A lei, uma vez promulgada, projeta vida autônoma, liberta-se do seu criador, e passa a valer por si só<sup>5</sup>. A lei é uma “coisa viva”, que pode, assim, evoluir, para atender, no futuro, finalidades não imaginadas no tempo da sua feitura. A vontade da lei é

4 Para essa corrente, a norma é a expressão da vontade do legislador, e quando se a interpreta se está buscando identificar que vontade era aquela. Esse é um modo de pensar muito adequado ao “segundo momento” da evolução do pensamento jurídico, que sucedeu a Revolução Francesa, e que representou uma resposta à idéia do poder divino do soberano. No núcleo dessa tese está a idéia de que somente o Legislativo pode expressar a vontade do povo, e que qualquer vontade que não seja a do legislador não é a do povo. Buscar, na lei, uma outra vontade, que não seja essa, é usurpar o poder emanado do povo. Contra esse modo de pensar pode-se dizer que a vontade do legislador é uma abstração, porque centenas votam uma lei, e cada um deles pode querer aprová-la visando a um resultado diferente, a proteção de um interesse diferente. Pode-se também objetar que se a vontade do legislador fosse o fator predominante, ficariam as gerações futuras presas a soluções que eram adequadas no passado, mas restaram superadas nos dias de hoje.

5 Já era nesse sentido, nos primeiros anos do século XX, a lição de CLÓVIS (BEVILÁQUA, CLÓVIS. *Teoria Geral do Direito Civil*. Edição histórica fac-similar. Rio de Janeiro : Editora Rio, 1980, p.48-50).

identificada de acordo com o texto, com o sistema de que o texto faz parte, com a idéia que transparece do conjunto, do micro-sistema em que o fragmento está inserido. Mas é uma “vontade atualizável”, para que a lei não fique ancorada em seu tempo. Assim, a lei antiga pode solucionar problemas inimagináveis no tempo do seu advento, porque sua *ratio* pode ser pesquisada à luz do contexto atual. Esse entendimento é amplamente dominante atualmente<sup>6</sup>.

Logo, pelo argumento teleológico, busca-se entender o significado da norma identificando qual o valor que ela quer proteger, ou o resultado que quer produzir. O sentido, o significado, que encontro na norma, tem que estar de acordo com a razão de ser dessa norma. Se a leitura do texto leva a uma interpretação que aniquila, ou prejudica, o interesse ou valor que a norma visa proteger, então essa leitura – *i.e.*, essa interpretação – é incorreta. Do ponto de vista teleológico só é correta a interpretação que proteja o interesse que a norma visa proteger, que resguarde o valor que ela pretende resguardar, que faça prevalecer o objetivo que a norma traz ínsito em seu texto.

Identificar o valor que a norma quer proteger, e qual o seu objetivo, não é tarefa simples, e contém sempre um componente ideológico. É justamente a esse respeito – a identificação do valor protegido, do fim da norma, da *mens* – que se controverte com mais freqüência. É que por ser um elemento fluido, subjetivo, a tal *mens* serve de ponto de partida para as interpretações mais díspares. Funciona como um “espelho mágico” onde cada um enxerga exatamente o que quer enxergar. É justamente aí que os paradigmas pessoais mais interferem. O “liberal” enxerga no “espírito” da norma um conteúdo liberal, enquanto o “conservador” enxerga ali uma mensagem conservadora.

De qualquer sorte, a norma do art. 5º da LICC, embora de conteúdo um tanto “metafísico”, como assinalou MARIA HELENA DINIZ, tem duas conseqüências relevantes para a hermenêutica: primeiro, condena a exegese puramente literal, afirmando a primazia de outros métodos interpretativos; segundo, consagra o argumento teleológico como o prioritário dentre os métodos de interpretação. De todos os métodos ou técnicas de interpretação que a hermenêutica sugere, apenas um, o teleológico, tem sua aplicação ordenada *expressamente* na lei. Isso pode representar pouco, hoje, mas é preciso considerar que há poucas décadas ainda era forte a corrente exegética literal. Ao menos a LICC tem o mérito de

---

6 Uma interessante exemplificação de como a vontade da lei pode ser atualizada para enfrentar uma realidade social nova aparece num acórdão do TRF da 3ª Região, que discute o significado atual da expressão “vadiagem”, contida no art. 323, IV, do CP, afirmando que, nos tempos atuais onde o desemprego campeia, a expressão não pode ter o mesmo significado que tinha nos tempos de emprego farto dos anos 40, época da confecção da norma (Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre : Editora Síntese, nº 23, dez.-jan./2004, pág. 127). Outro exemplo de atualização da *mens legis* aparece na nota de rodapé nº 39, *infra*.

condenar, no nosso sistema, os postulados daquela doutrina.

Do texto do art. 5º da LICC extraem-se, pois, dois postulados que interferem na aplicação de todas as normas jurídicas:

a) a aplicação de todas as normas jurídicas pressupõe e requer, em todos os casos, a interpretação teleológica;

b) num eventual conflito entre os resultados interpretativos apurados pela interpretação teleológica e qualquer outro método interpretativo (gramatical, histórico, lógico, sistemático), a primeira é que prevalece, porque, dentre todos os métodos, foi o único consagrado expressamente pela lei.

### III – Os vetores constitucionais para interpretação das leis.

O preâmbulo da CF é também parte da Lei Maior. Ou seja: o preâmbulo também é norma, e, no caso, norma constitucional<sup>7</sup>. Não é, a rigor, uma norma a respeito da interpretação dos textos jurídicos, mas é uma declaração de princípios.

Os princípios, é sabido, são vetores de interpretação de todas as normas, constitucionais ou infraconstitucionais, e funcionam como “super-normas”, que não apenas esclarecem o sentido das demais, como prevalecem sobre elas em caso de aparente conflito. Os princípios “são os elementos fundamentais da cultura jurídica humana em nossos dias” (CLÓVIS BEVILÁQUA), “os pressupostos lógicos e necessários das diversas normas legislativas” (COVIELLO), “a manifestação do próprio espírito de uma legislação” (BOULANGER), ou a “cristalização, em termos abstratos, do conjunto de preceitos normativos do ordenamento legal” (ORLANDO GOMES). No dizer de BANDEIRA DE MELLO o princípio é um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. Os princípios revelam-se como normas de valor genérico, não ditadas explicitamente pelo legislador, mas contidas de forma imanente no ordenamento jurídico, que orientam a compreensão do sistema jurídico, sua aplicação e integração (MARIA HELENA DINIZ), porque são núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais, e constituem a síntese ou a matriz de todas as demais normas do subsistema, que aos princípios podem ser direta

<sup>7</sup> Referindo-se não ao preâmbulo constitucional, mas aos preâmbulos legais em geral, SERPA LOPES no início dos anos 50 já lembrava o antigo aforismo *rubrica legi est lex* (SERPA LOPES, *Curso de direito civil*, Rio : Freitas Bastos, 1998, v.I, p.132).

ou indiretamente reconduzidas (CANOTILHO). Como ensinou GERALDO ATALIBA (citando AGOSTINHO GORDILLO): “o princípio é muito mais importante do que uma norma [...]. O princípio é uma norma; mas é mais do que uma norma, uma diretriz, é um norte do sistema, é um rumo apontado para ser seguido por todo o sistema. Rege toda a interpretação do sistema e a ele deve se curvar o intérprete, sempre que se vai debruçar sobre os preceitos contidos no sistema”.

Assim, as normas principiológicas fornecem indicação segura a respeito dos “fins sociais” do sistema a que se referem. Será, portanto, incorreta (inconstitucional) a interpretação cujo resultado for contrário aos valores enunciados no preâmbulo constitucional. O mesmo se diga dos arts. 1º e 3º da Carta Magna, que enunciam, respectivamente, os fundamentos do Estado brasileiro e os objetivos da República. Será inconstitucional a interpretação de lei que contrariar esses fundamentos e objetivos. Dizem tais textos:

“Preâmbulo: nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. [...]

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político; [...]

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

O preâmbulo constitucional e o art. 3º da CF enunciam os objetivos fundamentais da República. Ora, todas as leis são apenas instrumentos do Estado para realizar seus objetivos. E todas as leis (consoante o art. 5º da LICC) devem ser interpretadas/aplicadas de forma a atender aos seus fins. Não se imagina, nem se pode conceber, que os fins de uma determinada lei, ou de um dado artigo

de lei, sejam contrários aos “fins maiores”, que são os da própria República. Se a lei é um instrumento para realizar os fins do Estado, os fins da lei não podem ser diferentes dos fins do Estado, nem contrariá-los. E estes são os contemplados no preâmbulo constitucional e no art. 3º da Carta Magna. Qualquer interpretação de lei que leve a um resultado contrário à *igualdade* e à *justiça*, declaradas pelo constituinte como valores supremos do Estado brasileiro, será uma interpretação que contraria os fins do Estado, e, por conseqüência, os fins da lei; portanto, uma interpretação equivocada e inconstitucional. Será também inconstitucional, e vedada pelo art. 5º da LICC, qualquer solução interpretativa que estimule preconceitos (é objetivo do Estado e da lei fundar uma sociedade sem preconceitos, diz o Preâmbulo), ou que atente contra a cidadania, a dignidade da pessoa humana, ou os valores sociais do trabalho (fundamentos da República brasileira, segundo os incisos II, III e IV do art. 1º da CF). É inconstitucional e viola o art. 5º da LICC a interpretação de lei que não busque fazer dela instrumento para realizar os grandes objetivos do Estado, que incluem, segundo o art. 3º da Lei Maior, construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos.

O sumário que se extrai, do confronto dos dispositivos constitucionais citados com o art. 5º da LICC, é este: o intérprete está obrigado a aplicar a norma de maneira a realizar os seus fins. E os fins de toda norma jurídica terão de ser sempre aqueles previstos nos arts. 1º e 3º e no Preâmbulo da Carta Magna, ou outros que deles descendam e com eles sejam compatíveis, e jamais um fim que os contradiga. É inconstitucional uma norma jurídica cujo fim conflite com os fins da República, de que todas as normas são meros instrumentos. É equivocada, portanto, a interpretação que enxergar, numa norma jurídica qualquer, um fim incompatível com o preâmbulo constitucional e os arts. 1º e 3º da Constituição<sup>8</sup>.

8 O STJ invocou o preâmbulo constitucional que prevê a proscrição das desigualdades e a proteção à dignidade humana contidas para afirmar a legitimidade do Ministério Público para mover ação civil pública em caso relacionado com a saúde infantil (STJ, REsp nº 577836/SC, 1ª Turma do STJ, Rel. Min. Luiz Fux. j. 21.10.2004, unânime, DJ 28.02.2005), e para dar provimento a outra ação civil pública que visava garantir o direito de acesso a creches (STJ, REsp nº 575280/SP, 1ª Turma do STJ, Rel. Min. José Delgado, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux. j. 02.09.2004, maioria, DJ 25.10.2004), e a uma outra que visava obrigar município a prestar contínua e eficientemente o serviço de coleta de lixo (STJ, REsp nº 575998/MG, 1ª Turma do STJ, Rel. Min. Luiz Fux. j. 07.10.2004, unânime, DJ 16.11.2004). E o TJSC aplicou a idéia supra defendida para decidir pela inaplicabilidade, em certos casos concretos, da Súmula nº 648 do Supremo Tribunal Federal (Ap.Civ. nº 2001.021164-5, 2ª Câm. de Direito Comercial do TJSC, Rel. Des. Nelson Schaefer Martins. v.u., DJ 22.02.2005; Ap.Civ. nº 2003.018988-2, 2ª Câm. de Direito Comercial do TJSC, Rel. Des. Nelson Schaefer Martins. v.u., DJ 22.02.2005; Ap.Civ. nº 2004.015828-9, 2ª Câm. de Direito Comercial do TJSC, Rel. Des. Nelson Schaefer Martins. v.u., DJ 01.03.2005; Ap.Civ. nº 2002.004049-5, 2ª Câm. de Direito Comercial do TJSC, Rel. Des. Nelson Schaefer Martins. v.u., DJ 05.01.2005; Ap.Civ. nº 2002.012230-6, 2ª Câm. de Direito Comercial do TJSC, Rel. Des. Nelson

#### IV – As regras científicas da hermenêutica

Passamos a enfocar, agora, quinze das mais tradicionais regras de hermenêutica de origem científica ou doutrinal. Dentre elas são sempre lembradas as normas que constavam da Consolidação das Leis Civis, de 1890<sup>9</sup>. São regras que, entre nós, já foram lei vigente, e deixaram de sê-lo com a entrada em vigor do Código Civil de 1917. Prevalecem, todavia, como regras científicas, principalmente porque representaram, a seu tempo, a consolidação da tradição hermenêutica que vinha do império, do Direito português e da tradição do Direito medieval e romano. Algumas das regras citadas provêm dessa fonte. Outras regras doutrinárias são herança romana. No ano de 530 d.C. o Imperador JUSTINIANO constituiu uma comissão de juristas para compilarem numa só obra todo o Direito romano. A obra que resultou, o *Corpus Juris Civilis*, consolidou 1.400 anos de experiência jurídica dos romanos, e tornou JUSTINIANO célebre para sempre. LIMONGI FRANÇA encontrou, no *Corpus Juris Civilis*, várias regras relativas à interpretação do Direito. Citamos algumas delas, de maior aplicabilidade atual. Por fim, na jurisprudência nacional repercutem as lições da doutrina a respeito da interpretação do Direito. Algumas das regras que aparecem na jurisprudência foram selecionadas por WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, e também são lembradas abaixo.

##### ***1. É incorreta a interpretação que conduz ao vago, inexplicável, contraditório ou absurdo.***

Na interpretação deve-se sempre preferir a inteligência que faz sentido à que não faz. Essa regra tem relação com uma passagem do jurista PAULO, no Digesto: nas proposições obscuras se costuma investigar aquilo que é verossímil, ou o que é de uso ser feito o mais das vezes. BARROS MONTEIRO a atualiza dizendo que “deve ser afastada a exegese que conduz ao vago, ao inexplicável, ao contraditório e ao absurdo”. E SAN TIAGO DANTAS lembrava que o brocardo *o legislador não pode ter querido o absurdo* é quase sempre verdadeiro<sup>10</sup>.

Schaefer Martins. v.ii., DJ 03.12.2004).

9 Citadas por LIMONGI FRANÇA (FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*, Ed. Saraiva). Contudo, antes mesmo do advento dessa Consolidação, em 1880 o CONSELHEIRO RIBAS já listava quase todas as regras da hermenêutica aqui examinadas (vide RIBAS, JOAQUIM. *Direito civil brasileiro*. Edição histórica fac-similar, Rio de Janeiro : Editora Rio, 1977, p.188/189). Quase todas essas regras, com sua formulação latina, são também lembradas por SERPA LOPES (Curso de direito civil, Rio : Freitas Bastos, 1998, v.I, p.134 e s.).

10 DANTAS, SAN TIAGO. Programa de Direito Civil. Rio de Janeiro : Editora Rio, 1979, v.I, p.139.

Na interpretação de uma norma frequentemente o operador deve optar entre mais de um possível sentido para o texto. Dentre os entendimentos que se pode extrair de uma norma, deve ser descartado aquele que conduz ao absurdo. Por *absurda*, aqui, se entende a interpretação que:

a) leva à ineficácia ou inaplicabilidade da norma, tornando-a supérflua ou sem efeito (como será visto, no item nº 2, *infra*, a lei não tem palavras nem disposições inúteis);

b) conduz a uma iniquidade: o preâmbulo constitucional diz que a justiça é um valor supremo da sociedade brasileira, e o art. 3º, I, da Constituição diz que é objetivo permanente da República (e de suas leis, por extensão) *construir uma sociedade justa*;

c) infringe a finalidade da norma ou do sistema;

d) conduz a um resultado irrealizável, impossível, ou contrário à lógica;

e) conduz a uma colisão com princípios constitucionais ou regentes do sub-sistema a que se refere a norma: os princípios são vetores de interpretação, e constituem super-normas que indicam os fins e a lógica específica de um determinado sistema ou sub-sistema;

f) conduz a uma antinomia com normas de hierarquia superior, ou com normas do mesmo texto legal, situações onde não pode haver antinomia (vide o item nº 3, *infra*);

g) conduz a uma fórmula incompreensível, de inviável aplicação prática.

O art. 44 do CPP diz que “a queixa poderá ser dada por procurador com poderes especiais, devendo constar do instrumento do mandato o nome do querelante e a menção do fato criminoso”. O texto, interpretado literalmente, exige o óbvio: não pode haver instrumento de mandato sem o nome do outorgante, do mandante, e no caso de que trata o artigo o mandante é o querelante. Logo, o nome do querelante teria que constar do mandato, ainda que a norma não o dissesse, porque sem essa informação o instrumento não teria valor jurídico. Logo, interpretar literalmente a norma em questão leva a um resultado absurdo, contraditório, porque infringe uma das regras da hermenêutica (a que é tratada no item 2, *infra*). Essa interpretação literal, portanto, não faz sentido, e está incorreta. Outra técnica interpretativa – no caso, a interpretação lógica – terá de ser empregada, para concluir que é o nome do querelado que deve constar do mandato.

Diante de uma possível solução absurda, e outra que não incide nesse vício, a segunda é a adequada. E na análise das possíveis soluções, a fim de

averiguar qual delas “faz sentido”, há de se ter em vista, como adverte BARROS MONTEIRO, *aquilo que ordinariamente sucede no meio social*.

## **2. A lei não contém frase ou palavra inútil, supérflua ou sem efeito.**

Um dos expedientes de que se pode valer o mau intérprete para alterar, na interpretação, o sentido da norma, é o de “fechar os olhos” para uma palavra ou um trecho do texto. Nas questões onde a redação da norma é deficiente, em especial, acode a tentação de “esquecer” a palavra ou expressão que cria uma dificuldade interpretativa (ou conduz a um resultado indesejado pelo intérprete). Por isso é que a experiência jurídica mult centenária consagrou a regra em exame. Todas as palavras contidas na lei são lei, e todas têm força obrigatória. Nenhum conteúdo da norma legal pode ser esquecido, ignorado ou tido como sem efeito, sem importância ou supérfluo. A lei não contém palavras inúteis. Só é adequada a interpretação que encontrar um significado útil e efetivo para cada expressão contida na norma.

Um exemplo de violação da regra hermenêutica em exame aparece na questão relativa à redução da pena abaixo do mínimo abstrato do tipo, por força de atenuantes genéricas. A interpretação dominante, resumida na Súmula 231 do STJ, toma por inúteis, supérfluas ou sem efeitos a palavra “sempre” que aparece no art. 65 do Código Penal (“são circunstâncias que *sempre* atenuam a pena”), e a palavra “base” no *caput* do art. 68 do mesmo código (“a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 deste Código”). A interpretação consagrada na Súmula preconiza que as circunstâncias do art. 65 *nem sempre* atenuam a pena, e que os critérios do art. 59 valem para todas as duas primeiras etapas da fixação da pena, e não somente para a primeira etapa (a fixação da pena-base)<sup>11</sup>.

No exemplo citado para ilustrar o item nº 1, supra, a respeito do art. 44 do CPP, a interpretação literal incide no defeito de concluir que a lei contém uma palavra supérflua ou sem efeito (a palavra *querelante*), e por isso tal interpretação está equivocada.

Outro exemplo: a norma do art. 5º, § 1º, do Código Penal, diz que “para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional [...] as

---

11 Sobre o tema vide nosso artigo *Atenuantes e pena mínima*, in: Revista Jurídica, Porto Alegre : Editora Notadez, volume 288, outubro de 2001, p.75 e s..

aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, *no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar*". A expressão *no espaço aéreo correspondente* não faz sentido, porque não há menção a nenhum dado, no texto precedente do dispositivo, que possa *corresponder* ao espaço aéreo. A interpretação literal levaria a crer que o espaço aéreo ali mencionado seria o que se situa sobre o território nacional. Mas, se assim fosse, a frase seria supérflua ou sem efeito, porque o referido parágrafo tem o escopo de criar uma extensão ficta do território nacional, e o espaço aéreo que sobrejaza ao território em sentido estrito já é considerado automaticamente sujeito à soberania nacional, sem necessidade de criação de uma regra de extensão ou presunção como a do cânone em exame. Logo, a interpretação literal, aqui, não pode prevalecer, porque violaria a regra hermenêutica ora em exame. A análise lógica do texto revela que o espaço aéreo a que se refere é aquele sobrejacente ao alto-mar, de forma que o texto significa "em alto-mar ou no espaço aéreo correspondente"<sup>12</sup>.

### ***3. Prevalece a interpretação que compatibiliza normas aparentemente antinômicas.***

Na expressão da antiga Consolidação das Leis Cíveis, "devem concordar os textos das leis, de modo a torná-los conformes e não contraditórios, não sendo admissível a contradição ou incompatibilidade neles". A regra acima indica que não se presumem, nem se admitem sem melhor exame, antinomias entre normas jurídicas. O direito é um sistema, e as normas que o compõem devem idealmente se complementar, e não se contradizer. Não se admite, em princípio, que duas normas jurídicas se contrariem. Antes de concluir pela contradição, pela antinomia, pela inconciliabilidade entre as disposições de duas normas, o intérprete deve realizar todo esforço hermenêutico possível para buscar uma interpretação, um sentido, um significado para ambas que permita a sua convivência, que as torne conciliáveis e compatíveis.

É certo que o sistema prevê princípios que solucionam as antinomias normativas, determinando, em cada caso, a norma que prevalece: trata-se dos princípios *hierárquico* (entre normas de categoria diversa, prevalece a de mais alta hierarquia), *cronológico* (a lei mais nova revoga a lei mais antiga, tacitamente, quando for com ela incompatível) e *da especialidade* (a norma especial prevalece, no seu âmbito restrito de atuação, sobre a norma geral em

12 Nesse sentido: MIRABETE, *Manual de direito penal*, v.1, p.78.

sentido contrário). Mas a aplicação dessas três vias de solução pressupõe que haja incompatibilidade real, e não aparente, entre as normas. Somente depois de esgotados os recursos da hermenêutica, na busca infrutífera de um modo de interpretar que compatibilize as duas regras, é que se confirma a antinomia, e se declara a prevalência de uma das regras, segundo aqueles critérios<sup>13</sup>.

Por outro lado, não pode existir jamais antinomia entre duas normas que constem do mesmo diploma<sup>14</sup>. Os artigos de uma mesma lei são todos contemporâneos, e, portanto, não podem revogar uns aos outros. Normas contemporâneas, e da mesma hierarquia, têm que ser compatíveis. Cabe ao intérprete buscar, com os instrumentos hermenêuticos, uma interpretação que concilie as normas concomitantes e aparentemente antinômicas. Um exemplo dessa situação se dá na aparente antinomia entre o art. 8, § 1º, e o art. 3º, II, da lei 9099/95. O art. 8º, § 1º, previu a regra geral segundo a qual somente as pessoas físicas estão admitidas a figurar no pólo ativo, nas demandas perante o Juizado Especial Cível. Todavia, o art. 3º, II, afirma a competência (absoluta, segundo uma corrente) do Juizado Especial Cível para conhecer das causas enumeradas no art. 275, II, do CPC, onde aparece, dentre outras, a ação para cobrança de débito condominial. Note-se que em todas as demais hipóteses do citado art. 275, II, figuram demandas em que o autor pode ser pessoa física ou jurídica. De forma que para todas as outras situações do art. 275, II, do CPC é fácil conciliar a regra do art. 3º, II, com a do art. 8º, § 1º, da Lei 9099: é da competência do Juizado a causa enumerada no art. 275, II, do CPC, quando o autor for pessoa física capaz. Mas na situação da cobrança de dívida condominial parece haver um paradoxo, porque o credor sempre será o condomínio, e o condomínio nunca será pessoa física. Sua qualificação como pessoa jurídica é discutível mas, com certeza, pessoa física não é. Logo, parece estar excluído da competência do Juizado Especial Cível.

Duas alternativas hermenêuticas aparecem, então: a primeira, entender que as normas já mencionadas são antinômicas, e interpretar a regra do artigo

---

13 Sobre a distinção entre antinomia real e antinomia aparente, e sobre os critérios supra mencionados para solução de antinomias, consulte-se DINIZ, MARIA HELENA, *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, São Paulo : Saraiva, 1994, p.67 e s..

14 Na verdade, dos três métodos de solução de antinomias antes vistos (cronológico, hierárquico e da especialidade), os dois primeiros são inúteis – porque inaplicáveis – às antinomias entre normas contidas no mesmo diploma legal. Apenas o terceiro método, o da especialidade, é que pode ser de utilidade nesse caso, mediante a apuração, no caso concreto, de que uma das regras contemporâneas antinômicas representa exceção à outra, que é regra geral. Tal se dá, p.ex., quando a norma contida no parágrafo contraria a contida no seu *caput*: a organização topológica das disposições revela que o parágrafo excepciona a norma geral do *caput*.

3º, II, da lei 9099 como querendo dizer que o Juizado é competente para as hipóteses do art. 275, II, do CPC, menos na hipótese do seu inciso *b*; a segunda, conciliar as regras em conflito, enxergando na hipótese do art. 275, II, *b*, do CPC uma exceção à regra do art. 8º, § 1º, da Lei dos Juizados. A primeira das soluções é inadequada, porque viola a regra de hermenêutica ora em estudo<sup>15</sup>: admite uma antinomia, que leva à ineficácia de uma das normas, quando há outra interpretação cabível e razoável que compatibiliza as regras em choque. Para adotá-la, seria preciso considerar não escrita uma parte da lei, e revogar interpretando, ou interpretar revogando, o que não é admissível. Já a segunda alternativa encontra conforto na interpretação sistemática dos textos legais. A regra da hermenêutica que vamos estudando ensina que no sistema não devem existir incongruências. Essas incongruências aparentes devem ser harmonizadas pela interpretação sistemática. Ademais, a lei que criou a regra pode criar a exceção. A lei 9099 estatuiu a regra geral, pela qual somente as pessoas físicas capazes podem demandar perante o Juizado cível. Ao prever, no art. 3º, a competência do mesmo Juizado para as causas enumeradas no art. 275, II, do CPC, entre as quais figura uma em que o reclamante tem que ser pessoa jurídica (ou ente despersonalizado, ou, enfim, pessoa “não física”), estatuiu uma exceção à sua própria regra geral. E, pela interpretação sistemática, chega-se à seguinte interpretação da regra: somente as pessoas físicas capazes, e o condomínio, na hipótese do art. 275, II, *b*, podem postular perante o Juizado Especial Cível. Uma conclusão que não viola a vontade da lei, porque opta por dar aplicação harmônica a todas as suas disposições, ao invés de preferir uma regra em detrimento da outra.

Um outro exemplo de normas contemporâneas e aparente antinômicas aparece no art. 81 §§ 1º e 2º do Código Penal, que tratam da revogação e da prorrogação do prazo do *sursis*. Dizem os citados dispositivos:

§ 1º. A suspensão poderá ser revogada se o condenado descumpre qualquer outra condição imposta ou é irrecorrivelmente condenado, por crime culposo ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

§ 2º. Se o beneficiário está sendo processado por outro crime ou contravenção, considera-se prorrogado o prazo da suspensão até o julgamento definitivo.

A regra do § 2º tem que ser interpretada restritivamente: a prorrogação do período de prova, em virtude de processo por contravenção, só ocorre se

15 E ainda cria uma distinção que a lei não criou, incidindo em infração a outra regra hermenêutica a ser estudada adiante, no nº 4.

a pena cominada *in abstracto* for de prisão simples. É que a prorrogação no caso de processo por contravenção sujeita somente a pena de multa criaria uma antinomia do § 2º com o § 1º. Este último prevê a facultatividade da suspensão quando houver condenação por contravenção, mas só se for imposta pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos. Se a condenação a pena de multa por contravenção não justifica a revogação do *sursis*, seria anti-lógico que levasse à prorrogação do prazo do benefício. Logo, a interpretação que cabe é a restritiva, acima sugerida<sup>16</sup>, que preserva a compatibilidade entre os dispositivos aparentemente antinômicos.

Outra questão onde a regra em exame nos parece aplicável é a polêmica sobre se o art. 309 do CTB (Lei nº 9503/97) revogou o art. 32 da LCP (Decreto-lei nº 3688/41). A melhor solução, entendemos, é a que vê compatibilidade plena entre os dois dispositivos (32 da LCP e 309 do CTB), já que o segundo cobre os casos de direção não habilitada geradora de perigo concreto, e o primeiro os casos onde falta esse perigo concreto. Tal solução dá plena aplicação à regra hermenêutica de que não se reconhece antinomia quando podem as normas ser aplicada concomitantemente sem contradições. No caso, há uma norma subsidiária mais abrangente, a do art. 32, tipificando o dirigir sem habilitação como infração de mera conduta; e uma norma menos abrangente, a do CTB, incriminando uma conduta mais estrita, que é a de produzir perigo concreto ao dirigir sem habilitação. São hipóteses diferentes, porque têm âmbitos diferentes, e, assim, as normas podem conviver sem conflitar<sup>17</sup>.

Enfim, outro exemplo de antinomia aparente surge no novo Estatuto do Desarmamento (Lei Federal nº 10826/03). O art. 12 da dita lei, sob a epígrafe “posse irregular de arma de fogo de uso permitido”, incrimina, entre outras condutas típicas, a de “manter sob sua guarda arma de fogo [...] de uso permitido

16 Lição de TOMAZ SHINTATI, *Curso de direito penal*, p.3.

17 Nesse sentido há dezenas de precedentes, inclusive no STJ: STJ, ERESP 227564, SP, 2ª S., Rel. Min. Felix Fischer, DJU 16.10.2000, p. 284; Recurso de Habeas Corpus nº 8.316/SP, Rel. Rel. Min. Gilson Dipp, STJ, 5ª Turma, j. 17.08.1999, DJU 13.09.1999; STJ, HC 12470, SP, 6ª T., Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU 26.03.2001, p.475; STJ, HC 12516, SP, 5ª T., Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 04.12.2000, p.080; STJ, ERESP 230140, SP, 2ª S., Rel. Min. Edson Vidigal, DJU 11.12.2000, p.171; STJ, ERESP 221589, SP, 2ª S., Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 23.10.2000, p. 106; STJ, HC 11183, SP, 5ª T., Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU 01.08.2000, p.284; STJ, RESP 247505, SP, 5ª T., Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU 07.08.2000, p.144; STJ, RESP 221610, SP, 5ª T., Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU 19.06.2000, p.178; STJ, RESP 234345, SP, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 19.06.2000, p.187; STJ, RESP 221608, SP, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 22.05.2000, p.129; STJ, RHC 9464, SP, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 22.05.2000, p.123; TJSP, EI 045.494-0, C.Esp., Rel. Des. Nigro Conceição, J. 04.05.2000. No mesmo sentido é também a lição da doutrina: CARLOS ERNANI CONSTANTINO, *Direção não habilitada de veículo: o artigo 309 do CTB revogou o artigo 32 da LCP?*, Revista Jurídica, nº 252, out./1998, pág. 35; MÁRCIO ROGÉRIO DE OLIVEIRA BRESSAN, *Art. 309 do CTB não revoga o art. 32 da LCP*, Juris Sintese nº 24, jul.-ago./2000.

[...] no interior de residência [...] ou local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa”. Já o art. 14, com a epígrafe “porte ilegal de arma de fogo de uso permitido”, incrimina a conduta de “manter sob guarda [...] arma de fogo [...] de uso permitido”. A conduta de manter sob guarda a arma de fogo de uso permitido aparece descrita, como comportamento típico, em dois tipos diferentes, e com penas abstratas bem díspares. Parece haver um “cochilo” do legislador, ou uma antinomia, com o mesmo fato tipificado em duas normas contemporâneas e da mesma hierarquia. A questão, contudo, deve ser resolvida como caso de antinomia aparente, aplicando-se a regra hermenêutica ora em estudo. Basta interpretar as duas situações como regras de abrangências diferentes, como o texto permite entrever. O primeiro tipo, do art. 12, abrange o manter sob guarda em dois lugares determinados somente: casa e local de trabalho (se o possuidor da arma for o “titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa”). Logo, para o tipo do art. 14 sobra a incriminação da conduta de manter sob guarda a arma de fogo em qualquer outro local não previsto no art. 12, ou seja, guardá-la em local que não seja a casa ou o local de trabalho, ou no local de trabalho se o possuidor da arma não for o titular ou responsável pelo estabelecimento. A aparente antinomia se resolve, assim, com a identificação de amplitudes diferentes para as normas conflitantes, atribuindo-se a uma delas (o art. 14) o caráter de norma geral e à outra (o art. 12) o caráter de norma especial ou específica.

#### ***4. Quando a lei não fez distinção o intérprete não deve fazê-la.***

A mesma regra foi assim expressa por BARROS MONTEIRO: onde a lei não distingue, o intérprete não deve igualmente distinguir. Não deve o intérprete criar, na interpretação, distinções que não figuram na lei. Se o legislador não distinguiu, não deve o operador do direito fazê-lo. Essa regra adverte para a aplicação geral, sem exceções, da regra cujo sentido é geral, e para a qual o legislador não previu exceções. Distinguir, nesse tema, quer dizer excepcionar, tratar de forma dessemelhante, tratar como exceção. E a regra indica que não se presumem exceções<sup>18</sup>. As exceções a uma regra geral devem estar previstas na lei – embora não se ignore que *a*) não precisam estar previstas na mesma lei, *b*) podem estar previstas de forma implícita, e *c*) podem decorrer da interpretação sistemática de outras normas.

---

18 Nesse sentido a lição de LAURENT (*apud* SERPA LOPES, Curso de direito civil, Rio : Freitas Bastos, 1998, v.I, p.135).

A regra é frequentemente invocada em precedentes jurisprudenciais <sup>19</sup>. Por tal regra se conclui que o título executivo extrajudicial pode servir de base à execução de alimentos, como preleciona IWAO SUZUKI:

“Não distinguiu o legislador de 1973 entre títulos executivos judiciais e extrajudiciais, servindo-se apenas da expressão genérica (‘título executivo’) para indicar o primeiro requisito necessário para realizar qualquer execução. Assim, devem ser descartadas interpretações que busquem excluir o título executivo extrajudicial como título hábil a embasar a executiva de alimentos, tendo em vista o supramencionado parágrafo único do art. 580 do CPC, que apenas menciona o gênero (‘título executivo’), sem distinguir as espécies (judicial ou extrajudicial). Atente-se para o fato de que o comando normativo transcrito disciplina a questão do interesse processual, impondo a regra geral para a validade da execução o inadimplemento, sem estabelecer exceções acerca da natureza do título, que deveriam ser expressas, por tratar-se de Direito Público.

A lei não distinguiu entre as duas espécies de título executivo, e sim proibiu o credor de iniciar ou de prosseguir a execução antes do inadimplemento, a teor dos arts. 581 e 582 do CPC, cabendo, nesse caso, a aplicação da regra de hermenêutica segundo a qual ‘onde a lei não distingue, não pode o intérprete fazer distinções’: *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*” <sup>20</sup>.

GUILHERME FELICIANO invoca também o brocardo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* para afirmar que o art. 307 do CPP, ao prever que o juiz deverá lavrar auto de prisão em flagrante quando o crime for praticado em sua presença, ou contra ele, não distinguiu entre juízes criminais e juízes sem jurisdição penal, razão porque o juiz do trabalho também detém o poder-dever contemplado nesse dispositivo <sup>21</sup>.

Aplicando a mesma regra hermenêutica aqui estudada, e invocando o mesmo brocardo, decidiu o STJ que “nos termos do art. 665 IV, CPC, é requisito indispensável do auto de penhora a nomeação do depositário do bem, assim como a assinatura no termo, independentemente da natureza do bem penhorado”, seja este corpóreo ou incorpóreo, porque a lei não fez distinção a respeito <sup>22</sup>.

---

19 Pex.: Juris Síntese, ementas n.ºs. 189087162, 116009543, 132019346, 132019349, 93024647, 93021960, 172318, 41002844.

20 SUZUKI, Iwao Celso Tadayio Mura. *O título executivo extrajudicial pode embasar ação de execução de alimentos?*. In: Jornal Síntese, Porto Alegre : Editora Síntese, n.º 61, março/2002, pág. 5.

21 FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Aspectos penais da atividade jurisdicional do juiz do trabalho*. In: Síntese Trabalhista, Porto Alegre : Editora Síntese, n.º 159, set./2002, pág. 23.

22 STJ, Juris Síntese, ementa n.º 116009543.

### ***5. A norma especial prevalece sobre a norma geral.***

Interpretar a norma, como foi dito no princípio, inclui determinar o seu alcance, ou seja, seu âmbito de incidência. Implica, em suma, determinar a que casos se aplica a norma. Há, como é sabido, normas gerais e normas especiais, as primeiras feitas para cobrir um universo amplo de situações, e as segundas para tratar de situações particulares, específicas, desmembradas daquele universo. Se temos uma lei geral (o Código Civil) tratando de contratos, e várias leis especiais (a Lei do Inquilinato, o Código do Consumidor, p.ex.) tratando também de contratos, devemos observar que *situações* especiais resolvem-se segundo as regras especiais, e as *situações* gerais resolvem-se pela regra geral. A regra geral só incide quando não houver regra especial cobrindo uma determinada hipótese. Num conflito entre regra geral e regra especial (entre regra e exceção, na prática), a exceção prevalece, a regra especial é a preferente<sup>23</sup>. A regra geral se aplica no silêncio da regra específica, ou onde for compatível com esta.

Há, p.ex., uma norma geral (o Código de Processo Penal) prevendo um rito para o procedimento de apuração judicial de crimes. Mas se o crime a ser julgado for, p.ex., o de abuso de autoridade, não se aplicam as normas procedimentais do CPP, porque a Lei 4.898 tem regras especiais aplicáveis para essa situação específica. O mesmo se pode dizer de todas as leis que disciplinam procedimentos especiais (tóxicos, falência, juizado especial, crimes contra a honra), que prevalecem, nos casos específicos de que tratam essas normas, sobre as disposições do CPP. Os limites e valores da pena de multa nos crimes de entorpecentes têm regra própria, especial, não se aplicando ao caso as disposições gerais do Código Penal. O homicídio culposo praticado na condução de veículo automotor não se submete à regra do art. 121, § 3º, do Código Penal, porque há para a hipótese regra especial, no art. 302 do Código de Trânsito. Em suma, a norma geral, nesses casos como em todos os casos semelhantes, só prevalece no silêncio da regra específica, ou onde for compatível com esta.

Aplicando o princípio em comento encontram-se numerosos precedentes, como, p.ex.: a) do TJPR, afirmando a inconstitucionalidade da contribuição previdenciária incidente sobre pensão, porque a regra do art. 195,

---

<sup>23</sup> Aplicando a regra em exame, aresto do STJ: “O art. 1º do Decreto-Lei nº 4.240/41, por ser norma especial, prevalece sobre o art. 125 do CPP e não foi por este revogado eis que a legislação especial não versa sobre a mera apreensão do produto do crime, mas, sim, configura específico meio acautelatório de ressarcimento da Fazenda Pública, de crimes contra ela praticados. Os tipos penais em questão regulam assuntos diversos e têm existência compatível”. (STJ, Juris Sintese, ementa nº 116005487)

II, da CF, é especial a respeito do tema <sup>24</sup>; b) “no caso dos eletricitários, por haver norma especial disciplinando a matéria, o adicional de periculosidade deve ter como base de cálculo a remuneração e não o salário-base, não incidindo na espécie as disposições do art. 193 da CLT, porquanto prevalece o princípio da especialidade” <sup>25</sup>; c) “A competência para a ação que exige reparação de danos por quebra contratual segue a regra do art. 100, inciso IV, alínea *d*, do CPC, que por ser norma especial, prevalece sobre a da alínea *a*, de caráter geral” <sup>26</sup>; d) “nas ações de reparação do dano sofrido em razão de acidente de veículos, será competente o foro do domicílio do autor ou do local do fato (par. único, art. 100, CPC). O autor pode optar pelo domicílio do réu. Mas este, inversamente, não pode pretender que a ação seja proposta no foro do seu domicílio, porque a norma especial prevalece sobre a geral do art. 94 do CPC” <sup>27</sup>.

Também por aplicação do princípio em estudo sabe-se que a inicial da execução fiscal não precisa ser instruída com a memória do cálculo, porque a exigência do art. 614, II, do CPC, aplica-se às execuções regidas pelo CPC (norma geral), e não às regidas pela LEF (Lei Federal nº 6830, de 1980), que é lei especial <sup>28</sup>.

## 6. *No todo se contém a parte.*

Essa regra se baseia no argumento *a majori ad minus*, que parte da premissa de que a solução ou regra aplicável ao todo é também aplicável às suas partes. A norma que incide sobre um determinado contrato incide sobre cada cláusula daquele contrato. Buscar afastar da incidência da norma uma parte do “todo” de que ela trata, significa realizar uma distinção, criar uma exceção. As exceções não se presumem, devem estar previstas – ainda que implícita ou sistematicamente – no ordenamento jurídico (como visto anteriormente, *supra*, nº 4). Sob um outro aspecto, a norma em exame também implica que a regra que

24 Juris Sintese, ementa nº 153009013.

25 Juris Sintese, ementa nº 24011893.

26 Juris Sintese, ementa nº 86027462.

27 Juris Sintese, ementa nº 11001658

28 Nesse sentido é a jurisprudência: STJ, RESP 290.141/RS, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 31.03.2003; TRF 4ª R., AC 2003.04.01.003827-0, PR, 5ª T., Rel. Juiz Ricardo Teixeira do Valle Pereira, DJU 10.03.2004, p. 505; TRF 4ª R., AC 2001.71.08.007911-5, RS, 2ª T., Rel. Des. Fed. Dirceu de Almeida Soares, DJU 04.02.2004, p. 525; TRF 3ª R., AC 909308, (2000.61.13.006416-7), 3ª T., Rel. Des. Fed. Carlos Muta, DJU 18.03.2004, p. 516; TRF 3ª R., AC 812729, (2002.03.99.026871-3), 3ª T., Rel. Des. Fed. Carlos Muta, DJU 03.03.2004, p. 211; TRF 3ª R., AC 638.794, (2000.03.99.063384-4), 3ª T., Rel. Juiz Carlos Muta, DJU 04.04.2001, p. 291; TRF 4ª R., AC 2001.72.03.001073, SC, T.Esp., Rel. Des. Fed. Dirceu de Almeida Soares, DJU 30.07.2003, p. 433.

impõe ou exige o mais também exige ou impõe o menos, a regra que conduz à consequência “toda” também conduz às partes ou derivações necessárias dela. P.ex.: a norma que impõe o despejo do inquilino necessariamente implica o despejo dos seus familiares, dos seus móveis, dos seus animais domésticos, etc.; a norma que impõe o segredo de justiça em relação a um processo também implica o segredo da audiência, que é parte do processo; a norma que decreta a nulidade de um certo contrato afeta também a validade da cláusula penal inserida nesse contrato; a cláusula que confere o poder de receber inclui o poder de dar quitação ao pagante.

Cumpra lembrar, como exemplo, a possibilidade de mudança do pedido, antes da citação do réu, para conversão do requerimento de falência em ação ordinária de cobrança, como sustenta FREDIE DIDIER JR. lembrando a regra hermenêutica aqui estudada:

“[...] não há qualquer óbice para - depois de exercitado o direito processual do autor de, antes da citação, modificar a causa de pedir ou o pedido - se adotar um outro procedimento. Em outras palavras: na hipótese de ainda não ter sido o réu chamado a integrar o processo, motivos não existem para se proibir a alteração do procedimento, afinal, repita-se, nessa fase vige expressa permissão legal à transformação do libelo (alteração do pedido e da causa de pedir). Logo, por esse prisma, é perfeitamente possível a alteração procedimental na demanda deduzida em juízo. Com efeito, incide, aqui, o velho argumento *a maiori ad minus*: se pode o autor transpor processo de execução em processo de conhecimento, ainda com maior tranquilidade poderá ele postular a troca de requerimento de falência por pedido de cobrança, haja vista se tratar ambos de ação de conhecimento - pelo menos, quanto à primeira fase daquela”<sup>29</sup>.

### ***7. O que é conforme o espírito e letra da lei se compreende na sua disposição.***

A regra em exame convoca à interpretação extensiva, pela qual se conclui que determinada hipótese, não prevista literalmente no texto da lei, enquadra-se na sua disposição, por ser semelhante às hipóteses explicitamente mencionadas no texto. Essa regra aparecia, na extinta Consolidação das Leis Cíveis, expressa

---

29 FREDIE DIDIER JR.. Pedido de falência frustrado pelo encerramento das atividades da empresa: conversibilidade de rito, desconsideração da personalidade jurídica e litisconsórcio eventual. Publicada no *Juris Síntese* nº 36, jul/ago de 2002.

em outros enunciados que têm o mesmo sentido: os casos compreendidos na lei estão sujeitos à sua disposição, ainda que não os especifique, devendo proceder-se de semelhante a semelhante, e dar igual inteligência às disposições conexas; o caso omissivo na letra da lei se compreende na disposição quando há razão mais forte; à identidade de razão corresponde a mesma disposição de direito. A última frase é, talvez, a que melhor expressa o princípio embutido na regra: *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio* (onde vigora a mesma razão, deve-se aplicar a mesma disposição, a mesma solução). As hipóteses, mesmo as não previstas literalmente, que se assemelharem àquela de que trata a norma, devem ser atendidas pela mesma norma <sup>30</sup>.

A regra hermenêutica em exame serve de esteio para o chamado argumento a *simile* ou a *pari ratione*, que é fundado na analogia e defende que dois casos merecem a mesma solução porque são similares. É recurso largamente utilizado na retórica forense nos casos em que se sustenta que dois casos devem ser assimilados porque a ambos se aplica a mesma *ratio legis*. Tem esteio forte na regra constitucional da isonomia (duas situações iguais devem receber tratamentos iguais) e também na interpretação lógica do Direito.

Um exemplo da aplicação dessa regra encontra-se no art. 6º do Código Penal: “considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado”. O artigo diz que basta parte da ação ocorrer no Brasil para o crime ser considerado sujeito às leis nacionais. Quanto ao resultado, a lei não se refere ao resultado parcial. Contudo, se a execução parcial do crime no Brasil leva à aplicação do efeito previsto na norma (considerar-se-á o crime praticado aqui), por identidade de razão a realização de parte do resultado no país também produz o mesmo efeito jurídico.

Outros exemplos: a) se o casamento entre vítima e agressor extingue a punibilidade do estupro, a *pari ratione* a união estável entre ambos deve produzir o mesmo efeito <sup>31</sup>; b) se a instauração de novo processo-crime contra

---

30 Questão das mais controvertidas, e relacionada com a aplicabilidade da regra em exame, diz respeito a haver ou não analogia entre as penas criminais e a medida sócio-educativa do ECA, para fins de aplicação do instituto da prescrição a estas últimas. Pronunciando-se pela similaridade das hipóteses, e reconhecendo a prescrição: Juris Síntese, ementas n.ºs. 116033061 (STJ), 116021830 (STJ), 16154676 (STJ), 80063701, 80063703, 17027813. Contra, afirmando não haver analogia entre as duas respostas estatais, e negando a prescrição: Juris Síntese, ementas n.ºs 116000012 (STJ), 139037145, 139033039, 39074052. Fundamentando o cabimento da prescrição: PACAGNAN, Rosaldo Elias. *Prescrição e remissão no estatuto da criança e do adolescente*. Revista Jurídica. Porto Alegre : Editora Síntese, n.º 211, mai./1995, pág. 22.

31 Vide, a respeito: FARIAS, CRISTIANO CHAVES DE. *A união estável como forma extintiva da punibilidade*. In: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre : Editora Síntese, n.º 05, dez.-jan./2001, pág. 38. O STJ já decidiu no sentido defendido no texto: Revista Síntese de Direito Penal

o réu prorroga o prazo do *sursis*, a simile deve também prorrogar o prazo da suspensão condicional do processo<sup>32</sup>; c) se o aborto é lícito na gravidez resultante de estupro, *a pari* é também lícito na resultante de atentado violento ao pudor.

### ***8. Quando a lei é obscura, interpreta-se-a restritivamente.***

A fórmula tradicional dessa norma, no direito romano, era “nas coisas obscuras sempre seguimos o mínimo”. Por incontáveis razões, eventualmente a redação do texto legal é falha, ou contém erros que lhe prejudicam a compreensão, ou é redigida em termos extremamente dúbios ou subjetivos, que dificultam uma interpretação objetiva. Ainda assim, uma lei imperfeitamente redigida é lei, e obriga. Cabe ao operador do direito buscar uma interpretação que torne a regra aplicável, efetiva. Mas, adverte a regra cunhada por Ulpiano, nas situações onde a redação for truncada, visivelmente defeituosa, impossível de ser compreendida logicamente, “seguimos o mínimo”. Ou seja, a norma defeituosa na sua construção textual deve ser interpretada restritivamente, para englobar apenas os casos indiscutivelmente nela previstos, e produzir apenas os efeitos e conseqüências literalmente contempladas no texto. Garante-se, assim, que uma norma imperfeita na redação produza o menor malefício possível.

### ***9. Não deve, àquele a quem o mais é lícito, deixar de ser lícito o menos.***

A regra, vulgarmente expressa na frase “quem pode o mais pode o menos”, indica que onde a lei confere a alguém determinado poder, direito ou prerrogativa, essa atribuição inclui também os aspectos acessórios, e necessariamente decorrentes, desse poder, direito ou prerrogativa. Reprisando um exemplo já citado, quem pode despejar o inquilino pode “despejar-lhe” os móveis e animais domésticos. A norma que dá a alguém direito sobre o imóvel, salvo exceção expressa também dá direito às benfeitorias. Quem tem direito ao recebimento do principal também tem direito aos juros.

A regra em exame é lembrada em muitos precedentes pretorianos, como nestes exemplos:

“Se a orientação majoritária no STJ, em relação a questão da concessão

---

e Processual Penal, Porto Alegre : Editora Síntese, nº 23, dez.-jan./2004, pág. 89. Decidiu também no mesmo sentido no HC 17.299/RJ, rel. Min. Vicente Leal, DJU 1/4/02. E o STF já se pronunciou no mesmo sentido, no Recurso Extraordinário no HC 79.788-1/MG, rel. Min. Nelson Jobim, DJU 17/8/01. 32 **Vide, a respeito:** PIVA, PAULO CESAR. *Revogação da suspensão condicional do processo - prorrogação do período de prova*. In: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre : Síntese, nº 10, out.-nov./2001, pág. 42.

da assistência judiciária gratuita, é a de que a simples afirmação da necessidade da justiça gratuita é suficiente para o deferimento do benefício, então, – corolário lógico do adágio popular de que ‘quem pode o mais, pode o menos’ –, o deferimento do pagamento de custas a final, partindo-se da afirmação da parte de que não pode arcar com as custas processuais sem prejuízo de seu sustento e de sua família, mostra-se perfeitamente correto, uma vez que negar esse direito constitucionalmente previsto obstará seu acesso a jurisdição”<sup>33</sup>.

“Sendo competente a Justiça Comum Estadual para decidir sobre concessão de benefício acidentário, por óbvio resta também competente, futuramente, para o reajuste do mesmo benefício, pois quem pode o mais pode o menos [...]”<sup>34</sup>.

“Se os poderes [do mandatário] para administrar abrangem até os necessários para alienar, neles se compreende os de apresentar defesa em juízo, porquanto, quem pode o mais pode o menos”<sup>35</sup>.

“A previsão constitucional do § 7º do artigo 150, reproduzida no artigo 10 da LC 87/96, admite a restituição do imposto recolhido em regime de substituição tributária quando o fato gerador presumido não se realizar. Se assim previu a Lei Maior, com muito mais razão deve ser deferida a restituição ou a compensação nas hipóteses em que a operação ocorre a menor, pois quem pode o mais, pode o menos”<sup>36</sup>.

### ***10. Leis excepcionais ou especiais devem ser interpretadas restritivamente.***

Já se disse, em mais de uma passagem, que não se presumem exceções, e que estas devem estar previstas na lei de forma clara. *Clara* não quer dizer *explícita*. Uma exceção pode ser evidente, embora esteja implícita num texto que não a menciona *literalmente*. De qualquer sorte as leis excepcionais são as que se prendem a eventos ou situações anormais e transitórias para as quais cunham-se regras “de ocasião”, que se prendem à efemeridade que as motivou.

33 Juris Síntese, ementa nº 27198439.

34 Juris Síntese, ementa nº 86026725.

35 Juris Síntese, ementa nº 11011463.

36 STJ, Juris Síntese, ementa nº 116009678.

Essas regras excepcionais (como as criadas em situação de calamidade pública, guerras, revoluções, inundações, epidemias, etc.) devem ser interpretadas de forma estrita, para abrangerem somente os casos nelas literalmente contemplados, e produzir somente as conseqüências expressamente previstas. Já as leis especiais são aquelas que, ao contrário das normas ditas *gerais*, não tratam da universalidade de casos e situações, mas de um setor ou fragmento dessa universalidade, para o qual se criam regras próprias. Assim, as regras do Código Civil sobre os contratos são gerais, e as regras do Código do Consumidor são especiais, porque tratam somente de determinados contratos. As disposições da LCH são especiais porque se aplicam apenas a um determinado contingente de crimes e criminosos, e não a todos os crimes e criminosos, como o Código Penal, que é norma geral. Dentre as normas especiais, para as quais a doutrina sempre preconizou a interpretação restritiva, estão as leis fiscais ou tributárias e as normas penais incriminadoras.

Para as normas excepcionais e especiais, antes exemplificadas, a hermenêutica sempre preconizou a regra pela qual tais normas só admitem a interpretação restritiva, isto é, aquela que retira do conteúdo da norma o mais estreito significado possível, quer quanto ao âmbito de incidência da norma, quer quanto à extensão das suas conseqüências. Assim, p.ex., entendeu o STJ que a norma que prevê aposentadoria especial para o professor “é de caráter excepcional e de privilégio, com interpretação restritiva”<sup>37</sup>. Também já se decidiu que a anistia tributária tem seus efeitos limitados ao texto da norma que a concede, merecendo interpretação estrita, por ser de natureza excepcional<sup>38</sup>.

### ***11. Prevalece a interpretação que melhor atenda à tradição do direito.***

Essa norma complementa a do item nº 1: nas questões duvidosas, ao invés da interpretação que conduza ao absurdo, prefere-se a que está conforme a tradição do direito. A norma convoca ao atendimento do método histórico de interpretação. Na frase de MAXIMILIANO, só quem não conhece o Direito acredita na possibilidade de se fazerem leis inteiramente novas. O Direito presente é uma reprodução, ora integral, ora modificada, ora melhorada, ora piorada, de um sistema pré-existente, e que vem evoluindo ao longo dos séculos. O direito contemporâneo tem raiz no Direito do Império, que tem raiz no Direito português, que tem raiz no Direito comum medieval, que tem raiz no Direito romano. Na

37 *Juris Síntese*, ementa nº 116005736.

38 Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0024.02.808591-8/001, 4ª Câmara Cível do TJMG, Belo Horizonte, Rel. Almeida Melo. j. 22.04.2004, unânime, Publ. 18.05.2004.

Babilônia de 3 mil anos atrás o contrato de compra e venda entre pais e filhos já era passível de anulação. Quando falamos em fiança, arras, arrendamento rural, estamos falando de mais de 25 séculos de história, de institutos jurídicos que remontam à Grécia de 600 anos antes de Cristo. Assim, o passado explica o presente. Quando interpretamos um fragmento da lei de hoje, temos de compreendê-lo não só como um ramo numa grande árvore que é o Direito positivo vigente: temos que compreender esse fragmento como um fruto de uma árvore cujas raízes estão fincadas no passado. O método histórico é a técnica interpretativa que indaga das condições de meio e momento da elaboração da norma legal, e das causas pretéritas da solução dada pelo legislador. Parte da premissa de que estudando o passado se compreende o presente. Desdobra-se na busca da *origo legis* (entender o significado da norma que regula o tema, hoje, estudando sua evolução na história do direito) e da *occasio legis* (visa compreender, analisando o momento histórico da confecção da norma, as razões que inspiraram o legislador àquela solução legislativa).

É preciso frisar, contudo, que a lei não representa a vontade do legislador, um “testamento” de uma geração para outra. Uma vez promulgada, a lei torna-se independente de seus autores. A vontade da lei desprende-se da vontade do legislador, e esta última deixa de importar. A lei passa a valer pelo seu conteúdo, não é “um pensamento morto” (MAXIMILIANO). Por isso, a interpretação histórica é principalmente uma interpretação histórico-evolutiva, que busca adaptar os conceitos da lei antiga ao momento atual e às exigências da sociedade atual<sup>39</sup>.

39 Um excelente exemplo de como a vontade da lei deve ser atualizada para atender às exigências da realidade presente, que é diversa da realidade do tempo em que foi criada a lei, está na questão da relativização da presunção de violência por menoridade da vítima, nos crimes sexuais. São lapidares, a respeito, as lições deste aresto: “O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. [...] E agora, passados outros 50 anos, pode o intérprete continuar a considerar esse limite de 14 anos de idade ideal e adequado para efeito de autodeterminação sexual? Transformações sexuais, alteração dos padrões sócio-culturais do mundo atual não poderiam determinar um nova leitura daquele preceito legal? É mais do que claro que no dias atuais, não se pode mais afirmar que uma pessoa, no período de vida correspondente à pré-adolescência, continue, como em 1940, a ser uma insciente das coisas do sexo. Como antes mencionado, sexo, na atualidade, deixou de ser o tema preconceituoso e até ‘imoral’ de antigamente, para situar-se numa posição de grande destaque na família, onde é discutido livremente, até por uma questão de sobrevivência, em virtude do surgimento de uma moléstia letal; nas escolas, onde adquiriu o *status* de matéria curricular e nos meios de comunicação de massa, onde se tornou assunto corriqueiro. A quantidade de informações, de esclarecimentos, de ensinamentos sobre o tema ‘sexo’ flui rapidamente e sem fronteiras, dando às pessoas, até com menos de 14 anos de idade, uma visão teórica da vida sexual, possibilitando-a ‘rechaçar’ as propostas e agressões que nessa esfera produzirem-se e a uma consciência bem clara e nítida da disponibilidade do próprio corpo. Sob pena de conflitemos lei e realidade social, não se pode mais afirmar que se exclui completamente, nos crimes sexuais, a apuração do elemento volitivo da pessoa ofendida,

O texto da Lei Federal nº 1.060/50 diz que gozam do benefício da assistência judiciária gratuita os nacionais e estrangeiros residentes no país, mas não afirma expressamente que o dito benefício é exclusivo da pessoa física. Aplicando a regra aqui enfocada – prevalece a exegese que melhor atende à tradição do direito – decidiu o TRT da 2ª Região:

“A garantia constitucional da assistência judiciária (na qual se compreende a justiça gratuita) foi sempre instituída apenas em favor das pessoas físicas. Historicamente, as Constituições que cuidaram do tema (1934, 1946 e a de 1967, com a Emenda 1/69), restringiram o benefício aos ‘necessitados’, cujo conceito, firmado pela Lei nº 1.060/50, abrange aqueles ‘cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio e da família’ (art. 2º, parágrafo único). A concepção da garantia, portanto, pela interpretação lógica e histórica, não alcança as pessoas jurídicas”<sup>40</sup>.

Já se decidiu, também, atendendo à regra aqui estudada, que a declaração de inconstitucionalidade de norma tributária opera efeitos *ex tunc*, uma vez que, segundo a tradição do direito brasileiro, “norma jurídica inconstitucional é nula”<sup>41</sup>. Também se entendeu que “pela tradição do direito do trabalho (CLT, 59, § 2º), o acordo de compensação [de horas de trabalho] deve ser escrito e pode ser individual”<sup>42</sup>. O STF, por seu turno, entendeu que “na tradição do direito brasileiro”, somente as infrações político-administrativas dos prefeitos, previstas no art. 4º, do Dec.-Lei nº 201/67, é que podem ser denominadas de crimes de responsabilidade<sup>43</sup>. Também se decidiu que “é de tradição do direito processual brasileiro que o julgamento dos tribunais seja feito através de órgão colegiado”,

de seu consentimento sob o pretexto de que continua não podendo dispor livremente de seu corpo, por faltar-lhe capacidade fisiológica e psico-ética. A pressão exercida pela realidade social tem sido de tal ordem que a presunção de violência decorrente da circunstância da pessoa da ofendida dispor de idade inferior a 14 anos se relativizou. [...] a tais situações de relativização da presunção, deve ser acrescida uma outra, ou seja, exclui-se a presunção de violência quando a pessoa ofendida, embora com menos de 14 anos de idade, deixa claro e patente ter maturidade suficiente para exercer a sua capacidade de auto-determinar-se no terreno da sexualidade. [...] O consentimento, ou a adesão da pessoa ofendida mostra-se, nesses casos, relevante e eficaz. Considerar-se, portanto, a presunção de violência mais um vez relativa não lesiona o texto legal e permite colocar o juiz em sintonia com a realidade em que está inserido” (TJSP, AC 93.117-3, Rel. Des. MÁRCIO BARTOLI, apud: SILVA FRANCO ET ALLII, *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, p.2531-32).

40 Juris Síntese, ementa nº 193003951.

41 TJRJ, Juris Síntese, ementa nº 17026055.

42 Juris Síntese, ementa nº 24014774.

43 Juris Síntese, ementa nº 5007964.

razão porque não caberia o indeferimento, de plano, de ações rescisórias por ausência de condições da ação<sup>44</sup>. Há precedente afirmando que basta a prova da posse para que se admitam os embargos de terceiro, porque “desde as Ordenações Filipinas, é tradição do direito luso-brasileiro, antiga e aceita, que os embargos de terceiro são remédio processual à disposição do possuidor”<sup>45</sup>. E é da jurisprudência que consoante “a tradição do direito processual civil brasileiro, a avaliação não se repetirá salvo quando provados erro ou dolo do avaliador, diminuição por qualquer motivo do valor do bem após a realização da penhora, ou fundada dúvida sobre o valor a ele atribuído”<sup>46</sup>.

### ***12. A ementa da lei facilita sua compreensão.***

Já foi dito que determinar o fim visado pela norma é questão das mais complicadas e sujeitas a controvérsia. Dentre os instrumentos que podem auxiliar na tarefa de descobrir o fim da norma está a sua ementa, onde a lei anuncia, em breves palavras, qual o seu objetivo e âmbito de incidência. SERPA LOPES já lembrava o antigo aforismo: *rubrica legi est lex*<sup>47</sup>. De uma ementa que reza “dispõe sobre a proteção do consumidor” (Lei 8.078/90) compreende-se que as normas ali tratadas têm por fim social proteger, nas questões jurídicas relacionadas ao consumo, um dos pólos da relação, que é o consumidor. Interpretar as disposições da dita lei de forma a proteger o fornecedor em detrimento do consumidor implica infringir a teleologia indicada pela ementa.

Um outro exemplo de ementa que ilustra a questão é a da LCH (Lei dos Crimes Hediondos, Lei Federal nº 8.072/90), que reza: “dispõe sobre os crimes hediondos, *nos termos do artigo 5º, XLIII, da CF*”. Ao advertir que a lei trata da matéria dos crimes hediondos atendendo ao comando do art. 5º, XLII da CF, a ementa está indicando que o conteúdo da lei deve ater-se aos limites da norma constitucional que regulamenta. A ementa, assim, auxilia a compreender o âmbito da lei: ela disciplina a matéria, atendendo ao comando constitucional, devendo estar, portanto, limitada por aquele comando. Pois o citado dispositivo constitucional determinou a elaboração de lei definindo os crimes hediondos, para torná-los “inafiáveis e insuscetíveis de graça ou anistia”. Quando a

44 *Juris Síntese*, ementa nº 2022764.

45 Apelação Cível nº 000.299.736-9/00, 2ª Câmara Cível do TJMG, Uberlândia, Rel. Francisco Figueiredo. j. 03.04.2003, unânime, Publ. 06.05.2003.

46 Agravo de Instrumento nº 2002.017677-5, 1ª Câmara de Direito Comercial do TJSC, Florianópolis, Rel. Des. Túlio Pinheiro. j. 18.12.2003, maioria, DJ 12.01.2004.

47 SERPA LOPES, *Curso de direito civil*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, v.I, p.132.

LCH, pretendendo atender ao comando constitucional, vedou a progressão de regime nos crimes de que trata, na verdade infringiu os limites daquele comando, que não previa essa conseqüência para os crimes hediondos. A ementa, além de outros argumentos, ajuda a revelar a inconstitucionalidade da dita vedação da progressão de regime.

Um artigo de lei que preconiza que “é proibida a prestação de serviços gratuitos, salvo os casos previstos em lei” parece ter um âmbito de incidência (um “alcance”, na terminologia de MAXIMILIANO) muito grande, que a ementa da lei revela ser, na realidade, muito mais restrito. Trata-se, aqui, do art. 4º da Lei 8112/90, cuja ementa esclarece que a lei “dispõe sobre o regime jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”, limitando, assim, a vedação dos serviços gratuitos à esfera abrangida pelo tema da lei.

A regra hermenêutica em exame foi lembrada pelo STJ como um dos argumentos para concluir que as cooperativas de crédito fazem parte do Sistema Financeiro Nacional, porque “A ementa da Lei nº 7.102/83 é clara quando estende a aplicação do diploma legal a todas as instituições financeiras e não somente aos estabelecimentos bancários”<sup>48</sup>. O TRF da 1ª Região, usando como um dos argumentos a leitura da ementa da norma aplicável, decidiu pela inexistência de direito dos servidores públicos federais ao reajuste de vencimentos previstos no art. 9º da Medida Provisória nº 1053<sup>49</sup>.

Embora sem fazer referência expressa à regra hermenêutica em estudo, o STJ a aplicou, ao concluir que a Medida Provisória nº 1.963-17/2000 (atualmente reeditada sob o nº 2.170-36/2001, e de vigência perenizada pelo art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 12 de setembro de 2001), que admitiu a capitalização mensal de juros, não é aplicável aos contratos de abertura de crédito, porque a referida Medida “destinou-se a fixar regras sobre a administração dos recursos do Tesouro Nacional, não sendo razoável, portanto, a interpretação de que o artigo 5.º tem aplicação em qualquer operação financeira”<sup>50</sup>. A interpretação que o STJ fez da regra restringiu seu âmbito de aplicabilidade com base no

48 STJ, REsp nº 714286/PR (2005/0001808-8), 2ª Turma do STJ, Rel. Min. Castro Meira. j. 03.03.2005, unânime, DJ 13.06.2005.

49 Apelação Cível nº 200334000074599/DF, 2ª Turma do TRF da 1ª Região, Rel. Des. Fed. Assuete Magalhães. j. 24.03.2004, unânime, DJU 18.04.2005.

50 AgRg no REsp nº 609379, Pádua Ribeiro, j. 15/4/2004. No mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp nº 598155, Gomes de Barros, j. 3/6/2004; AgRg no REsp nº 586728, Pádua Ribeiro, 14/9/2004.

enunciado da ementa.

### ***13. A posição do dispositivo no texto esclarece seu alcance.***

A regra conclama à interpretação sistemática, que, em certa medida, inclui uma interpretação “topológica”. O lugar em que determinada disposição é inserida, dentro do texto legal, pode indicar algo a respeito da sua abrangência e alcance. O texto legal é organizado em partículas principais, os artigos, que podem ser subdivididos em sub-partes, fragmentos subordinados, que são os parágrafos, os incisos, as alíneas. É intuitiva a noção de que as disposições de um inciso têm abrangência limitada às hipóteses ou à situação contemplada no artigo a que o inciso está subordinado. Um artigo e seu parágrafo subordinado guardam, geralmente: *a)* uma relação de regra geral/exceção, onde o parágrafo institui regras que contrariam a norma geral do seu *caput*, excepcionando-a; ou *b)* uma relação de genérico/específico, onde o *caput* estabelece os contornos gerais de um mandamento, e os parágrafos explicitam aspectos ou desdobramentos da hipótese <sup>51</sup>.

A posição de um comando legal permite compreender a abrangência que o legislador quis lhe dar. O texto legal é articulado e sub-articulado, *i.e.*, dividido em fragmentos de mensagem, cada qual devendo tratar de uma idéia específica. Esses fragmentos não são todos da mesma hierarquia e abrangência. Compreende-se intuitivamente que o parágrafo, como fragmento subordinado ao *caput* de um artigo, tem seu âmbito de aplicabilidade restrito – em princípio – ao âmbito de aplicabilidade do seu *caput* subordinante. Assim, *p.ex.*, dois parágrafos do art. 1º da Lei da Ação Popular (Lei Federal nº 4717/65), dispõem:

§ 3º. A prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda.

§ 4º. Para instruir a inicial, o cidadão poderá requerer às entidades a que se refere este artigo, as certidões e informações que julgar necessárias, bastando para isso indicar a finalidade das mesmas.

É evidente que, interpretados fora do seu contexto, as disposições desses fragmentos normativos aparentam ter abrangência muito maior do que realmente têm. É a sua condição de regras inseridas em parágrafos – fragmentos

---

<sup>51</sup> O Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002, que “estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal”, consolida regras de boa técnica na elaboração de textos legais, e esclarece o sentido e a função da ementa legal, da articulação do texto normativo, e as funções e subordinações de cada segmento do texto.

subordinados – que revela seu verdadeiro âmbito de aplicação. O título eleitoral prova a cidadania em juízo para os fins do *caput*, que se refere somente à ação popular, e não a outro gênero de litígio. O cidadão não poderá requerer as certidões e informações para instruir a inicial de qualquer processo, mas somente para instrução da inicial da ação popular: é dessa ação, e não de outra, que fala o *caput*.

O *caput* do art. 544 disciplina o recurso de agravo, dirigido ao STF ou ao STJ, contra a decisão que inadmite o recurso especial ou o extraordinário. Essa norma subordinante refere-se, pois, somente a essa pequena partícula dos atos existentes no universo processual. Ofende a já citada regra tradicional da hermenêutica pretender que a autorização, referida na parte final do § 1º do art. 544 do CPC, tenha âmbito de incidência maior que o da sua regra subordinante. Logo, o parágrafo autoriza o advogado a autenticar fotocópias apenas e tão somente na hipótese aventada no *caput* (para instruir o agravo, dirigido ao STF ou ao STJ, contra a decisão que inadmite o recurso especial ou o extraordinário). Nada mais que isso. Não concedeu ao advogado, portanto, poderes para autenticar, como se tabelião fosse, cópias de peças processuais para qualquer outra finalidade que não seja a contemplada no art. 544, *caput*. Da mesma forma as normas *infra*-legais que atribuem ao advogado o direito de autenticar cópias (como o art. 246, § 5º, do Regimento Interno do TJPR, o art. 255 do Regimento Interno do STJ) referem-se somente às necessárias para instruir recursos.

O argumento topológico tem sido – incorretamente ao nosso ver – utilizado por parte da jurisprudência para negar a possibilidade do furto simultaneamente qualificado e privilegiado. Diz essa corrente que as disposições do § 2º do art. 155 não podem ser aplicadas às hipóteses do § 4º do mesmo artigo, porque os termos de um parágrafo se aplicam aos dispositivos que o precedem, mas não aos que o sucedem. Semelhante modo de pensar não tem apoio nas regras tradicionais da hermenêutica. Em verdade, segundo pensamos, é tradicional que o conteúdo do parágrafo tenha incidência limitada apenas pelo âmbito do *caput* respectivo, e não pela ordem dos diversos parágrafos. Digase, a propósito, que a construção do texto do art. 155, em relação à posição topológica das privilegiadoras e das qualificadoras, segue o mesmo modelo empregado no art. 121. E, em relação ao homicídio, é pacífico que a precedência do parágrafo privilegiador em relação ao que lista as qualificadoras não impede a compatibilidade entre a figura privilegiada e a qualificada, desde que as qualificadoras sejam de natureza objetiva. Parece-nos, portanto, perfeitamente

admissível a figura do furto simultaneamente qualificado e privilegiado <sup>52</sup>.

#### ***14. A equidade não permite o enriquecimento sem causa.***

Essa norma indica, simplesmente, que se deve interpretar o direito de maneira a não permitir o enriquecimento sem causa. O locupletamento imotivado, sem justa causa, consiste em iniquidade. Embora se possa controverter, como se controverte, durante séculos e sem conclusão, sobre o significado e o conteúdo da expressão justiça, é pacífico que o objetivo maior do sistema jurídico é produzir justiça e conduzir à *justiça*. Logo, a interpretação que conduz à iniquidade é incorreta.

Diz o artigo 30 do CDC que toda informação ou publicidade suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação, com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado. O artigo 35 da mesma lei dá ao consumidor o direito de exigir o cumprimento forçado do contrato, nos termos da publicidade ou oferta. Suponhamos que uma pequena loja de eletrodomésticos distribua panfletos anunciando uma liquidação, e por erro da gráfica uma das ofertas, que era um TV colorido por R\$ 1.000,00, saia anunciando o televisor por R\$ 1,00. Uma interpretação literal dos artigos já citados do CDC levaria à conclusão de que o comerciante é obrigado a vender os televisores por um real aos consumidores que exigirem o cumprimento do anunciado. Mas essa mesma interpretação incide em ofensa à regra da hermenêutica ora em estudo, porque propicia o enriquecimento

---

52 No sentido que defendemos há vários precedentes, como, p.ex.: Juris Síntese, ementas n°s 116033363 e 16155445 (ambas do STJ); também: STJ, RESP 125934, RS, 6ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 18.02.2002, p. 00519; STJ, Res n° 25.980-SP, Rel. Min. Vicente Leal, DJ, julg. em 5.6.1966, 14.478; TJRJ, ACR 62067/97, Reg. 160498, Cód. 97.050.62067, Trajano de Moraes, 6ª C.Crim., Rel. Des. Eduardo Mayr, J. 04.12.1997; TACRIMSP, Ap 1222015/2, 15ª C., Rel. Juiz Paulo Vítor, DOESP 19.02.2001; TJRJ, ACR 4220/2000, 3ª C.Crim., Rel. Des. Álvaro Mayrink da Costa, J. 12.06.2001; TJRS, ACR 70001837459, 7ª C.Crim., Rel. Des. José Antônio Paganella Boschi, J. 04.10.2001; TJRS, ACR 70001494061, 6ª C.Crim., Rel. Des. Ivan Leomar Bruxel, J. 28.06.2001; TACRIMSP, Ap 1232003/1, 12ª C., Rel. Juiz Junqueira Sangirardi, DOESP 15.02.2001; TACRIMSP, Ap 1209783/4, 2ª C., Rel. Juiz Érix Ferreira, DOESP 20.09.2000. No mesmo sentido as decisões de RT 603/344, 550/331, 588/351, 594/338. O STJ também já decidiu no sentido oposto: Juris Síntese, ementas n°s 116031685, 116026904. Note-se que, a prevalecer o entendimento defendido pela tese oposta, não existiria furto de energia qualificado: a equiparação do § 3º também aparece antes do § 4º, e, para aplicar a mesma regra topológica, não poderia ser combinada com a regra do § 4º, que vem depois.

sem causa de tais consumidores<sup>53</sup>.

Com base na mesma regra hermenêutica a jurisprudência tem dispensado a prova do erro, reclamada pelos arts. 877 do Código Civil em vigor e 965 do Código Civil revogado, como condição para repetição do que o consumidor pagou indevidamente, nos casos de ação revisional julgada procedente, com declaração de nulidade de cláusula contratual<sup>54</sup>.

### ***15. Nas causas penais a interpretação deve ser a mais benigna para o réu.***

A regra já aparecia no Digesto, com esta formulação: “sempre que seja dúbia a interpretação referente à liberdade, a favor desta deve ser o pronunciamento”. É postulado pacífico que nas questões que envolvem o direito à liberdade, especialmente afetas ao direito criminal, a interpretação é restritiva, e as questões duvidosas devem ser interpretadas *pro reo*. Mas advirta-se que as questões duvidosas, de que fala a regra, são somente aquelas que, enfrentadas tenazmente com todas as ferramentas hermenêuticas, continuam indecifráveis. E tais situações são raras. Onde o esforço hermenêutico conduzir a uma interpretação segura da norma, é essa interpretação que se aplica, ainda que seja gravosa para o réu. O *in dubio pro reo* na interpretação do direito criminal é remédio extremo, e não uma panacéia. Não justifica o abandono ou a postergação das técnicas interpretativas usualmente empregadas em todos os setores do direito, nem se sobrepõe a elas. Somente quando o esforço interpretativo honesto e diligente conduzir a duas soluções igualmente amparadas pelos argumentos hermenêuticos, é que se prefere, dentre elas, a favorável ao acusado.

Um exemplo é o artigo 240 do Código Penal, que define um crime com apenas duas palavras: “cometer adultério”. O tipo não informa se podem ser enquadradas como adúlteras a relação homossexual, ou o ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Por isso é prevacente o entendimento restritivo, que extrai dessa norma o mínimo conteúdo proibitivo possível, para entender como típica somente a conjunção carnal, e nenhum outro ato libidinoso.

53 A vedação do enriquecimento sem causa e a equidade têm sido lembrados nos julgamentos de casos afetos ao direito do consumo, como se vê de Juris Sintese, ementas nº 134000263 e 2020699.

54 STJ, REsp nº 453782; REsp nº 205990, 4ª T., Rosado, 2000. No mesmo sentido STJ, REsp nº 537113; REsp nº 88160, Ribeiro, 1998; REsp nº 187717, Direito, 1999; REsp nº 187281, Direito, 2000; REsp nº 176459, Rosado, 1999; AgRg no REsp nº 586728, Pádua Ribeiro, 2004.

## V – Conclusão.

Como visto, as regras da hermenêutica não são “chaves mágicas” que resolvem todos os problemas intercorrentes no labor interpretativo. São só ferramentas que auxiliam no trabalho de interpretação. Mas sua principal utilidade decorre de serem parte daquele grupo de premissas aceitas pacificamente pela comunidade jurídica. É sabido, conforme a lição de PERELMAN, que a argumentação jurídica eficiente é somente aquela que utiliza, como ponto de partida, uma premissa que se sabe de antemão ser aceita pelo interlocutor cuja adesão se busca conquistar.

As regras estudadas, portanto, como postulados herdados da experiência multimilenar dos juristas, são premissas úteis como pontos de partida para argumentações consistentes.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BASTOS, Cleverson L. & Keller, Vicente. *Aprendendo Lógica*, Ed. Vozes.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Edição histórica fac-similar. Rio de Janeiro : Editora Rio, 1980
- BRESSAN, Márcio Rogério de Oliveira. *Art. 309 do CTB não revoga o art. 32 da LCP*, *Juris Síntese* nº 24, jul.-ago./2000.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*, Ed. Renovar.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de Lógica Jurídica*, Ed. Max Limonad.
- CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Direção não habilitada de veículo: o artigo 309 do CTB revogou o artigo 32 da LCP?*, *Revista Jurídica*, nº 252, out./1998, pág. 35;
- DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro : Editora Rio, 1979, v.I.
- DIDIER JR., Fredie. *Pedido de falência frustrado pelo encerramento das atividades da empresa: conversibilidade de rito, desconsideração da personalidade jurídica e litisconsórcio eventual*. *Juris Síntese*, edição nº 36, jul/ago de 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, São Paulo : Saraiva, 1994.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*, Ed. Malheiros.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *A união estável como forma extintiva da punibilidade*. In: *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre : Editora Síntese, nº 05, dez.-jan./2001, pág. 38.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Aspectos penais da atividade jurisdicional*

- do juiz do trabalho*. In: Síntese Trabalhista, Porto Alegre : Editora Síntese, nº 159, set./2002, pág. 23.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Argumento, verbete*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 7, p.461-468.
- FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*, Ed. Saraiva.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, Rio : Freitas Bastos, 1998, v.I.
- MARQUES, Alberto. *Atenuantes e pena mínima*, in: Revista Jurídica, Porto Alegre : Editora Notadez, volume 288, outubro de 2001, p.75 e s..
- MARQUES, Alberto. *Roteiro de Hermenêutica*. Curitiba : Editora Juruá, 2003.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro, Ed. Forense.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Argumentação nas Decisões Judiciais*, Ed. Renovar.
- PACAGNAN, Rosaldo Elias. *Prescrição e remissão no estatuto da criança e do adolescente*. Revista Jurídica. Porto Alegre : Editora Síntese, nº 211, mai./1995, pág. 22.
- PIVA, Paulo Cesar. *Revogação da suspensão condicional do processo - prorrogação do período de prova*. In: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre : Síntese, nº 10, out.-nov./2001, pág. 42.
- RIBAS, Joaquim. *Direito civil brasileiro*. Edição histórica fac-similar, Rio de Janeiro : Editora Rio, 1977.
- SUZUKI, Iwao Celso Tadayio Mura. *O título executivo extrajudicial pode embasar ação de execução de alimentos?*. In: Jornal Síntese, Porto Alegre : Editora Síntese, nº 61, março/2002, pág. 5.





## A Reparação do Dano Ambiental e a Questão da Prescrição

Rogério Ribas

Juiz de Direito Substituto de 2º Grau do TJPR

### Introdução

Neste trabalho será abordada a atuação do Poder Judiciário no Direito Ambiental, com enfoque mais pontual na reparação do dano ambiental e a prescrição dessa pretensão.

### Desenvolvimento

No VII Congresso Paranaense de Direito Ambiental, realizado em Curitiba em novembro de 2010 pela Associação Paranaense de Direito Ambiental (APDA), na palestra de abertura, a Desembargadora do Tribunal Regional Federal da 3ª Região CONSUELO YOSHIDA destacou com propriedade que no ramo do Direito Ambiental não há necessidade de maior *ativismo judicial*, já que é a própria Carta Magna e a Lei que fazem esse papel de impulsionar os poderes públicos à ação nessa área.

Dispõe a Constituição Federal:

*“Art. 225. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.*

Nessa linha de pensamento, a interpretação mais coerente dessa norma constitucional sugere que também o Poder Judiciário tenha seu papel ativo em assegurar que o meio ambiente ecologicamente equilibrado seja uma realidade ao povo brasileiro.

Aliás, dada a importância do tema ambiental, essa missão do poder público transcende inclusive as fronteiras nacionais, exigindo que todos os países pensem no assunto e adotem medidas eficazes para conter a poluição e a

degradação ambiental no planeta, para o bem das futuras gerações.

No Brasil a Lei Federal nº 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, conceitua meio ambiente como: “*o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas*”.

Esse conceito não vem abranger todos os bens jurídicos protegidos pelo Direito Ambiental, ficando restrito apenas ao meio ambiente natural.

A doutrina de JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>1</sup> vai além ao distinguir os seguintes aspectos do meio ambiente que merecem proteção:

*“I - meio ambiente artificial, constituído pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e dos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral: espaço urbano aberto);*

*II - meio ambiente cultural, integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que, embora artificial, em regra, como obra do homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou;*

*III - meio ambiente natural, ou físico, constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora, enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações destas com o meio ambiente físico que ocupam”.*

Temos, portanto, que a noção de meio ambiente é muito ampla, abarcando todos os bens naturais, sociais, artificiais e culturais de valor juridicamente protegido, desde o solo, a água, o ar, a flora, a fauna, as belezas naturais e artificiais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico, monumental, arqueológico.

Nessa amplitude é que a efetividade do Direito Ambiental deve ser pensada.

### **A prescrição na ação civil pública visando reparação de dano ambiental.**

Este tema ainda é bastante controvertido.

A prescrição é a perda do direito à pretensão pela inércia do titular em não exercê-la durante o prazo fixado em lei. Tal conceito vem trazido no art. 189 do Código Civil vigente.

---

1 SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro, p. 435.

No Direito Ambiental, máxime em se cuidando de ação civil pública buscando a reparação de dano ambiental, alguns apontam para a verificação da prescrição com base no prazo de 5 anos por analogia com a Lei da Ação Popular (art. 21, Lei 4717/65). Outros defendem que o prazo era da lei civil, de 20 anos pelo Código Civil antigo, ou 10 anos pelo Código Civil de 2002 (art. 205).

Um bom argumento também é aquele no sentido de que o dano ambiental se renova com o tempo, não cabendo discutir prescrição enquanto não cessada a conduta poluidora ou degradante (nesse sentido: TJSP, ACRN 7981665000, j. 25.9.08, rel. RENATO NALINI).

A Lei de Ação Civil Pública não prevê nenhum prazo específico para a prescrição quando se trata da tutela de reparação a danos ambientais.

A jurisprudência vem se debatendo sobre o tema.

O TJSP já decidiu várias vezes que o dano ambiental é imprescritível porque se trata de um direito *intergeracional, transindividual e indisponível* (nesse sentido: AI 7752545400, j. 25.9.08, rel. REGINA CAPISTRANO<sup>2</sup>).

O eg. Superior Tribunal de Justiça (STJ) debateu muito e em julgados recentes também vem adotando a tese de imprescritibilidade.

Vale dizer, há de fato uma tendência na jurisprudência em afastar o conteúdo patrimonial típico das relações do Direito Civil, para, em tema de dano ambiental, se reconhecer que há reflexos na dignidade da pessoa humana, sendo o direito ao meio ambiente saudável um direito fundamental do cidadão.

Em profícuo voto proferido no julgamento do REsp 1120117-AC<sup>3</sup>, a Ministra ELIANA CALMON do eg. STJ, pontuou que: *“O direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de não estar expresso em texto legal”*.

Disse ainda a eminente Ministra: *“Em matéria de prescrição cumpre distinguir qual o bem jurídico tutelado: se eminentemente privado seguem-se os prazos normais das ações indenizatórias; se o bem jurídico é indisponível, fundamental, antecedendo a todos os demais direitos, pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer; considera-se imprescritível o direito à reparação”*.

Por isso, *“O dano ambiental inclui-se dentre os direitos indisponíveis e*

2 Cf. BARBOSA, Camargo Barbosa. O instituto da prescrição aplicado à reparação dos danos ambientais. In: Revista de Direito Ambiental 2010 – RDA. Doutrina Nacional, p. 141.

3 STJ - RECURSO ESPECIAL, 1120117 / AC, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, J: 10/11/2009.

*como tal está dentre os poucos acobertados pelo manto da imprescritibilidade a ação que visa reparar o dano ambiental”.*

Esse raciocínio é de grandeza ímpar, pois de fato a regra geral é a prescrição das pretensões reparatórias em determinado prazo; mas, em se tratando de dano ao meio ambiente, mostra-se de todo aplicável a noção de imprescritibilidade por estarmos a falar de *um bem de uso comum do povo* (nesse mesmo sentido: STJ, REsp 650728).

Aplicando raciocínio semelhante, BITTENCOURT e MARCONDES<sup>4</sup> asseveram que *“o reconhecimento do direito do homem ao meio ambiente harmônico e produtivo posicionou-o como bem jurídico fundamental à vida humana. Este status o insere ao lado do direito à vida, à igualdade, à liberdade, possuindo, contudo, um espectro bem mais amplo, de cunho social e histórico, e não meramente individual. Donde se extrai, como características desse direito, a sua indisponibilidade, oponibilidade a direitos individuais ou coletivos, bem como a sua imprescritibilidade e, ainda, a impossibilidade de haver direito adquirido sobre ou contra o meio ambiente”.*

Nitidamente houve uma grande evolução nesse entendimento, que vem apenas dar a devida importância e valor ao meio ambiente como bem jurídico, atraindo a regra do art. 37, § 5º da Constituição Federal, a tratar da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao patrimônio público.

Tal entendimento, absolutamente escorreito, não alcança, contudo, aquelas pretensões meramente individuais de natureza patrimonial, ainda que decorrentes de danos a bens ambientais. Nesses casos a prescrição pode sim ser invocada, pois não se está a tratar do bem “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, mas sim de pretensão reparatória individual comum, ainda que decorrente de evento ambiental. São coisas absolutamente diferentes, pois no primeiro caso se trata de direito difuso de natureza transindividual; e no segundo, de mera pretensão reparatória individual, donde sequer a ação civil pública poderia ser veiculada; por isso não se pode falar em imprescritibilidade.

E neste caso (pretensão reparatória individual de natureza patrimonial decorrente de evento ambiental) o prazo prescricional – a nosso ver – há de ser o decenal genérico do artigo 205 do Código Civil, já que a lei não trouxe um prazo prescricional específico para a espécie.

Contudo, repita-se, se o dano transcende o caráter individual e passa a atingir a qualidade de vida ambiental de forma coletiva, prevalece seu viés

4 BITTENCOURT, Darlan Rodrigues; MARCONDES, Ricardo Kochinski. Lineamentos da Responsabilidade Civil Ambiental. In: Revista de Direito Ambiental, nº 03, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo 1996, p. 69.

de lesão ao meio ambiente em sentido mais amplo, relacionando-se com o direito fundamental e difuso da sociedade em ter um meio ambiente saudável. Daí exsurge que nesses casos pode-se dizer que é sem dúvida imprescritível a pretensão reparatória.

## CONCLUSÃO

O Poder Judiciário brasileiro não pode olvidar seu importante papel institucional na defesa do meio ambiente saudável.

Um verdadeiro Estado democrático de Direito deve visar a um desenvolvimento sustentável, orientado de molde a buscar a igualdade substancial entre os cidadãos, mediante o controle jurídico do uso racional do patrimônio natural.

A construção de uma sociedade justa com foco na valorização da pessoa humana é um dos fundamentos da República (CF, art. 3º); e o respeito à natureza como patrimônio de toda a humanidade, necessariamente passa pela noção de desenvolvimento sustentável e responsável, sendo dever de todos (inclusive do poder público) promover ações de preservação ambiental em favor das gerações futuras.

As ações que buscam a reparação de danos ambientais de dimensão coletiva são imprescritíveis por dizerem com um bem de uso comum do povo, de caráter intergeracional e que reflete um direito fundamental do cidadão. O meio ambiente é o maior patrimônio público de que dispomos, e sua preservação é medida essencial à sadia qualidade de vida do povo brasileiro.

Só cabe falar em prescrição da pretensão reparatória quando o dano ambiental atinge unicamente interesse patrimonial de cunho individual, afastando-se, pois, as regras do Direito Civil quando se tratar de lesão ao patrimônio ambiental coletivo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Camargo Haroldo. *O instituto da prescrição aplicado à reparação dos danos ambientais*. In: Revista de Direito Ambiental 2010 – RDA. Doutrina Nacional, p. 124-149.

BITTENCOURT, Darlan Rodrigues; MARCONDES, Ricardo Kochinski. *Lineamentos da Responsabilidade Civil Ambiental*. In: Revista de Direito Ambiental, nº 03, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo 1996, p. 69.

BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – DIREITO AMBIENTAL – IMPRESCRITIBILIDADE DA REPARAÇÃO DO DANO. RECURSO ESPECIAL, 1120117 / AC. Relatora: Min. Eliana Calmon. Acórdão de 10 de novembro de 2009. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200900740337&dt\\_publicacao=19/11/2009](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200900740337&dt_publicacao=19/11/2009). Acesso em: 11/11/2010.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.





**Uma Visita ao Código de Processo Penal, art. 385.**

Fábio Capela <sup>1</sup>

Juiz de Direito do Paraná

Este desprezioso artigo busca visitar velhos problemas do Código de Processo Penal brasileiro por meio de um viés pretensamente garantista.

Parece de bom grado, preambularmente, salientar que o paradigma do Estado mudou com a nova idéia de direito instaurada desde o início da vigência da Constituição da República de 1988, passando de um sistema autoritário para outro efetivamente democrático.

Expressão maior desta alteração não é a própria Constituição de 88 e sim a real subordinação das normas infraconstitucionais àquela. Pois, a Carta Magna de 67/69 também se mostrava democrática formalmente. O que mudou foi o pensamento, o comprometimento da figura estatal enquanto entidade garantidora e respeitadora dos direitos e garantias fundamentais.

Outrossim, não se deve aceitar a sujeição do Magistrado à lei como regra total e perfeita. Ele tem o dever de analisá-la sempre, observando sua validade enquanto compatibilização com os ditames constitucionais, para, aí sim, se positivo o resultado deste cotejo, submeter-se ao seu comando. Ou seja, expurga-se a idéia de condicionamento acrítrico e incondicional à lei e defende-se o posicionamento ativo do Juiz, sujeito à Constituição e, por consequência, às normas infraconstitucionais, desde que consentâneas com àquela.

Este comportamento deve ser seguido não só pelos Juizes como por todos aqueles que lidam com o direito, pois é preciso ter intimidade com a Constituição, e não intimidar-se com ela.

O ainda vigente Código de Processo Penal é do ano de 1941, época marcada pelo totalitarismo getulista, então, imprescindível realizar uma espécie de “filtragem constitucional”, para poder identificar o que foi ou não

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito Substituto da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba. Especialista em Direito Processual. Professor da EMAP. Autor do livro *Correlação entre acusação e sentença* editado pela Juruá.

recepcionado pelo atual ordenamento jurídico. Lembrando a passagem de São Francisco, onde o mesmo pede a Deus para que lhe dê coragem de mudar o que precisa ser mudado, conservar o que precisa ser conservado e sabedoria para distinguir uma coisa da outra, o critério a ser adotado para tal distinção na área jurídica é a adequação ou não à Constituição.

De posse destes pressupostos, inicia-se o estudo do direito positivo.

Diz o Código de Processo Penal, art. 385, *in verbis*:

**Art. 385.** Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

Pode se extrair deste mandamento duas permissões ao Magistrado: o pedido de absolvição por parte do Ministério Público não vincula sua tarefa jurisdicional e é possível o reconhecimento, *ex officio*, de agravantes.

A primeira assegura o princípio da indisponibilidade da ação penal pública. Se as alegações finais do parquet requerendo a absolvição vinculassem o Juiz, estaria aquele dispondo da ação penal pública. Diferentemente ocorre com a ação penal pública de iniciativa privada, onde, segundo o Código de Processo Penal, art. 60, III, que consagra o princípio da disponibilidade desta, se o querelante deixa de pleitear a condenação do querelado em sede de razões finais o Magistrado deve declarar a perempção e, conseqüentemente, reconhecer a extinção da punibilidade com base no Código Penal, art. 107, IV.

Ainda que de rara aplicação, o art. 385 preserva o interesse público da persecução penal e a atuação da lei penal nos crimes de ação penal pública.

Oportunamente Antonio Milton de Barros comenta:

*O conteúdo do art. 385 do Código de Processo Penal evoca uma colusão entre dois princípios – legalidade e acusatório. De um lado, pode-se considerar que, ao manifestar-se pela absolvição, o Ministério Público estaria ‘retirando’ a acusação e o juiz, nesse caso, ao decidir*

*pela condenação, estaria assumindo, ao mesmo tempo, as funções acusadora e julgadora. Entretanto, já se aventou que a recíproca seja verdadeira: ao não denunciar ou quando formula pedido de absolvição que vincule o juízo, o Ministério Público estará assumindo as duas funções – de acusar e de julgar –, já que, quando decide não acusar, impede o julgamento.*<sup>2</sup>

Portanto, se, contrariamente ao disposto no estatuto adjetivo, o pedido de absolvição do *parquet* vinculasse a atividade jurisdicional, o recurso do Ministério Público pleiteando a absolvição também vincularia o Tribunal. E, imagine quão absurdo seria o caso de, ocorrendo sucessão entre membros do Ministério Público<sup>3</sup>, o primeiro atuando até o ato das alegações finais requestando a condenação e o segundo, assumindo a causa depois da sentença condenatória, formulasse outra *opinio delicti* e entendesse que era caso de absolvição, pedindo-a, tempestivamente, via recursal ao juízo *ad quem*. De nada adiantaria a referida sentença condenatória do juízo *a quo*, porquanto em decorrência da alteração de entendimento da instituição do Ministério Público, a absolvição seria decidida por esta e não pelo Judiciário, uma vez que o recurso vincularia o Tribunal. Na verdade, nesta hipótese, estar-se-ia transferindo a função jurisdicional do Poder Judiciário para o *parquet*.

Contrariamente afirma Américo Bedê Freire Júnior:

*Na verdade há uma relação de prejudicialidade entre o convencimento do promotor e o do magistrado, melhor explicando: entendendo o Ministério Público pela não existência de crime, não cabe ao magistrado exercer qualquer juízo de valor sobre a existência ou não do crime, uma vez que a partir desse momento o magistrado estaria atuando de ofício, ou seja, sem acusação e em flagrante desrespeito ao*

---

2 BARROS, Antonio Milton de. **Processo penal segundo o sistema acusatório**: os limites da atividade instrutória judicial. Leme: Ed. de Direito, 2002, p. 195.

3 Por exemplo, na hipótese de férias do Promotor de Justiça titular em que o Promotor Substituto assume suas funções na Comarca ou Vara.

*sistema acusatório.*<sup>4</sup>

Todavia, não merece prosperar esta última idéia, uma vez que, ao contrário da fundamentação acima transcrita, em havendo vinculação do Magistrado em relação ao pedido de absolvição por parte do Ministério Público estaria, aí sim, ocorrendo agressão ao mencionado sistema, pois reunidas estariam as funções de acusar e julgar numa mesma instituição.

Tão pernicioso quanto se ter um órgão julgador que acuse é o fato de se possibilitar ao acusador a função de julgar, sob pena de acolhimento do sistema inquisitório com mudança tão somente de protagonista.

Sendo assim, é constitucionalmente válida a primeira parte do Código de Processo Penal, art. 385.

Já, com relação à segunda parte, que permite ao Juiz reconhecer, de ofício, circunstâncias agravantes, algumas observações merecem ser feitas.

O Código de Processo Penal em seu art. 41 determina que a denúncia exponha o fato criminoso com todas as suas circunstâncias. Neste particular, o que deve ser descrito na inicial acusatória é o fato processual com todas as circunstâncias temporais, locais e modais possíveis.

Guilherme de Souza Nucci afirma o seguinte:

*Há possibilidade legal do reconhecimento de agravantes pelo juiz, ainda que atue de ofício, uma vez que elas são causas legais e genéricas de aumento da pena, não pertencentes ao tipo penal, razão pela qual não necessitam fazer parte da imputação.*<sup>5</sup>

Contudo, não se pode aceitar tal posicionamento, por partir de uma premissa errada. Adotar tal postura seria reduzir o fato processual ou tentar enquadrá-lo em uma categoria do direito penal, o que não é correto para a solução do problema. A consideração da relevância da alteração do fato, para fins de correlação entre acusação e sentença, deve ter em mira o fato processual,

---

4 FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Da impossibilidade do juiz condenar quando há o pedido de absolvição formulado pelo ministério público. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.13, n.152, p. 19, jul. 2005.

5 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 606.

e não o fato penal.

O fato penal é o acontecimento humano, positivo ou negativo, descrito, modelado abstratamente, em tipo penal, ou seja, hipótese de conduta com prévia reprovação legal, decorrente do princípio da legalidade; enquanto fato processual penal constitui-se na ocorrência histórica, concreta, destacada da realidade, objeto do processo penal, atribuído ao acusado, para comprovação de sua realidade, sobre o qual incidirá a apreciação judicial.

Portanto, o que se analisa é o fato processual e não o penal <sup>6</sup>. Qualquer alteração naquele, ainda que não importe em mudança no tipo penal, acréscimo ou exclusão de qualificadora ou causa de privilégio, causa de aumento ou diminuição de pena, circunstância agravante ou atenuante, terá como consequência as providências previstas no instituto *mutatio libelli*.

Por exemplo, se durante a instrução processual de um fato caracterizado como homicídio se descobre que a data do evento foi outra que não a descrita na denúncia ou o local onde ocorreram os fatos é diverso do indicado na inicial, o Juiz, para que possa decidir tendo em vista a nova data ou o novo local, deverá provocar o aditamento da peça acusatória <sup>7</sup>, depois, possibilitar a defesa sobre o mesmo, oportunizando, assim, o exercício do contraditório sobre o novo elemento fático, mesmo que não haja qualquer alteração penalmente relevante.

Tem se afirmado que a indicação, mesmo implícita da circunstância agravante na denúncia, já autoriza o Juiz a reconhecê-la na sentença, porém entendendo que o fato que caracteriza a agravante deve vir descrito explicitamente na denúncia. Ou seja, o que importa é a descrição factual e não a subsunção desta a alguma das hipóteses previstas no Código Penal, arts. 61 e 62, pois esta última tarefa é atribuída ao Magistrado, consoante prevê o Código de Processo Penal, art. 383. <sup>8</sup>

---

6 O Código de Processo Penal ao disciplinar a segunda parte do art. 385 acolhe conceitos penais e não processuais. O que é um equívoco. Weber Martins Batista apresenta como razão de tal imprecisão o fundamento de que o atual estatuto processual penal fora elaborado por uma notável comissão composta por penalistas e não por processualistas, o que é desaconselhável (BATISTA, Weber Martins. **Direito penal e direito processual penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 166).

7 Aditamento este que pode ser realizado espontaneamente pelo órgão acusador.

8 Com exceção da reincidência. Procedimentalmente quando o Promotor de Justiça propõe denúncia contra indiciado requer em cota a determinação de juntada de certidões criminais deste para a verificação da existência ou não da agravante. Desta feita, torna-se impossível a descrição do fato que caracteriza esta agravante já na peça preambular. O que não se pode aceitar, nesta hipótese, é a juntada em momento

Por exemplo, se o órgão de execução acusador descreve explicitamente em sua denúncia que o réu cometeu fato que se subsume ao tipo penal lesão corporal mediante dissimulação, não há a necessidade de pedido para aplicação da agravante prevista no Código Penal, art. 61, II, *d*. Do contrário, em não havendo mencionada descrição fática, vedado está ao Magistrado reconhecer fato descoberto durante a instrução que caracteriza alguma agravante sem proceder aos consectários previstos no Código de Processo Penal, art. 384.

Qualquer relevante alteração fática que importe no surgimento ou não de alguma agravante terá como conseqüências o aditamento da denúncia, o contraditório e o exercício de eficiente defesa.

Assim, com a proficiência que lhe é peculiar, observa **Weber Martins Batista**:

*(...) a permissão do art. 385 deve ser reexaminada à luz dos princípios constitucionais garantidores do contraditório e da ampla defesa, pois, em muitos casos, a aplicação pura e simples da norma processual poderá causar prejuízo à defesa.*<sup>9</sup>

Então, vedado está ao Juiz reconhecer algum fato, caracterizador ou não de agravante, que não tenha sido descrito na denúncia, sob pena de negar-se a oportunidade de a defesa debater sobre o mesmo e, conseqüentemente, infringir os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Essa mesma conclusão é seguida por **Gustavo Badaró**<sup>10</sup> e **Benedito Garcia Pozzer**.<sup>11</sup>

Em conclusão, admissível que o Juiz condene mesmo que o *parquet* peça a absolvição em alegações finais; e, de outra banda, ainda que não requerida sua

---

posterior às alegações finais, sob pena de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

9 BATISTA. Ob. cit., p. 166.

10 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 184-188.

11 POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2001, p. 158.

aplicação pelo Ministério Público, possível o reconhecimento de circunstância agravante em sentença, desde que prevista factualmente na denúncia.

Esta é a interpretação do Código de Processo Penal, art. 385 que se impõe em atenção ao princípio da correlação entre acusação e sentença no processo penal, princípio este embasado pelos direitos fundamentais, mormente pelo sistema acusatório e pelos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Não há como se negar na atualidade a força vinculante que os direitos fundamentais exercem sobre o Magistrado, pois, conforme muito bem advertido por **Aury Lopes Júnior**:

*O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É a legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial.*<sup>12</sup>

Bem assim, sempre oportuna e atual é a afirmação de **Norberto Bobbio**: *O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.*<sup>13</sup>

---

12 LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 77.

13 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.



## **A Razoável Duração do Processo e a Garantia da Celeridade na sua Tramitação (Artigo 5o, LXXVIII, da Constituição da República).**

Fábio Haick Dalla Vecchia

Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau. Graduado em Direito Pela Unicuritiba. Especialista em Direito Público Pela Escola da Magistratura do Paraná. Ex-professor da Escola da Magistratura do Paraná no Núcleo de Londrina em Prática Processual Civil.

### **1. INTRODUÇÃO**

A evolução da sociedade mundial, em época de globalização e de acesso irrestrito e ilimitado à informação, fruto da presença constante da internet, aliada à nova tecnologia relativa à transmissão de dados por meio da mobilidade dos telefones celulares, é flagrante. Isto é, além de se tratar de progresso jamais visto antes, atualmente, o acesso às informações relevantes – e irrelevantes até – é facilmente perceptível, de tal modo que, mesmo no meio jurídico, tal desenvolvimento é sentido.

Nesse diapasão, pode-se dizer que a população brasileira é detentora de uma melhor informação em relação a seus direitos e deveres, circunstância que permite o exercício da cidadania de modo mais efetivo. Se assim o é, e com segurança pode-se afirmar que sim, idêntica conclusão ocorre quando se vislumbra o acesso às informações sobre o trâmite de uma causa de interesse de uma determinada pessoa e seus eventuais desdobramentos. Mazelas existem, porém, pouco a pouco, aprimoramentos e soluções aparecem.

Como exemplo, há de se fazer referência aos *sites* ou sítios dos Tribunais de Justiça, que trazem informações não apenas sobre o andamento processual no âmbito da Corte como no primeiro grau de jurisdição. Os Tribunais Superiores de idêntica forma concedem aos cidadãos as oportunidades de acesso e de informação sobre a estrutura funcional e sobre os processos já julgados ou em julgamento, além de notícias diárias sobre suas atividades.

Assim, ao longo de todo o universo, desde o século passado, o aspecto temporal, no que toca a cada indivíduo, passou a ter uma valoração diferenciada. Embora o tempo – e o passar das horas – tenha permanecido inalterado, as informações sobre qualquer assunto são concedidas ou obtidas de modo muito

mais célere. Com isso, a par da possibilidade de geração de ansiedade ao ser humano, pela necessidade de sentir atualizado quanto às notícias, de um modo geral – aspecto negativo de tal modernidade que, por óbvio, não será abordado nesta ocasião – o processo, e as circunstâncias dele decorrentes, como, por exemplo, a sua razoável duração, bem como a garantia de sua celeridade, sensibilizaram o constituinte reformador.

Diante disso, por meio da Emenda Constitucional 45, de 08/12/2004, inseriu-se no artigo 5º, como direito e garantia fundamental da Constituição da República, o inciso LXXVIII, com a seguinte redação: LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A inserção de tal inciso ao texto constitucional vai ao encontro da nova perspectiva do regramento constitucional nacional, pois uma recente dimensão interpretativa passa a se fazer presente, com intenso reflexo no cotidiano das pessoas, as quais, atualmente, anseiam tanto por uma solução rápida quanto pelo pleno conhecimento da situação jurídica do processo. Isto é, passam a se inteirar pela sua causa e dela desejam a maior amplitude de informação.

Portanto, deve ser reconhecido que tal inciso (artigo 5º, LXXVIII) eleva a nível constitucional o direito individual fundamental à celeridade na tramitação dos processos judiciais e administrativos, bem assim sua garantia. Assim sendo, sua aplicabilidade é imediata e incontestável, sendo essa conclusão fruto da interpretação do próprio artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal.

E, longe de esgotar o assunto, o que se pretende é o reconhecimento da necessidade de se dar prestígio imediato a tal regra constitucional, já que a morosidade da justiça, motivada por inúmeros fatores, é uma das máculas do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

## **2. DIREITO COMPARADO E O RECONHECIMENTO COMO DIREITO UNIVERSAL**

A recente preocupação nacional quanto à razoável duração do processo e a garantia da celeridade na sua tramitação, já tivera eco em outras nações, as quais reconheceram, embora anteriormente, a necessidade de disciplinar a matéria.

Essa evolução originou-se, em verdade, ao longo do século passado, tanto na Europa como na América do Norte. Aliás, em relação a essa, como

exemplo, pode-se citar o contido na Emenda à Constituição Norte-Americana, que prevê a cláusula do *speedy Trial classe*, isto é, a cláusula do julgamento célere. Quanto ao Canadá, na Carta Canadense dos Direitos e Liberdades, há expressa previsão, no artigo 11, alínea “b”, do prazo razoável para julgamento de uma ação, nos seguintes termos: “toda pessoa demandada tem o direito de ser julgada dentro de um prazo razoável”.

No Continente Europeu é de suma relevância a citação da Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, referendada em Roma. Declaração essa que já antevia, em 1950, a necessidade de se disciplinar, ou ao menos se alertar a comunidade internacional, acerca dos direitos do ser humano, dentre eles o direito individual e a garantia ao julgamento em prazo rotulado como razoável. Da elaboração final do texto constou a seguinte redação: “Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial constituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida”.

Em seguida, nações europeias passaram a disciplinar a razoabilidade do término processual em suas Constituições, dentre elas: Portugal (1976), ao mencionar ser objeto da causa a decisão em prazo razoável (artigo 20, n. 4); Espanha (1978), que trata do processo público sem dilações indevidas (artigo 24.2); Itália (Lei Constitucional de 23/11/199, que modificou o texto do artigo 111, da Constituição da República Democrática), ao proclamar que a lei assegura ao justo processo uma duração razoável (*ragionevole durata*).

Na Europa, portanto, depois das agruras da Segunda Guerra Mundial, os Estados tiveram o cuidado de evocar especial atenção aos direitos fundamentais do homem, bem assim a sua disciplina. O ponto de partida dessa conscientização foi evitar que o interesse do Estado se sobrepujasse ao do indivíduo, mesmo porque as atrocidades do nazismo foram praticadas em nome e em favor do interesse estatal.

E o ganho desse despertar encontrou ressonância e ambiente propício para a criação da ONU, além de outras organizações mundiais, todas voltadas não só para discussões a respeito dos direitos humanos e de inúmeros outros assuntos de interesse do globo.

Daí porque correta e imprescindível a anotação de Marcos Augusto Maliska, que leciona:

“A extensão da idéia de Direitos Humanos está intimamente ligada à

institucionalização jurídica e não jurídica, pelas Nações Unidas. Durante o Século XIX e o começo do Século XX, a proteção dos Direitos Humanos estava exclusivamente restringida à soberania dos Estados. Com a fundação da ONU, após a Segunda Guerra Mundial, começou uma ampla consideração internacional sobre o tema, para que regimes de terror, como o Nacional Socialista Alemão, não se repetissem. Desde a promulgação da Carta das Nações Unidas, apesar de resistências e reservas, o Sistema de Direitos Humanos continua se desenvolvendo”.<sup>1</sup>

Essa evolução quanto aos direitos fundamentais e, de consequência, ao direito à solução do processo em prazo razoável, passou a contemplar a independência da sua garantia perante o próprio Estado. Explica-se o indivíduo passou a prescindir do reconhecimento estatal, vale dizer, os direitos fundamentais e sua efetivação são protegidos internacionalmente.

Maliska, ao referir-se aos ensinamentos de Stephan Hobe, doutrinador que se debruçou sobre o tema da proteção dos direitos humanos, de forma universal e regional, assevera que:

“O autor, no entanto, chama a atenção para a proteção regional dos Direitos Humanos, em especial para as Convenções Européia e Americana, que possuem mecanismos institucionalizados, como a Comissão de Direitos Humanos e o Tribunal para julgar questões de Direitos Humanos. Em ambas as Convenções, está previsto o recurso individual, mecanismo que confere ao indivíduo uma dimensão internacional, para além do Estado Nacional ao qual pertence. A proteção internacional e regional, ao transcender os mecanismos de proteção estatais, traz, com respeito aos Direitos Humanos, uma outra perspectiva para o Estado, que não possui mais exclusivamente a função de garantidor da proteção dos Direitos Fundamentais”<sup>2</sup>.

Não sem tempo, os bons ventos nesse sentido acabaram por fomentar e ampliar a discussão do tema no Brasil, circunstância que desfez qualquer sentimento acerca da letargia do legislador.

---

1 MALISKA, Marcos Augusto. Estado e Século XXI. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.55.

2 Ibidem. p.28.

### 3. A EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A Emenda Constitucional 45, de 08/12/2004, ao inserir, no artigo 5.º, o inciso LXXVIII, consolidou o avanço universal da ampla garantia dos direitos fundamentais, agora, de forma clara e objetiva.

Não se pode negar, porém, que o Brasil, ao aderir, em 1992, ao Pacto de San Jose da Costa Rica, conhecido como Convenção Americana sobre Direitos Humanos, já abarcava, ainda que de forma tímida, o reconhecimento de tal proteção.

Ora, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos edita, no artigo 8º, item 1, em relação ao processo, o seguinte:

“Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil ou trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive em época pretérita à Emenda Constitucional 45, dava guarida ao julgamento do processo por prazo razoável. Quando do julgamento do *Habeas Corpus* 80.379/SP, em 18/12/2000, o eminente ministro relator Celso de Mello, julgou da seguinte forma:

“O julgamento sem dilações indevidas constitui projeção do princípio do devido processo legal – O direito ao julgamento sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do *due process of law*. O réu – especialmente aquele que se acha sujeito a medidas cautelares de privação da sua liberdade – tem o direito público subjetivo de ser julgado, pelo Poder Público, dentro de prazo razoável, sem demora excessiva e nem dilações indevidas. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência”.

Veja-se que o ilustre julgador agasalha o “direito público subjetivo de ser julgado”, e não o direito e a garantia fundamental da Constituição da República, que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A perspectiva, consoante citado anteriormente, é diversa, mesmo

se considerada, como defendem alguns, a conotação simbólica de referido dispositivo constitucional, cuja crítica, na sequência, será explicitada.

O fato é que as dilações indevidas comprometem a segurança jurídica das decisões, além de se transformar em fonte inesgotável de obstáculos à promoção do bem de todos, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (Constituição da República, artigo 3º, IV).

Sobre essa ótica, qual seja, a de que as dilações indevidas e sem justificação na solução do litígio interferem na vida do indivíduo, é de se registrar que:

“...a questão do justo está ligada particularmente ao elemento temporal. Na verdade, o que é novo mesmo em nossa época é a consciência nos ordenamentos modernos de que a tutela jurisdicional dos direitos e interesses legítimos não é útil senão quando obtida em espaço razoavelmente rápido de tempo, de maneira que é indiscutível que a lentidão do aparelho judiciário provoca o que se tem chamado de fenômeno de compressão dos direitos fundamentais do cidadão. O fator tempo sobressai como elemento determinante para garantir e realizar o acesso à Justiça.

Fala-se que o tempo é a dimensão fundamental da vida humana, desempenhando no processo idêntico papel. Sendo o processo uma entidade da vida social, a demora em sua conclusão corre em detrimento da própria eficácia do direito material que visa proteger. Por conseqüência, a natureza dinâmica e extrínseca do processo como ordenação de atos tendentes à composição final da lide insere, por inexorável, o tempo como obstáculo a ser adequadamente contornado e administrado pelo Estado.<sup>3</sup>”

Apesar de se entender que o descumprimento do prazo razoável de solução do processo revele vedação à promoção do bem de todos, há um expressivo número de doutrinadores que consolidam entendimento diverso, como já referido. No entender de respeitável corpo de doutrina- dores, o dispositivo constitucional apenas tem potencialidade reduzida, pois sua redação engloba outras atividades do Estado. Isto é, para se possibilitar a razoável duração do processo, bem como se garantir a celeridade de sua tramitação, tornar-se-ia necessário uma ampla revisão de dispositivos legais infraconstitucionais, de molde que, com as devidas reformas processuais, haveria, então, a possibilidade de plena incidência do inciso inúmeras vezes citado.

---

3 MELO, Gustavo, Revista de Processo 124/81.

Veja-se a menção do doutrinador Marcelo Neves, para quem:

“A legislação-álibi decorre da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Como se tem observado, ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos. A essa formulação do problema subjaz uma crença instrumentalista nos efeitos das leis, conforme a qual se atribui à legislação a função de solucionar problemas da sociedade... Parece, portanto, mais adequado afirmar que a legislação-álibi destina-se a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, sem, contudo, normatizar as respectivas relações sociais. Nesse sentido, pode-se afirmar que a legislação-álibi constitui uma forma de manipulação ou ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhando função ideológica”<sup>4</sup>.

Com o devido respeito ao ilustre doutrinador, o artigo 5.º, LXXVIII, vincula o julgador ao dever de, garantido outros direitos e garantias fundamentais – ou sopesados eles em relação ao prazo razoável de julgamento – velar pela rápida solução do litígio. Inegável, dessa forma, o dever de invocação daquele preceito constitucional para o fito de obstar eventuais manobras processuais – dilações indevidas – que retardem, injustificadamente, o processo.

Vale dizer, *data venia*, a razoável duração do processo e a garantia da celeridade de sua tramitação tratam-se de princípios constitucionais que podem até, se essa for a situação fática numa determinada demanda, entrar em colisão ou conflito com outro princípio constitucional. Caso ocorrente essa hipótese, o julgador poderá perfeitamente, diante do caso concreto em ponderação, expor o seu convencimento no sentido de que, naquele momento, impende uma maior valoração de tal princípio em detrimento de outro.

Daí porque é necessário e conveniente registrar a louvável atuação do constituinte quanto à inserção de tal princípio na Constituição Federal, tanto que, de acordo com os apontamentos extraídos da Revista *Novos Rumos*, é de se ter como:

“[...] a atenta, perspicaz e elogiável atuação do constituinte reformador, que pela Emenda 45/2004 testemunha a importância desse instrumento de atualização da Carta Magna da República, evitando-lhe a obsolescência e mantendo viva a chama da sua legitimidade social”<sup>5</sup>.

4 NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica, São Paulo: Acadêmica, 1994, p.39/40.

5 AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Demagogia Constitucional? *Novos Rumos*, Curitiba, n. 103, p.19, jan. 2005.

Aliás, outro inegável e sensível reflexo de tal direito fundamental é alicerçado na possibilidade de, uma vez não respeitada sua aplicação, o interessado ingressar com reclamações junto ao Conselho Nacional de Justiça, vale dizer, o novo dispositivo tem potencial de ensejar o recebimento e o reconhecimento de reclamações contra órgãos do Poder Judiciário em função da morosidade, conforme dispõe o artigo 103 – B, parágrafo 4º, inciso III da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

“§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União.”

A aplicação do dispositivo constitucional em análise encontra respaldo na nova concepção da administração da justiça, voltada, agora sim, embora ainda que lentamente, na afirmação e garantia da realização e efetivação do acesso à justiça em sentido amplo.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É evidente que a razoável duração do processo e a garantia da celeridade na sua tramitação (e sua quantificação temporal), demandam intensa atividade tanto da doutrina como da jurisprudência, a fim de que se chegue a bom termo no que toca à explanação dos princípios que conduzam à sua quantificação.

Em verdade, a morosidade, inegável propagadora da degradação da legitimidade constitucional do Poder Judiciário, poderá, até pela atuação efetiva e presente do Conselho Nacional de Justiça, ser enfrentada sem temor, ao contrário, com intensa atividade dos envolvidos na garantir da entrega da prestação jurisdicional sem contínuas interrupções, a ponto de possibilitar, de modo mais efetivo, o acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, da Constituição da República), calcado sempre na necessidade de garantia da eficiência da atividade

jurisdicional (artigo 37, *caput*, da Constituição da República).

Assim, por certo, o reconhecimento de que a população brasileira está bem informada em relação a seus direitos e deveres de molde a exercer a cidadania efetivamente, auxiliará, e muito, o Poder Judiciário, e todos os seus agentes, a velar pela razoável duração do processo e a garantia da celeridade na sua tramitação.

E, dessa forma, estar-se-á concedendo-se ao cidadão a real dimensão dos seus direitos fundamentais que na definição de Pérez Luño se traduzem como:

“[...] um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional”<sup>6</sup>.

---

6 CASTRO, J. L. Cascajo et al. Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1979. p.43.



## **A Eficácia Mandamental do Título Judicial Concebido em Ação Civil Pública Relativa à Correção dos Valores Devidos Pela Instituição Financeira aos Poupadores, com a Consequente Dispensa das Execuções Individuais.**

Fernando Wolff Filho

Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau. Graduado em Direito Pela PUCPR. Curso de Aperfeiçoamento em Processo Cautelar, Conhecimento e Contratos Pela PUCSP. Especialização em Direito Civil - IBEJ. Professor Licenciado de Prática Processual Civil da Escola da Magistratura do Paraná.

Dia desses, o STJ, por um dos seus, o ministro Sidnei Beneti, no REsp n.º 767.741-PR, confirmando decisão do TJPR que, por sua vez, confirmou decisão por mim proferida junto ao juízo da 13.<sup>a</sup> Vara Cível da Comarca de Curitiba, declarou, em última instância, válida a determinação para que a execução de sentença de ação civil pública se realize mediante depósito direto em conta pelo próprio banco dos valores devidos aos poupadores.

A questão, como se percebe, tem a ver basicamente com a forma de execução do título judicial concebido nessa espécie de ação.

Trata-se, como adverte o ministro, de questão de enorme relevância, pois de consequências jurídicas e fáticas de grande expressão. Afinal, o Poder Judiciário, de acordo com ele, necessita, com urgência, superar essa matéria, pena de ocupar-se exclusivamente dessas centenas de milhares de processos, oriundos dessa “*macro-lide*” e impossibilitar-se de atender às demais lides existentes no território nacional.

Assim, no que aqui interessa, questiona-se: é possível ao juiz em sede de ação civil pública relativa aos valores devidos aos poupadores determinar que o banco efetue o depósito, independentemente do ajuizamento de processo de execução?

Pois bem. Independentemente da classificação que se dê aos provimentos judiciais, seja a ternária (declaratória, constitutiva e condenatória), seja, como quer Pontes de Miranda<sup>1</sup>, a quinária (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamentais e executivas), o que de fato importa é que a relação jurídica havida entre as partes, poupadores, de um lado, e banco, do outro, encerra genuína obrigação de fazer, consubstanciada na remuneração mediante depósito

1 MIRANDA, Pontes. Tratado das ações, 2a Ed., São Paulo, RT, 1972, t. 1, p.118.

nas contas de poupança dos poupadores dos valores que deixou de depositar por ocasião dos respectivos e malfadados planos econômicos (Bresser, Verão, etc.).

Então, para dizer o direito no caso concreto, independentemente de eventuais desvios formais dos pedidos formulados, o que, de regra, é infelizmente uma constante cada vez maior na prática do foro, ao Estado-juiz não resta outra solução senão dizê-lo, mas de acordo com a realidade material que lhe foi submetida pelas partes.

Não se pode olvidar, nesse particular, que a *jurisdição*, segundo Liebman<sup>2</sup>, é o poder que toca ao Estado, entre as suas atividades soberanas, *de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica*.

Sendo assim, fácil concluir que a eficácia desse provimento jurisdicional para aqueles que adotam essa classificação é, por conseguinte, mandamental, a ser por isso implementada pelo juiz, nos termos do art. 461 do CPC. Com efeito, pois para Pontes de Miranda, *a ação mandamental prende-se a atos que o juiz ou outra autoridade deve mandar que se pratique*.

Essa determinação, pelas palavras do ministro no citado recurso especial, diferencia-se do que normalmente ocorre nos comandos jurisdicionais da matéria – afasta-se, em verdade, do “*id quod plerumque accidit*”, ou seja, do que comumente acontece. Mas, segundo ele, não há ofensa a lei federal nenhuma na determinação do Juízo, no sentido de que o preceito do julgamento transitado em julgado se cumpra pela forma mandamental, que se extrai da própria petição inicial, da sentença e do Acórdão. Nada há, em suma, que obste essa determinação, ou seja, que impeça a execução mandamental direta, mediante depósito na conta bancária de seus depositantes, pelo próprio banco (CPC, art. 463; Lei da Ação Civil Pública – Lei 7347/85, art. 15; Código de Defesa do Consumidor, arts. 96, 97, 98, 99 e 103, § 3º; e Lei Complementar 105, art. 1º, V).

Casos discrepantes da normalidade – como o de não haver mais conta de algum interessado no banco –, anota, deverão ser resolvidos individualmente, de acordo com as circunstâncias de cada caso.

O que não faria sentido, adverte, é, tratando-se de estabelecimento que lida com moeda corrente e, portanto, espécie de bem preferente, mesmo na ordem da penhorabilidade, dar início à execução para que viesse a criar-se novo longo processo, reabrindo-se todas as instâncias recursais para, ao final, pagar o que, afinal de contas, já deve ser feito de imediato pela forma mais simples, que é a determinada pelo Juízo.

2 Citado por Humberto Theodoro Junior, in Curso de Direito Processual Civil, vol. 1, 50a Ed. Forense, p.36.

Em conclusão, observa-se o que, em regra, se faz no mundo, ou seja, proclamada a tese jurídica ou reconhecida a questão fática por intermédio da *Class Action* (USA), ou instituto assemelhado, não se exige que cada um dos milhares de beneficiários do julgamento coletivo promova sua ação individual, mas sim, ao contrário, segue-se o cumprimento do julgado por atividade direta da entidade atingida pelo julgamento, seja mediante atuação da entidade responsável, no obrigatório cumprimento automático do julgado, seja por ação de medida de coerção indireta – geralmente por intermédio de órgão setorial, público ou privado, do setor.

Essa determinação, descumprido o preceito da sentença, permite, portanto, a satisfação imediata do direito reconhecido, sem qualquer solução de continuidade. Evita-se com isso as infundáveis execuções, como as que vêm sendo perpetradas Brasil a fora, a produzir verdadeira inviabilização do Poder Judiciário.

Vale dizer ainda que tal medida vem ao encontro dos interesses de todos e cumpre com folga o princípio constitucional da efetividade (art. 5º, LXXVIII, da CF), posto que sem mais delongas (celeridade) e gastos desnecessários (economia) satisfará a todos os poupadores albergados pela decisão, seus reais e únicos destinatários. Dessa forma, a associação que representa os consumidores na ação civil pública atende desde logo aos seus associados e, assim, cumpre a sua função social, ao passo que o banco, não mais podendo fazer nada a essa altura a não ser se conformar com a decisão já transitada em julgado, evita, assim, inúmeras ações de execuções de títulos judiciais em nome de tantos quantos forem os consumidores poupadores que ainda não tiveram o seu direito satisfeito, evitando-se com isso dispêndio de tempo e energia. Enfim, todos ganham.

E tudo isso se impõe também como medida moralizante, já que há uma verdade que não quer se calar, ainda que se tente ocultá-la por meio de expedientes meramente formais, a fim de evitar que terceiros de algum modo se locupletem dos únicos destinatários da prestação jurisdicional já reconhecida e transitada em julgado.

Com efeito, porquanto é inegável que com uma frequência crescente subjaz veladamente ao interesse dessas associações, supostamente criadas para defender os interesses dos consumidores, propósito diverso daquele que aparenta. É que, a pretexto de defendê-los, algumas delas, a bem da verdade, defendem inicialmente interesse próprio, para secundária e eventualmente defenderem os interesses dos consumidores.

Tais associações, como se tem constatado na prática do foro, vêm sendo constituídas, de regra, por advogados ou, quando não, com eles vêm mantendo estreito e obscuro vínculo para, sob o véu de uma nobre causa, beneficiarem-se da isenção das custas (art. 18, da Lei n.º 7.347/85 – Ação Civil Pública), captarem clientes e auferirem lucros, o que, no mínimo, para não dizer mais, é pouco ético (arts. 2º, inc. VIII, b, e 7º, ambos do Código de Ética do Advogado).

Passando-se as coisas desse modo, não há como deixar de cogitar, ao menos em tese, de manifesto desvirtuamento da finalidade da ação civil pública, na medida em que o verdadeiro propósito dessas associações não seria outro senão o de, em verdade, fomentar a atividade do advogado com quem elas mantêm algum tipo de vínculo, sobretudo na fase de execução do título judicial, quando então as oportunidades são maiores e muito mais compensadoras.

E mesmo que se examine a questão em comento de outra forma, ou seja, que se considere por suposto que a eficácia do provimento jurisdicional limitar-se-ia à obrigação de pagar quantia, a solução ainda assim não poderia ser outra.

Isso porque, ensina Marinoni<sup>3</sup>,

“(…) Não há no direito brasileiro ou no direito italiano qualquer definição legislativa de sentença condenatória. O conceito de condenação é eminentemente doutrinário.

A sentença condenatória sempre foi caracterizada pela sua correlação com a execução por sub-rogação ou com a chamada execução forçada. Lembre-se, nesta perspectiva, que Chiovenda disse que a sentença condenatória faz surgir uma ordem, destinada aos encarregados da execução forçada, ao passo que Calamandrei afirmou que a função específica da condenação é a de transformar a obrigação em sujeição à execução forçada, em relação à qual a vontade do condenado – que contava para efeito de adimplemento – não mais importa.

É bom também lembrar que, de acordo com a doutrina italiana clássica, a verdadeira atividade executiva pressupõe a realização do direito independentemente da vontade do réu. Como disse Carnelutti, o caráter peculiar da execução consiste propriamente em obter, sem o concurso da vontade do obrigado, a subordinação do seu interesse, que corresponde ao adimplemento da obrigação. Tudo isso quer dizer que a sentença condenatória, ao correlacionar-se com a execução por sub-rogação, exclui da sua proteção os direitos que dependem, para sua realização, do cumprimento de um fazer infungível ou de um não fazer. É evidente, contudo, que os direitos que dependem do cumprimento de obrigações

3 MARINONI, Luiz Guilherme. in Tutela Específica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.33-37.

infungíveis somente podem ser tutelados por meio de uma atividade executiva que atue sobre a vontade do demandado para convencê-lo a adimplir.

Como é sabido, o Código de Napoleão, preocupado com a liberdade e a dignidade dos homens, estabeleceu em seu art. 1142 que “toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de inadimplemento do devedor”. Como já foi dito, esta norma consagra os princípios da liberdade e da defesa da personalidade, próprios do jusnaturalismo e do racionalismo iluminista. Portanto, a coerção das obrigações infungíveis, que daria ensejo a uma sentença que, forçando o demandado a adimplir, seria capaz de tutelar direitos que dependem, para a sua efetiva realização, da participação da vontade do obrigado, não estava nos planos da doutrina liberal. Ora, a sentença condenatória, ao correlacionar-se com a execução por sub-rogação, faz uma nítida opção pela incoercibilidade das obrigações.

Por outro lado, se o direito de um século atrás era eminentemente patrimonialista e não estava preocupado em garantir aos cidadãos a tutela específica dos seus direitos, mas apenas a tutela ressarcitória, que era suficiente para manter em funcionamento os mecanismos de mercado, não havia razão para se pensar em uma sentença que se ligasse à multa, compreendida como forma de coerção destinada a compelir o réu a adimplir. (...)”

A necessidade de manter o juiz despido de poder, ou como ser inanimado que deveria apenas proferir palavras que estivessem contidas no texto da lei, reflete-se sobre o direito processual civil quando se pensa na classificação doutrinária das sentenças e no denominado princípio da tipicidade dos meios executivos.

Este princípio quer dizer que a sentença condenatória, em caso de inadimplemento, somente pode ligar-se aos meios de execução previstos na lei. Desejava-se, com isto, não só garantir a liberdade do réu, que não poderia ter a sua esfera jurídica invadida por outros meios – senão aqueles expressamente previstos na lei – mas sobretudo deixar claro que os poderes do juiz, na fase de execução, estariam subordinados à iniciativa – que por sua vez estaria circunscrita à lei – daquele que não teve a sentença condenatória que lhe deu razão devidamente adimplida.

O juiz federal em Foz do Iguaçu, Rony Ferreira, vale-se desse ensinamento para chegar à conclusão de que muito embora:

“a transcrição supra tenha sido extraída de um contexto onde se discutem tutelas específicas relacionadas a obrigações de um fazer infungível ou de um não fazer,

tem-se que os argumentos empregados também servem para resolver o problema da maioria das execuções individuais de caráter patrimonial decorrentes de ações coletivas”.

E, diante de problema assemelhado, emenda, afirmando:

“Permitam-me reforçar que me refiro às ações coletivas que tramitam na Justiça Federal, pois geralmente são semelhantes e, em regra, pelo que se tem notado, conduzem a execuções individuais que visam a pagamentos de quantias certas (onde não raro o próprio devedor dispõe dos elementos necessários para apurar o montante devido aos beneficiados pela sentença coletiva), com aplicação dos clássicos artigos 604 e 730 do CPC. (Diverso seria, por exemplo, se estivéssemos tratando de uma condenação de caráter genérico, em que o dano individual precisasse ser apurado de outras formas. Como exemplo poderíamos citar a hipótese de fumantes beneficiados por uma sentença genérica que houvesse condenado os fabricantes de cigarro a indenizar pelos danos individuais causados).

Retornando aos exemplos citados, tomemos como exemplo uma Ação Coletiva em matéria previdenciária que gere pagamentos de atrasados. Nada impede que a sentença proferida na Ação Coletiva DETERMINE/ ORDENE não apenas a revisão dos benefícios, MAS TAMBÉM o pagamento dos atrasados, EM AMBOS OS CASOS SOB PENA DE MULTA. (No que tange aos valores atrasados, nem mesmo o mecanismo de precatório/requisição, nos termos do art. 100 da CF/88, constitui óbice para a presente proposta). Se o argumento for no sentido de que os atrasados devem ser feitos por precatório ou requisição basta o INSS apurar os valores e informar o Juízo, que por sua vez solicita o pagamento e, uma vez disponibilizados, os repassa ao INSS para concluir o pagamento aos beneficiados).”

Por fim, arremata:

“Se empregarmos o mesmo raciocínio na revisão dos expurgos das cadernetas de poupança chegamos à mesma conclusão. Ou seja, é perfeitamente possível determinar que a CEF calcule o montante devido, notifique os poupadores beneficiados e promova-lhes DIRETAMENTE o pagamento, evitando com isso milhares de execuções individuais.

As EXECUÇÕES INDIVIDUAIS, assim, remanesceriam como instrumento para os que eventualmente discordarem dos valores pagos pelo devedor, diminuindo – ao menos em tese – o número de litigantes.

Parte da doutrina não aceita a imposição de multa para pagamento de quantia certa, mas acho que essa visão deve ser superada a fim de que possamos adequar o processo às novas necessidades dos jurisdicionados e do Estado.

Por ora, ao menos no âmbito das Ações Coletivas, parece-me necessário darmos às sentenças, mesmo no que tange à restituição de valores, um perfil mais mandamental e menos condenatório, a fim de permitir que o integral cumprimento da sentença evite a via tradicional das execuções individuais perante o Judiciário." (grifos e destaques de acordo com o original).

Some-se a isso o fato de que se trata de relação de consumo, em que o Juiz deve adotar todas as providências no sentido de tornar o comando judicial efetivo (art. 84 do CDC).

Portanto, seja qual for o fundamento que se adote, uma coisa é certa: dúvida não há, como agora restou confirmado pelo STJ, de que o sistema processual admite que a execução de sentença transitada em julgado de ação civil pública em que se reconheça o direito dos poupadores à remuneração, com causa de pedir e pedido assemelhados aos acima referidos, se faça mediante depósito direto em conta pelo próprio banco dos valores devidos aos poupadores, independentemente de processo de execução. Essa, em suma, é a solução mais adequada à hipótese e consentânea à realidade. Afinal, lembra Teori Albino Zavascki que o processo, instrumento que é para a realização de direitos, somente obtém êxito integral em sua finalidade quando for capaz de gerar, pragmaticamente, resultados idênticos aos que decorreriam do cumprimento natural e espontâneo das normas jurídicas. Daí dizer-se que o processo ideal é o que dispõe de mecanismos aptos a produzir ou a induzir a concretização do direito mediante a entrega da prestação efetivamente devida, da prestação *in natura*. E quando isso é obtido, ou seja, quando se propicia, judicialmente, ao titular do direito, a obtenção de tudo aquilo e exatamente daquilo que pretendia, há prestação de tutela jurisdicional específica.



## **A Prescrição Intercorrente na Execução Comum (Direito Privado) Da Eternização do Processo por Inexistência de Limitação ao Prazo de Suspensão da Ação Executória por Ausência de Bens Penhoráveis no Livro II do Código de Processo Civil**

Gamaliel Seme Scaff

Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná. Especialista em Política Judiciária e Administração da Justiça pela PUCPR. Curso Sobre Sistema Judicial Norte-Americano e Meio Ambiente Perante a University of Florida - Levin College of Law. Membro Fundador do IBRAJUS.

### **INTRODUÇÃO**

Na aplicação do direito, por vezes, nos deparamos com problemas que à luz das normas positivadas especificamente dirigidas à questão, não encontramos solução satisfatória.

Exemplo disto é a questão da *eternização* das execuções comuns (de títulos extrajudiciais contra devedor solvente) quando o processo restar suspenso por ausência de bens passíveis de penhora.

Do ponto de vista da filosofia, a *finitude humana* contrapõe-se à existência de um processo *eterno*.

Todavia, do ponto de vista do Livro II do Código de Processo Civil, Livro das Execuções, essa contradição existe porquanto, uma vez não localizados bens passíveis de penhora, a execução fica suspensa *sine die*, sem termo ou limite, ao contrário do que ocorre, por exemplo, nas ações de conhecimento (art. 265, §5º, CPC) e nos executivos fiscais (art. 40, §§2º e 4º da LEF) em que a suspensão do processo nunca será superior a um ano. Para a execução contra devedor insolvente, também há prazo previsto, contemplando a possibilidade da verificação da prescrição (art. 777, CPC).

O problema, então, se verifica quando a execução é dirigida contra devedor *supostamente* solvente ou *aparentemente* solvente.

O perfil desse devedor aqui em foco é o consumidor pessoa física, sujeito ao fenômeno que a doutrina moderna tem denominado de *superendividamento* ou também *sobreendividamento* que poderá ser *ativo* (quando o devedor contribui ativamente para alcançar a condição de impossibilidade de pagamento,

v.g., realizando gastos sem planejamento) ou *passivo* (quando circunstâncias previsíveis mas não esperadas se lhe acometem, como por exemplo, por doença, divórcio, acidente, dificuldade de um familiar, etc.), conforme doutrina de Fernanda Moreira Cezar<sup>1</sup>, publicada na Revista de Direito do Consumidor, coordenada pela Professora Cláudia Lima Marques.

Em regra, aquele cidadão classe média média ou baixa (mas não exclusivamente) que tendo salário, um imóvel residencial e/ou um veículo (vale lembrar aqui o mínimo existencial concebido Luiz Edson Fachin, em *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*<sup>2</sup> e por John Rawls, em *Uma Teoria da Justiça*), justamente por conta disso, ganha *status* de consumidor perante o comércio em geral (por apresentar um *cadastro positivo de bens*). Todavia, esses bens não serão passíveis de penhora porque o imóvel, provavelmente encontrará abrigo como “bem de família” (Lei 8.009/90) enquanto que o veículo, não raro, estará financiado e alienado fiduciariamente a alguma instituição financeira, hipótese em que também não estará sujeito à penhora, conforme inúmeros precedentes do STJ e demais Tribunais. Desnecessário lembrar que também seu eventual salário é insuscetível de penhora (art. 649, IV, CPC).

O quadro objeto do presente e brevíssimo estudo é o que se estabelece a partir da execução de um título executivo firmado nessas condições, *sem bens passíveis de penhora*, hipótese em que, nos termos das disposições do Livro II, das Execuções, do Código de Processo Civil, encontramos regra de suspensão *sine die*, impossibilitando, *a priori*, o reconhecimento da prescrição intercorrente *pela inércia do credor*, pela óbvia razão que esta não lhe pode ser imputada. O STJ tem firmado de modo pacífico tal entendimento.

Diante desse paradoxo (capitalismo+consumidor de patrimônio mínimo+alcance de uma eventual execução), eclodem algumas indagações que

---

1 CEZAR, Fernanda Moreira. O consumidor superendividado: por uma tutela jurídica à luz do direito civil-constitucional. In MARQUES, Claudia Lima. Coord. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 63, jul-set/2007, p.131-164.

2 FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2001. Conforme consta da “Nota Prévia” da referida obra, “A presente tese defende a existência de uma garantia patrimonial mínima inerente a toda pessoa humana, integrante da respectiva esfera jurídica individual ao lado dos atributos pertinentes à própria condição humana. Trata-se de um patrimônio mínimo indispensável a uma vida digna do qual, em hipótese alguma, pode ser desapossada, cuja proteção está acima dos interesses dos credores. A formulação sustentada se ancora no princípio constitucional da dignidade humana e parte de hermenêutica crítica e construtiva do Código Civil Brasileiro, passando pela legislação esparsa que aponta nessa mesma direção.[...]é uma construção de possibilidade que emerge sob a crítica dos paradigmas tradicionais e que encontra abrigo na defesa de um sistema jurídico aberto e plural, no Direito que se alimenta da vida e frutifica nas aspirações emancipatórias da dignidade humana.”

angustiam o operador do direito, tais como, qual a solução possível? Até onde o sistema jurídico brasileiro nos permite trilhar, de modo razoável, nessa senda?

É então que, com propriedade costumeira, Cândido Rangel Dinamarco, ao tratar da efetividade do processo e das reformas do Código de Processo Civil, sentencia ao afirmar que

“Nunca é demais lembrar a máxima chiovendiana, erigida em verdadeiro slogan, segundo a qual ‘na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter’” [Dinamarco, Cândido Rangel – *A Reforma do Código de Processo Civil*, 1995, Malheiros, pág. 19 e 20.]<sup>3</sup>.

É isto. A efetividade deve ter em mira *o que for possível ao processo proporcionar do ponto de vista prático* à parte interessada. Portanto, cabe ao operador do direito lançar um olhar pragmático aos fatos e ao processo de modo a perceber “o que será possível obter” com ele de modo a evitar que, novamente, revele-se um fim em si mesmo.

Olhando a questão do plano meramente técnico processual, essa eternidade conferida ao processo de execução em tais circunstâncias não se revela motivo de perplexidade.

Porém, quando miramos o fato de uma ótica orbital ao sistema jurídico que temos, a partir da Constituição Federal e seus meta princípios informadores, nos surpreendemos ao perceber que no Brasil um processo por crime de homicídio (bem jurídico=vida) prescreve; já um processo de execução de título extrajudicial (bem jurídico=patrimônio) sem bens passíveis à penhora e desde que suspenso por isto, jamais prescreverá. Passa a ser eterno. Ganha *status* de divindade processual, pois só os deuses seriam eternos.

E é sob essa ótica orbital ao sistema que me debruço, fazendo algumas reflexões jurídicas que tenho por importantíssimas e urgentes, na certeza de que esse absurdo se trata de um fenômeno indesejado pelo (bom) legislador pátrio.

---

3 SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. A Dignidade da Pessoa Humana e o Prazo Razoável do Processo. A responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. Coord. Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil. p.1227-1241.

## 1. PROLEGÔMENOS NECESSÁRIOS ACERCA DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA EXECUÇÃO REGULADA PELO DIREITO PRIVADO. COMPARAÇÃO COM A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA EXECUÇÃO FISCAL

O instituto da prescrição, sob o ponto de vista sociológico-jurídico e da filosofia do direito, tem por escopo a segurança social das relações jurídico-negociais e a estabilização delas *pelo decurso de um certo período de tempo*, de modo a evitar a eternização de conflitos não resolvidos. Enfim, a pacificação da vida em sociedade.<sup>4</sup>

“À prescrição sempre se reconheceu, *em si mesma*, um caráter público, consistente – se aquele não agiu para efetivar a sua pretensão dentro de terminado prazo – na vantagem social de manutenção da estabilidade da situação cristalizada”.<sup>5</sup>

“Quando se trata de explicar a razão de ser dessa influência do tempo no direito, divergem os juristas. M.I. Carvalho de Mendonça explica a prescrição, fundando-a na negligência do credor e na necessidade de serem solvidas certas situações de fato: *ne in perpetuum incerta sit iura*. Carpenter, ao justificá-la, procurou o princípio *da necessidade social, a ordem social*. Os pensadores estão divididos. Uns, como Ahrens, Cassiodoro, Gaio Grocio, Thibaut e Savigny, consideram a prescrição mera criação política, por isso que os direitos são eternos e o tempo não é um modo de constituir-los ou de extingui-los, enquanto outros (Puffendorff, d’Argentré, Troplong e Beline) entendem a prescrição como de direito natural.

Giorgi apresenta, como razão precípua, um altíssimo fim de convivência social assentado na justiça natural o seu fundamento, ora mediata ora imediatamente”<sup>6</sup>.

“A prescrição – afirmam Chironi e Abello, citados por Amilcar de Castro em seus *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, p. 399, é “Il modo col quale, per via del decorso del tempo, e dell’inazione del titolare, s’estingue Il diritto e

---

4 Via de regra, os conceitos trazidos das obras de Direito Civil descrevem mais seus efeitos do que sua natureza jurídica, efeitos esses de caráter patrimonialista apenas. Todavia, a razão de ser do instituto da prescrição tem premissas mais elevadas e são de ordem social.

5 ALVIM, Arruda. Da prescrição intercorrente. In. CIANCI, Mirna. Coord. PRESCRIÇÃO NO CÓDIGO CIVIL. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.27-56.

6 LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil. 6 ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. p.497-498.

com eso l'azione onde averla la naturale tutela<sup>7</sup> (Chironi e Abello, *Trattato di Diritto Civile*, vol.I, ps. 684 e 685; Weiss e Laurent, *apud* André Weiss, *Traité de Droit International Prive*, vol. IV, ps. 404/406).

Ela extingue o direito substancial do credor exatamente porque ele perde, *ipso facto*, o prazo para exercitar a ação que lhe dá proteção.

[...]

O direito, uma vez nascido, é uma realidade; a prescrição, uma possibilidade...<sup>8</sup>

Entretanto, a *prescrição* não acarreta dúvidas profundas quando tomada em sua finalidade óbvia, a saber, como sendo “a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante determinado espaço de tempo”<sup>9</sup>.

Verdadeiro problema se instaura quando da análise da chamada *prescrição intercorrente*, mais agudamente, nos *processos de execução comuns*<sup>10</sup>.

Oportuno destacar que tanto o Código Civil de 1916 (art. 173) quanto o NCCB/02 (parágrafo único do art. 202)<sup>11</sup> preveem a *prescrição intercorrente*, estando fora de qualquer dúvida sua existência em nosso sistema legal.

Sua incidência, entretanto, nem sempre é de clareza solar.

De fato, sabido primeiramente que as execuções comuns são regidas pelos procedimentos estabelecidos no Livro II (do Processo de Execução) do Código de Processo Civil, fica o intérprete atrelado às normas previstas nesse Livro para dar solução às questões atinentes ao processo de execução, só podendo lançar mão das regras gerais do Código de Processo de forma subsidiária, de acordo com a regra do art. 598: “Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento.”

Assim, é que as *causas de extinção do processo numa ação de conhecimento* são aquelas previstas nos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil.

Todavia, as *causas de extinção do processo de execução* estão previstas no art. 794 do mesmo código, sendo uma impropriedade técnica emprestar qualquer daqueles fundamentos (art. 267 ou art. 269) para declarar extinto um

7 Tradução própria: “Prescrição é o modo pelo qual, pela via do decurso do tempo, e da inércia do titular, se extingue o direito e com isso a ação onde haveria a natural tutela”.

8 SANTOS, Ulderico Pires dos. Prescrição. Doutrina, Jurisprudência e Prática. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p.05 e p.19.

9 Consoante definição de Clóvis, em seu Comentários ao Código Civil.

10 Em contraposição aos executivos fiscais regulados por lei própria (Lei 6.830/80).

11 O texto em ambos é idêntico: “A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.”

processo de execução, quando presente a hipótese no art. 794.

Pois bem, dentre o rol das causas extintivas do processo de execução, não encontramos a *prescrição* – até porque não seria a priori necessária –, conforme se pode constatar:

“Art. 794. Extingue-se a execução quando:

I – o devedor satisfaz a obrigação;

II – o devedor obtém, por transação ou por qualquer outro meio, a remissão total da dívida;

III – o credor renunciar ao crédito.”

A *prescrição* do título executivo interrompe-se quando da propositura da ação de execução, consoante regra do art. 617: “A propositura da execução, deferida pelo juiz, *interrompe a prescrição*, mas a citação do devedor deve ser feita com observância do disposto no art. 219.” (grifo meu)

O problema se instala quando ocorre a *condição suspensiva* nos feitos de execução comum, por qualquer de suas causas elencadas no art. 791:

“Art. 791. Suspende-se a execução:

I – no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução (art. 739-A);

II – nas hipóteses previstas no art. 265, ns. I a III;

III – quando o devedor não possuir bens penhoráveis.”

Instala-se o problema porque no rito de execução estabelecido no Livro II do Código de Processo Civil *não há previsão legal quanto à cessação dessa suspensividade*, tal como ocorre na Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/80, art. 40 e §§).<sup>12</sup>

12 Assim dispõe o art. 40 e seus parágrafos:

Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4º - Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

§ 5º - A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso

Assim, em não havendo cessação dessa suspensividade, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que a paralisação da ação de execução por *ausência de bens penhoráveis* – hipótese mais corrente – não dá azo à fluência do prazo prescricional de modo a caracterizar a chamada *prescrição intercorrente*, porque não seria isto imputável à parte como ato de inércia.

Nesse sentido, o escólio do STJ: REsp 63.474/PR, rel. ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 16/06/2005, DJ 15/08/2005 p. 316.

Entretanto, quando se trata de *executivo fiscal* regido pela Lei 6.830/80, o tratamento é diverso por conta da existência de norma específica limitando a condição suspensiva, segundo precedentes da E. Corte Superior: REsp 1102554/MG, rel. ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 27/05/2009, DJe 08/06/2009; e AgRg no Ag 1093264/SP, rel. ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 17/03/2009, DJe 15/04/2009.

Em não existindo uma norma processual específica para o Livro das Execuções que ponha um termo à condição suspensiva prevista no art. 791, a única modalidade de *prescrição* que se vislumbra para a hipótese é a clássica, a saber, a de *inércia do titular do direito*, a qual não se configura quando a condição suspensiva se verifica, na forma da lei, pela ausência de bens penhoráveis por ser fato não atribuível ao credor.

Mas este é um *enfoque apenas patrimonialista do instituto da prescrição* enquanto que sua natureza jurídica possui raízes bem mais profundas e cujo escopo é o de por fim a pendengas que, de outra forma, *seriam eternas*. A propósito, oportuno emprestar a feliz observação de Sua Excelência, o digno relator do primeiro aresto, aqui citado, do STJ, ministro Castro Meira quando afirma magistralmente que a *prescrição intercorrente* (nos executivos fiscais) visa “impedir a existência de execuções eternas e imprescritíveis”.

“Execuções eternas e imprescritíveis”.

Este é o verdadeiro escopo da *prescrição intercorrente*: fazer cessar esse efeito odioso de uma sanção que nunca cessa. Uma sanção perpétua. Um processo que nunca acabe.

Claro, pois, se a prescrição não mais volta a percorrer seu curso enquanto paralisado o processo por *ausência de bens à penhora*, está fadado à eternidade! Sem termo final.

Pondere-se acerca do absurdo gerado: – *um réu de crime de homicídio obtém a prescrição da pretensão punitiva de seu crime ao cabo de vinte anos*,

todavia, *continuará devendo* para além desse tempo se residir como executado em alguma execução suspensa *por falta de bens penhoráveis!*

Ora, qual o bem jurídico de maior valor? A **vida** ou a **dívida**? Obviamente que é o bem da vida e essa inversão fere o princípio da razoabilidade, pois vai de encontro à lógica do razoável.

Certamente o legislador não desejou tamanho contra-senso, razão pela qual o Judiciário *pode e deve* intervir para impedir a concretização desse absurdo.

Mas o que fazer se não se caracteriza a *inércia do credor*?

De fato, enquanto não vier reforma legislativa que dê trato à questão, o Judiciário não poderá impor o decreto de *prescrição intercorrente* utilizando a *inércia do credor (titular do direito)* como fundamento legal porque na hipótese de *ausência de bens à penhora* realmente ela não se caracteriza.

Entretanto, vislumbro uma *segunda via* pela qual o Judiciário poderá decretar a *prescrição intercorrente* nas execuções regidas pelo direito privado. Essa *segunda via* tem assento em *princípios de ordem Constitucional*, como adiante se verá, os quais bastam para autorizar a solução dessa omissão do legislador processual.

## 2. DOUTRINA ACERCA DESSE FENÔMENO

Vale aqui por em relevo dois trabalhos debruçados sobre o tema.

O primeiro deles trata-se do artigo “Prescrição intercorrente no direito civil: extinção da execução por inércia do credor”<sup>13</sup>, por Antônio Celso Baeta Minhotto<sup>14</sup>, cujo autor, em síntese, defende a aplicação do prazo prescricional máximo previsto na lei civil (20 anos em relação ao CCB/16 – 10 anos em relação ao NCCB/02) como termo ad quem de prescrição da execução comum, assim se manifestando em trecho de interesse:

“Mas, e se o credor, muito embora diligente, nada encontra em nome do devedor, passível de penhora ou constrição? Nessa hipótese forçoso notar que a prescrição, capitaneada pelo tempo, deitará seus efeitos sobre um feito judicial

13 MINHOTTO, A. C. B. Prescrição intercorrente no Direito Civil: extinção da execução por inércia do credor. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=3887>> Acesso em: 17 ago 2009.

14 Antônio Celso Baeta Minhoto é advogado em São Paulo, Mestre em Direito Político e Econômico pelo Mackenzie e Professor no Curso de Direito do IMES – Instituto Municipal de Ensino Superior de São Caetano do Sul.

que, provavelmente e ante a constatação do credor de que aquele procedimento não o levará à satisfação de seu crédito, findará por ser abandonado mas que, mesmo no arquivo, poderá ainda beneficiar o devedor.

Adotemos, de modo meramente exemplificativo, o caso de um credor de uma nota promissória no valor de R\$ 100.000,00 (valores atuais) que, executando esta nota em 1982, nada logra em seu favor, ou seja, cita o devedor-sacado, mas este não indica bens para penhora e nem consegue o primeiro estes encontrar. Desinteressa-se o credor-exequente por tal situação, como até mesmo parece ser o óbvio. Remetido ao arquivo, o feito ali repousa por 20 longos anos, momento em que o mesmo credor o desarquiva para prosseguir com a execução, já então vintenária, em face do mesmo devedor, ao ser noticiado que este último, aquinhoado pela boa sorte, foi premiado em mais de R\$ 1.000.000,00 na loteria federal, loteria esportiva ou megasena.

**Note-se que para o exemplo em tela, estamos adotando a prescrição do antigo Código Civil de 20 anos (art. 177), adotando-se a idéia de que o diploma legal de 1916 estava vigente quando da emissão da nota promissória destacada.**

É importante frisar que já não há mais que se indagar sobre a retroatividade da citação como forma de interrupção da prescrição na execução (art. 617, Código de Processo Civil), porquanto adotamos, de modo proposital por certo, situação em que o devedor foi validamente citado, mas não pôde a execução se desenvolver pelas razões acima descritas.

Ante o exemplo acima, devemos nos indagar se o devedor poderá arguir a prescrição intercorrente, pelo decurso de 20 anos não só da propositura do feito, mas também de sua paralisação, como meio seu de defesa e se essa alegação será aceitável, do ponto de vista jurídico. Pelo que aqui vimos até aqui, a resposta parece ser positiva. A ação em foco decorre de direito pessoal (crédito materializado em nota promissória) e sobre este tipo de direito vige o artigo 205 do novo Código Civil que, de resto, apenas diminuiu o previsto no antigo Código Civil de 1916 que, em seu artigo 177, estatuiu em 20 anos o exercício para essa natureza de ação. Em seguida, basta fazer ponte lógica com a súmula 150 do Supremo Tribunal Federal, já citada, e teremos como caracterizada a prescrição da execução só que, no caso, na modalidade intercorrente.”

No segundo trabalho, conforme excerto do artigo “Da prescrição intercorrente no processo de execução suspenso pela falta de bens penhoráveis

do devedor<sup>15</sup>, Gisele Lemos Kravchycyn<sup>16</sup>, tendo por ponto de partida o posicionamento doutrinário de Humberto Theodoro Júnior e de Araken de Assis, analisa a questão concluindo que a *prescrição intercorrente* nas execuções pelo direito privado é problema que ainda está em aberto em nosso sistema, clamando por um suprimento legislativo para uma solução definitiva e repelindo a solução anterior.

Do texto, aproveita destacar o seguinte trecho:

“Humberto Theodoro Júnior corrobora com tal entendimento:

O objeto da execução forçada são os bens do devedor, dos quais se procura extrair os meios de resgatar a dívida exequenda. Não há, no processo de execução, provas a examinar, nem sentença a proferir. E sem penhora, nem mesmo os embargos podem ser opostos. Daí porque a falta de bens penhoráveis do devedor importa suspensão *sine die* da execução (art. 794, III).

(...)

A melhor solução é manter o processo suspenso *sine die*, arquivando-o provisoriamente, à espera de que credor encontre bens penhoráveis. Vencido o prazo prescricional, será permitido ao devedor requerer a declaração de prescrição e a conseqüente extinção da execução forçada, o que, naturalmente, não será feito sem prévia audiência do credor.(2) (original sem grifos)

Inicialmente, pode-se pensar que Humberto Theodoro Júnior seria a favor da suspensão *sine die* do processo executivo, entretanto, numa análise mais aprofundada, percebe-se que o autor tenta vincular o prazo da suspensão processual com o prazo prescricional. Portanto, o autor concorda com a fluência do prazo prescricional durante a suspensão do processo.

Araken de Assis ao estudar o assunto, afirma que uma suspensão indefinida seria “ilegal e gravosa” demais ao devedor, e utiliza a analogia para chegar a conclusão que o processo executivo civil deveria ficar suspenso por apenas 6 (seis) meses. Durante esse período não correria o prazo prescricional. No entanto, após os 6 (seis) meses iniciais, o prazo prescricional retomaria seu curso, possibilitando a consumação da prescrição intercorrente. Porém, o próprio autor considera o prazo de seis meses de suspensão insuficiente e em desacordo com o disposto no art. 40 da Lei de Execuções Fiscais. Retira-se, *in extenso*:

---

15 KRAVCHYCYN, G. L. Da prescrição intercorrente no processo de execução suspenso pela falta de bens penhoráveis do devedor. Disponível em: <[http://www.professorchristiano.com.br/minhoto\\_prescIntercorrente.pdf](http://www.professorchristiano.com.br/minhoto_prescIntercorrente.pdf)> Acesso em: 18 ago 2009.

16 Gisele Lemos Kravchycyn é advogada em Santa Catarina e Sergipe, pós-graduada em Direito Previdenciário e Relações Públicas da comissão de seguridade social da OAB/SC.

Seja como for, o sistema recomenda um elastério razoável à suspensão. Qual? O art.265 agasalha dois: **na hipótese de convenção das partes, o máximo é de 6 (seis) meses** (art. 265, § 3.º); **no caso de causa prejudicial ou de produção de prova, o prazo alcança um ano** (art. 265, § 5.º). Como já se rejeitou a aplicabilidade, em sede executiva, do IV do art. 265, soaria extravagante e contraditório propugnar o prazo de um ano, a esta regra estreitamente vinculada. Por conseguinte, inexistindo bens utilmente penhoráveis, o processo executivo remanescerá suspenso por 6 (seis) meses, após o que se extinguirá. O ponto exige, a olhos vistos, imediato tratamento legislativo, seja porque obscuro, seja porque o prazo apontado é exíguo e desconforme com o fixado no art. 40, §2º, da Lei 6.830/80.(3) (original sem grifos)

Como se pode observar, não existe disposição legal a respeito do prazo de duração da suspensão processual e cada autor tem tentado, de maneira pessoal, preencher a lacuna existente. Parece-nos mais correta a afirmação de Araken de Assis, que defende imediato tratamento legislativo para o assunto, posto que o prazo analogicamente concebido está claramente em desacordo com o disposto no artigo 40 da Lei 6830/80, e frente ao princípio da isonomia(4), inconstitucional seria qualquer decisão que diferenciasse de maneira tão evidente o fisco do credor comum.

Por este motivo, não nos parece de boa técnica a afirmação de que, levando-se em consideração o disposto no artigo 265, §3º,(5) a suspensão processual executiva pudesse durar, tão somente, 6 (seis) meses.

**A fixação de um prazo legal compatível com os dispositivos já existentes seria de grande valia para o ordenamento jurídico atual. O vácuo legal acabou por desvirtuar tanto a suspensão processual quanto a prescrição. Vários autores acabam defendendo a fluência do prazo prescricional durante a suspensão na tentativa de resguardar a segurança jurídica.**

Insustentável tal posicionamento, posto que, a prescrição tem como requisito essencial para sua consumação a inércia do credor (titular do direito) e durante a suspensão processual será defesa a prática de quaisquer atos processuais, com exceção de providências cautelares urgentes, a serem decretadas pelo juiz.(6) Ora, se durante a suspensão não será permitido ao credor promover qualquer ato processual, como podemos considerar que este esteve inerte?

A intenção do legislador em instituir a suspensão foi a de paralisar efetivamente o processo, conforme se observa pela sanção de nulidade que aplica aos atos praticados durante sua vigência. Entretanto, ao não estabelecer limite para o prazo suspensivo, coube à doutrina e à jurisprudência essa busca incessante.

*Na vontade de impedir a existência de uma execução sine die, que ficaria eternamente suspensa na espera de bens penhoráveis do devedor, muitos*

autores estabelecem o prazo prescricional como limite para o prazo suspensivo. Entretanto, tal resposta não é a mais adequada.

A segurança jurídica é o fundamento da prescrição. Contudo, o instituto tem requisitos que precisam ser respeitados para que sua configuração possa ser válida. Ao estipular-se o prazo prescricional como limite de duração da suspensão, busca-se garantir a estabilidade da ordem jurídica, entretanto, nesse intento, desconsideram-se seus requisitos básicos.

O mais correto seria, portanto, um posicionamento legislativo determinando um prazo limite máximo para a suspensão processual, o que poderia terminar com a discussão a respeito da consumação da prescrição intercorrente durante a suspensão. Temos o exemplo da lei 6.830/80, que estipulou o prazo de 1 (um) ano, e depois do qual terá início a fluência do prazo prescricional. Tal solução poderia ser acolhida pelo Código de Processo Civil na tentativa de pacificar as discussões e esclarecer de maneira terminativa todas as dúvidas a respeito da fluência do prazo prescricional durante a suspensão processual.”  
(destaques meus)

Como bem se vê, a doutrina está preocupada com o problema, todavia ainda não é pacífica em relação a melhor solução para a questão do *fim* do prazo de suspensão no processo executório, obviamente por ausência de um firme embasamento jurídico devidamente concatenado, a partir das regras existentes no plano do direito *infra constitucional* de nosso sistema jurídico.

Arruda Alvim<sup>17</sup> observa com acerto que “A solução do Código de Processo Civil é a da *insolvência*, que pode ser requerida tanto pelo credor quanto pelo devedor. E, sucessivamente ao término da insolvência, correrá prescrição, como, ainda, a lei estabelece a própria extinção das obrigações”.<sup>18</sup>

De fato, à luz do Código de Processo, *o credor poderá requerer a insolvência do devedor*<sup>19</sup>, encaminhando o processo para uma nova etapa, a da insolvência para a qual existe previsão expressa de termo prescricional. Com tal manobra processual, lícita, o credor estaria inclusive elaticendo o tempo de residência em juízo contra o devedor para até cinco anos após o trânsito em julgado da sentença de encerramento desse procedimento. Disso surge uma

17 ALVIM, op. cit., p.27-56.

18 A referência é clara às disposições do art. 777 e 778 do CPC:

“Art. 777. A prescrição das obrigações, interrompida com a instauração do concurso universal de credores, recomeça a correr no dia em que passar em julgado a sentença que encerrar o processo de insolvência.”

“Art. 778. Consideram-se extintas todas as obrigações do devedor, decorrido o prazo de 5 (cinco) anos, contados da data do encerramento do processo de insolvência”.

19 O que seria lógico diante da inexistência de bens suscetíveis de penhora.

indagação: caso o credor não exerça esse direito – de requerer a insolvência do devedor *sem bens penhoráveis* até o final do prazo de prescrição do título exequendo – configuraria inércia? Parece que sim. No entanto, por não ser esta a rota da solução aqui proposta, desviaremos dessa hipótese.

### 3. SOLUÇÃO POSSÍVEL

De fato, se observado apenas desse plano (*infra constitucional*), a solução não é de fácil sustentação, mas é possível de ser considerada, principalmente a partir da reforma processual trazida pela Lei no 11.280 de 16.02.06 que trouxe a seguinte redação ao §5o do art. 219 do Código de Processo Civil: “§5o O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.”.

Com isto, a prescrição ganhou *status* de *matéria de ordem pública* e não mais como antes, em que se tratava de direito privativo da parte a quem interessasse argui-lo.

A propósito, segundo escólio de Fredie Didier Jr,

“As matérias tratadas pelos incisos IV, V e VI do art. 267 do CPC consideram-se como de ordem pública. Assim, podem ser examinadas ex officio e a qualquer tempo ou grau de jurisdição. [...] A prescrição e a decadência, embora também possam ser alegadas a qualquer tempo, distinguem-se daquelas, porém, na medida em que *podem não* se caracterizar como questões de ordem pública, *como é o caso da prescrição e da decadência convencional.*”<sup>20</sup> (itálico meu).

Vale dizer, não sendo convencional, a prescrição e a decadência inserem-se na vala comum das questões de ordem pública.

Em sendo *matéria de ordem pública* e identificada a omissão da lei processual no tocante à execução comum (contra devedor solvente) quanto ao *termo a quo* da retomada do prazo prescricional, como *ad exemplum*, foi previsto para o devedor insolvente no art. 777 do Código de Processo Civil, lícito parece supri-la por meio da analogia, fazendo ponte pelo art. 598 do mesmo *Codex*, com as regras gerais do processo previstas no §5º do art. 265, ainda do CPC, para considerar que o prazo máximo de suspensão de um processo de execução seria

20 DIDIER JR., Fredie. Aspectos processuais da prescrição: conhecimento ex officio e alegação em qualquer fase do procedimento. In. CIANCI, Mirna. Coord. PRESCRIÇÃO NO CÓDIGO CIVIL. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.64.

de um ano, assim como ocorre para os processos das ações de conhecimento e nos executivos fiscais (art. 40, §§2º e 4º), reiniciando a contagem do prazo prescricional, nos termos da Súmula 150 do STF, a partir de então.

Este raciocínio é fortemente sustentável a partir de uma interpretação sistemática segundo a qual, se a lei é omissa, cabe a regra do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Art. 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os *princípios gerais de direito*.”

É novamente o magistério de Arruda Alvim que confirma esse trajeto ao dispor que

“O que se coloca, agora, é saber se no sistema comum, disciplinado pelo art. 791, III, do Código de Processo Civil, a solução é a mesma<sup>21</sup>. Se assim for, estar-se-á admitindo a *analogia* de uma norma especial, que é a da Lei das Execuções Fiscais, a colmatar lacuna do direito comum.”<sup>22</sup>

De fato, além da analogia sugerida, encontramos respaldo também nos *princípios gerais de direito*, consagrados em nossa própria Constituição Federal.

Assim, a solução para essa paradoxalidade encontra amparo em alguns *princípios constitucionais* aos quais o próprio sistema deve obediência por se tratar de direitos e garantias fundamentais.

Com efeito, a própria Constituição Federal é claríssima ao dispor *expressamente* nos parágrafos do inciso LXXVIII do art. 5º que:

“§1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais *têm aplicação imediata*.

§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição *não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ...*”.

(destaques meus)

Dentre todos os princípios existentes, podemos elencar alguns que particularmente emprestam proveito e eficácia à solução proposta. São eles:

21 A mesma daquela prevista no art. 40 e §§ da LEF.

22 ALVIM, op. cit. p.27-56.

– **Princípio da razoável duração do processo**, art. 5º, LXXVIII: “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*” (Incluído pela Emenda Constitucional no 45, de 2004).

Este princípio constitucional é aqui empregado às avessas do que costumeiramente o faz a doutrina, pois tem em mira não o autor, mas o réu do processo.

Com efeito, se por um lado, tem o cidadão autor, nessa formulação genérica e lacunosa, assegurada a razoável duração do processo, por outro o Judiciário não pode manter a venda sob seus olhos para não enxergar a situação de um réu que por força de qualquer circunstância judicial, fica obrigado a carregar por toda a sua (miserável, muitas vezes) existência, um processo fadado a absolutamente nada, sem qualquer resultado prático vislumbrável, apenas como um estorvo ao seu exercício pleno de cidadania, tolerável por certo intervalo de tempo, mas insuportável enquanto supressor da chance de recomeçar ou retomar sua vida.

E não é sem fundamento que esse direito subsiste, pois quando observado o texto constitucional, de pronto, já ao começo, ressalta que é “*a todos*” que a norma se dirige. Obviamente, o réu se insere nesse contexto.

Como diz Nalini,

“A sociedade brasileira encontrou o *acesso à Justiça* com certa facilidade. Agora custa a encontrar a *saída da Justiça*. Uma das maneiras pelas quais procura desvencilhar-se do cipoal burocrático e do espinheiro recursal é invocar o direito a uma *duração razoável* do processo”.<sup>23</sup>

E isto também vale para o réu. Portanto, também o réu tem direito a um processo de duração razoável, principalmente aquele que lhe empreste significado de oposição ou obstrução ao pleno exercício de sua cidadania.

– **Princípio da razoabilidade e proporcionalidade**, os quais ainda que não expressos, são adotados pela Carta Federal, conforme a unanimidade da doutrina especializada.

Foge ao razoável a aceitação de um processo de execução de dívida que

---

23 NALINI, José Renato. Duração Razoável do Processo e a Dignidade da Pessoa Humana. In MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. Coord. Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009. p.191-202.

tenha uma longevidade infinita, ao passo que processos por crimes contra a vida encontram finitude em prazos bem definidos.

Fere também o princípio da proporcionalidade vislumbrar essa inversão de valores que certamente não foi desejada pelo legislador processual, mas que por um vacilo qualquer, estampou-se em nosso sistema de modo a reclamar uma correção por parte do Poder Judiciário a tamanha injustiça social.

– **Princípio que veda expressamente a existência de sanções de caráter perpétuo**<sup>24</sup> [9], art. 5º, XLVII, “b”: “*Não haverá penas: (...) de caráter perpétuo.*”.

Em que pese o texto constitucional estar direcionado especificamente para a pena de natureza criminal, é evidente que o princípio que se encerra nessa norma é o de que nenhuma sanção, seja ela civil ou penal, deverá conter essa característica.

Portanto, nesse sentido, inadmissível um processo sem data para acabar e cuja subsistência tenha mera conotação de castigo, pelas restrições que sua existência acarreta.

– **Princípio da isonomia** (art. 5º, *caput*).

Ocorre afronta a esse princípio na medida em que cria uma *distinção odiosa* entre os processos de execução fiscal (art. 40, LEF) e de execução para o devedor insolvente (art. 777, CPC) – ambos com previsão expressa de termo *a quo* para o curso da prescrição intercorrente – com o processo de execução comum (devedor solvente), cuja ausência de regra (expressa) semelhante, *tende a torná-lo eterno* para martírio daqueles cidadãos endividados, dos quais a fortuna nem os caracteriza como in- solventes, nem os liberam pelo fato de não possuírem bens penhoráveis, lançando-os num limbo processual de insuportável e eterno incerteza.

– **Princípio da dignidade humana:** a ofensa a este princípio é resultante da somatória de todas as demais ofensas que se possam anotar.

24 É hipótese de aproveitamento do princípio adotado pelo comando constitucional que veda expressamente a pena de caráter perpétuo. O princípio, obviamente, está vedando qualquer sanção de caráter perpétuo, seja ele de natureza penal, seja ele de natureza civil. No caso, a eternização de uma execução de título, configura uma sanção civil na medida em que o executado tem reduzida sua condição de cidadania, pois enquanto a pendenga da dívida não for solucionada, poderá ter seu nome inscrito em cadastro de devedores inadimplentes, não poderá fazer uso de cheques por conta da restrição a movimentação de conta bancária, perdendo acesso ao crédito e de conseqüência, à capacidade plena de consumir bens necessários e úteis, obrigando-se a dar explicação disto pelo resto de sua vida!

De oportuna menção, o excelente posicionamento de Sua Excelência Ministro Gilmar Ferreira Mendes, do Supremo Tribunal Federal, acerca do tema para, ao final, concluir que à observância a esses princípios (que determinam a finitude dos processos) numa determinada sociedade, é o que distingue a civilização da barbárie.

Vale citar trecho de interesse:

“A propósito, em comentários ao art. 1o da Constituição alemã, afirma Günther Dürig que a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atentam contra o princípio da proteção judicial efetiva (*rechtliches Gehör*) e ferem o princípio da dignidade humana [“Eine Auslieferung des Menschen na ein staatliches Verfahren und eine Degradierung zum Objekt dieses Verfahrens wäre die *Verweigerung des rechtlichen Gehörs*”] [Maunz-Düring, *Grundgesetz Kommentar*, Band I, München: Verlag C.H. Beck, 1990, 11 18.]

Na mesma linha, entende Norberto Bobbio que a proteção dos cidadãos no âmbito dos processos estatais é justamente o que diferencia um regime democrático daquele de índole totalitária:

A diferença fundamental entre as duas formas antiéticas de regime político, entre a democracia e a ditadura, está no fato de que somente num regime democrático as relações de mera força que subsistem, e não podem deixar de subsistir onde não existe Estado ou existe um Estado despótico fundado sobre o direito do mais forte, são transformadas em relações de direito, ou seja, em relações reguladas por normas gerais, certas e constantes, e, o que mais conta, preestabelecidas, de tal forma que não podem valer nunca retroativamente. A consequência principal dessa transformação é que nas relações entre cidadãos e Estado, ou entre cidadãos entre si, o direito de guerra fundado sobre a autotutela e sobre a máxima ‘tem razão quem vence’ é substituído pelo direito de paz fundado sobre a heterotutela e sobre a máxima ‘Vence quem tem razão’; e o direito público externo, que se rege pela supremacia da força, é substituído pelo direito público interno, inspirado no princípio da ‘supremacia da lei’ (*rule of Law*). [Bobbio, Norberto. *As Ideologias e o Poder em Crise*. Brasília: Ed. Da UnB, 1988, pp. 97-98.]

Em verdade, tal como ensina o notável mestre italiano, a aplicação escorreita ou não dessas garantias é que permite avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado de Direito. São elas que permitem distinguir civilização de

barbárie”.<sup>25</sup>

Assim, tem-se que a duração do processo *sine die* afronta os preceitos fundamentais da nossa Magna Carta, seja por impor ao devedor executado uma sanção civil de caráter perpétuo ou pelo próprio desvirtuamento do processo legal, onde o conflito entre particulares fica condicionado sob a tutela do Estado indefinidamente. Além de transformar o Poder Judiciário em um imenso depósito abarrotado de processos sem viabilidade de sanar o crédito do credor com a constrição de bens do devedor.

“Todavia, a Constituição *vale* por aquilo que os juízes dizem que ela vale. A Constituição não é senão a leitura que o Poder Judiciário faz de sua letra e de seu conteúdo.”

Preponderando tudo o que foi exposto até o presente momento, constitucional, razoável e lógica a aplicação de forma subsidiária do disposto no §5º do art. 265, do CPC, (alcançado pela disposição do art. 598, do mesmo *Codex*), *ad exemplum* da regra do §2º, do art. 40, da LEF, com o intuito de manter o processo de execução suspenso por no máximo um ano. Findo este período sem a localização de bens passíveis de penhora, o prazo prescricional deve se reiniciar até que alcance o seu termo *ad quem*, decretando-se a prescrição intercorrente da ação de execução, nos exatos termos da Súmula 150 do STF: “*Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação*”.

#### 4. DA EXISTÊNCIA DE SEGUNDA CHANCE TAMBÉM AO CREDOR

Oportuno frisar que esse benefício ao devedor – reconhecimento da *prescrição intercorrente* como tributo à dignidade da pessoa humana, princípio constitucional igualmente invocável – não fere de modo integral o direito do credor.

Não.

Ocorrerá apenas a perda da ação de execução já fadada ao insucesso pela ausência de bens do devedor que pudessem ser convertidos em pagamento da obrigação em face da *prescrição do título de crédito* executado, conforme as leis de regência de cada um.

As letras prescrevem em três anos, segundo a LUG, por exemplo.

Todavia, ainda que decretada a prescrição, o que se perde é a

---

25 MENDES, Gilmar Ferreira. A Proteção da Dignidade da Pessoa Humana no Contexto do Processo Judicial. In MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. Coord. Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009. p.127-141.

*executoriedade* do título que já não mais ostentará a condição de “executivo”. Vale dizer, aquela letra que era por força de lei considerado como um “título executivo extrajudicial”, perderá esta condição passando a ser mero documento sem eficácia de título executivo.

Ora, suponhamos, então, que depois de decretada a prescrição da execução nos termos aqui propostos, o devedor, *dentro dos cinco anos seguintes* (inciso I, do §5º do art. 206 do NCCB/02)<sup>26</sup>, seja contemplado por um prêmio lotérico ou receba uma herança, suficientes para o pagamento daquele crédito. Nessa hipótese, o credor terá ainda diante de si, a possibilidade de, com base naquele documento (não mais um título executivo), manejar uma **ação monitória** (art. 1.102.a., CPC)<sup>27</sup> e reaver seu crédito.

Com isto, nem se condena o devedor semi-insolvente a responder a uma execução eterna, nem se retira do credor a possibilidade de, nos cinco anos que se seguirem ao decreto de prescrição intercorrente, tentar reaver seu crédito caso haja, nesse interregno, mudança positiva na fortuna daquele.

Sem dúvida, essa solução consagra melhor justiça.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo o que foi posto, tem-se que não prestigia a harmonia do sistema a manutenção dessa lacuna do Livro II (Das Execuções) do Código de Processo Civil acerca da ausência de limite ao prazo de suspensão do processo de execução contra devedor (supostamente) solvente, em especial por ausência de bens suscetíveis de penhora, urgindo que se proceda ao suprimento dela por meio da analogia e dos princípios gerais de direito, em especial os meta princípios constitucionais aplicáveis ao processo de execução, de modo a estabelecer uma finitude do processo em tempo razoável, não retirando do credor a perspectiva de receber o seu crédito, mas também não condenando o devedor, especialmente aquele de patrimônio mínimo, a um processo eterno apesar de inútil, por não poder oferecer a desejada efetividade ao credor por razões externas a ele (processo), razões essas mais ligadas à má distribuição das riquezas no país e à falta de critério nas concessões de crédito, aliadas a um questionável (exagerado)

26 “Art. 206. Prescreve: §5º Em 5 (cinco) anos: I – a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular;”

27 “Art. 1.102.a. A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.”

apelo de consumo.

A eternização desse processo de execução atenta contra a dignidade humana, pois se por um vacilo do legislador foi guindado à condição de “divindade processual”, as pessoas, os seres humanos, os cidadãos e jurisdicionados, continuam simples e meros mortais.

E como mortal é o homem, finito deve ser o processo, pois afinal de contas, como bem disse Protágoras em seu discurso sobre a verdade, “o homem é a medida de todas as coisas”. E assim deve ser.

## REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. Da prescrição intercorrente. In: CIANCI, Mirna. Coord. PRESCRIÇÃO NO CÓDIGO CIVIL. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 27-56.
- CEZAR, Fernanda Moreira. O consumidor superendividado: por uma tutela jurídica à luz do direito civil-constitucional. In: MARQUES, Claudia Lima. Coord. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, no 63, jul-set/2007, p. 131-164.
- DIDIER JR., Fredie. Aspectos processuais da prescrição: conhecimento ex officio e alegação em qualquer fase do procedimento. In: CIANCI, Mirna. Coord. PRESCRIÇÃO NO CÓDIGO CIVIL. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 64.
- FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2001.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil. 6 ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. p. 497-498.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A Proteção da Dignidade da Pessoa Humana no Contexto do Processo Judicial. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. Coord. Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009. p. 127-141.
- NALINI, José Renato. Duração Razoável do Processo e a Dignidade da Pessoa Humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. Coord. Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009. p. 191-202.
- SANTOS, Ulderico Pires dos. Prescrição. Doutrina, Jurisprudência e Prática. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 05 e p. 19.
- SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. A Dignidade da Pessoa Humana e o Prazo Razoável do Processo. A responsabilidade do Estado pela demora na

outorga da prestação jurisdicional. In MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. Coord. Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil. p. 1227-1241.

KRAVCHYCYN, G. L. Da prescrição intercorrente no processo de execução suspenso pela falta de bens penhoráveis do devedor. Disponível em: <[http://www.professorchristiano.com.br/minhoto\\_prescIntercorrente.pdf](http://www.professorchristiano.com.br/minhoto_prescIntercorrente.pdf)> Acesso em: 18 ago 2009.

MINHOTTO, A. C. B. Prescrição intercorrente no Direito Civil: extinção da execução por inércia do credor. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=3887>> Acesso em: 17 ago 2009.



## **Pós-Modernidade e Direito**

José Ricardo Alvarez Vianna

Juiz de Direito da Comarca de Londrina-PR. Mestre em Direito Negocial pela UEL. Professor de Direito Civil da Escola da Magistratura do Paraná (Núcleo de Londrina). Professor da Fundação Escola do Ministério Público (FEMPAR) em Londrina. Autor do Livro Responsabilidade Civil por Danos Morais ao Meio Ambiente (Ed. Juruá).

### **1. INTRODUÇÃO**

Este artigo visa abordar o movimento pós-moderno e sua relação e influência no Direito. O estudo começa por esclarecer em que consiste a pós-modernidade, indica as bases que justificaram seu surgimento, bem como as áreas em que se manifesta, transitando desde a Filosofia até a Estética. Nesta última, encontra espaço na literatura, pintura, cinema, música, etc., sempre sob uma perspectiva crítica e ácida quanto aos rumos trilhados pela sociedade e pelo homem em seu contexto.

Tem por objetivo geral aguçar no leitor uma visão mais ampla e atenta do Direito, como também seu interrelacionamento e interdependência, direta ou indireta, com outros ramos do conhecimento. Tem por objetivo específico ensejar reflexões, de modo a se pensar novos paradigmas para o Direito, evitando-se que ordenamentos jurídicos se restrinjam a meras recomendações, passíveis ou não de cumprimento, conforme a conveniência e oportunidade dos destinatários; a instrumentos de demagogia de alguns ou mesmo ao atendimento de interesses econômicos, quando isso aprouver, em favor de outros.

Fez-se, para tanto, uma abordagem de diversos fatos sociais, mediante síntese histórica, os quais motivaram o pensamento pós-moderno ora contextualizados com episódios de repercussão jurídica, buscando-se uma postura crítica.

Para desenvolvimento do tema foi empregado o método empírico-dialético, com pesquisa bibliográfica, nacional e estrangeira, com rápidas incursões na História e na História do Direito.

Colocando-se às atentas observações dos leitores, o autor espera prestar modesta contribuição na compreensão do tema, na expectativa de propiciar

novas formas de se pensar o Direito, de modo que este possa, de fato, concretizar seus magnos escopos: a paz e uma sociedade livre, justa e solidária.

## 2. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Pós-modernidade consiste em movimento filosófico-sócio-cultural que evidencia uma crise do modo de viver do homem contemporâneo em sociedade. Traz em si sentimentos de ceticismo, ruptura, niilismo, questionamento, desconstrução, reação, contestação. Não se trata de movimento linear e uniforme, surgido em data certa ou formatado por pensador específico. Ao contrário, decorre de diversas formas de expressão em épocas diferentes e em várias áreas do conhecimento. Na Filosofia podem ser qualificados como seus precursores Friedrich Nietzsche, Jean-François Lyotard, Jacques Derrida, Michel Foucault, Jean Baudrillard, os quais, em diversas obras, adotaram posturas e discursos pós-modernistas, embora não tenham empregado este termo de maneira explícita.

Na literatura, observam-se traços pós-modernos em autores como Franz Kafka, George Orwell, Aldous Huxley e mesmo em Machado de Assis<sup>1</sup>. Kafka em *A Colônia Penal* denunciou os expedientes desumanizadores das penas impostas aos criminosos. George Orwell, seja na *Revolução dos Bichos*, seja em *1984*, alertou, respectivamente, para a sedução do poder, bem como a que ponto podem chegar práticas em regimes totalitários. Aldous Huxley e seu *Admirável Mundo Novo* é sagaz ao criar um mundo forjado por pessoas pré-condicionadas, biológica e psicologicamente, a viver em harmonia, de acordo com as leis e em uma sociedade de castas. Machado de Assis, no conto *O Alienista*, observa que a ciência não era tão objetiva como se supunha, tampouco sempre trazia as respostas esperadas<sup>2</sup>.

Na pintura, Juan Miró e Salvador Dalí romperam com padrões artísticos então reputados *corretos*. Forneceram, assim, as bases para o *Surrealismo*<sup>3</sup>.

Esse criticismo auto-reflexivo também compareceu às telas de cinema com Woody Allen, Jean-Luc Godard, Stanley Kubrick e Michael Moore. Allen aborda a crise existencial e de valores do homem atual. Aborda em seus filmes suas neuroses e ambiguidades<sup>4</sup>. Godard, cineasta de vanguarda, além de empregar técnicas não convencionais de filmagem, lida com temas polêmicos

1 GODOY, Arnaldo de Moraes Sampaio. O pós-modernismo jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2005, p.11.

2 Todas as obras aqui citadas valem a pena ser lidas na íntegra, sobretudo pela perspicácia de seus autores.

3 GODOY, Arnaldo de Moraes Sampaio. op. cit., p.45.

4 Nesse sentido, destaca-se e sugere-se o filme Hannah e suas irmãs.

em seus filmes, que perpassam, inclusive, por dogmas religiosos, caso de *Je vous salue Marie*, cuja exibição chegou a ser proibida no Brasil. Kubrick, em *Laranja Mecânica*, atenta para a violência juvenil, além de criticar métodos científicos para regeneração de criminosos. Em *2001: Uma Odisseia no Espaço* traz à tona a evolução científica e os riscos da denominada Inteligência Artificial. Michael Moore, em filmes como *Tiros em Columbine*, *Fahrenheit 9/11* e *Capitalismo: uma história de amor* faz críticas afiadas ao *American Way of Life*, bem como à política econômica e internacional estadunidense.

Na música, o *Hip Hop*, iniciado nos anos 70, nos Estados Unidos, faz uso de rimas próprias e letras questionadoras, por vezes, agressivas, representando uma forma de insurgência aos conflitos sociais, além de representar voz às classes menos favorecidas.

O pós-modernismo, portanto, perpassa por vários segmentos da sociedade, instigando o homem à revisão de (pré-)conceitos e valores moldados conforme interesses de certos segmentos da sociedade. Caracteriza-se pela ruptura de um pensamento padrão, formado com base na razão e na ciência. Assume, pois, uma postura zetética e não dogmática.<sup>5</sup>

O termo “pós-modernidade” foi cunhado por Arnold Toynbee<sup>6</sup>. Por vezes aparece com os nomes de “supermodernidade” (Balandier) ou “modernidade reflexiva” (Ulrich Beck). De qualquer forma, sempre sugere reflexão, conforme anota Eduardo C. B. Bittar.<sup>7</sup>

Para Cláudia Lima Marques, pós-modernidade

“é uma tentativa de descrever o grande ceticismo, o fim do racionalismo, o vazio teórico, a insegurança jurídica que se observam efetivamente na sociedade, no modelo de Estado, nas formas de economia, na ciência, nos princípios e nos valores de nossos povos nos dias atuais. Os pensadores europeus estão a denominar este momento de rompimento (Umbruch), de fim de uma era e de início de algo novo, ainda não identificado”.<sup>8</sup>

5 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 1994, p.41.

6 ANDERSON, Perry. The Origins of Postmodernity. London New York: Verso, 1998, p.05.

7 BITTAR, Eduardo C. B. O Direito na pós-modernidade. 2ª ed. Ver. Atu. E amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p.115.

8 MARQUES, Cláudia Lima. A Crise Científica do Direito na Pós-Modernidade e seus Reflexos na Pesquisa. Revista Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, D.F., v. 189, p.49-64, 1998.

Luís Roberto Barroso, na mesma senda, afirma:

“entre luz e sombra, descortina-se a pós-modernidade; o rótulo genérico que abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado; (...) uma época pós-tudo: pós-Marxista, pós- Kenseniana, pós-Freudiana”.<sup>9</sup>

Em síntese, pós-modernidade caracteriza-se como postura auto-reflexiva do homem em sociedade, bem como da sociedade em relação ao homem. Alicerça-se na relativização de verdades absolutas, mediante sentimentos de descontentamento e ceticismo em relação cenário social contemporâneo.

### 3. RAZÃO E CIÊNCIA: UM MUNDO IDEAL(IZADO)

Pós-modernidade denota o que vem após a modernidade. O pensamento pós-moderno surgiu em oposição ao projeto de modernidade, elaborado pelo ideário iluminista,<sup>10</sup> nos séculos XVII e XVIII, que fundava suas bases no triunfo da razão, da ciência, da verdade absoluta, da certeza, da objetividade, da neutralidade e do domínio do homem sobre o mundo. O Iluminismo ganhou força com a Revolução Francesa, uma vitória da burguesia, motivada por interesses próprios e que se valeu de premissas iluministas, dentre elas o lema “*Liberdade, Igualdade e Fraternidade*” que, por sua vez, contestava o poder absoluto dos reis. O Iluminismo lançou suas bases, predominantemente, na razão e na ciência, mas também defendeu a livre iniciativa como desenvolvimento do capitalismo, daí a afinidade para com a burguesia. Também data desta época a Independência dos Estados Unidos da América, igualmente alicerçada em bases Iluministas. A própria Revolução Gloriosa, na Inglaterra, e o movimento conhecido como Inconfidência Mineira, no Brasil, seguiram essa orientação.

Mesmo nos países em que persistiram governos autoritários, caso da Prússia, Áustria e Rússia, o Iluminismo exerceu influência, mitigando o exercício desse poder, com o chamado “*Despotismo Esclarecido*”, pelo qual o governo se baseava nas ideias dos filósofos, o que, em tese, conferia racionalidade aos atos praticados.

9 BARROSO, Luís Roberto. A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.4.

10 Em alemão Aufklärung; em inglês Enlightenment; em italiano Illuminismo, em francês Siècle des Lumières e em espanhol Ilustración.

Dentre os iluministas de destaque podem ser mencionados Voltaire que, ao lado de Diderot, D'Alembert e Helvetius criaram o *Enciclopédismo*, ao elaborarem uma *Enciclopédia ou Dicionário Racional das Ciências, das Artes e dos Ofícios*, composta por 33 volumes, em que se visava conter todo o conhecimento humano; e, ainda, Adam Smith, pai do liberalismo econômico que, na obra *Uma investigação sobre a natureza e a causa da riqueza das nações* defendia a mínima intervenção do Estado na economia, bem como a livre concorrência, com ênfase na lei da oferta e da procura, autêntico “*laissez faire, laissez aller, laissez passer; le monde va de lui même*” (“deixai fazer, deixai ir, deixai passar; o mundo caminha por si mesmo”).

Destacaram-se também John Locke e seu *Ensaio sobre o entendimento humano* e *Dois Tratados sobre Governo*, como também Charles-Louis de Secondat, mais conhecido como Barão de Montesquieu que, na obra *Do Espírito das Leis*, teorizou a separação de Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), de modo que, mediante um sistema de freios e contrapesos, estes atuariam entre si com independência e harmonia, fiscalizando-se mutuamente, viabilizando a governabilidade racional, cuja estrutura tornou-se base – *verdadeiro cânone* – para as Constituições que se seguiram, elaboradas sob a égide de Estados Democráticos de Direito. Nesse mesmo compasso, está Jean-Jacques Rousseau para quem “*o homem nasce bom, mas a sociedade o corrompe*”. Propõe, então, um *Contrato Social*, que consistente num pacto entre os homens, e não em uma submissão, em que estes formassem uma sociedade e, na sequência, um Estado, com padrões objetivos para o convívio social.

No campo filosófico-científico está René Descartes e seu “*cogito, ergo sum*”, que partia da dúvida para, racionalmente, atingir a verdade e com esta o pleno conhecimento do mundo, possibilitando emprego de técnicas e métodos para melhor administrá-lo, senão dominá-lo. Para Descartes,

“o universo material era uma máquina, nada além de uma máquina. Não havia propósito, vida ou espiritualidade na matéria. A natureza funcionava de acordo com leis mecânicas, e tudo no mundo material podia ser explicado em função da organização e do movimento de suas partes. Esse quadro mecânico da natureza tornou-se paradigma dominante da ciência.”<sup>11</sup>

Isaac Newton contribuiu para esta postura racional, mecanicista e matemática de mundo. No seu dizer:

---

11 CAPRA, Fritjof. *O Ponto de Mutação*. São Paulo: Cultrix. Tradução Álvaro Cabral. 2002, p.56.

“o espaço absoluto, em sua própria natureza, sem levar em conta qualquer coisa que lhe seja externa, permanece sempre inalterado e imóvel...O tempo absoluto e verdadeiro é matemático, de si mesmo e por sua própria natureza, flui uniformemente, sem depender de qualquer coisa externa.”<sup>12</sup>

Razão e ciência passam a caminhar lado a lado, de modo que tudo é dotado de causa e efeito e pode ser explicado mediante raciocínios lógico-formais. No dizer de Francis Bacon “*saber é poder*”<sup>13</sup>. Assim, o mundo e o homem passam a ser vistos como uma grande máquina. Até a concepção de Deus altera-se: passa a ser o *Criador*, o *Supremo Relojoeiro* ou o *Grande Arquiteto do Universo*.

É neste contexto que Immanuel Kant afirma:

“O Iluminismo representa a saída do homem de sua menoridade, da qual ele próprio se impôs. Menoridade, isto é, incapacidade de se servir de seu entendimento sem a direção de outrem: menoridade da qual é ele próprio responsável, já que a sua causa reside não em um defeito de entendimento, mas numa falta de decisão e de coragem de se servir dela sem a direção de outrem.”<sup>14</sup>

Nesta quadra, tudo passa a ser concebido como Ciência que, para receber esta qualificação, exige a presença de um método (*meta* “ao longo de” + *hodós* “via, caminho”) e de um objeto de estudo. O empirismo, do grego *empeiria*, enquanto método experimental, também se destaca, caminhando ao lado da razão.

Esta ânsia epistemológica e gnosiológica também se estendeu às ditas *ciências humanas*. Assim, a Economia, sob influência de Adam Smith, Malthus, David Ricardo e Karl Marx passa a ser considerada ciência. O mesmo se diga da Sociologia, pós-estudos de Augusto Comte, Durkheim e Max Weber, sempre em busca do melhor modelo, da verdade, da objetividade, da certeza, da previsibilidade, do controle da situação, em suma, da segurança.

O Direito, além das teorizações de Estado e Separação de Poderes, também reivindicou *status* de Ciência, dotado, portanto, de razão e objetividade, em nome da segurança jurídica. É aqui que se destaca Hans Kelsen e sua *Teoria Pura do Direito*, elegendo como objeto de estudo a norma jurídica. Esta é

12 CAPRA, Fritjof. O Tao da Física. Tradução São Paulo: Cultrix. 1975, p.55 e 56.

13 BACON, Francis. Novum Organum. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, p.27.

14 KANT, Immanuel. A Paz Perpétua e outros Opúsculos. Lisboa: Edições 70, 2004. p. 11.

constituída de modais deônticos *P* (permitido), *V* (proibido) e *O* (obrigatório) e se manifesta como *descritiva de objetos* (proposições jurídicas – *Rechtssatz*) e *prescritiva de condutas* (norma jurídica – *Rechtsnorm*). Contém em si o comportamento a ser realizado pelo sujeito, bem como as sanções correspondentes em caso de inobservância ou descumprimento.<sup>15</sup>

Tem-se, assim, um Direito Positivo, moldado por condutas casuísticas pré-estabelecidas em normas jurídicas e que, em nome da objetividade e da segurança, já trazem em si respostas antes das perguntas, ou seja, apresenta soluções jurídicas antes mesmo da ocorrência dos fatos da vida em sociedade, o que colide com a dinâmica do próprio Direito, eis que “*ex facto oritur jus*” (dos fatos origina-se o Direito).

Ainda neste contexto científico do Direito, ao intérprete e aplicador da lei não caberia qualquer juízo de valor, mas tão-somente aplicar a lei, como se estivesse a fazer uma operação mecânica, autômata, baseando-se tão-somente no silogismo clássico, em que a *premissa maior* seria a lei; a *premissa menor*, o fato e o resultado dessa operação seria a conclusão certa, objetiva, previsível e mais: a única possível.

A norma jurídica, por sua vez, poderia ser válida ou inválida, conforme estivesse, ou não, de acordo com a Norma Hipotética Fundamental (*Grundnorm*). Assim, para Kelsen, fatos sociais, relações intersubjetivas ou concepções do que é justo ou injusto não cabiam ao operador do Direito ou à Ciência Jurídica, mas à Sociologia ou à Filosofia do Direito, sob pena de se romper com uma estrutura racional e objetiva<sup>16</sup>, elaborada em conformidade com os padrões da modernidade, cujo modelo era o Iluminismo. Sim, porque, não custa lembrar que, para Montesquieu, o juiz deveria ser somente a boca da lei (“*le juge est la bouche de la loi*”). Em suas precisas palavras:

“Poderia acontecer que a lei, que se aplica tanto aos cegos como aos deficientes visuais, demonstre, em alguns casos, demasiada exigente. Mas os juizes da nação são, como já dissemos, apenas a boca que pronuncia as palavras da lei, ou seja, seres inanimados que não podem restringir a força ou o rigor”.<sup>17</sup>

Ainda no âmbito jurídico e na busca de se colmatar uma epistemologia

15 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

16 KELSEN, Hans, op. cit., p.80.

17 No original: “Il pourroit arriver que la loi, qui est en même temps clairvoyante et aveugle, seroit, en de certains cas, trop rigoureuse.” MONTESQUIEU, De l'esprit des lois, livre XI, chap. VI, p.6.

jurídica, dotada de estrutura e coesão, unidade e coerência, novas teorias foram elaboradas. Dentre estas, está o pensamento de Herbert L. A. Hart, sustentando que, no ordenamento jurídico, existem duas espécies de normas: as “*primárias*” e as “*secundárias*”. Estas (secundárias) se alicerçam e se fundamentam naquelas (primárias)<sup>18</sup>. Na mesma quadra, a Teoria Ecológica da norma jurídica, de Carlos Cossio, afirmando a existência da “*endonorma*” e da “*perinorma*”. A “*endonorma*” prevê os direitos e deveres descritos na lei. A “*perinorma*” contém a sanção correspondente decorrente do descumprimento da “*endonorma*”<sup>19</sup>.

Sintetizando essa concepção de mundo natural e ambiência jurídica, estão as palavras de Lourival Vilanova: “*altera-se o mundo físico mediante o trabalho e a tecnologia, que o potencia em resultados. E altera-se o mundo social mediante a linguagem das normas, uma classe da qual é a linguagem das normas do Direito*”<sup>20</sup>.

Desta forma, consolida-se o entendimento de que o que se aplica às ciências naturais, também deve valer à ciência do Direito. Estava formado o modelo ideal de mundo para o homem: objetivo, lógico, matemático, previsível, controlável e seguro.

#### 4. TEORIA E PRÁTICA – AS VICISSITUDES DE UM MUNDO REAL

Apesar do estudo das ciências naturais ter sido a base para a formação da ciência do Direito, foram novos estudos realizados nas próprias ciências naturais que, mais tarde, demonstraram que o universo, em sua totalidade, não era tão matemático, mecanicista, determinista como se supunha ou se pretendia. A respeito, destacaram-se estudos de Max Planck e Niels Bohr, que deram ensejo à *Mecânica Quântica*; Werner Heisenberg que formulou o *Princípio da Incerteza*; Albert Einstein e as *Teorias Geral e Especial da Relatividade*; Edwardo Lorenz e a *Teoria do Efeito Borboleta*, base para a *Teoria do Caos*, além dos *fractais*, aplicáveis à *geometria não-Euclidiana*.

Percebeu-se, portanto, que nem todos eventos são previsíveis e/ou evitáveis; que, em tese, podem existir o aleatório e/ou a mera probabilidade, ao invés de uma certeza ou uma verdade objetiva e absoluta; que a visão reducionista de outrora era mais uma aspiração do que realidade.

18 HART, Herbert. L.A. O Conceito de direito. Tradução Armino Reibeiro Mender. 3a ed. Lisboa: ybdação Calouste Gulbenkian, 2001, p.101.

19 COSSIO, Carlos. La causa y la comprensión en el Derecho. Buenos Aires: Juarez Editor, 1969.

20 VILANOVA, Lourival. As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo. São Paulo: Max Limonad, 1997, p.40.

Além disso, em termos sociais, as promessas da modernidade não se consumaram como esperado. Desde suas bases, especialmente a partir dos séc. XIX e XX, o homem assistiu à Revolução Industrial que, mediante técnicas de automação, visando a maximização dos lucros e minimização dos custos, submeteu pessoas, inclusive idosos, mulheres e crianças a trabalhos excessivos e a condições desumanas, valorizando-se mais o capital do que o próprio ser humano. Assistiu-se, ainda, a duas Guerras Mundiais, e com elas a criação de armas de destruição em massa, nas quais se destaca a científica bomba atômica e, em consequência, a morte de milhões de pessoas, dentre as quais cerca de seis milhões de judeus, movidos por ideais antissemitas do regime Nazista, alicerçado, por sua vez, na *Teoria Pura do Direito* e em sua *Norma Fundamental*, idealizada por Hans Kelsen que, lembre-se, não admitia qualquer juízo de valor por parte do operador do Direito, bastando, para sua aplicação, que a lei fosse válida.<sup>21</sup>

O próprio projeto comunista que, por sua vez, apregoava que da luta de classes (burguesia x proletariado), resultaria, ao final, a “revolução do proletariado” e, com, ela uma sociedade ideal (sem classes sociais), dotada de liberdade e igualdade, porém, no mundo real, trouxe regimes totalitários, caso da Rússia, China e Cuba.

Assistiu-se (e assiste-se) à degradação do Meio Ambiente, colocando em risco a própria sobrevivência humana no planeta; ao agravamento das diferenças sociais, em que muitos não têm nada e poucos têm muito; à criação de Direitos Humanos, os quais ainda carecem de efetividade e coercitividade e, por ora, mais se aproximam de meras recomendações aos países, os quais, com base no escudo da soberania, conduzem suas ações de acordo com interesses econômicos, o que, guardadas as de vidas proporções, neste aspecto, confirma o pensamento de Marx, para quem a sociedade era constituída por dois níveis de estrutura: a *infra-estrutura* e a *superestrutura*. A *infraestrutura* seria a base econômica (relações capital x trabalho, mais valia etc.), enquanto a *superestrutura* se manifestaria em duas vertentes a jurídico-política (Estado e Direito) e a ideológica (religião, política etc.), ambas atuando como instrumentos de dominação. Contudo, é a infraestrutura (Economia) quem orienta e delimita a atuação da superestrutura

---

21 A respeito do tema Fábio Ulhoa Coelho observa: “Esta posição de Kelsen custou-lhe até mesmo a crítica não merecida de ter servido, ainda que indiretamente, ao regime nazista. E, que fugiu da Alemanha, com sua norma fundamental neutra era obrigado a reconhecer, como de fato o fez ao chegar para o exílio nos EUA, que o direito nazista, por injusto e imoral que o considerasse, ainda assim era direito válido e legítimo“. COELHO, Fábio Ulhoa. Para entender Kelsen. 3ª ed. 3ª tir. São Paulo: Max Limonad, 2001, p.17.

(Direito), sobretudo após a passagem do sistema feudal para o capitalismo. O Direito, portanto, seria mero instrumento da Economia.

É por isso que Tratados e Acordos Internacionais versando sobre matéria ambiental poucos resultados geram. E, também, porque na China sequer a democracia é fictícia e onde centenas de bebês são mortos, diariamente, pelos próprios pais em nome de um controle de natalidade, na qual impera escolha pelo sexo ideal.<sup>22</sup> Estes aspectos, em conjunto e só para citar alguns, reforçam e conferem vigor a uma visão pós-modernista de mundo e do ser humano do mundo atual.

Nessa perspectiva pós-modernista, o Direito, em seu aspecto científico, objetivo e racional, também não passou ileso de críticas, falhas, vícios e reclames revisionistas. Foi assim que, nos anos 70 e 80, do séc. XX, houve o surgimento de inúmeros movimentos contrários aos sistemas e ordenamentos jurídicos contemporâneos. Na França, houve a *Critique du Droit*; nos Estados Unidos, o *Critical Legal Studies*; na Alemanha, a *Escola de Frankfurt*. Também no Brasil há uma corrente que se alicerça em uma Teoria Crítica do Direito.

Tudo isso porque, na prática, o modelo jurídico ideal, científico e objetivo, poucos resultados trouxe. Raramente ressocializa o criminoso, submetido ao cárcere, e mesmo previne novos delitos; não confere acesso efetivo à saúde, educação, segurança pública, etc. Conclui-se, pois, que não basta criar leis para mudar a sociedade, o que faz lembrar Jean Cruet e sua obra *A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis* que, em subtítulo, registra: “*vê-se todos os dias a sociedade reformar a lei, nunca se viu a lei reformar a sociedade*”<sup>23</sup>.

Nesse particular o Brasil é pródigo. Conforme anota Eduardo C. B. Bittar<sup>24</sup>, há excesso de leis, dentre as quais 17 mil leis ordinárias, 120 mil decretos e cerca de 1,5 milhão de portarias, instruções normativas, as quais, como se diz no cotidiano, “não pegam”, ou seja, não atingem eficácia social simplesmente porque, talvez em postura cética e em descrédito às Instituições Públicas, a sociedade não as cumpre. Esta circunstância fica nítida, por exemplo, em casos de legislação de trânsito em que, não bastasse a lei em si e seu caráter coercitivo-sancionador, não raras vezes, é necessário recorrer a campanhas publicitárias em prol do cumprimento da lei, tais como “*Motorista – Respeite a Faixa de Pedes-tre!*”, o que beira às raias do absurdo.

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy<sup>25</sup>, aponta, ainda, a distância entre

22 Disponível no site: “www.achanoticias.com.br” (acesso em 30/12/2009).

23 CRUET, Juan. *A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis*. Lisboa: Livraria Ed., 1908.

24 BITTAR, Eduardo C. B. op. cit., p.235.

25 GODOY, Arnaldo de Moraes Sampaio. op. cit., p.135.

realidade e ordenamento jurídico, ao comentar sobre a pouca eficácia dos direitos sociais, destacando a regra referente ao salário mínimo. Segundo o art. 7º, inc. IV, da CF/88, o salário mínimo deverá ser

“nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”. Regras como esta soam pueril, para não dizer demagógicas.”

Esta circunstância faz o raciocínio de Ferdinand Lassale, exposto em *A Essência da Constituição*, acomplrar-se como uma luva ao tema em foco. Observe-se suas palavras:

“Onde a Constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país”.<sup>26</sup>  
(Destaque não consta do original).

<sup>27</sup> Neste cenário de casuísmos e conveniências, o mesmo Arnaldo Godoy desmitifica um dos pilares do Direito Constitucional contemporâneo, ou seja, o nascimento do Controle de Constitucionalidade. Apesar da narrativa corrente nos Manuais e Cursos de Direito Constitucional noticiando que o Controle de Constitucionalidade decorreu da iniciativa briosa do juiz John Marshall, então na Suprema Corte Estadunidense, ao proferir decisão no caso *Marbury x Madison*, Godoy esclarece que o episódio não foi marcado por ideais de justiça, tampouco em nome de um Estado Democrático da Direito.

Em verdade, John Adams, em 1801, ao final de seu mandato presidencial, nomeou vários juízes com quem mantinha afinidade ideológica, dentre os quais William Marbury, então nomeado como juiz de paz em Washington. Porém, Thomaz Jefferson, ao assumir a presidência e por ser adversário político de John Adams, negou posse a Marbury. Este, por sua vez, ingressou com pedido na Suprema Corte a fim de garantir a nomeação. Recebida a petição, Marshall determinou a citação do Secretário de Estado, James Madison, ensejando uma das relações jurídicas mais conhecidas da História do Direito (*Marbury x Madison*).

26 LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.33.

27 GODOY, Arnaldo de Moraes Sampaio, op. cit., p.150.

Madison, porém, sequer apresentou defesa, remetendo a matéria a julgamento. O juiz Marshall viu-se, então, em situação difícil. Se determinasse a nomeação, esta poderia não ser cumprida, o que causaria descrédito do Judiciário. Se rejeitasse o pedido, o fato se caracterizaria como evidente parcialidade, porquanto sem suporte jurídico, o que também desmoralizaria o Judiciário. Assim, com perspicácia, o juiz Marshall se apercebeu que o pedido fora deduzido com base em lei processual, a qual reputou contrária à Constituição. Todavia, apesar de reconhecida a inconstitucionalidade da lei e, portanto, o direito de posse a William Marbury, não houve determinação judicial nesse sentido. Segundo Godoy, “o fato é político e nada mais”<sup>28</sup>.

Outro pilar da História do Direito que não resiste a um exame mais acurado e acaba por denunciar conveniências que, muitas vezes, motivam a aplicação da lei, vem a ser o Tribunal de Nuremberg. Oficialmente, Tribunal Militar Internacional x Hermann Göring *et al.*, constituído de ingleses, franceses, americanos e soviéticos, após o término da II Guerra Mundial, com o objetivo de “julgar” os nazistas por crimes de genocídio. Observe-se: formado pelos vitoriosos da guerra.

Sucedede que, à época dos fatos, não havia norma de Direito Penal Internacional tipificando a conduta dos réus como crime, tampouco a existência prévia de um Tribunal Competente para julgá-los. A circunstância, portanto, ofendeu, a um só tempo, o princípio do “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, bem como o princípio do devido processo legal, em especial no matiz que exige a figura do juiz natural. Nem por isso vários réus deixaram de ser condenados à morte ou à prisão perpétua...

Fatos tais conferem força e credibilidade aos pós-modernistas. Porém, a crítica por vezes exacerbada, aliada ao cetiscismo amplo, sem apresentar caminhos alternativos para uma via melhor, *s.m.j.*, enfraquecem seu discurso. Apesar de correta a afirmação de que a modernidade não atingiu por completo seus objetivos, também não é menos correto negar sua grande contribuição à humanidade, sobretudo nas áreas de saúde e tecnologia. Não fossem os avanços da ciência, por exemplo da Medicina, a vida humana estaria em risco diante de mero quadro infeccioso. O próprio Direito apresentou reflexos positivos. Embora muitas vezes careça de eficácia e aplicação, novos Direitos foram identificados e criados, para um melhor viver. Se falta eficácia social, o problema é de efetividade, grande desafio do Direito neste novo milênio.

Por pertinente, calha trazer o pensamento de Cícero, para quem, antes

28 GODOY, Arnaldo de Moraes Sampaio, *op. cit.*, p.150.

de conhecer o Direito, “*devemos conhecer perfeitamente o homem, a natureza humana*”<sup>29</sup>. Só assim o Direito será passível de efetividade e concretização.

A solução, portanto, parece não estar com Popper, para quem a verdade de um discurso científico está na sua força de resistir à *refutação*. Ao contrário, valendo-se de um vocábulo cunhado por Thomas Khun, a solução parece estar na mudança de *paradigmas*. Significa dizer: a ciência progride pelas transições de representação intelectual de seus paradigmas. Foi assim que do paradigma newtoniano chegou-se à *Física Quântica* e à *Teoria da Relatividade*; que do paradigma de Lamarck e sua *Teoria da Evolução Orgânica* se chegou ao paradigma de Darwin em *A origem das espécies*; que dos paradigmas da *Lógica-Modal* de Leibniz, às lógicas heterodoxas, dentre elas a *Lógica Paraconsistente*, do brasileiro Newton Costa, que admite a contradição em si, também idealizador da *Teoria da Quase-Verdade*. É assim que se deve caminhar de um modelo jurídico científico, objetivo e racional, que fornece respostas antes das perguntas, para um modelo que atenda, em essência, a seus propósitos e aspirações de um Estado Democrático de Direito; que deixe de ser apêndice da Política ou instrumento da Economia, para se tornar, de fato, veículo da paz e de uma sociedade livre, justa e solidária.

## 5. CONCLUSÕES

1. A pós-modernidade se manifesta como movimento filosófico-sócio-cultural, mediante sentimentos e manifestações de insatisfação, ceticismo, contestação e ruptura com os padrões de conduta adotados pelo homem na sociedade contemporânea.

2. Pós-modernidade sugere o que vem após a modernidade, esta última formada com base nos ideais iluministas, que privilegiavam a razão e a ciência, dotadas de uma concepção matemática e mecanicista de mundo, passível de controle, previsão e dominação.

3. Esta visão científica de mundo, dotada de método e objeto, surtiu influência nas ciências ditas humanas, tais como Economia, Sociologia e no próprio Direito, formando a denominada Ciência do Direito.

4. A Ciência do Direito tem por objeto a norma jurídica. Esta, por sua vez, segundo concepções clássicas, deveria ser aplicada sem qualquer juízo de valor por parte do operador do Direito, sob pena de se romper com uma estrutura

---

29 REALE, Miguel. Lições Preliminares do Direito. São Paulo: Saraiva, 1989.

objetiva, racional e previsível, além de instalar a insegurança jurídica.

5. Mais tarde, sobretudo nos sécs. XIX e XX, a própria evolução do conhecimento científico em relação às ciências naturais, sobretudo com a física quântica, com a teoria da relatividade, com a geometria não-euclidiana, percebeu-se que o mundo não era tão matemático e racional como se aspirava. Logo, a visão reducionista e controladora de antes era mais um desejo do que realidade.

6. No campo social as promessas modernistas não apresentaram os resultados esperados. Ao contrário, assistiu-se a duas Guerras Mundiais, à criação de armas de destruição em massa; ao regime nazista e seus ideais antisemitas, alicerçados em uma *Teoria Pura do Direito*, na qual o operador não podia emitir juízo de valor ao aplicar a lei. Assistiu-se ao crescimento do abismo social entre ricos e pobres; à degradação do meio ambiente; à ausência de efetividade dos Direitos Humanos, com base no conceito de soberania, o qual, em outras oportunidades, é mitigado em razão de interesses econômicos.

7. No Direito, diante da inflação legislativa, do distanciamento das leis frente à realidade social, da busca de uma maior efetividade das leis, surgiram movimentos de feições críticas e revisionistas que se aproximam do pós-modernismo. É o caso da França e o *Critique du Droit*; nos Estados Unidos e o *Critical Legal Studies*; na Alemanha e a *Escola de Frankfurt*, e, no Brasil, a *Teoria Crítica do Direito*. Tais movimentos, além de denunciarem as mazelas do sistema, instigam uma postura revisionista.

8. O pós-modernismo tem seu valor ao denunciar o caos, a efemeridade, a crise de valores, o consumismo, a alienação, o que enseja reflexões, primeiro passo para mudanças. Peca, porém, ao não reconhecer os avanços da ciência, sobretudo na saúde e tecnologia e mesmo no Direito, que consolidou os Direitos Fundamentais inerentes ao Estado Democrático. Peca, ainda, em não apresentar modelos alternativos.

9. Apesar de não apresentar soluções ou propostas, o pós-modernismo, ao empregar uma mentalidade niilista, cética e desconstrutiva, lança bases para a mudança de paradigmas na sociedade contemporânea e, por conseguinte, para o Direito, de modo a fazer deste não mero apêndice da política ou instrumento da economia, mas veículo da paz, pressuposto para um convívio social harmônico, dotado de liberdade e justiça social.

## 6. REFERÊNCIAS

- ANDERSON, Perry. *The Origins of Postmodernity*. London New York: Verso, 1998.
- ARANHA, Maria Lúcia de Arruda e MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando – Introdução à Filosofia*. São Paulo: Ed. Moderna, 1988.
- BACON, Francis. *Novum Organum*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural.
- BARBOSA, Cláudia Maria. *Lógica & Direito – Linguagem Jurídica sob Diferentes Paradigmas Lógicos*. Curitiba: Juruá, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na pós-modernidade*. 2a ed. Ver. Atu. E amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- CAPRA, Fritjof. *O Ponto de Mutação*. São Paulo: Cultrix. Tradução Álvaro Cabral. 2002.
- \_\_\_\_\_. *O Tao da Física*. Tradução São Paulo: Cultrix. 1975.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 3a ed. 3a tir. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- COSSIO, Carlos. *La causa y la comprensión en el Derecho*. Buenos Aires: Juarez Editor, 1969.
- CRUET, Juan. *A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis*. Lisboa: Livraria Ed., 1908.
- FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 2a Ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- GODOY, Arnaldo de Moraes Sampaio. *O pós-modernismo jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2005.
- HART, Herbert. L.A. *O Conceito de direito*. Tradução Armindo Reibeiro Mender. 3a ed. Lisboa: ybdação Calouste Gulbenkian, 2001.
- HONESKO, Vítor Hugo Nicastro. *A Norma Jurídica e os Direitos Fundamentais – Um discurso sobre a crise do Positivismo Jurídico*. São Paulo: RCS Editora, 2006.
- HUXLEY, Aldous. *Admirável Mundo Novo*. Trad. Felisberto Albuquerque. São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- KAFKA, Franz. *A Colônia Penal e outros contos*. Trad. Torrieri Guimarães. Rio de Janeiro: Ediouro, 2009.
- KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua e outros Opúsculos*. Lisboa: Edições 70,

2004.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2001.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. São Paulo: José Olympio, 2002.

MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. *O Alienista*. São Paulo: Ed. Ática, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. *A Crise Científica do Direito na Pós-Modernidade e seus Reflexos na Pesquisa*. Revista Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, D.F., v. 189, 1998.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, livre XI, chap. VI.





## Tutela da Privacidade e Repressão ao Crime

Lilian Romero

Juiza de Direito Substituta em Segundo Grau. Graduada em Direito Pela UFPR. Especialista em Direito Público Pela Escola da Magistratura do Paraná. Professora Licenciada de Prática Processual Criminal da Escola da Magistratura do Paraná.

### JUSTIFICATIVA FINAL

O Curso de Pós-Graduação em Direito Público ministrado pela Escola da Magistratura do Paraná me interessou, dentre outros motivos, por ser dirigido especialmente a magistrados.

Com isso, além da necessária e imprescindível capacitação teórica dos alunos, é natural que o Curso tenda a ter uma abordagem essencialmente prática dos temas apresentados. Não basta, quero crer, à maioria dos magistrados, a teoria pura e abstrata. Deve ela ter uma aplicação concreta nas questões que enfrentamos no cotidiano do exercício da judicatura.

Atualmente, estou designada para atuar em uma Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná. O tema deste *paper* surgiu do exame de um caso concreto, que exige para a sua solução o revolvimento de questões discutidas em algumas das aulas do Módulo I (que versa sobre Direito Constitucional) do Curso, mais especificamente sobre o conflito de princípios e garantias fundamentais e a sua ponderação sob a ótica do princípio da proporcionalidade.

### APRESENTAÇÃO TEMA

A gerente jurídica de uma concessionária de telefonia impetrou vários pedidos de *habeas corpus*, em caráter preventivo, visando a não atender determinações judiciais, emanadas através de ofícios oriundos de vários Juízos e Comarcas do Estado, ordenando-lhe que disponibilizasse a agentes policiais (ora delegados de polícia, ora investigadores, dentre outros) senhas que lhes permitissem, por períodos bastante extensos (em média, de seis meses a um ano) e a qualquer hora do dia, ter acesso imediato a posicionamentos de ERB's

(estações rádio-base), bilhetagens e dados cadastrais de telefones celulares.

Sustentava a paciente e impetrante que tais ordens eram ilegais porque:

- (a) violariam o direito de sigilo, intimidade e privacidade dos usuários de serviço de telefonia móvel, assegurado pela Constituição Federal, em seu art. 5º, incs. X e XII;

- (b) a ordem seria genérica e sem fundamentação concreta, na maioria dos casos;

- (c) o prazo exorbitante da validade das senhas;

- (d) a não comprovação de justa causa específica e individual.

A paciente e impetrante justificou a necessidade da ordem para o fim de não se sujeitar ao cometimento do crime de desobediência (art. 330 do CP).

Por sua vez, os requerimentos formulados pela autoridade policial junto aos juízes de Direito invocavam a necessidade de ter à mão e de forma imediata um instrumento sabidamente eficaz no combate ao crime, por possibilitar a localização imediata de possíveis criminosos.

Ao acolher tais pedidos, alguns magistrados aduziam ao fato de que não se cuidava de autorização de interceptação telefônica.

Com efeito, o caso em tela não encerra o deferimento de interceptações telefônicas, ou seja, não houve autorização da escuta das ligações por terminais fixos ou móveis dos possíveis criminosos.

A ordem judicial consistia no fornecimento de senhas que possibilitassem o acesso imediato às ERB's, bilhetagem e dados cadastrais dos usuários, o que não significa que a Lei nº 9.296/96 não seja aplicável ao caso em tela. Isto porque é inequívoco que a aludida ordem judicial viola o direito de sigilo de dados assegurado pela Constituição Federal, no art. 5º, inc. XII, que dispõe:

“É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

Como se vê, a Constituição Federal, após assegurar o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, e ainda dos dados e das comunicações telefônicas, faz uma ressalva expressa, em relação a esta última, em casos a serem especificados em lei ordinária.

Esta lei é a de nº 9.296/96, que dispõe não apenas sobre a interceptação de comunicações telefônicas (art. 1º), como também do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática (parágrafo único do art. 1º).

Vale dizer, ela alcança não apenas a escuta em si como também os dados delas decorrentes (como a identificação dos terminais interlocutores) e mensagens de texto enviadas e recebidas pelo terminal cujo sigilo foi quebrado.

O deferimento da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, contudo, está condicionado à existência de indícios razoáveis da autoria ou participação da pessoa que será alvo da escuta, na prática de infrações penais apenas com reclusão.

Mais, o pedido de interceptação deverá demonstrar a necessidade da sua realização para apurar o crime (ou seja, a imprescindibilidade e efetiva relevância do meio investigatório no caso concreto). E a decisão judicial autorizadora necessariamente deve ser fundamentada, além de a interceptação ser limitada temporalmente a 15 dias (art. 5º da Lei 9296/96), embora a jurisprudência venha admitindo a extensão de tal limite, conforme as circunstâncias e necessidades da investigação.

## DO TEOR DAS ORDENS QUESTIONADAS

ERB's ou estações rádio-base, ou ainda *cell site*, são os equipamentos (antenas) espalhadas por nossas cidades, que fazem a conexão entre telefones celulares e a companhia telefônica ou CCC (central de comutação e controle). Esta última é a estação fixa com que os terminais móveis se comunicam.

O acesso às ERB's, assim, permite ao detentor da senha junto à concessionária de telefonia obter a localização do usuário no momento da chamada, com relativo grau de precisão. Isto porque, ao se chamar o terminal móvel (aparelho celular), as antenas mais próximas a ele identificam-no, a fim de completar a ligação.

A bilhetagem consiste no relatório ou listagem contendo todas as ligações feitas pelo usuário num determinado período de tempo, arrolando os números dos terminais (fixos ou móveis) para os quais foram feitas chamadas ou de onde foram recebidas as ligações, bem como as datas, os horários e a duração de cada uma das chamadas.

Já os dados cadastrais são as informações pessoais e essenciais do usuário ou do responsável pelo uso de uma determinada linha, tais como: nome, documentos identificadores, endereço, etc.

De posse da bilhetagem e dos dados cadastrais dos terminais interlocutores é possível identificar a rede de contatos de um determinado

usuário, sejam eles de caráter familiar, social, amoroso, comercial, dentre outros. A frequência com que determinados terminais são chamados permite também inferir um maior contato ou intimidade entre seus interlocutores.

É inquestionável, assim, a utilidade e inequívoca eficácia do sistema para a repressão do crime. Por exemplo, tendo-se a notícia de um sequestro, é possível localizar com rapidez e razoável grau de precisão a localização da vítima e seus algozes, através dos sinais emitidos pelo celular dela (pelo menos até que o aparelho seja descartado), captados pelas antenas (ERB's) mais próximas.

Outrossim, se a polícia lograr obter a identificação dos terminais empregados por algum criminoso, poderá também obter a sua localização e identificar sua rede de contatos.

Todavia, no caso em estudo, o acesso aos dados acima (ERB's, bilhetagem e dados cadastrais) não foi delimitado aos terminais usados por criminosos (valendo também anotar que as pessoas que vivem à margem da lei, de regra, não se dirigem a um posto da concessionária de telefonia e se habilitam regularmente, nem preenchem cadastros). O acesso foi franqueado a todos os usuários da concessionária de telefonia da qual era responsável a impetrante e paciente, assim como as demais concessionárias.

Outrossim, o arbítrio no rastreamento e monitoramento do usuário A ou B não passa mais por um magistrado, tendo sido entregue a diversos agentes policiais, espalhados nas diversas Comarcas do Estado onde os pedidos de concessão de senhas foram deferidos.

O controle de tais acessos – quando existe – se dá *a posteriori*. Embora haja tecnologia para aferir qual titular de senha acessou determinados dados, em que período e quais os terminais monitorados, não há meio de saber o uso feito com as informações obtidas.

O questionamento não repousa sobre a finalidade do monitoramento, mas sim sobre a extensão do poder conferido aos titulares das senhas (que podem passar a rastrear e monitorar, a qualquer momento, qualquer usuário, sem a necessidade da aferição prévia de justo motivo para o monitoramento, tal como alguma *notitia criminis* ou instauração de inquérito para apuração de crime). Além disso, não se pode ignorar o justificado e temível abuso ou desvio de finalidade em tais monitoramentos, diante das frequentes notícias veiculadas pela imprensa que aduzem à existência de agentes corruptos e até criminosos inseridos nos quadros da própria polícia. Tais elementos, de posse de tais senhas (ainda que conferidas a terceiros policiais) podem, em tese, comercializar o monitoramento dos passos e contatos de um determinado usuário, que ficaria

sujeito inclusive a ser chantageado e extorquido para evitar a divulgação de seus movimentos e contatos.

## DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM QUESTÃO

A Constituição Federal de 1988 alçou os direitos e garantias fundamentais a uma condição de destaque até então não reconhecidos pelas cartas constitucionais antecedentes.

A evidenciar tal destaque, positivou-os logo no início da Constituição, após o preâmbulo e os princípios fundamentais, o que, segundo Ingo Sarlet.

“além de traduzir maior rigor lógico, na medida em que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, vai ao encontro da melhor tradição do constitucionalismo na esfera dos direitos fundamentais”.

Outra inovação, tão ou mais significativa, foi instituída pelo §1º do art. 5º, no sentido de que tais direitos e garantias fundamentais teriam aplicabilidade imediata, ou seja, independentemente de qualquer regulamentação.

No caso em tela, vê-se que dois destes direitos e garantias fundamentais são invocados e devem ser ponderados.

O primeiro deles está previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, que assegura aos cidadãos residentes no País o direito à segurança.

Despiciendo tecer maiores comentários a respeito da segurança. O homem – ser gregário que é – se uniu a seus semelhantes e passou a conviver em grupos. Frágil individualmente, constatou que se tornava mais forte vivendo coletivamente. No entanto, o convívio social requereu concessões de cada indivíduo, notadamente porque o direito de um encontrava limite no dos outros integrantes do grupo. A instituição de normas de convívio – posterior e paulatinamente positivadas – buscou proteger o indivíduo frente a eventuais abusos perpetrados por outros integrantes ou pelo próprio grupo como um todo (por evidente, conforme o contexto social e político, ora prevalece o interesse da coletividade, ora se prestigia o indivíduo).

O Estado, por consequência, tomou para si a função de repressão, captura e julgamento de tais agressores. Assumiu o dever de propiciar segurança

---

1 SARLET, Ingo. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Ed. Livraria do Advogado, 9ª ed., p.77.

aos cidadãos.

Todavia, o crescente adensamento dos grupos humanos – representados pelas nossas inchadas cidades e metrópoles – propiciou a convivência do agressor ao nosso lado e passou a exigir uma atuação mais concreta e presente do Estado que passou a se utilizar, dentre outros instrumentos, da inteligência e de aparatos tecnológicos para a repressão do crime.

Entre tais instrumentos está o rastreamento e o monitoramento dos passos dos investigados. Com a recente explosão da telefonia móvel, francamente acessível a significativa parte da população brasileira, e os avanços tecnológicos, tornou-se possível localizar espacialmente um usuário de aparelho celular, além de identificar as chamadas promovidas e recebidas por ele, duração e data, além da sua rede de contatos telefônicos.

Mas tal rastreamento e monitoramento importa, também, em inequívoca violação à privacidade dos usuários e no sigilo dos dados decorrentes de suas comunicações telefônicas, assegurados nos incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal, respectivamente.

A violação à privacidade decorre da possibilidade de terceiro, a qualquer momento, saber onde está o usuário e para onde está se dirigindo. E a violação ao sigilo dos dados, em razão da possibilidade de se saber para quem ligou e de quem recebeu ligações, quando e por quanto tempo (bilhetagem e dados cadastrais), inferindo-se sua rede de contato e natureza de cada um destes contatos.

Não há dúvida de que a utilização de tal expediente é válida e amplamente justificada quando aplicada em relação a criminosos, na repressão do crime. É sabido que nossa ordem constitucional tutela a privacidade, mas jamais o delito.

A discussão recai sobre a possibilidade de se afastar tal tutela da privacidade e do sigilo de dados de toda uma coletividade (no caso, a dos usuários dos serviços de telefonia móvel) no afã de investigar delitos ainda sequer concretizados, mas que potencialmente poderão ocorrer em dado momento.

## **DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

No caso concreto, a postulação da autoridade policial de ter amplo e imediato acesso às ERB's, bilhetagens e dados cadastrais dos usuários visa proporcionar segurança à coletividade, enquanto a objeção a tal pretensão reside na garantia da privacidade e intimidade.

De plano, vislumbra-se o conflito entre um interesse coletivo – a manutenção da ordem e da segurança pública – e um individual, qual seja, a privacidade e sigilo de dados de cada um dos usuários do serviço de telefonia móvel.

O fato de um destes interesses ter caráter coletivo não o torna automática e necessariamente prevalente em relação ao outro, de caráter eminentemente individual. O indivíduo deve ser protegido pelo Estado e pelo Direito de eventuais ingerências abusivas da coletividade, preservando a dignidade dele como pessoa humana.

Neste sentido, sustenta Gilmar Ferreira Mendes<sup>2</sup> ao aduzir que:

“Embora o texto constitucional brasileiro não tenha privilegiado especificamente determinado direito, na fixação das cláusulas pétreas (CF, art. 60, §4º), não há dúvida de que, também entre nós, os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana assumem peculiar relevo (CF, art. 1º, III). Assim, devem ser levados em conta, em eventual juízo de ponderação, os valores que constituem inequívoca expressão desse princípio (inviolabilidade da pessoa humana, respeito à sua integridade física e moral, inviolabilidade do direito de imagem e da intimidade).”

Verificada a colisão entre dois princípios e afastada a ascendência de um em relação a outro, cabe aferir o alcance de cada um deles e tentar harmonizá-los e equilibrá-los. Para tanto, é necessário ponderá-los à luz do princípio da proporcionalidade.

Luis Roberto Barroso<sup>3</sup> enumera os requisitos para tal operação:

“A doutrina – tanto lusitana quanto brasileira – que se abebera no conhecimento jurídico produzido na Alemanha reproduz e endossa essa tríplice caracterização do princípio da proporcionalidade, como é mais comumente referido pelos autores alemães. Assim é que dele se extraem os requisitos (a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins

2 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, ed. Saraiva, 3a ed., p.95

3 BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 6ª ed., Ed. Saraiva, p.229.

visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre os ônus impostos e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos.”

À análise, então, dos aludidos requisitos, no caso concreto.

É inequívoca a adequação da providência postulada pela autoridade policial – acesso às ERB’s, bilhetagens e dados cadastrais – para o fim colimado, qual seja, localizar um criminoso, seja na sua rota de fuga, seja no seu esconderijo, seja no local de sua atuação, desde que se tenha o número da linha celular por ele usada, ou então da vítima que eventualmente esteja em sua companhia (no caso de um sequestro, por exemplo).

Também o acesso à bilhetagem e dados cadastrais dos usuários das concessionárias de telefonia possibilita a identificação não só do usuário da linha celular rastreada (ou, na verdade, do seu titular), mas também da sua rede de contatos, ou seja, dos titulares das linhas com quem se comunica usualmente.

Tais informações podem ser bastante úteis na identificação de criminosos, do seu modo de atuação, das rotas de fuga e dos possíveis esconderijos, de eventuais cúmplices e partícipes no cometimento de delitos. Assim, pode-se considerar como caracterizado o requisito da adequação.

Do mesmo modo, tem-se também por satisfeito o requisito da necessidade ou exigibilidade, pois o rastreamento pode, sim, mostrar-se como o meio menos gravoso – além de rápido e eficaz – na localização e identificação de criminosos.

Contudo, o mesmo não se dá com relação ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito, que pressupõe a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido.

Isto porque o acesso às ERB’s, bilhetagens e dados cadastrais alcança não apenas um criminoso predeterminado ou uma vítima específica ou ainda os cúmplices daquele, mas toda a coletividade de usuários do sistema de telefonia móvel.

Dados recentes da Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações ([www.anatel.gov.br](http://www.anatel.gov.br)) dão conta de que se contabilizavam no Brasil, ao final do mês de maio de 2008, mais de 130 milhões de assinantes no Serviço Móvel Pessoal.

Deste modo, os acessos solicitados e obtidos pela autoridade policial lhe possibilitam rastrear, sem qualquer controle prévio do Poder Judiciário, os mais de cento e trinta milhões de usuários do serviço de telefonia móvel do País!

Tamanho poder foi conferido para possibilitar a apuração de crimes hipotéticos e indeterminados e não para investigar um crime ou criminoso concreto e predeterminado.

Em suma, cada um dos usuários do serviço de telefonia móvel fica sujeito ao rastreamento de seus passos, a qualquer hora do dia ou da noite, em caráter permanente, mesmo que não seja criminoso, nem vítima, nem sequer suspeito de envolvimento em qualquer prática delituosa.

Fica evidenciada, assim, a flagrante desproporção entre o ônus imposto (a violação da privacidade de toda a coletividade de usuários do serviço de telefonia móvel) e o benefício trazido (a apuração de um eventual e hipotético crime).

Vale destacar que, no caso, não há a concentração do acesso às ERB's, bilhetagens e dados cadastrais em um agente público de segurança do Estado, por exemplo, mas sim a concessão de senhas de acesso a vários agentes policiais, espalhados no território estadual, o que não só aumenta a probabilidade de mau uso de tal poder, como também reduz a possibilidade de apuração de responsabilidade de eventual desvio de finalidade.

Além do perigo proporcionado pela concessão de tamanho poder a vários agentes policiais vê-se também que a utilidade do rastreamento dos celulares não é extensível a todo e qualquer crime, mas apenas daqueles em que se tiver a identificação do número do terminal móvel usado no momento da ação pelo criminoso ou pela vítima (se esta estiver em poder daquele).

Mais: a medida poderia perfeitamente ser apreciada, de forma individualizada, em cada caso, pela autoridade judicial criminal, preservando-se a intimidade e privacidade dos demais usuários da telefonia celular.

Assim, tão logo a autoridade policial fosse comunicada da ocorrência de um sequestro, por exemplo, imediatamente representaria junto à autoridade judicial, postulando autorização para rastrear o terminal celular usado pelo criminoso ou suspeito e seus interlocutores, ou ainda pela vítima, pelo período necessário à investigação. Aliás, o Plantão Criminal foi instituído justamente para possibilitar a apreciação de toda sorte de requerimentos no âmbito criminal, a qualquer hora do dia e da noite, todos os dias do ano.

Um argumento frequentemente invocado a favor das autorizações prévias, genéricas e sem delimitação temporal é de que a apreciação judicial do pedido para um caso específico somente ocorreria após o decurso de vários dias ou pelo menos várias horas após o fato criminoso, o que tornaria inócua a medida para fins investigatórios.

Tal tese procura justificar um erro à custa de outro. Ora, a eventual morosidade da autoridade judiciária na apreciação de tais requerimentos não pode justificar a penalização de toda uma coletividade de usuários, que teria sua privacidade (quanto à localização espacial e rede de contatos pessoais) exposta à devassa sem qualquer controle prévio.

Urge, no caso, corrigir a pretensa demora na resposta judicial, agilizando-se os procedimentos alusivos não apenas às solicitações de quebras de sigilo telefônico como também de tais rastreamentos. A comodidade do magistrado responsável pela apreciação das medidas urgentes em matéria criminal – seja da Vara especializada, seja aquele que estiver de plantão, nos dias e horários em que não houver expediente – não pode se sobrepor ao interesse da coletividade nem solapar o direito à privacidade e sigilo de dados dos cidadãos.

## **CONCLUSÃO**

Ante o exposto e à luz do princípio da proporcionalidade, conclui-se que ferem a Constituição Federal as decisões judiciais que têm ordenado a concessão de senhas a agentes policiais, possibilitando a estes amplo acesso às ERB's, bilhetagens e dados cadastrais de toda a coletividade de usuários das concessionárias de telefonia móvel, a qualquer momento e sem a preexistência e vinculação a alguma investigação ou inquérito em curso. Isto porque o afastamento do direito fundamental à privacidade e sigilo de dados deve ser individualizado e fundado na necessidade de apuração de caso concreto de crime e não em mera hipótese de eventual, futura e incerta ocorrência do delito.





## Reflexões Sobre a Igualdade nas Constituições Brasileiras

Maria Aparecida Blanco de Lima

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Paraná. Graduada em Direito Pela PUCPR. Especialista em Direito Público Pela Escola da Magistratura do Paraná e em Ciências Políticas Pela UFPR.

### INTRODUÇÃO

O conceito de Justiça, segundo Rosa<sup>1</sup> estará sempre, de um modo ou de outro, vinculado ao princípio aristotélico segundo o qual não é justo tratar desigualmente os iguais e igualmente os desiguais. Logo, a Justiça impõe que se trate igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, sendo que a definição do que é ser igual ou desigual virá da vida social, dos pactos que a comunidade for firmando ao longo do tempo. Rosa<sup>2</sup> conclui que a mediação social é, pois, indispensável condição ao sentimento do justo e á ideia de Justiça, ou seja, ambos pressupõem a existência de valores socialmente reconhecidos.

Assim, para que a Justiça seja tida como uma virtude a ser praticada ou um princípio moral que deve ser seguido por todos, é necessário que se considere a sociedade como sendo composta por pessoas livres e racionais, todas elas dotadas de uma condição inicial de igualdade ou convencidas de que as eventuais desigualdades não impedem ninguém de ter acesso aos bens públicos e aos direitos fundamentais.

Os direitos dos cidadãos são estabelecidos pelas leis e, principalmente, pela Constituição Federal. Na história do Brasil houve sete Constituições redigidas em momentos históricos diferentes com propósitos diversos, sendo que os direitos individuais e as garantias do exercício destes direitos também variavam de uma para outra, fato que torna especialmente interessante o resgate dos principais aspectos de cada uma delas como retrato da evolução da Carta Magna e da sua influência no ordenamento da convivência social, no que se refere aos direitos fundamentais.

É conveniente, a princípio, mencionar a evolução registrada no Direito Constitucional que permite identificar quatro sucessivas gerações de direitos

---

1 1980, p.28.

2 Op. cit, p.29.

fundamentais que, como ressalta Bonavides “... buscam reconciliar e reformar a relação do indivíduo com o poder, da sociedade com o Estado, da legalidade com a legitimidade, do governante com o governado”<sup>3</sup>.

São de primeira geração os direitos civis e políticos também denominados direitos da liberdade, cujo titular é o indivíduo e que, nas democracias atuais, já se tornaram atributos da pessoa humana. Sendo oponíveis ao Estado, os direitos de primeira geração assinalam a separação entre Sociedade e Estado inclusive por que priorizam o “... homem das liberdades abstratas ... que compõe a sociedade civil...”<sup>4</sup>.

Os direitos fundamentais de segunda geração, que se destacam no século XX, são os direitos sociais, culturais, econômicos e os direitos coletivos. Fruto de discussões filosóficas e embates ideológicos, estes direitos acompanham a ascensão do princípio da igualdade nos textos constitucionais.

Enquanto na primeira geração os direitos fundamentais promoviam basicamente a garantia da liberdade, na segunda geração ocorre uma ampliação com a incorporação de critérios objetivos de valores e princípios básicos, de modo que os princípios da igualdade e da liberdade suplantam a condição de simples direitos individuais para tornarem-se instrumentos de garantia contra o arbítrio do Estado.

Como resposta às mudanças verificadas no mundo atual, especialmente no que se refere à disparidade entre nações desenvolvidas e não desenvolvidas, disparidade que se repete em escala concentrada no interior de cada nação e que é gritante nas cidades brasileiras, surge a necessidade de uma nova dimensão dos direitos fundamentais que incorporasse a terceira perna do tripé “liberdade, igualdade e fraternidade”.

“Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste começo de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de uma determinada sociedade. Têm, primeiro, por destinatário o gênero humano mesmo...”<sup>5</sup>

Entre os direitos que compõe a terceira geração, já estão suficientemente identificados e reconhecidos pela teoria o direito ao desenvolvimento, o direito

---

3 2003, p.352.

4 BONAVIDES, op. cit., p.352.

5 BONAVIDES, op. cit., p.355.

à paz, o direito ao meio ambiente saudável e equilibrado, o direito à propriedade ao patrimônio comum da humanidade e o direito à comunicação.

A imperiosa necessidade de estender a todos os povos da terra o exercício dos direitos fundamentais ou como diz Bonavides, da globalização destes direitos, introduz os direitos de quarta geração. São eles o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, aqueles capazes de viabilizar a concretização de sociedades abertas, plurais e universais.

Bonavides observa sabiamente que “...os direitos de quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações anteriores, senão que absorvem – sem, todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos de primeira geração”<sup>6</sup>, creditando a eles a regulação do futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos.

O Brasil sendo um país relativamente jovem, apropriou-se das experiências de outras nações na redação das Constituições que pretendiam conduzir e disciplinar sua vida enquanto nação independente.

A primeira Constituição brasileira foi promulgada dois anos após a Proclamação da Independência, em 1824, momento em que o país vivia sob o regime monárquico e ensaiava os primeiros passos de sua trajetória de nação independente e soberana. A mais recente, a Constituição de 1988, marcou o início de uma nova fase, posterior ao período de exceção originado no golpe militar de março de 1964, representando a esperança de servir como diretriz da consolidação de um desejado estado de direito democrático.

O presente estudo identifica e analisa brevemente o tratamento e o espaço reservado para os direitos fundamentais e a igualdade nas diversas Cartas brasileiras.

## 1. A IGUALDADE FORMAL

Na Matemática, a Igualdade é um dos resultados possíveis da comparação entre dois termos e que ocorre quando ambos apresentam as mesmas características. Entre os seres humanos, que a rigor são diferentes uns dos outros, a Igualdade também resulta de uma comparação entre duas ou mais pessoas que compartilham determinadas características ou atributos.

Na *polis* da antiga Grécia, como assinala Hannah Arendt<sup>7</sup>, a característica

---

6 Op. cit, p.356.

7 2007, p.40.

compartilhada pelos iguais era a liberdade propiciada pela vitória sobre as necessidades da vida em família:

“A *polis* diferenciava-se da família pelo fato de somente conhecer “iguais”, ao passo que a família era o centro da mais severa desigualdade. Ser livre significava ao mesmo tempo não estar sujeito às necessidades da vida nem ao comando de outro e também não comandar. Não significava domínio, como também não significava submissão. Assim, dentro da esfera da família, a liberdade não existia, pois o chefe da família ...só era considerado livre na medida em que tinha a faculdade de deixar o lar e ingressar na esfera política, onde todos eram iguais. ...esta igualdade na esfera política significava viver entre pares e lidar somente com eles e pressupunha a existência de desiguais; estes, de fato eram sempre a maioria na cidade estado.”<sup>8</sup>

Longe de ser relacionada à Justiça, a Igualdade era a essência da liberdade, conforme assinala a mesma autora, liberdade que não sendo acessível aos desiguais, a maioria submetida ao comando dos chefes de família ou da necessidade da sobrevivência, igualava os cidadãos e lhes conferia o direito e o privilégio de participar da esfera pública.

Nesta esfera, na qual se dá a vida política, ainda persiste a dificuldade de gerir a convivência entre pessoas que são, cada uma delas, naturalmente únicas e singulares e as características individuais que lhes são dadas por nascimento, tais como a forma do corpo ou os talentos da mente, “...só podem ser aceitas pelo acaso imprevisível da amizade e da simpatia ... sem poder oferecer qualquer motivo particular para essa suprema e insuperável afirmação”<sup>9</sup>.

Como enfatiza Hannah Arendt, a singularidade de cada pessoa mesmo relegada a vida privada nas sociedades civilizadas, coloca em cheque as regras de funcionamento da esfera pública porque “... a esfera pública é tão consistentemente baseada na lei da igualdade como a esfera privada é baseada na lei da distinção e da diferenciação universal”<sup>10</sup>. Ao contrário do que ocorre com as tais características individuais inerentes a existência de cada um, a Igualdade

“... não nos é dada, mas resulta da organização humana, porquanto é orientada pelo princípio da justiça. Não nascemos iguais; tornamo-nos iguais como membros de um grupo por força da nossa decisão de nos garantirmos direitos

8 ARENDT, 2007, p.42.

9 ARENDT, 1998, p.334.

10 ARENDT, op. cit. p.335.

reciprocamente iguais.”<sup>11</sup>

A autora observa que a vida política se orienta a partir da suposição de que é possível produzir igualdade através da organização, porque o homem, junto com os seus iguais, poderia mudar o mundo. Porém, nesta empreitada as diferenciações naturais acabam sendo um obstáculo, de modo tal que as comunidades políticas desenvolvidas tais como as cidades-Estado da antiguidade e os Estados nações modernos, não raramente buscam a homogeneidade étnica na esperança de eliminar ao máximo

“... as distinções e diferenciações naturais e onipresentes que, por si mesma despertam silencioso ódio, desconfiança e discriminação, porque (estas distinções e diferenciações) mostram com impertinente clareza aquelas esferas onde o homem não pode atuar e mudar à vontade...”<sup>12</sup>

Por consequência, serão tidos como desiguais aqueles que não exibirem as mesmas características, atributos ou direitos prescritos nas normas e regras consideradas. Uma vez que existirão desigualdades geradas como contraponto da igualdade, a sociedade precisa pactuar quais desigualdades tolerar ou mesmo admitir e o quanto de desigualdade esta sociedade pode suportar.

Tratando do tema, ao iniciar seu “Discurso sobre a origem das desigualdades entre os homens”, em 1774, Rousseau discorre sobre dois tipos básicos de desigualdade:

“Concebo na espécie humana duas espécies de desigualdade. Uma que chamo de natural ou física, porque é estabelecida pela natureza e que consiste nas diferenças de idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito ou da alma. A outra, que pode ser chamada de desigualdade moral ou política porque depende de uma espécie de convenção e que é estabelecida ou pelo menos autorizada pelo consentimento dos homens. Esta consiste nos diferentes privilégios de que gozam alguns em prejuízo dos outros, como ser mais ricos, mais honrados, mais poderosos do que os outros ou mesmo fazer-se obedecer por eles.”<sup>13</sup>

Para ele, a desigualdade “... tira sua força e seu crescimento do

---

11 ARENDT, op. cit. p.335.

12 ARENDT, op. cit. p.335.

13 ROUSSEAU, p.27.

desenvolvimento de nossas faculdades e dos progressos do espírito humano, tornando-se enfim legítima e estável pelo estabelecimento da propriedade e da lei”<sup>14</sup>.

Talvez a mesma fonte de alimento das desigualdades mencionada por Rousseau tenha levado a sociedade a reconhecer que determinadas desigualdades tornaram-se incompatíveis com os princípios da democracia.

Em uma *polis* ampliada a ponto de incluir toda a humanidade, os iguais serão seres humanos que, como diz Heller<sup>15</sup>, mesmo sendo singulares partilham certas propriedades essenciais com cada ser humano. Isso indica que é necessário estabelecer – através de normas e regras sociais – quais as características, atributos ou direitos serão partilhados entre as pessoas de um mesmo grupo para que elas possam ser consideradas iguais. Esta condição definida por normas e regras legais é chamada de Igualdade formal.

A Igualdade formal deriva da ideia de que os homens são livres e iguais em direito em função de um contrato social, ideia que se desenvolve a partir da segunda metade do século XVII e culmina nas declarações americanas e francesas do século XVIII e veio a caracterizar a ideologia individualista e burguesa dos direitos do homem e do cidadão<sup>16</sup>.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>17</sup>, elaborada e promulgada pela Assembleia Constituinte Francesa, em 1789, consignou em seu artigo 1º que “ todos os homens nascem livres e iguais em direitos e que distinções sociais só podem ter como fundamento a utilidade comum.” No mesmo documento o artigo 6º estabelece que:

“A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.”

A igualdade passou a ser reconhecida, desde então, como uma condição

---

14 ROUSSEAU, p.27.

15 ROUSSEAU, p.27.

16 PERELMAN, 2005, p.220.

17 As citações foram extraídas da versão do texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão disponível na página da Embaixada da França no Brasil ([www.ambafrance.org.br](http://www.ambafrance.org.br)). 18Idem, p.220.

necessária para a existência de sociedades democráticas, as quais se valerão da lei para garanti-la.

Entretanto, naquela época a luta pela Igualdade buscava basicamente a abolição dos privilégios do clero e da nobreza, sendo que a Igualdade política só era garantida aos cidadãos homens adultos que pagassem um valor mínimo de imposto. Já no século XIX, a Igualdade de direitos era exclusividade dos proprietários<sup>18</sup>.

A importância da Igualdade é sublinhada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pelas Nações Unidas, em 1948, quando a qualifica como um dos fundamentos da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, como lembra Comparato (2007), foi redigida ainda sob o impacto das atrocidades cometidas durante a 2ª Guerra Mundial, reveladas de forma muito parcial, ou seja, com omissão dos vários abusos cometidos pelas potências ocidentais e pela União Soviética. Nem todos os membros das Nações Unidas, à época, partilhavam por inteiro as convicções expressas no documento tanto que a União Soviética, Polônia, Iugoslávia, Arábia Saudita e a África do Sul abstiveram-se de votar.

Passados 159 anos da primeira declaração, período em que se deram importantes transformações sociais e duas guerras mundiais, o princípio de igualdade teve sua formulação aprimorada, especialmente nos artigos I e VII da Declaração Universal:

“Artigo I. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo VII. Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.”

O reconhecimento da igualdade de direitos entre todos os homens nas constituições democráticas constitui uma condição indispensável para se pensar o Direito. No entanto, a mesma raiz da igualdade formal, a Declaração Universal de 1789, abre espaço também para o reconhecimento das desigualdades que a vida social produz e cultiva quando admite que elas possam existir com fundamento na utilidade comum ou como fruto das virtudes e talentos de alguns

---

18 Idem, p.220.

e não como fonte de privilégios para alguns e limitações para outros.

## 2. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA IGUALDADE NO BRASIL

No Brasil como em outros países democráticos, a Igualdade formal é delineada na Constituição Federal, notadamente nos artigos que especificam as condições para o reconhecimento da cidadania, que estabelecem o princípio de isonomia das leis, vedam discriminações, etc.

As linhas conceituais das primeiras Constituições guardam a influência do modo como se deu a colonização do Brasil a partir de 1500, da sua forte conotação comercial e exploratória dos recursos naturais e da produção agrícola. Segundo acredita Carvalho<sup>19</sup>, a produção de açúcar foi a atividade que melhor se prestou aos objetivos dos colonizadores, visto que esta atividade exigia grande aporte de capital e muita mão de obra, características que redundaram no estabelecimento de grande desigualdade entre senhores de engenho e outros habitantes e na escravização de povos africanos.

Os demais produtos explorados economicamente no período colonial guardavam em comum o traço que “... marcou durante séculos a economia e a sociedade brasileira: o latifúndio monocultor e exportador de base escravista”<sup>20</sup>. O uso do trabalho escravo, que não se restringia às áreas agrícolas e de mineração, tornou-se prática corriqueira na sociedade brasileira de então, sendo que em 1822 estima-se que havia cerca de um milhão de negros escravos entre os cinco milhões de habitantes, incluindo 800 mil índios<sup>21</sup>.

Aos escravos não era dado nenhum direito, uma vez que a lei os considerava propriedade de seus senhores, equiparando-os aos animais e mesmo os cidadãos livres não desfrutavam de igualdade perante a lei uma vez que estas eram aplicadas ao sabor dos interesses dos grandes proprietários.

José Murilo de Carvalho sustenta que o processo que levou a independência do Brasil teve como característica a negociação entre a elite nacional, a coroa portuguesa e a Inglaterra, de modo que a proclamação da Independência não representou nenhuma mudança radical no país e sim uma transição tranquila que “... facilitou a continuidade social...” com a implantação de “... um governo ao estilo das monarquias constitucionais e representativas

---

19 2004, p.18.

20 2004, p.18.

21 Idem, p.19.

européias<sup>22</sup>.

A primeira Constituição brasileira, datada de 25 de março de 1824, dois anos após a proclamação da Independência, foi inspirada nas constituições francesa de 1791 e espanhola de 1812<sup>23</sup> e incorporou parcialmente o espírito da Declaração Universal de 1789 quando relaciona quem são os cidadãos brasileiros e ignora a existência dos escravos.

“Art. 6. São Cidadãos Brasileiros:

I. Os que no Brasil tiverem nascido, quer sejam ingênuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação.

II. Os filhos de pai Brasileiros, e Os ilegítimos de mãe Brasileira, nascidos em pais estrangeiro, que vierem estabelecer domicílio no Império.

III. Os filhos de pai Brasileiros, que estivesse em paz estrangeiro em serviço do Império, embora eles não venham estabelecer domicílio no Brasil.

IV. Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que sendo já residentes no Brasil na época, em que se proclamou a Independência nas Províncias, onde habitavam, aderiram á esta expressa, ou tacitamente pela continuação da sua residência.

V. Os estrangeiros naturalizados, qualquer que seja a sua Religião. A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter Carta de naturalização.

.....”

Também no que se refere à participação nas eleições, a Constituição Imperial seleciona os cidadãos que teriam acesso ao direito de votar e ser votado, com considerável grau de detalhamento segundo critérios econômicos e de *status* social:

“Art. 92. São excluídos de votar nas Assembléias Paroquiais.

I. Os menores de vinte e cinco anos, nos quais se não compreendem os casados, e Oficiais Militares, que forem maiores de vinte e um anos, os Bacharéis Formados, e Clérigos de Ordens Sacras.

II. Os filhos famílias, que estiverem na companhia de seus pais, salvo se servirem Ofícios públicos.

III. Os criados de servir, em cuja classe não entram os Guarda-livros, e primeiros caixeiros das casas de comércio, os Criados da Casa Imperial, que não forem de galão branco, e os administradores das fazendas rurais, e fabricas.

22 *Idem*, p.22

23 *Idem*, p.29.

- IV. Os Religiosos, e quaisquer, que vivam em Comunidade claustral.
- V. Os que não tiverem de renda líquida anual cem mil réis por bens de raiz, indústria, comercio, ou Empregos.”

Aos cidadãos brasileiros a Constituição do Império assegurava a inviolabilidade dos direitos civis e políticos, elegendo a liberdade, a segurança individual e a propriedade como a referência básica destes direitos, proteção da qual não eram alvos os escravos e demais pessoas não classificadas no artigo 6º:

“Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

I. Nenhum Cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei.

(.....)

XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

XIV. Todo o cidadão pode ser admitido aos Cargos Públicos Civis, Políticos, ou Militares, sem outra diferença, que não seja dos seus talentos, e virtudes.

XV. Ninguém será exceto de contribuir para as despesas do Estado em proporção dos seus haveres.

XVI. Ficam abolidos todos os Privilégios, que não forem essencial, e inteiramente ligados aos Cargos, por utilidade pública.”

A Constituição Política do Império estabeleceu princípios conservadores e institucionalizou desigualdades que caracterizavam a sociedade de então ao estabelecer critérios para a atribuição do direito de voto, excluindo deste direito os homens livres e pobres que, somados aos escravos e índios, compunham a maioria da população ou esquivando-se de abordar as questões relativas ao trabalho escravo.

A monarquia à brasileira, mesmo sendo constitucional e representativa, organizou-se sob a égide do Poder Moderador exercido pelo monarca que, na prática

“... garantia e reiterava o monopólio do aparelho estatal por parte dos donos de escravos, senhores de engenho, fazendeiros de café, estancieiros, proprietários de terras, negociantes, interesses estrangeiros. Tanto os escravos como os livres (negros, mulatos, índios, caboclos, brancos, imigrantes) eram considerados

gente de outra categoria, condição, raça ou casta.”<sup>24</sup>

Mesmo assim ela permaneceu em vigor durante 67 anos, enquanto durou a monarquia, fato que pode bem ser associado à persistência dos traços de colonialismo na relação dos setores dominantes e do próprio governo com a sociedade, do anacronismo do regime monárquico e do escravismo em pleno final do século XIX, como comentou Ianni.<sup>25</sup>

Embora as campanhas abolicionistas e republicanas pugnassem por mudanças políticas e sociais, após a proclamação da República prevaleceram os interesses dos cafeicultores, canavieiros, pecuaristas e outros setores, em nome dos quais perpetrou-se “... a mais brutal violência contra os movimentos populares... como ocorreu em Canudos, no Contestado, na Revolta da Vacina, entre outros”<sup>26</sup>.

Em relação à Constituição Imperial a primeira Constituição republicana promulgada em fevereiro de 1891, avançou no que se refere à igualdade formal e aos direitos de cidadania.

O direito ao voto é garantido a todo cidadão maior de 21 anos, exceto mulheres, analfabetos, mendigos, padres e militares de baixa patente, o que vale dizer que o sistema eleitoral excluía os pobres e os negros por serem analfabetos em sua maioria. A eliminação da renda como critério não ajudou a ampliar o eleitorado uma vez que, segundo Carvalho<sup>27</sup>, a exclusão dos analfabetos era o fator limitante mais importante visto que apenas 15% da população total era alfabetizada. O mesmo autor assinala que na primeira eleição presidencial da República, em 1894, o número de votantes não passou de 2,2% da população.

A Constituição garantia a todos o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, a isonomia perante a lei negava os privilégios de nascimento, da nobreza e dos detentores de títulos nobiliárquicos, disposições que estabeleciam os limites da igualdade formal. Esta Carta Magna instituiu a liberdade de culto religioso, o ensino laico nos estabelecimentos públicos, aboliu as penas de banimento, galés e de morte.

No entanto, a despeito dos avanços da Constituição, o poder estatal foi exercido de modo autoritário e, conforme observa Ianni “... o Estado oligárquico vigente durante a Primeira República, em 1899-1930, é todo ele marcado pelo

---

24 IANNI, p.211.

25 2004, p.20.

26 Idem, p.21.

27 Idem, p.39.

arbítrio dos governantes contra os setores populares”<sup>28</sup>.

Os primeiros 30 anos da República foram marcados pela hegemonia social e política da burguesia cafeeira, pela

“... predominância do setor agrário exportador, pela inexistência de uma luta nítida de facções no interior da burguesia entre o setor agrário e o industrial, pela fraca integração nacional, com predominância do eixo São Paulo Minas...”<sup>29</sup>

O sistema eleitoral com o voto descoberto era frequentemente objeto de fraudes, as oligarquias regionais dele se serviam para preservar seus interesses, fato que levou os Estados cujos interesses não estavam vinculados ao café a formarem a Aliança Liberal, uma frente de oposições estaduais cuja grande bandeira era a reforma política. Na eleição presidencial de março de 1930, a Aliança Liberal concorreu com Getúlio Vargas contra o candidato situacionista Júlio Prestes.

O resultado das urnas foi favorável a Julio Prestes e acabou deflagrando a chamada Revolução de 1930 que conduziu Getúlio Vargas à Presidência da República. Premido pelo movimento constitucionalista de 1932, o governo federal convoca uma Assembleia especificamente para redigir uma nova Constituição.

Eleita em 1933 segundo um sistema de representação classista, a Assembleia Constituinte restou composta por

“... 40 deputados classistas, 17 representantes, 17 representantes dos empregadores, 18 dos empregados, três profissionais liberais e dois funcionários públicos... uma tentativa a mais do governo de reduzir a influência ... das oligarquias estaduais, no Congresso nacional.”<sup>30</sup>

Fruto do trabalho dos constituintes, a Constituição de 1934 trazia alguns aspectos inovadores relativamente à igualdade formal começando por frisar em seu Capítulo II – Dos Direitos e das Garantias Individuais:

“Art 113 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros resi-dentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por

28 Op. cit. p.215.

29 FAUSTO, 1977, p.233.

30 CARVALHO, op. cit., p.101.

motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.”

Outras inovações significativas foram a implantação do voto obrigatório para homens e para as mulheres que exercessem função pública remunerada, a criação da assistência judiciária gratuita aos necessitados, instituição da obrigatoriedade e gratuidade do ensino primário, da isonomia salarial para funções iguais e do salário mínimo.

Manteve-se ainda a vedação do direito de voto aos analfabetos, militares abaixo de sargento, mendigos e, por exclusão, às mulheres que não “trabalham fora”, em evidente contradição com o princípio geral expresso no inciso I do artigo 113.

Das constituições que se seguiram, cabe destacar a Carta de 1967 que teve a finalidade de conferir legitimidade legal ao regime militar e à Constituição de 1988, em vigor.

A primeira incorpora de forma gritante a preocupação com a segurança nacional do governo militar e muitas das modificações decorrem dela. Em relação ao voto, por exemplo, são impedidos de alistar-se como eleitores, além dos analfabetos e dos que não saibam exprimir-se na língua nacional, aqueles que estejam privados dos direitos políticos, ou seja, aquelas pessoas que foram penalizadas por atentar contra a ordem democrática ou praticar atos de corrupção.

Quanto aos direitos do cidadão, a Constituição de 1967, como a anterior, assegura em seu artigo 150 a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos constantes de 35 parágrafos dos quais convém transcrever:

“§ 1º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.

(...)

§ 5º – É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes.

(...)

§ 8º – É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. (...) Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.”

A punição ao preconceito de raça, mesmo que remetida para regulamentação por uma lei específica, aparece pela primeira vez em um texto constitucional, porém o que mais caracteriza este mesmo texto é o acréscimo de exceções aos direitos consignados, a exemplo do que ocorre nos dois últimos parágrafos acima transcritos. Mas é no artigo 151 que a cidadania é definitivamente enquadrada nos limites do interesse do governo militar:

“Art 151 – Aquele que abusar dos direitos individuais previstos nos §§ 8º, 23, 27 e 28 do artigo anterior e dos direitos políticos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla, defesa.”

Os movimentos de oposição ao regime militar pela via institucional tinham como uma de suas bandeiras a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, pleito que se tornou um dos principais temas das campanhas pelas Diretas Já e da eleição indireta de Tancredo Neves e do programa de governo de José Sarney na Presidência da República.

Cumprindo esta diretriz da campanha eleitoral, o novo presidente encaminhou mensagem de emenda constitucional propondo a instalação de uma Assembleia Nacional Constituinte, a qual foi eleita em 1986 e elaborou o texto da Carta Magna promulgada em 1988. Foi chamada de Constituição Cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu e teve ampla participação popular em sua elaboração.

Já em seu artigo 1º, a Constituição de 1988 elenca a cidadania e a dignidade da pessoa humana entre os fundamentos do Estado de Direito e reafirma esta posição no artigo 3º e seus incisos:

“Art. 3º – Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:  
I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional;  
III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;  
IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

No capítulo que trata dos direitos individuais, o artigo 5º da Carta

Magna reitera o princípio da isonomia frente a lei com um adendo importante no que se refere a garantia da inviolabilidade do direito à vida, à igualdade e à segurança:

“Art. 5º – 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, nos termos seguintes: (...)”

O texto dos incisos I, III e IV do artigo 3º expressam o reconhecimento da insuficiência de liberdade, de justiça e solidariedade, da existência de desigualdades econômicas, sociais e regionais, preconceitos e discriminações que a sociedade brasileira deseja eliminar. Logo a igualdade proposta no artigo 5º, para não ser incoerente com a realidade reconhecida no artigo 3º, requer do governo e da sociedade ações que neutralizem os efeitos das distinções e desigualdades, pelo menos enquanto elas não forem eliminadas.

O sistema jurídico brasileiro já vinha contemplando os chamados direitos sociais desde a Constituição de 1934, normalmente sob a forma de princípios e determinações das finalidades do Estado, sempre de cunho genérico e de vigência condicionada a conveniência política.

A Constituição de 1988 inovou por especificar os *direitos sociais*, ou seja, direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados em seu artigo 6º. Com isso, aquilo que era visto como uma atribuição ou responsabilidade do Estado passou a ser um direito constitucional do cidadão, fato que ampliou consideravelmente a possibilidade da população exigir, inclusive pelas vias judiciais, a prestação destes serviços.

A igualdade formal perante a lei, na prática, contempla apenas aqueles cuja independência social e econômica os habilita a conhecer e usufruir de seus direitos legais. Ela é, evidentemente, uma conquista valiosa para a humanidade, mas não se realiza completamente se todas as pessoas não tiverem a efetiva condição de exercê-la<sup>31</sup>, portanto, o simples fato da Constituição declará-la não é suficiente para que a República brasileira consiga atingir seus objetivos de construir uma sociedade justa e solidária, erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos sem preconceitos.

Embora as Constituições gravem solenemente o princípio da Igualdade,

---

31 FRISCHEISEN, 2007, p.64.

mesmo com os avanços institucionais e econômicos, como bem observa Carvalho<sup>32</sup>, ainda persistem as grandes desigualdades sociais que caracterizam o Brasil, desde o período colonial. Segundo este autor, em 1998 a metade mais pobre da população brasileira detinha 11,2% da renda nacional enquanto 63,8% desta renda pertenciam ao grupo dos 20,0% mais ricos. Além da desigualdade econômica, o país padece de desigualdades regionais significativas e desigualdades raciais crônicas.

Henriques (2001) analisando os números da PNAD 1999 – Pesquisa Nacional de Domicílios, comenta que os negros correspondiam a 45% da população brasileira, mas entre os 53 milhões de pobres e 22 milhões de indigentes 64% e 69 % respectivamente são negros. Entre os indigentes, 6,8 milhões são brancos, 13,6 milhões são pardos e 1,5 milhão são negros.

A desigualdade econômica, como se vê, possui também um forte componente racial que também aparece no detalhamento de outras desigualdades. Em relação à educação, Carvalho<sup>33</sup> menciona que em 1997 a taxa de analfabetismo entre os brancos era de 9,0% e entre negros e pardos era de 22%.

No estudo de Henriques acima citado, a diferença entre a escolaridade média de brancos e negros do Brasil manteve-se constante nas últimas décadas do século XX. A escolaridade média de um jovem negro com 25 anos de idade gira em torno de 6,1 anos de estudo; um jovem branco da mesma idade tem cerca de 8,4 anos de estudo, observando-se um diferencial de 2,3 anos de estudo. O autor ressalta que:

“Em termos do projeto de sociedade que o país está construindo, o mais inquietante é a evolução histórica e a tendência de longo prazo dessa discriminação. Sabemos que a escolaridade média dos brancos e dos negros tem aumentado de forma contínua ao longo do século XX. Contudo, um jovem branco de 25 anos tem, em média, mais 2,3 anos de estudo que um jovem negro da mesma idade, e essa intensidade da discriminação racial é a mesma vivida pelos pais desses jovens — a mesma observada entre seus avós.”<sup>34</sup>

Utilizando-se de um gráfico de curvas, Henriques demonstra que a diferença de escolaridade entre negros e brancos permaneceu praticamente a mesma para os adultos brancos e negros nascidos entre 1929 e 1974, pois aos 25 anos a média de escolaridade dos brancos nascidos em 1929 era de 4,3 anos e

32 2004, p.207.

33 Op. cit., p.208.

34 HENRIQUES, 2001.

dos negros e pardos era de 2 anos.

“... a escolaridade média de ambas as raças cresce ao longo do século, mas o padrão de discriminação racial, expresso pelo diferencial nos anos de escolaridade entre brancos e negros, mantém-se absolutamente estável entre as gerações. As curvas ali descritas (no gráfico) parecem construídas com intencional paralelismo, descrevendo, com requinte,<sup>35</sup> a inércia do padrão de discriminação racial observado em nossa sociedade.”

Este fato demonstra que as desigualdades tendem a se manter constantes ao longo do tempo, a despeito dos avanços lineares que ocorram ao longo do tempo, se a sociedade não decidir esforçar-se para promover a Igualdade. Para eliminar as desigualdades ou reduzir seus efeitos nefastos sobre a parcela em desvantagem, é necessário que a sociedade disponha-se a intervir de forma mais intensa em favor dos grupos mais prejudicados de modo a diminuir as diferenças que medem a desigualdade, aproximando-os da almejada condição de Igualdade sonhada.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A comparação entre as sete Constituições que ditavam a ordem jurídica nos diversos momentos da existência do Brasil como país independente, reflete em degraus a evolução e desenvolvimento da sociedade, da política e das instituições no tocante aos direitos sociais. A omissão em relação ao regime escravista e a opção pelos ricos claramente identificadas na Constituição Imperial, por exemplo, transfiguram-se nas primeiras Constituições republicanas sem alterar muito o caráter excludente e a marginalização da população pobre (em grande parte composta por negros) dos direitos de cidadania.

Verifica-se, com o passar dos tempos, uma tendência de inclusão de novos direitos sociais como resposta à modernização da sociedade e ao peso eleitoral da classe trabalhadora, a partir de 1934, sem incluir no entanto a extensão do direito do voto ao analfabeto quando as taxas de analfabetismo eram muito elevadas.

Merece uma avaliação mais aprofundada a Constituição que deu suporte aos 25 anos de ditadura, especialmente pela forma como atendeu simultaneamente aos interesses da cúpula militar relativos à segurança nacional

<sup>35</sup> HENRIQUES, 2001.

e a manutenção do regime quanto aos interesses das elites empresariais que se mantiveram sempre próximos do poder central.

Por fim, cabe observar que muitos dos avanços trazidos pela Constituição de 1988 dependiam de regulamentação por lei específica e de ações e investimentos públicos voltados ao aparelhamento da Administração Pública para saírem do papel e atingirem os seus nobres objetivos, efetivamente.

## REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. *A Condição Humana*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Direitos Fundamentais, globalização e neoliberalismo*. In Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais. Nº2. 2003: Del Rey, Belo Horizonte. 2004. Páginas 350-361.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil- O longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina F. *A construção da Igualdade e o Sistema de Justiça no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- HELLER, Agnes. *Além da Justiça*. Rio de Janeiro, Civilização brasileira, 1998.
- HENRIQUES, Ricardo (org.) *Desigualdade e pobreza no Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, 2001.
- IANNI, Octávio. *Pensamento Social no Brasil*. Bauru: EDUSC, 2004.
- PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo : Martins Fontes, 2005.
- ROSA, F. A. de Miranda, *Sociologia do Direito*, Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- ROUSSEAU, Jean Jaques, *A origem da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Escala.





## **A Aprendizagem Como Ferramenta Estratégica na Administração Judiciária**

Roberto Portugal Bacellar

Juiz de Direito em Curitiba. Mestre em Direito pela PUCPR. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UNIPAR. MBA em Gestão Empresarial Pela UFPR. Professor da PUCPR. Professor da Escola da Magistratura do Paraná. Professor Convidado do CNJ, ENFAM e MJ (SRF) para capacitar magistrados estaduais e federais em técnicas de mediação e conciliação. Coordenador Nacional do Programa Cidadania e Justiça também se aprendem na Escola da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Vice-presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (2005/07). Presidente da Associação dos Magistrados do Paraná (2002/03). Diretor-geral da Escola da Magistratura do Paraná (2008/09).

### **1. A BASE DE UM PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO**

Os órgãos do Poder Judiciário previstos no art. 92 da Constituição da República (CR), existem para prestar serviço público (serviço judiciário) ao povo (usuário dos serviços jurisdicionais – jurisdicionado) de maneira a concretizar a promessa de resolver oficialmente (no âmbito do Estado) as controvérsias existentes entre as pessoas e ao final alcançar a coordenação dos interesses privados e a paz na sociedade.

Para efeitos didáticos a expressão *Tribunais* será apresentada não no sentido estrito de órgão de segundo grau que reaprecia as decisões dos juizes, mas no sentido amplo de órgão julgador e também órgão de cúpula administrativa (administrador) responsável pelas políticas públicas específicas que traça os destinos e comanda todos os setores do Poder Judiciário em cada uma das suas esferas de atuação (estadual e federal, da justiça comum ou especial). Além disso, as expressões *administração de tribunais*, *administração da justiça e administração judiciária* serão utilizadas como sinônimas e abrangerão não só os tribunais, mas também o trabalho dos juizes na qualidade de administradores de fóruns, gabinetes, secretarias dentre outras tantas atividades administrativas e de representação política (não jurisdicionais) que desempenharem perante a sociedade.

Há problemas estruturais que atingem o Poder Judiciário como um todo. Note-se que esses problemas não são novos e o decurso do tempo tem agravado os seus efeitos sem que os Tribunais consigam implementar sistemas de administração eficazes para atenuar ou resolver o que se costumou denominar *crise da Justiça ou crise do Poder Judiciário*.

Os valores *Justiça* (e seu acesso), *Segurança Jurídica*, *Rapidez e Efetividade* são alguns que compõem o “pacote” de ideais que o Poder Judiciário promete, formalmente, oferecer ao cidadão.

A falta de planejamento estratégico adequado e específico ao ambiente do Poder Judiciário motiva a ideia inicial deste artigo: viabilizar o início de um ciclo empreendedor alicerçado no conhecimento acumulado, na profissionalização da administração dos tribunais (e por consequência de seus diversos órgãos) para cumprir a promessa de acesso à uma ordem jurídica justa. Além de viabilizar o acesso ao Poder Judiciário verifica-se a necessidade de se ofertar instrumentos públicos e privados não só de entrada (acesso), mas de saída da justiça.<sup>1</sup>

É preciso retomar o foco na missão do Poder Judiciário e, a partir daí, com esteio nos problemas (forças restritivas), planejar as metas de aprendizagem para alcançar os objetivos da administração judiciária.

São poucos ainda os trabalhos científicos e muito restritas as pesquisas específicas dirigidas à administração dos órgãos do Poder Judiciário<sup>2</sup>. Muitas pesquisas existentes tomam por base modelos empresariais (sem trabalhar a redefinição e ressignificação de seus conceitos) que pouco ou nada identificam-se com as linhas gerenciais e administrativas dos tribunais.

O objetivo geral deste artigo é o de transportar algumas experiências do denominado sistema de aprendizagem da ciência da administração e adequá-las ao complexo modelo de administração dos serviços judiciários.

## 2. O PODER JUDICIÁRIO E SEUS PROBLEMAS GERAIS

Foram muitas as pesquisas gerais, não qualitativas, já desenvolvidas para avaliar o trabalho do Poder Judiciário. Embora essas pesquisas já tenham respondido algumas das várias indagações e outras tenham respostas notórias, as abordagens seguintes são importantes, como ponto de sustentação e até de

---

1 O número de processos judiciais em andamento é desproporcional à estrutura como constataam várias peças de informação oriundas da imprensa e pesquisas sobre o tema.

2 Há poucos, mas bons exemplos de projetos de administração judiciária em Tribunais Federais e Estaduais, entretanto, com metodologia de pesquisa e análise diversas das eleitas para este trabalho.

conveniência para o desenvolvimento deste artigo:

- A administração dos tribunais é satisfatória?
- A população, que necessita dos serviços judiciários, está satisfeita com o atendimento do Poder Judiciário?
- Há necessidade de mudanças?
- A estrutura organizacional para a administração da justiça é adequada?

Constatou-se que a estrutura organizacional do Poder Judiciário, analisado em sua generalidade, é centenária, inadequada, burocratizada e de baixa aprendizagem. Ainda em consideração geral, normalmente o ambiente físico não é o mais adequado ao atendimento dos jurisdicionados na condição de consumidores dos serviços judiciários.

Assim, em geral, a Administração dos Tribunais é insatisfatória se analisada mediante a perspectiva do usuário dos serviços.

## **2.1 Insatisfação dos usuários dos serviços da Justiça**

Já se percebeu que aos olhos do principal destinatário e usuário da prestação jurisdicional (população), a segurança jurídica, tão só pela promessa de segurança, não mais se justifica e há de se considerar outros aspectos e valores que interessam diretamente ao povo como a celeridade (rapidez), o custo, o atendimento, a clareza e a efetividade – estes sim representativos, para ele cidadão, da verdadeira justiça.

A constante possibilidade de revisão das decisões desprestigia os magistrados, principalmente os magistrados de primeiro grau, e a cada passo procedimental abre-se oportunidade para que as partes apresentem seus recursos. A justificativa dos processualistas é de que na ausência do recurso (mecanismo de impugnação das decisões) poderia eternizar erros e prejudicar ao final de maneira irreversível o direito da parte.

Portanto, para garantir a segurança jurídica, muitos doutrinadores não aceitam a diminuição do número de recursos judiciais, o que de certa forma contribui para a morosidade dos julgamentos.

A população que necessita dos serviços judiciários está, portanto, insatisfeita com o atendimento prestado pelo Poder Judiciário que, embora assegure possibilidade de vários recursos e outras formas de impugnação (e por isso atenderia a um dos aspectos do ideal de segurança jurídica), é moroso.

Nesse ponto, não há controvérsias. Os dados informativos colhidos da imprensa e as pesquisas só confirmaram o que já era conhecido. É notória a

morosidade e a insatisfação do povo com os órgãos do Poder Judiciário que, responsáveis pela prestação jurisdicional, a entregam com atraso muitas vezes de anos, para não dizer lustros ou décadas.

Até aqui alguns aspectos da atividade jurisdicional, função típica do Poder Judiciário, foram considerados.

## **2.2 Deficiência organizacional da administração judiciária**

A análise organizacional em relação à administração do Poder Judiciário informa:

- a) baixa qualidade no atendimento operacional;
- b) ausência de informatização adequada (e padronizada) e falta de controle dos procedimentos nas áreas operacionais;
- c) centralização dos poderes na cúpula (juízes, presidentes de tribunais) e ausência de tecnoestrutura;
- d) falta de conhecimento, pela cúpula estratégica, em administração, com prejuízo da liderança perante diretorias, assessorias da linha intermediária e área operacional;
- e) juízes sobrecarregados de processos judiciais sem disponibilidade de tempo ou condições para desviar sua atenção para atividades administrativas (que podem ser desenvolvidas por servidores do quadro ou outros profissionais específicos e qualificados).

Tratou este tópico de análise organizacional geral sem intenção de passar a ideia de generalizações – sempre injustas. Registra-se, assim, a existência de pontuais experiências onde há bom atendimento e destacam-se magistrados com conhecimento em administração que contam com apoio de tecnoestrutura ou assessorias especializadas.

## **2.3 Os juízes são muito caros para atender telefone, preparar ofícios e administrar fóruns**

Os juízes assumem, em geral, responsabilidade por várias funções administrativas, cartoriais, de pessoal e mesmo de simples impulso processual, que lhes retiram de suas atividades principais (que deveriam ser de dedicação exclusiva) para as quais foram preparados (julgar).

A falta ou deficiência de assessoria, notadamente nos juízos de primeiro grau, transforma o juiz em um *operário que faz tudo*: do atendimento do

telefone, arquivamento de documentos, gerenciamento de processos, controle de provimentos, organização da pauta de audiências, redação de ofícios, formulação de pedidos de material, elaboração de portarias, orientação aos servidores, inspeção permanente nas secretarias até chegar às suas atividades típicas consistentes na fundamental presidência das audiências, decisões e o julgamento dos processos.

De todas essas atividades, a presidência das audiências e o julgamento dos processos são de sua exclusiva atribuição. Essas outras atividades administrativas, frequentemente, geram desinteresse e desmotivação dos juízes em comandá-las.

Parece uma afirmação pesada, mas há de se registrar que o juiz – como membro de Poder – é, dentre os prestadores de serviço público, um “servidor” *muito caro* para desempenhar atividades administrativas comuns, corriqueiras e para as quais não se exige a sua alta qualificação técnico-jurídica. Portanto, mais do que aumentar o número de juízes no Brasil é imperioso capacitar os existentes<sup>3</sup> fornecendo-lhes assessoria de apoio para o melhor exercício de suas tantas funções – administrativas, de gestão, de representação e jurisdicionais.

#### **2.4 Estrutura simples e burocracia mecanizada na administração judiciária**

As organizações podem ser descritas de acordo com suas configurações preponderantes. No que diz respeito à estrutura do Poder Judiciário em face da diversidade de órgãos que o compõe, de acordo com os dados levantados, ora se apresenta como uma estrutura simples, ora se identifica com a configuração estrutural de uma burocracia mecanizada, em outras situações lembra a burocracia profissional, em alguns tribunais é possível visualizar a forma divisionada e em outras a Adhocracia. Adiante descrevem-se características de cada configuração. Nenhum desses perfis, de forma isolada, é suficiente ao alcance da excelência.

Devemos extrair as vantagens decorrentes de cada uma das configurações e afastar os vícios e as deficiências que brotam em cada um desses cenários.

Da análise de Henry Mintzberg<sup>4</sup>, extrai-se que muitas organizações

---

3 A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM-STJ, por meio das Resoluções 1 e 2 de 2007 e 1 e 2 de 2009, tem estabelecido diretrizes de trabalho, orientação e colaboração aos Tribunais, além de conteúdos mínimos que devem ser ministrados aos magistrados estaduais e federais, desde a formação inicial (ingresso na carreira) até o aperfeiçoamento e formação continuados durante o decorrer da carreira.

4 MINTZBERG, Henry. Criando organizações Eficazes, 1995, p.155.

sofrem essas cinco solicitações, porém, na proporção que as condições favorecem uma em prejuízo das demais, a organização é levada a estruturar-se como uma das configurações. Assim, resume:

a) Estrutura Simples: a cúpula estratégica exerce uma tração para a centralização, por meio da qual pode manter o controle sobre a tomada da decisão e, na proporção que as condições favorecem essa tração, a organização identifica-se com a *Estrutura Simples*.

b) Burocracia Mecanizada: a tecnoestrutura exerce sua tração para a padronização dos processos de trabalho. Na proporção que as condições favorecem essa tração, a organização estrutura-se como *Burocracia Mecanizada*<sup>5</sup>.

c) Burocracia Profissional: contrastando, os membros no núcleo operacional procuram minimizar a influência dos administradores – gerentes bem como analistas – sobre o seu trabalho. Quando eles conseguem, trabalham com relativa autonomia, obtendo tudo o que é necessário para a coordenação pela padronização de habilidades. Dessa forma, os operadores exercem uma tração para a profissionalização – isto é, para o apoio do treinamento externo que amplia suas habilidades. Na proporção que as condições favorecerem essa tração, a organização estrutura-se como *Burocracia Profissional*.

d) Forma Divisionada: os gerentes da linha intermediária também procuram autonomia, porém para obtê-la retiram poder da centralização da cúpula estratégica para baixo e, se necessário, do núcleo operacional para cima, a fim de concentrá-la em suas unidades. Na proporção que as condições favorecem essa tração, resulta na *Forma Divisionada*.

e) Adhocracia: finalmente, conclui Mintzberg e ensina haver nova configuração que ocorre nas ocasiões em que a assessoria de apoio consegue mais influência na organização e sua colaboração é solicitada para a tomada de decisão em virtude de sua perícia. Na proporção que se favorece essa tração para colaborar, a organização adota a configuração da *Adhocracia*.

Na administração da justiça, com a precariedade e falta de uniformidade nos sistemas de informatização (várias ilhas incomunicáveis) percebe-se a preponderância de uma administração de *estrutura simples* eminentemente *burocrática*, com as ações e decisões vindo de cima para baixo. O mesmo cenário, por vezes, repete-se nas formas de administração da Ordem dos Advogados do Brasil, Ministério Público e Defensorias Públicas, componentes do tripé básico de sustentação do sistema judiciário brasileiro.

5 Há muitos pontos positivos na burocracia mecanizada que devem ser conservados. O que preocupa são os vícios que se proliferaram em face de suas características como a reatividade a quaisquer mudanças.

Na administração judiciária há a percepção de que muitos magistrados (ao atuar na administração) trazem características de império, mando, ordem, da jurisdição e transformam-se em péssimos gestores.

Sem conhecer essas configurações estruturais, vantagens e desvantagens de cada um desses mecanismos, o resultado, no plano operacional dos tribunais, acaba sendo inadequado e desconhecido da cúpula diretiva tal qual o foi pela rainha descrita por Antoine de Saint-Exupéry que desejando conhecer os seus súditos e saber se eles gostavam de seu reinado, saiu dos limites do palácio e vislumbrou pessoas felizes, bem alimentadas e alegres. Tudo cuidadosamente preparado pelos cortesãos que ergueram ao longo da estrada um cenário maravilhoso e contrataram artistas para que dançassem ali. Fora daquele estreito caminho ela nem sequer entreviu nada, e não soube que pelos campos adentro seu nome era amaldiçoado pelos que morriam de fome<sup>6</sup>.

Renovam-se as gestões administrativas dos tribunais, direção de foro (fórum), a cada dois anos, normalmente, e permanece a mesma estrutura simples de baixa aprendizagem, burocrática, centralizada e sem padronização do sistema de informática aos usuários (não há, em geral, padronização interna entre os órgãos da própria estrutura, muito menos entre os demais operadores do direito – advogados, promotores de justiça, delegados de polícia, procuradores, defensores públicos, dentre outros), o que contribui com a demora, facilita o erro e gera deficiência no atendimento da atividade fim que é a prestação do serviço jurisdicional. No ambiente do Estado e em cada uma das instituições essenciais à função jurisdicional, igualmente é importante o conhecimento das vantagens e desvantagens de cada uma dessas estruturas organizacionais a fim de planejar estrategicamente a integração e eficiência dos serviços judiciários.

Para avançar na padronização operacional, mais racional dos processos de trabalho e dos serviços, a administração judiciária poderá servir-se de consultores, analistas, estrategistas, administradores, dentre outros profissionais que integrarão as assessorias de apoio e a tecnoestrutura<sup>7</sup>.

---

6 Apud, CALANZANI, José João. Metáforas Jurídicas. p.29.

7 O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem exigido padronização de relatórios e trabalho na consolidação e divulgação de dados estatísticos confiáveis; há ações no CNJ no desenvolvimento de sistemas e apoio técnico e suporte aos tribunais; há coordenação de programas nacionais de conciliação, gestão, cadastros e pela efetividade da legislação, passos importantes para o alcance da qualidade dos serviços judiciários brasileiros.

## 2.5 Necessária profissionalização dos serviços na administração de tribunais

Os servidores dos tribunais, em vista da configuração estrutural existente e da falta de mecanismos de coordenação, de regra, estão acomodados carregando as características culturais brasileiras do personalismo, protecionismo, *jeitinho* e aversão à sistematização (e padronização objetiva) do trabalho.

Aqui não se trata de generalização, ressaltam-se os bons exemplos de profissionais, servidores públicos, vocacionados, dedicados, responsáveis e competentes.<sup>8</sup>

Para eficiência no atendimento ao povo é preciso que o Estado valorize seus servidores. Há muitos servidores vocacionados esperando oportunidade para realizar grandes projetos.

Os dedicados servidores vocacionados ao atendimento público não têm merecido a atenção devida. Os próprios magistrados, notadamente os de Juizados Especiais estaduais e federais (de maior visibilidade), que defendem a Justiça democrática, simples, informal, célere e econômica são, constantemente, tratados como magistrados de segunda categoria.

A assertiva de que os servidores dos tribunais (no sistema com contornos de estrutura simples e burocracia mecanizada) estão acomodados e viciados no personalismo e protecionismo, tem base nos dados nacionais colhidos de pesquisas e noticiados nos órgãos de imprensa. Além disso, essa afirmação é ratificada pela percepção do jurisdicionado como principal consumidor dos serviços judiciários que precisa conhecer alguém (dentro da estrutura) para conseguir que o processo seja distribuído com eficiência, que tramite mais rápido, além de outras percepções ainda mais pejorativas como “uma tendência ‘natural’ de julgar a favor dos mais ricos”<sup>9</sup>.

Não mais se justifica o conhecimento de vícios (oriundos da estrutura simples e da burocracia mecanizada) sem aprendizagem. A administração judiciária deve aprender a extrair – dessas configurações estruturais – apenas as suas vantagens e, mais que isso, buscar uma visão estratégica voltada ao conhecimento.

---

8 A honestidade não entrou no rol das qualidades por ser dever e obrigação de todos.

9 IBOPE. Pesquisa qualitativa sobre a imagem do Poder Judiciário encomendada pela Associação dos Magistrados Brasileiros e realizada em quatro Capitais de 1 a 5 de março de 2004.

## 2.6 A baixa aprendizagem dos tribunais

Os erros, ao serem constatados, não geram correção e repetem-se há anos, demonstrando um perfil administrativo, dos órgãos do Poder Judiciário, de baixa aprendizagem.

Do erro conhecido é possível disseminar a inteligência e estabelecer instrumentos de maior controle e previsibilidade.

Na maioria das empresas que vão à falência, os indícios de problemas já haviam se manifestado anteriormente, mas por negligência dos administradores as evidências não foram consideradas.

No ambiente do Poder Judiciário, os juízes, os servidores, os auxiliares diretos e a própria população têm denunciado sintomaticamente que a situação não está bem. As deficiências não são novas nem se originaram de eventos súbitos, repentinos, mas de processos lentos e graduais. Não é de hoje que a administração judiciária vai mal.

A maneira como os tribunais são estruturados e administrados cria enormes deficiências de aprendizagem. Muitas vezes o próprio juiz da Comarca avisa que está sobrecarregado de processos e que não mais consegue “dar conta do serviço” mesmo que trabalhe nos feriados, finais de semana e à noite: vêm os argumentos de que cabe ao Poder Executivo atribuir mais verbas e ao Poder Legislativo criar os cargos necessários por lei e, portanto, nada pode ser feito. Resposta: Não há outro juiz para auxiliá-lo – “se vire”. Alguns, com criatividade encontram soluções, outros não recebem a ajuda necessária.

Só esse fato já é conhecido há décadas e não gerou correção, nem se converteu em aprendizagem para os tribunais. Sabe-se de alguns programas emergenciais no estilo mutirão que apresentam soluções paliativas.

O problema, até hoje, nunca foi assumido como de administração judiciária. O inimigo sempre está fora<sup>10</sup>. Existe uma propensão a procurar alguém ou alguma coisa para culpar quando as coisas não dão certo. Os fatores externos (exógenos), por evidente, não devem ser desconsiderados, até porque, como veremos muitos deles significativos. Os fatores externos não podem, entretanto, inibir as ações necessárias no âmbito interno da administração judiciária.

Ao discorrer sobre as novas direções para o aprendizado estratégico, Mintzberg lembra a distinção de Argyris e Schön (1978) entre o aprendizado de laço simples e o aprendizado de laço duplo: o de laço simples é mais conservador e sua finalidade principal é detectar erros e manter as atividades organizacionais

---

10 SENGE. Peter. A quinta disciplina.

nos trilhos.

O aprendizado de laço duplo é aprender a respeito do aprendizado de laço simples: “aprender a respeito de como aprender”. Exemplifica:

“... Um termostato que liga automaticamente o aquecedor sempre que a temperatura numa sala cai abaixo de 20 graus Celsius é um bom exemplo de aprendizado simples. Um termostato que pudesse perguntar “por que estou regulado para 20°C?” e então explorar se alguma outra temperatura poderia ou não atingir, de forma mais econômica, a meta de aquecer ou resfriar a sala, estaria se empenhando em aprendizado de laço duplo”.<sup>11</sup>

Independentemente dos fatores externos, a demora dos processos, a falta de acesso à justiça, a falta de efetividade, o mau atendimento ao usuário são fatores endógenos de responsabilidade do Poder Judiciário. Assumir a responsabilidade pelas falhas é passo fundamental para a aprendizagem.

Há de se refletir sobre a seguinte constatação: sempre que se culpa o outro, nada se faz para melhorar. Sempre se fica no aguardo de que o outro, o culpado faça e se ele não faz, a culpa é dele. Não se pode esquecer que a resolução desses problemas é responsabilidade dos tribunais. Assumir a responsabilidade pela crise e difundir essa percepção para buscar alternativas, é aprender.

A sabedoria só tem sentido quando posta em prática: saber e não difundir é perder o conhecimento e a inteligência da empresa.<sup>12</sup>

Se o primeiro passo para sanar as deficiências é identificá-las, isso já foi feito. A responsabilidade é do Poder Judiciário.

A base de dados históricos, experiências e críticas é grande e apenas precisam ser estrategicamente analisadas com os olhos no futuro.

## **2.7 A importância da crise e da experiência da crise**

É significativa a lição de John Ramée (1987) no prisma de que a administração de uma empresa sempre deve avaliar as ações que empreendeu durante a crise. Entre as questões mais importantes que a empresa deve se formular estão as seguintes:

11 Apud. MINTZBERG, Henry. *Safári de estratégia*, p. 157.

12 SCHWANFELDER, Werner. *Buda: o encontro do equilíbrio*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 98. Conhecimento adquirido, pelo autor do artigo, das aulas do Prof. Renato Marchetti. *Gestão Estratégica de Marketing*. MBA – CEPPAD/UFPR, Banco do Brasil, 2003.

- a) O que a empresa fez para evitar a crise?
- b) Que ações foram tomadas pela empresa, se e quando percebeu os sinais de que a crise era iminente?
- c) Os dirigentes da empresa ajudaram ou atrapalharam os esforços para debelar a crise?
- d) As decisões tomadas para resolver a crise foram efetivas?<sup>13</sup>

Marco Antonio Oliveira (1994) vai mais além e mais que isso recomenda que empresas provoquem elas mesmas sua próxima “crise”, estabelecendo um clima de alerta suficientemente perceptível, para que todos percebam os sinais de que algo deve ser feito, bem antes de que a empresa seja novamente atingida<sup>14</sup>.

No ambiente da Justiça<sup>15</sup> não será necessário provocá-la vez que a situação de crise tem se manifestado constantemente sem que se tenham aproveitado as experiências dela decorrentes.

O Poder Judiciário, em sua história, ao não aprender com a experiência do passado e não prevenir o futuro, foi negligentemente surpreendido pela crise e continua “apagando incêndios” sem solucionar os problemas de fundo ou projetar ações para minorá-los.

Em linguagem figurada, em face de sua baixa aprendizagem, ocorreu que “o tribunal não foi mais capaz de ver a floresta por causa das árvores”.

### **3. SISTEMA DE APRENDIZAGEM E SUAS FERRAMENTAS ESTRATÉGICAS**

Há expressões populares que ensinam: “Errar é humano, persistir no erro é burrice”. Em outras palavras, o erro pode servir de aprendizado e uma vez cometido não deve ser repetido,

Tecnicamente ensinam Anthony J. BiBella e Edwin C. Nevis:

“A organização aprendiz tem sido caracterizada como sendo aquela que possui a capacidade de adaptar-se às mudanças que ocorrem com seu ambiente e reagir às lições trazidas pelas experiências por meio da alteração do seu comportamento organizacional”<sup>16</sup>.

---

13 RAMÉE, John. Aput OLIVEIRA, Marco Antonio. Vencendo a crise à moda brasileira.

14 OLIVEIRA, Marco Antonio. Vencendo a crise à moda brasileira.

15 A expressão não é técnica mas é usada popularmente para se referir ao Poder Judiciário. Para facilitar a comunicação, em algumas situações, a expressão será utilizada.

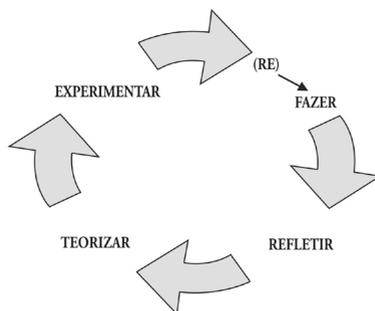
16 DiBELLA, Anthony J. e NEVIS, Edwin C. Como as organizações aprendem, p.6.

### 3.1 Alta aprendizagem

A alta aprendizagem nas organizações manifesta-se quando, nos planejamentos e decisões, a liderança apresenta-se de forma altamente envolvida e quando os planejamentos são flexíveis e interativos. A estratégia é de construção permanente. A dependência dos setores diretivos, via de regra, apresenta-se como menor (baixa), ao contrário das organizações de baixa aprendizagem, onde essa dependência é maior (alta)<sup>17</sup>.

Nas organizações de alta aprendizagem o grau de difusão e acessibilidade às informações é amplo. Já o grau de centralização da comunicação é baixo. As organizações que têm alta aprendizagem buscam interpretar seus “erros” de forma legítima e institucionalizada, nunca de forma puramente punitiva. O erro faz parte do processo conquanto se aprenda com ele e ele não se repita em situações idênticas ou similares: aprende-se com os erros do passado e projetam-se ações experimentais para alcançar os acertos do futuro. Se da experiência resultarem novos erros a ação é refeita, gera-se reflexão, teorização e nova experimentação em um ciclo de aprendizagem.

Para que uma organização possa gerir seus conhecimentos e atingir a aprendizagem a partir da própria experiência, ela deve tratar seus conhecimentos e experiências dentro de desse ciclo, onde após iniciar sua atividade, reflete e teoriza sobre ela e experimenta novos caminhos para, a partir daí, reiniciar sua atividade aplicando a experiência anterior.



No dizer de DiBella e Nevis: “Aprender significa ganhar experiência, construir competência e evitar a repetição de enganos, problemas e erros que

17 Há exemplos na organização judiciária de baixa aprendizagem que tudo depende do presidente e nada acontece sem que ele autorize. As perguntas mais comuns são: o presidente já resolveu?

desperdiçam os recursos da empresa”<sup>18</sup>.

### **3.2 Estilos, orientações e fatores integrantes do sistema de aprendizagem**

A ciência da administração tem ampliado o estudo do papel da aprendizagem como ferramenta de múltiplas aplicações inclusive para o alcance da qualidade e da excelência. Abre-se um leque de dezenas de situações a serem consideradas no contexto de um verdadeiro sistema de conhecimento considerando fontes, orientações, fatores e *portfolios* de aprendizagem. A aplicação, nas atividades judiciais, de alguns desses elementos (que integram o sistema de aprendizagem) poderá abrir promissoras frentes de oportunidade de correção viáveis e totalmente compatíveis com a ideia de um serviço público de qualidade.

#### **3.2.1 Fonte de conhecimento e finalidade da aprendizagem**

Pode haver aprendizagem que tenha fonte em criação interna (construir sobre o que já existe) ou tenha fonte em conhecimento buscado no ambiente externo (tentar uma transformação). As duas formas de busca de conhecimento completam-se e não é necessário que elegendo uma tenhamos de afastar a outra. As possibilidades dentro da ideia de orientação para aprendizagem são sempre complementares e não excludentes. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem buscado conhecimento e articulado ações a partir de fontes extraídas dos próprios tribunais, o que não deixa de ser fonte interna considerando-se o sistema judiciário como um todo.

Quando internamente a tentativa de incrementar e melhorar situações já conhecidas não é suficiente, há de se buscar fontes externas e procurar alternativas transformativas inteiramente novas.

#### **3.2.2 Registro ou reserva de conhecimento**

Alguns servidores públicos da linha intermediária (chefias de departamentos e divisões – equivalentes às gerências da iniciativa privada) como resultado de suas experiências pessoais acabam concentrando um conhecimento informal que muitas vezes desaparece nas trocas de gestão dos Tribunais. A

---

18 DiBELLA, Anthony J. e NEVIS, Edwin C. Como as organizações aprendem, p.30.

despeito de toda a burocracia no serviço público é comum não haver registro documental de muitos desses conhecimentos.

Tanto o conhecimento informal quanto o formal são fundamentais e cabe aos administradores orientar a documentação e registro desse conhecimento na memória do Tribunal (cultura corporativa).

A memória de todo o conhecimento adquirido (interno ou externo), registrado ou não registrado formalmente é muito importante para se estabelecer qualquer planejamento projetivo ou corretivo na administração judiciária.

### **3.2.3 Modos de disseminação da aprendizagem**

O conhecimento pode circular e evoluir informalmente ou pode ser disseminado por meio de procedimentos burocratizados escritos. A recomendação é a de que o administrador, de acordo com a importância, necessidade, urgência, dentre outros fatores selecione a forma mais adequada de fazer com que ocorra o processo de aprendizagem. Novamente uma situação não é excludente da outra e mais importante é que todos saibam o que precisam saber para melhor desempenhar suas atividades.

Como vimos, a circulação do conhecimento e sua disseminação variam de acordo com o perfil das organizações. O perfil da nossa administração judiciária, de regra, é configurada como de estrutura simples ou de uma burocracia mecanizada (com padrões de baixa aprendizagem) e com pouca ou nenhuma legitimação social<sup>19</sup>.

O diagnóstico do Poder Judiciário vem sendo construído há anos. Os problemas evoluíram e, sem perda de tempo, justifica-se a necessidade de ministrar as estratégias específicas e já conhecidas pela ciência da administração. O desenvolvimento de sistemas de aprendizagem, nos tribunais, poderá orientar estrategicamente a ação dos administradores.

### **3.3 Cultura de aprendizagem**

Adverte-se que a mera contratação de consultorias, universidades ou fundações produzirá resultados ínfimos e de curto prazo caso não ocorra uma significativa mudança de mentalidade por parte da cúpula estratégica. Um plano

---

19 Legitimação social como reconhecimento perante a sociedade. Ressalta-se a evidente necessidade de apresentar com clareza os argumentos que justificam a importância do Poder Judiciário como um dos Poderes do Estado. Investimentos em marketing e comunicação institucional – sem promoções pessoais – são instrumentos que produzirão bons resultados.

de desenvolvimento estratégico plurianual também não será suficiente se a cada dois anos todo o conhecimento adquirido for esquecido e não houver o registro do planejamento na memória dos tribunais.

A consciência da necessidade de mudança estrutural, da profissionalização e da implementação de padrões de aprendizagem (e qualidade), contribuirão para a realização de um trabalho empreendedor pelos administradores de tribunais brasileiros.

#### **4. DIAGNÓSTICO, OBJETIVOS E PROPOSTAS PARA A UTILIZAÇÃO DA APRENDIZAGEM COMO FERRAMENTA ESTRATÉGICA NA ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA**

Vale-se da definição de diagnóstico – originária da medicina – para descobrir, a partir dos sintomas, as doenças e com base no conhecimento sobre elas, ministrar os respectivos remédios (construir planos estratégicos para combater os problemas).

Muito embora fosse notório o agravamento dos problemas, o ambiente organizacional dos tribunais sempre foi desfavorável às mudanças conduzindo os administradores, mesmo em situações “de crise”, a seguir a tendência natural de acomodação.

Da constatação do desajuste administrativo em relação à coordenação das atividades do Poder Judiciário, impõe-se a adoção de mecanismos para ativar a organização das atividades a partir da cúpula estratégica (no campo institucional e estrutural) e investir na tecnoestrutura e nas assessorias de apoio a fim de alcançar uma nova visão estratégica modificadora dos antigos esquemas interpretativos.

Se há necessidade de mudanças, o objetivo geral é estabelecer bases estratégicas para que elas, uma vez implementadas, solucionem os mais graves e notórios problemas que atingem o Poder Judiciário como a morosidade (demora) e ineficiência (falta de efetividade).

As experiências passadas formam uma rica estrutura de referência (dados já colhidos) para futuros processos de alta aprendizagem.

A análise dos erros do passado ampara a definição dos objetivos específicos a serem alcançados em benefício do jurisdicionado.

#### **4.1 Aprendizagem para a descentralização e empoderamento no ambiente da administração judiciária**

Conforme enfatiza Alvacir Correa dos Santos (2003), ao tratar das mudanças no ambiente empresarial, o administrador contemporâneo terá que desenvolver algumas habilidades, tais como:

- a) capacidade para prever e se antecipar às mudanças;
- b) capacidade para liderar e para formar líderes (e líderes que sejam avessos à acomodação, à inércia, que tenham espírito empreendedor e que também sejam receptivos às mudanças).

Ressalta, ao concluir, que:

“as empresas que se destacarão nos próximos anos serão aquelas cujos gestores apresentarem habilidades para liderar, estimulando a capacidade de criação dos empregados, proporcionando-lhes treinamento e reciclagem adequados, fazendo-os sentir realizados e gratificados”.<sup>20</sup>

Note-se que cabe, como regra, aos presidentes de tribunais a coordenação ou supervisão direta, a chefia de todos os departamentos, além das atribuições naturais de comando, planejamento e execução do orçamento. Por meio da alternância de mecanismos administrativos de coordenação (por desenvolvimento ou ajustamento mútuo, por padronização dos resultados, por habilidades e por padronização dos processos de trabalho) e com uma gestão participativa os presidentes poderão desenvolver habilidades para distribuir recursos de forma a alcançar os melhores resultados. A descentralização e coordenação das atividades é nesse contexto um passo de suma importância.

São tantas as missões do Poder Judiciário que a centralização impede a implementação de uma gestão empreendedora.

*Empowerment* é uma ferramenta de exercer poder sem perdê-lo. Compartilhá-lo com subordinados que assumirão responsabilidade de fazer acontecer. Em tradução livre é o que se tem denominado de “empoderamento”. Aquele administrador que está “sem tempo” de realizar todas as suas importantes atividades e “sem perda de tempo” deve empoderar alguém, dentre seus subordinados ou auxiliares a cumprir uma ou algumas dessas muitas tarefas sem, contudo, perder o controle e o poder de também realizá-la.

---

20 SANTOS, Alvacir Correa dos. Princípio da eficiência da administração pública. p.124.

## **4.2 Padrões de aprendizagem**

Um dos focos mais destacados da aprendizagem tem sido o de correção dos erros do passado. Conhecedores dos problemas e das forças restritivas, resta aos administradores desta geração corrigir os erros do passado, aprender com os erros em um processo de contínua aprendizagem e, ao final, sugerir alternativas viáveis e concretas para manter as forças propulsoras e potencializá-las.

Um dos desafios para traçar os caminhos ao alcance da alta aprendizagem preparando estrategicamente os tribunais para os desafios do futuro, inclusive em relação ao macroambiente (aumento populacional, diminuição dos recursos naturais e consequente crescimento dos conflitos) – é a mudança de mentalidade.

Alguns vícios da burocracia mecanizada fortalecem a ideia de manter as coisas como estão e continuar a fazer o que sempre se fez (fazer mais do mesmo) exatamente porque sempre foi assim e é cômodo permanecer na inércia.

Com um planejamento estratégico contínuo, os gestores dos órgãos do Poder Judiciário (administrados pelos Tribunais), poderão projetar criativamente a visão administrativa para cumprir, com eficiência, seus respectivos planos de ação e ao final atingir os objetivos de uma Justiça ágil, organizada e eficiente.

## **4.3 Diminuir a quantidade de serviço e aumentar a qualidade**

Sempre quando se discute a possibilidade de delegar ou transferir algumas questões para solução extrajudicial, privada, fora do âmbito do Poder Judiciário surge de imediato uma primeira prevenção: haverá perda de poder, portanto um desprestígio aos juízes se o Poder Judiciário permitir solução privada para alguns conflitos. Ao juízo do autor a maior perda de prestígio e poder decorre da absoluta incapacidade de solucionar as demandas que são ofertadas aos tribunais.

Note-se que se afigura possível, sem qualquer quebra ao estado de direito e à segurança jurídica, que algumas atividades administrativas negociais, consensuais e enunciativas, sejam desenvolvidas por outros servidores, administradores e não só por juízes.

Várias atividades, relacionadas com as atividades principais do Poder Judiciário, prescindem da atuação direta dos juízes e podem ser praticadas por auxiliares da justiça dentro ou fora do ambiente do Poder Judiciário, até porque um especialista em direito, um jurista experiente e experimentado, muitas vezes, como se afirmou, é muito caro para o Estado para “perder seu precioso

talento jurídico” e porque não dizer “perder tempo” com questões operacionais e administrativas diversas da atividade jurisdicional.

## 5. CONCLUSÕES

Com base na análise do passado, em parcela significativa dos órgãos do Poder Judiciário, verifica-se a ausência de profissionalização e uma organização simples de espírito burocrático, com centralização de poder e características de baixa aprendizagem.

Por acreditar na viabilização de efetivas medidas de gestão oriundas do próprio Poder Judiciário (mesmo que buscando transformações por conhecimentos externos) é que os tribunais deverão construir, com base nos sistemas de aprendizagem, uma *projeção estratégica de administração da justiça*.

A administração do Poder Judiciário necessita urgentemente abandonar o ciclo burocrático e iniciar um ciclo empreendedor marcado pelo planejamento estratégico e pela visualização do futuro.

Ser empreendedor é ser criativo, avançar em mudanças necessárias sem medo de errar. É também aceitar os erros e encará-los como parte do processo de desenvolvimento estratégico.

A crise deve ser trabalhada construtivamente. A inadequação administrativa, a falta de planejamento e análise de impacto das condições externas (do aumento populacional, do crescimento das demandas, diminuição dos recursos naturais...), importarão no agravamento da atual crise e na impossibilidade de tratar da previsibilidade em relação aos novos problemas oriundos de uma sociedade em constante evolução.

Como vimos, se “errar é humano, persistir no erro é burrice”. O erro bem aproveitado, pode e deve servir de aprendizado.

A administração judiciária pós-moderna será aquela com capacidade de adaptar-se às mudanças que ocorrem no contexto tempo-cultural (ambiente) e reagir às lições trazidas pelas experiências negativas projetando, passo a passo, as alterações na sua estrutura e no seu comportamento organizacional.

É possível, como a experiência registrada, tirar partido positivo da crise, investindo na sinergia de administração (experiência anterior sendo aproveitada na solução de novos problemas com traços comuns com antigas decisões de sucesso).

Esse é o desafio dos magistrados pós-modernos, gestores, administradores

e líderes servidores que a despeito de todas as limitações estruturais do Poder Judiciário farão a travessia entre promessa de eficiência e o alcance da verdadeiro sentido da palavra “Excelência”.

## REFERÊNCIAS

- Prêmio Innovare – A Justiça do Século XXI. *A reforma silenciosa da justiça*. Org. Centro de Justiça e Sociedade da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: 2007.
- Revista da Escola Nacional de Magistratura – Ano II, no 3. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2007.
- Revista IOB de direito pena e processual penal p. 177. Porto Alegre: Síntese v.1, n.1, abr/maio, 2000.
- ALMEIDA, Marcelo e SOUZA, Maurício (org.). *Superando desafios – o livro das motivações*. Ed. Própria, 2000.
- ANATER, Arnaldo (org.). *Pronunciamentos do judiciário 1996–2000*. Curitiba: Artes&Textos, 2005.
- ANSOFF, Igor; McDONNEL, Edward J. *Implantando a administração estratégica*. São Paulo: Atlas, 1995.
- ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *A cara da justiça 2*. Campinas,SP: Copola livros, 1996.
- AZEVEDO, André Gomma (org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- BOARQUE DE HOLANDA, Aurélio. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.
- BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados Especiais – a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: RT, 2004.
- \_\_\_\_\_. *A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos*. Revista de Processo, São Paulo, vol. 95, jul.-set. 1999.
- BUKOWITZ, Wendi R. e WILLIAMS, Ruth L. *Manual de gestão do conhecimento*. Trad. Carlos Alberto Silveira Netto Soares. Porto Alegre: Bookman, 2002.
- BULGACOV, S. *Conteúdo e Processo Estratégico*. Rio de Janeiro: Anais da ENANPAD, 1997.
- CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional. Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Rio Grande do

Sul, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

De BONO, Edward. *Novas estratégias de pensamento*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nobel, 2000.

\_\_\_\_\_. *Tática – a arte e a ciência do sucesso*. Trad. Luzia Machado da Costa. Rio de Janeiro: Record, 1985.

\_\_\_\_\_. *De Bono's thinking course*. Facts on file, 1994.

\_\_\_\_\_. *O pensamento lateral*. Trad. Eduardo Francisco Alves. Riode Janeiro: Record.

DiBELLA, Anthony J. e NEVIS, Edwin C. *Como as organizações aprendem*. Trad. Flávio Kuczynski. São Paulo: Educator, 1999.

FERNANDES FILHO, José. *Relatório*. In Colégio Permanente de Presidentes de Tribunais de Justiça dos Estados. Brasília, 03-05 abril 1997.

FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). *Direito e administração da justiça*. Curitiba: Juruá, 2006.

\_\_\_\_\_. *Corregedorias do poder judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRÖNROOS, Christian. *Marketing gerenciamento e serviços*. Trad. Cristina Bazán. Rio de Janeiro: Campus, 1993.

GUASPARI, John. *A empresa que parou no tempo*. São Paulo: M. Books, 2005.

HOOLEY, Graham J., SAUNDERS, John A. e PIERCY, Nigel F. *Estratégia de Marketing e posicionamento competitivo*. Trad. Arão Sapiro. 2. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2001.

HUNTER, James C. *Como se tornar um líder servidor*. Trad. de A. B. Pinheiro de Lemos, Rio de Janeiro, Sextante, 2006.

JOHNSON, Spencer. *Quem mexeu no meu queijo?* Trad. Maria Clara de Biase. 31. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

KANITZ, Stephen. *Ponto de vista – Preparadas para servir*. Revista Veja n.1850, ano 37, n.16, São Paulo: Abril, 2004.

KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na constituição da república brasileira*. São Paulo: Hucitec/departamento de ciência política, USP, 1998.

LADEW, Donald P. *Como gerenciar pessoas*. Trad. Eduardo Cunningham Martinez. São Paulo: Amadio, 2002.

LAS CASAS, Alexandre Luzzi. *Marketing de serviços*. São Paulo: Atlas, 1991.

MACCALÓZ, Salete. *O poder judiciário, os meios de comunicação e opinião pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

- MADALENA, Pedro. *Administração da justiça*. Porto Alegre: Sagra-Luzzatto, 1994.
- MAGER, Robert Frank. *Análise de metas*. Trad. Roger Maioli dos Santos. São Paulo: Market Books, 2001.
- MATOS, Francisco Gomes de. *Empresa feliz*. São Paulo: Makron Books, 1996.
- MINTZBERG, Henry. *Criando Organizações eficazes*. Estrutura em cinco configurações. Trad. Cyro Bernardes. São Paulo: Atlas, 1995.
- MINTZBERG, Henry, AHLSTRAND, Bruce e LAMPEL, Joseph. *Safari de estratégia*. Trad. Nivaldo Montingelli Jr. Porto Alegre: Bookman, 2000.
- OLIVEIRA, Marco Antonio. (coord). *Vencendo a crise à moda brasileira: "turnaround" em empresas nacionais*. São Paulo: Nobel, 1994.
- PICKERING, Peg. *Como administrar conflitos profissionais*. Trad. Equipe Market Books. São Paulo: Market Books, 2002.
- RAMÉE, John. *Corporate crisis: the aftermath*. In: management solutios, N. York, 1987.
- SADEK, Maria Tereza (org.). *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.
- SANTOS, Alvacir Correa dos. *Princípio da eficiência da administração pública*. São Paulo: LTr, 2003.
- SCHWANFELDER, Werner. *Buda: o encontro do equilíbrio*. Petrópolis: Vozes, 2008.
- SELEM, Lara. *Gestão de escritório*. Brasília: Consulex, 2006.
- STACEY, Ralph. *Managing chaos: Dynamic business strategies in na unpredictable world*. Londres, Kogan Page, 1992.
- TRACY, Diane. *10 passos para o empowerment*. Trad. Luiz Euclides Trindade Frazão Filho. Rio de Janeiro: Campus, 1994.
- TROUT, Jack e Ries. *Posicionamento*. São Paulo: Pioneira, 1995.
- VIANA, Jairo. *Justiça*. *Lux Jornal – Jornal de Brasília*, Brasília, 27 dez. 1998, p. 9.



## **Breves Considerações Sobre a Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas**

Vitor Roberto Silva

Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau. Graduado em Direito Pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Especialista em Direito Público Pela Escola da Magistratura do Paraná. Ex-professor da Escola da Magistratura do Paraná nos Núcleos de Umuarama, Londrina e Ponta Grossa em Prática Processual Civil. Professor na Unipar - Umuarama. Coordenador da Prática Processual Civil da Escola da Magistratura no Núcleo de Curitiba.

### **INTRODUÇÃO**

Como a sua denominação sugere, o presente trabalho tem por objetivo traçar breves considerações sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, tema instigante e de grande importância em face da recente constitucionalização de nosso Direito. A tentativa é mostrar que embora inicialmente os direitos fundamentais tenham sido concebidos para limitar a atividade estatal, atualmente, ainda que de modo restrito ou limitado, alcançam as relações privadas e que devem ser aplicados de forma direta. Para tanto, depois de rápido histórico, serão analisadas as principais teorias existentes sobre o assunto. A seguir, será abordada a posição da doutrina e recente decisão do Supremo Tribunal Federal para, afinal, ser eleita a posição que parece mais adequada à solução do problema.

### **HISTÓRICO**

Como bem lembra Ingo Wolfgang Sarlet, malgrado os direitos fundamentais, concebidos como inerentes à condição humana e que são anteriores à existência do Estado, não tenham surgido na antiguidade, suas origens estão no mundo antigo, precisamente na religião e na filosofia. Exemplos inquestionáveis são a democracia ateniense, o Antigo Testamento e o cristianismo, nos quais, apesar das inúmeras diferenças, foi exaltada a dignidade humana, bem assim, especialmente pelos dois últimos, a igualdade dos homens perante Deus.

Já na Idade Média, assume relevo Santo Tomás de Aquino, expoente da Escolástica, o qual

“professava duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão de natureza racional do homem, e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população”<sup>1</sup>

A partir do século XVI e até o século XVIII, também conforme relata Ingo Sarlet, notadamente por meio das teorias contratualistas (John Locke, Thomas Hobbes, dentre tantos), a doutrina jusnaturalista atinge seu ápice, ao mesmo tempo em que “ocorre um processo de *laicização do direito natural*”. Aí se insere o Iluminismo, cujos representantes mais influentes foram Rousseau, na França, Tomas Paine, na América e Kant, na Alemanha, sendo que para esse último

“todos os direitos estão abrangidos pelo direito de liberdade, direito natural por excelência, que cabe a todo homem em virtude de sua própria humanidade,<sup>2</sup> encontrando-se limitado apenas pela liberdade coexistente dos demais homens”<sup>3</sup>

É evidente que toda essa doutrina influenciou na positivação dos chamados direitos do homem ou direitos fundamentais. A referência antiga mais importante é o conhecido pacto firmado, em 1215, pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses (*Magna Charta Libertatum*).

Dentre outras, esse processo de reconhecimento dos direitos fundamentais pelas ordens jurídicas culminou, principalmente, com o *Bill of Rights*, dos ingleses, de 1689, a Declaração dos Direitos do povo da Virgínia, de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem, em 1789, fruto da revolução francesa.

Há alguma controvérsia sobre qual desses eventos seria o mais importante para a atual concepção dos direitos fundamentais.

Na doutrina nacional, Ingo Sarlet sustenta que a declaração norte-americana “marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais”<sup>3</sup>, ou seja, a relevância dada pelo ilustre

1 A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Editora Livraria do Advogado, 9a edição, p.45.

2 SARLET, p.47.

3 Op. cit., p.50.

magistrado gaúcho reside no fato de que o documento da Virgínia implicou em constitucionalizar os chamados direitos fundamentais.

Por sua vez, Paulo Bonavides atribui mais relevância à declaração francesa, precisamente em razão de sua abrangência:

“Constatou-se então com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano. Por isso mesmo, e pelas condições da época, foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feitas acerca da liberdade.”<sup>4</sup>

Na verdade, essa aparente divergência decorre de ótica diversa. Enquanto Ingo Sarlet dá mais relevância à positivação dos direitos fundamentais incorporada por ingleses e norte-americanos, Paulo Bonavides destaca a destinação universal da declaração francesa. Sem a pretensão de conclusão definitiva, parece-me que ambas tiveram importância para a consolidação dos direitos fundamentais no direito positivo dos povos ocidentais.

## CONCEPÇÃO CLÁSSICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Por conta dos antecedentes dessa consolidação, é fácil perceber porque os direitos fundamentais, ordinariamente, são entendidos como aqueles direitos que todo e qualquer cidadão tem frente ao Estado. Com efeito, todos os movimentos e fatos históricos que levaram a essa concepção têm suas raízes na reação popular ao absolutismo ou, mais precisamente, aos abusos das monarquias.

Como ensina Jane Reis Gonçalves Pereira:

“No limiar do constitucionalismo, do Estado provinham as ameaças mais graves à liberdade e à dignidade do homem. Assim, a emergência dos direitos humanos no contexto de superação do Absolutismo fez com que estes, em sua primeira expressão, fossem identificados com a idéia de limitação do poder estatal”<sup>5</sup>.

4 Curso de Direito Constitucional, Malheiros, 12a edição, p.516.

5 A Nova Interpretação Constitucional, Org. por Luís Roberto Barroso, Renovar, 2003, p.124.

Sob prisma diverso, como lucidamente destacado por essa autora, os direitos fundamentais se constituem num “*artefato de modernidade*”, sendo esta, como ensina Marilena Chauí, “o movimento pelo qual o homem deixa de ser conduzido pela religião e a autoridade e passa a conduzir seu próprio destino”<sup>6</sup>.

Todavia, embora ainda haja quem sustente a total inaplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, a verdade é que essa concepção revelou-se manifestamente insuficiente para garantir a efetiva concretização de tais direitos. Em face da grande complexidade das atuais relações sociais, não parece correto entender que apenas o Estado viola os direitos fundamentais. Nas relações privadas, notadamente naquelas em que uma das partes é hipossuficiente. A respeito, enfatiza Virgílio Afonso da Silva, “sobretudo em países democráticos, nem sempre é o Estado que significa a maior ameaça aos particulares, mas sim outros particulares, especialmente aqueles dotados de algum poder social ou econômico”<sup>7</sup>.

Esse é o pensamento de Alexy:

“Se sua influência se limitasse à relação Estado/cidadão, haveria uma resposta simples à questão acerca de como as normas de direitos fundamentais influenciam o sistema jurídico. Essa resposta poderia, em grande parte, resumir-se à constatação de que as normas de direitos fundamentais influenciam o sistema jurídico na medida em que afetam a relação jurídica entre o Estado e os cidadãos, sob a forma de direitos subjetivos em face do legislador, do Poder Executivo e do Poder Judiciário. Mas é fácil perceber que essa resposta é incompleta. Como já foi demonstrado anteriormente, fazem parte do direito dos indivíduos em face do legislador, dentre outros, os direitos à proteção contra outros cidadãos e a determinados conteúdos da ordem jurídico-civil. Isso demonstra que as normas de direitos fundamentais também têm influência na relação cidadão/cidadão”<sup>8</sup>.

Sem embargo, essa vinculação sugere a existência de um paradoxo: ao mesmo tempo em que se procura garantir a concretização dos direitos fundamentais em todas as esferas da sociedade, pode-se estar excluindo ou limitando um direito fundamental de extrema relevância e que, inclusive, incluíse naqueles denominados de “*primeira geração*”, qual seja o direito à liberdade, na medida em que este abrange, indiscutivelmente, a autonomia de vontade e

6 Op. cit., p.123.

7 A Constitucionalização do Direito, Os direitos fundamentais nas relações entre particulares, Malheiros, 1a edição, 2005, p.18.

8 Teoria dos Direitos Fundamentais, Malheiros, 2008, p.523/524.

a liberdade contratual. Daí a doutrina, via de regra, fazer a seguinte indagação: como e em que medida os direitos fundamentais aplicam-se nas relações privadas? O presente trabalho abrange, apenas, o primeiro aspecto (o como).

## **TEORIAS SOBRE A APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS**

Para tentar resolver esse dilema foram elaboradas diversas teorias, destacando-se a dos efeitos indiretos, a dos efeitos diretos, as denominadas teorias da imputação e a teoria dos deveres de proteção.

Antes, porém, de passar à análise das linhas gerais de cada uma, impõe-se ressaltar que o tema não abrange, por óbvio, todos os direitos fundamentais catalogados na Constituição Federal. É que há direitos especialmente dirigidos ao Estado, tais como aqueles decorrentes de procedimento (mandado de segurança, *habeas corpus*, etc.). Em outros, porém, não há qualquer dificuldade na vinculação dos particulares, tais como proteção à honra e à intimidade, o direito à informação ou os direitos trabalhistas. Percebe-se, portanto, conforme ensina Bilbao Ubillos, citado por Daniel Sarmento, a ausência de “homogeneidade entre todos os direitos fundamentais, de modo que se torna necessária uma análise de cada direito fundamental para verificar a existência e a extensão de sua eficácia horizontal”<sup>9</sup>. Mas, como adverte Virgílio Afonso da Silva, “isso não significa, contudo, que, em outros âmbitos, especialmente no âmbito jurídico-privado stricto sensu, a tensão entre direitos fundamentais e liberdade não existirá”<sup>10</sup>.

### *a) Teoria da aplicabilidade indireta ou mediata:*

Essa teoria foi desenvolvida na doutrina alemã por Gunther Durig e foi adotada pelo Tribunal Constitucional daquele país. Assenta-se, como sua denominação sugere, na impossibilidade dos direitos fundamentais gerarem efeitos diretos nas relações privadas. E assim ocorre porque visa proteger o direito à liberdade, assegurado, em nosso direito, no artigo 5º da Constituição Federal, o qual abrange a liberdade e autonomia contratual. Entende-se que a aplicação irrestrita dos direitos fundamentais nas relações privadas acabaria por aniquilar o direito à liberdade, o qual também constitui direito fundamental. Conforme esclarece Daniel Sarmento, ela

9 Teoria da aplicabilidade direta ou imediata

10 Op. cit., p.25.

“nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque, segundo seus adeptos, esta incidência acabaria exterminando a autonomia da vontade, e desfigurando o Direito Privado, ao convertê-lo numa mera concretização do Direito Constitucional”<sup>11</sup>

Por conta disso, seus adeptos sustentam a necessidade de conciliar esses fatores, partindo-se da premissa de que, no âmbito privado, os direitos fundamentais podem ser relativizados, mas evidentemente, não de forma absoluta. Disso resulta a proposta de que os direitos fundamentais geram efeitos nas relações privadas através do arcabouço normativo do direito privado, mais precisamente pelas chamadas cláusulas gerais, concebendo-se os direitos fundamentais como sistema de valores:

“Essa conciliação entre direitos fundamentais e direito privado, por meio da produção indireta de efeitos dos primeiros no segundo, pressupõe a ligação de uma concepção de direitos fundamentais como um *sistema de valores* com a existência de *portas de entrada* desses valores no próprio direito privado, que seriam as *cláusulas gerais*.”<sup>12</sup>

“Para a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais não incidem nas relações entre particulares como direitos subjetivos constitucionais, mas como normas objetivas de princípio (princípios objetivos) ou, para usar uma terminologia da teoria axiológica dos direitos fundamentais, como sistema de valores (*Wertsystem*), ou uma ordem objetiva de valores.”<sup>13</sup>

Essa conciliação seria implementada ou concretizada através de mediação estatal: em primeiro lugar ao legislador e depois pelo Judiciário.

Segundo Konrad Hesse, citado por Wilson Steimetz

“ao legislador de direito privado corresponde constitucionalmente a tarefa de transformar o conteúdo dos direitos fundamentais, de modo diferenciado e concreto, em direito imediatamente vinculante para os participantes de uma relação jurídico-privada. Mais precisamente, cabe ao legislador delimitar, ponderar e harmonizar a eficácia de direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos nas relações entre particulares: ‘na medida em

11 Op. cit., p.211.

12 Virgílio Afonso da Silva, obra citada, p.76, destaques do original.

13 Wilson Steimetz, *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*, p.138.

que os direitos fundamentais também não de ser protegidos no direito privado, o que se pode fazer particularmente mediante preceitos imperativos, o legislador, de conformidade com a especial constelação, deve considerar as posições jurídicos-fundamentais correspondentes a ambas as partes, e, se colidem, ordená-las recíproca e proporcionalmente”<sup>14</sup>.

Já ao Poder Judiciário, além da interpretação do texto legal, incumbiria “preencher” as denominadas cláusulas gerais ou conceitos abertos, sempre com base nos valores informados pelos direitos fundamentais.

O paradigma da adoção dessa teoria pelo direito alemão é o denominado caso Luth. Erich Luth, Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, defendeu um boicote a um filme dirigido por Veit Harlan, de passado nazista, o que motivou o ajuizamento de ação pela distribuidora e produtora, a qual foi acolhida pela Corte de Hamburgo, determinando-se a cessação do boicote e condenando-se Luth a indenizar os prejuízos. Luth recorreu ao Tribunal Constitucional, o qual veio a anular a decisão, sustentando que feria a liberdade de pensamento de Luth. Todavia, essa conclusão não derivou da aplicação direta do direito fundamental à manifestação do pensamento, mas do

“entendimento de que cláusulas gerais do direito privado, como os ‘bons costumes’ referidos no art. 826 do BGB, têm de ser interpretadas ao lume da ordem de valores sobre o qual se assenta a Constituição, levando em consideração os direitos fundamentais, o que não fora feito pela Corte de Hamburgo”<sup>15</sup>

#### *b) Teoria da aplicabilidade direta ou imediata:*

Por essa teoria, os direitos fundamentais são aplicáveis nas relações privadas independente de qualquer mediação legislativa ou judicial. Nessa concepção, os direitos fundamentais constituiriam direitos subjetivos dos cidadãos, oponíveis tanto em face do Estado como aos particulares.

Assim como na teoria dos efeitos indiretos, essa também foi desenvolvida no direito alemão, precisamente por Hans Carl Nipperdey, Presidente do Tribunal Federal do Trabalho. O caso mais influente dessa teoria foi a igualdade dos salários entre homens e mulheres, determinada exatamente pelo Tribunal presidido por Nipperdey.

Sem embargo, é óbvio que os partidários dessa teoria “não negam a existência de especificidades nesta incidência, nem a necessidade de ponderar

14 Op. cit., p.143/144.

15 SARMENTO, p.215.

o direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares envolvidos no caso”<sup>16</sup>.

*c) Teorias da imputação:*

Por essas teorias, procura-se afastar, ao menos de forma aparente, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Imputa-se ao Estado a responsabilidade em caso de violação de direitos fundamentais nas relações privadas.

*c.1) State Action*

Essa doutrina é norte-americana e parte do pressuposto de que, via de regra, os direitos fundamentais não são aplicáveis nas relações privadas. Decorre, certamente, da concepção de liberdade e de autonomia privada vigente nos Estados Unidos da América.

Entretanto, para superar essa limitação, os juízes norte-americanos aplicam os direitos fundamentais nas relações privadas sempre quando for possível equiparar a ação de um sujeito privado à atividade do Estado e também em razão da “existência de contatos e cumplicidades suficientemente significativas para implicar o Estado na conduta de um ator privado”<sup>17</sup>.

A teoria é duramente criticada, seja por falta de sistematização, seja porque, inegavelmente, é artificial, porquanto, ao mesmo tempo em que nega a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, por meio de artifícios acaba por validar os efeitos desses direitos aos particulares.

Como exemplos dessa artificialidade, confirmam-se os casos mencionados por Virgílio Afonso da Silva e que podem ser assim resumidos:

“caso *Shelley v. Kramer*, no qual os proprietários de um loteamento haviam se comprometido a não vender os imóveis a indivíduos não-brancos, sendo que um dos proprietários resolve alienar o bem para um negro e é demandado pelos demais proprietários, decidindo a Suprema Corte pela nulidade da cláusula e validade da venda, mas não em razão de violação ao princípio da igualdade pelos particulares e sim por ação estatal, mais precisamente a própria decisão das instâncias inferiores, a favor da validade da discriminação; no outro – *Burton v. Wilmington Parking Authority* – em que os atos de um restaurante foram equiparados a atos estatais somente porque se localizava em área pública”.

16 SARMENTO, op. cit., p.221.

17 Wilson Steinmetz, p.179.

*c.2) Teoria de Scwabe*

Por essa teoria, desenvolvida por Jurgen Scwabe, em caso de violação de direitos fundamentais por particulares, o Estado é sempre o responsável, sob o fundamento de que isso resulta de uma ação ou omissão estatal. Noutros termos, ou porque a ação violadora é permitida ou não é proibida pelo Estado.

Consequentemente, a análise do problema é analisado na relação cidadão/Estado, onde não há qualquer dúvida da eficácia direta dos direitos fundamentais.

Essa teoria também é alvo de inúmeras críticas, notadamente em face de sua artificialidade, a exemplo do que ocorre com a *state action*. Dentre elas destaca-se que se trata de pura ficção, pois inimaginável imputar ao Estado a responsabilidade por todos os atos dos particulares. Além disso, como afirma Wilson Steinmetz, levada às últimas consequências, levaria à total irresponsabilidade dos particulares frente aos direitos fundamentais<sup>18</sup>.

*d) Teoria dos deveres de proteção:*

De acordo com essa teoria, a obrigação do Estado não se restringe à abstenção de violação dos direitos fundamentais, compreendendo, também, o dever de protegê-los em caso de lesões ou ameaças de terceiros, aí incluídos os particulares. Seus maiores defensores também são da Alemanha (Joseph Isensee, Stefan Oeter, Klaus Stern e Claus Wilhelm Canaris, dentre outros). Mesmo que de forma mais contida, assemelha-se a teoria de Scwabe, pois também afasta a possibilidade de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Seus defensores entendem que o legislador, também vinculado aos direitos fundamentais, deve disciplinar a conduta dos particulares de molde a evitar ofensa a esses direitos. De igual modo às demais, não é infensa a críticas, conforme bem explica Daniel Sarmento;

“De outra banda, e com muito maior procedência ao nosso sentir, afirma-se que a teoria dos deveres de proteção encobre o fato de que, na sociedade contemporânea, só por mero preconceito se pode excluir os particulares, sobretudo os detentores de posição de poder social, da qualidade de destinatários dos direitos fundamentais. Ademais, a referida teoria, tal como a da eficácia indireta acima comentada, torna a proteção dos direitos fundamentais na esfera privada refém da vontade incerta do legislador ordinário, negando a eles uma proteção adequada, compatível com a sua fundamentalidade, máxime num contexto como o nosso – que, aliás, não difere em substância do que existe na

18 Op. cit., p.177.

Alemanha – em que os instrumentos de controle de inconstitucionalidade por omissão revelam-se falhos, senão praticamente inócuos.”<sup>19</sup>

## **DIREITO BRASILEIRO:**

### *Doutrina:*

Malgrado não seja extensa, é possível concluir que a doutrina brasileira inclina-se pela aplicabilidade direta, em nosso ordenamento jurídico, dos direitos fundamentais nas relações privadas. Nesse sentido se posicionam, dentre outros: Ingo Wolfgang Sarlet (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Livraria do Advogado, 9ª edição, 2007, p. 403); Carlos Roberto Siqueira de Castro (*A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais do Homem*, Forense, 2003, p. 246); Daniel Sarmento (*A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, org. Luiz Roberto Barroso, Renovar, p. 265 e seguintes); Wilson Steinmetz (*A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*, Malheiros, 2004, in *Considerações Finais*). No mesmo rumo, os precursores do denominado direito civil-constitucional (Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Luiz Edson Fachin).

### *Jurisprudência:*

Na jurisprudência, além dos casos de aplicação direta e sobre os quais não há qualquer dúvida (indenizações por dano moral, proteção à honra, etc.), a doutrina registra inúmeros casos de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, todavia sem abordagem específica sobre o tema.

Recentemente, porém, o Supremo Tribunal Federal apreciou a questão de forma expressa, entendendo pela aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Contudo, nos votos vencedores – ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Celso de Melo – não se explicitou se essa aplicação direta dar-se-ia em todo e qualquer caso. Aliás, o ministro Gilmar Mendes, designado para relatar o acórdão, afirmou expressamente que isso não era relevante ao julgamento, deixando claro que, em razão das peculiaridades do caso e do direito violado, a aplicação seria imediata, isto é, sem qualquer mediação legislativa, vale dizer, utilização de cláusulas gerais do ordenamento infraconstitucional. De qualquer modo, essa decisão serve para demonstrar que a aplicação direta e imediata é acolhida pelo Supremo Tribunal Federal.

<sup>19</sup> Op. cit., p.239/240.

A hipótese tratava da expulsão de sócio da União Brasileira de Compositores, a qual se deu sem qualquer procedimento prévio. Essa é a ementa:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO.

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.

As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES.

A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO.

As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de

espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).

IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (RE 201819, rel. Min.a Ellen Gracie, rel. p/o acórdão Min. Gilmar Mendes, DJU 27.10.06)

Também em outros casos, o Supremo Tribunal Federal aplicou os direitos fundamentais, mas sem qualquer preocupação em tecer considerações doutrinárias específicas sobre o tema.

No Recurso Extraordinário 158215-4, relatado pelo ministro Marco Aurélio, em que associados de uma cooperativa questionavam a sua exclusão do quadro de cooperados, decidiu-se ser imprescindível assegurar o devido processo legal, com viabilização do direito à ampla defesa. Assim, com aplicação direta do artigo 5º, LV, da Constituição Federal, foi acolhida a pretensão dos associados excluídos.

Outro julgado bastante citado é o proferido no Recurso Extraordinário 161243-6, relatado pelo ministro Carlos Veloso e pelo qual foi assegurado a trabalhador brasileiro, empregado da empresa de aviação *Air France*, os direitos previstos no estatuto da empresa, que somente eram aplicados aos empregados de nacionalidade francesa.

## CONCLUSÃO

Dentro do objetivo do trabalho é de se concluir que, em face do grande desenvolvimento das relações sociais, não é mais possível limitar a eficácia dos direitos fundamentais à sua concepção clássica, ou seja, apenas nas relações entre o cidadão e o Estado. Atualmente, e cada vez mais, também nas relações

privadas há ofensa aos denominados direitos fundamentais, os quais, ademais, são estabelecidos na constituição da imensa maioria dos países ocidentais e, em nosso caso, sem qualquer limitação acerca de sua abrangência.

Desse modo, especialmente por força princípio da supremacia da Constituição e da finalidade desta em conferir unidade ao ordenamento jurídico, é inquestionável a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a qual, a nosso ver, deve ocorrer de modo direto. A razão maior dessa aplicabilidade é, sem dúvida, o princípio da supremacia da Constituição Federal, e da finalidade da Carta Maior em dar unidade ao ordenamento jurídico, sem olvidar, por óbvio, da premente necessidade de efetiva concretização dos direitos fundamentais, circunstância essencial para ser alcançado objetivo de se construir uma sociedade justa, livre e solidária (artigo 3º, I, CF). Frise-se que há muito a Constituição não é mais concebida como mera carta política, mas como ápice do ordenamento jurídico, disciplinando, dentre tanto assuntos, os direitos da pessoa humana, tantos individuais como sociais. E, principalmente, deve “ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central”<sup>20</sup>. Reforça a conclusão de aplicabilidade direito o fato de que, diversamente do que ocorre em outras constituições, a nossa Carta não limita, ao menos expressamente, o âmbito de incidência ou de vinculação dos direitos fundamentais.

Como e em que medida se dará essa aplicação não é o objetivo desse trabalho. Vale ressaltar, entretanto, ser consenso que não ocorre de forma absoluta, justamente em razão da necessidade de também ser protegida a liberdade, ou seja, a autonomia contratual, a qual também se reveste de fundamentalidade. As soluções apontadas, entretanto, consistem, basicamente, em privilegiar a autonomia da vontade desde que a relação contratual seja igualitária ou não implique em violação à dignidade da pessoa humana, já que esta constitui um dos fundamentos da República.

---

20 Luis Roberto Barroso, *op. cit.*, p.30.

**REFERÊNCIAS**

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros, 12a edição, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Ed. Livraria do Advogado, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Ed. Livraria do Advogado, 9a edição, 2007.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Malheiros, 1a edição, 2005.
- BARROSO, Luiz Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Ed. Renovar, 2003.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Malheiros, 2008.
- STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. Malheiros, 2004.





## **Código de Contratos de Consumo - Mera Utopia ou Magno Objetivo Alcançável a Curto Prazo?**

Mário Frota

Director do CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra.

**A apDC carreou em 25 de Novembro de 2009, por ocasião do seu XX aniversário, ao Secretário de Estado da Defesa do Consumidor a proposta cujo teor é o seguinte:**

*“Não seria despidiendo preparar-se, independentemente da solução a que se chegar no tocante ao decantado Projecto do Código do Consumidor (13 anos é algo de inimaginável!), um Código dos Contratos de Consumo, que condensasse a disciplina das espécies contratuais nominadas ou típicas constantes de leis avulsas e sem o indispensável denominador comum.”*

“Portugal precisa de um Código de Contratos de Consumo. A apDC propõe-se elaborá-lo em seis meses e, para tal, dirige nesse sentido proposta ao Governo.

Para além de uma parte geral, caberia na estrutura do Código a matéria relativa às Práticas Comerciais Desleais, às Condições Gerais dos Contratos, aos Contratos de Consumo em Geral e aos Contratos de Consumo em Especial.

Contratos típicos de consumo perfilar-se-iam com disposições atinentes à formação, modificações e extinção.

Num documento enxuto oferecer-se-ia à comunidade jurídica, com unidade, algo com cabeça, tronco e membros, vale dizer, princípio, meio e fim.

Seria um relevante serviço prestado aos consumidores e à ordem jurídica nacional.

De momento, dispersos se acham diplomas como os de certos aspectos da compra e venda de consumo, contratos de fornecimento de serviços públicos essenciais, contratos à distância, contratos ao domicílio, contratos à distância de serviços financeiros, contratos de crédito, contratos de serviços mínimos bancários, contratos de crédito à habitação, contratos de seguros, contratos de direito real de habitação periódica, contratos de direito de habitação turística, contratos de mediação imobiliária, contratos de viagens turísticas, contratos de transportes...

Importa dar unidade a tudo isto, eliminar as excrescências, reduzir a disciplina de cada um dos contratos em especial ao essencial, remetendo para uma parte geral as disposições que a todos os contratos quadrem sem repetições nem normas em colisão.

A apDC, em seis meses, compromete-se a entregar o anteprojecto ao Governo. Seis meses. Não seis anos. Contanto lhe sejam oferecidas contrapartidas. Como o foram à extinta comissão...

A apDC aguarda se pronuncie o Governo! Coimbra, XX aniversário, 25 de Novembro de 2009.”

**A Direcção-Geral do Consumidor pelo seu Director de Serviços de Direito do Consumo respondeu, há uma semana, estamos em Dezembro de 2010, nestes termos:**

“Cumpre em primeiro lugar agradecer a vossa disponibilidade para apresentação de uma proposta que julgamos bastante ambiciosa e complexa. No entanto, tal como é do vosso conhecimento, encontra-se em curso a negociação de uma proposta de directiva que visa proteger os consumidores no âmbito dos contratos de consumo. Negociação que tendo um âmbito muito alargado irá necessariamente constar no topo das nossas prioridades dado que a respectiva transposição implicará uma revisão cuidada da legislação nacional.”

**Ao que a apDC tornou aos argumentos que são os seus, escorados noutros de quem sabe, como segue:**

“A despeito do que se ensaia no plano europeu, é convicção nossa que há que fazer algo para que se funde num diploma único, com aperfeiçoamentos técnicos de monta, o regime dos contratos típicos de consumo, com um bloco de disposições comuns que a todos sirvam, de molde a evitar repetições desusadas, incoerências sistemáticas, sobreposições inúteis e o mais.

Com a consciência de que não se aplica no quotidiano o direito que escapa aos operadores judiciais. E diplomas avulso não propendem a atrair os espíritos para a observância das suas prescrições.”

**E, de imediato, se propôs aditar algo, nestes termos:**

“Em aditamento à mensagem anterior, cumpre ainda significar que, como se pôde apurar em círculos normalmente bem informados, **NADA INDICA**

## **QUE A PROPOSTA DA COMISSÃO SE VENHA A CONVERTER NUMA DIRECTIVA.**

Aliás, o Parecer do CESE, em fase de elaboração, aponta para que o CFR passe a constituir apenas uma “caixa de ferramentas”, relegando para um 28º regime, a aprovar por regulamento, apenas a disciplina de uma sorte de **lex mercatoria** – o regime do contrato de compra e venda mercantil, porém, a título meramente experimental.

Há até quem afirme, de entre quantos se movem nas instâncias em que questões da natureza destas se debatem, que para se chegar aos **contratos de consumo** haverá que esperar não menos de 20 anos... e apenas como 28º regime!

Donde, o revelar-se instante a iniciativa que nos permitimos propor da elaboração de um anteprojecto de um Código de Contratos de Consumo, com observância da classificação das directivas que se acham na génese da generalidade dos contratos típicos, amoldando-os às intrínsecas necessidades do mercado de consumo em cujo seio nos movemos.

Mas algo obviamente que ignore em absoluto o exercício fútil do denominado anteprojecto do Código do Consumidor, porque algo de imprestável que nem como modelo aproximativo servirá.

Cremos, no entanto, que sendo embora desafiante a missão, será um excelente exercício, a meio caminho entre um código de raiz e um código-compilação, para que o ordenamento jurídico português se venha a dotar de algo que valha a pena e que a generalidade passe a observar e, o que é mais, a respeitar, o que não sucede com a legislação esparsa editada... por razões que se não ignoram!”

**Em que ficamos?**

**Que dificuldades se antepõem ao projecto?**

**E porquê?**

**Quem é que não quer levar por diante esta tarefa, travando-a?**

**Quem está contra os consumidores em Portugal?**

**E quem está a favor?**

**Que razões militarão em prol das posições dos que se opõem a tão relevante trabalho?**

**É preciso porfiar!**

**Nós continuaremos a insistir... até que a voz nos doa!**



## Recursos Como Uma Forma de Fazer “Render” o Processo

Teresa Arruda Alvim Wambier

Livre-docente, Doutora e Mestre em Direito pela PUC-SP. Professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da mesma instituição. Professora no curso de mestrado da UNIPAR. Presidente do IBDP. Membro da International Association of Procedural Law, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, do Instituto Panamericano de Derecho Procesal, da International Bar Association, da Academia de Letras Jurídicas do Paraná e São Paulo, do IAPR e do IASP, da AASP, do IBDFAM. Advogada.

Os sistemas recursais são uma forma por meio do qual se entende ser possível obter uma forma mais qualificada de prestação jurisdicional. Essa é a única justificativa possível para a existência dos recursos. De fato, não se podem conceber os sistemas recursais como uma forma de se obterem, pura e simplesmente, várias “opiniões” sobre o caso, todas de igual valor.

Mas o tiro não pode sair pela culatra: sob o pretexto de se aprimorar a prestação jurisdicional, não se pode criar um sistema recursal que *não renda*, que sobretudo seja um fator de emperramento do processo.

É necessário que não se perca de vista que o processo é um método. Um método é um caminho facilitado para se chegar a algum lugar. Um método complexo é uma *contraditio in terminis*, ou seja, é uma expressão que contém, em si mesma, uma contradição.

Quer-se um processo que renda: um processo de resultados. Que renda em si mesmo e que renda para a sociedade. Que renda, no sentido de proporcionar o máximo de aproveitamento da atividade do poder Judiciário, vista como um todo.

Há várias técnicas para se fazer com que um processo renda mais em si mesmo. Pode-se, por exemplo, criar a regra de que a coisa julgada abrange também as questões prejudiciais.

**Mas há maneiras de se atingir este objetivo por meio do sistema recursal, fazendo-se com que este sistema flua. De fazer com que recorrer seja “subir uma escada” e não “subir uma duna de areia”.**

- 1) Tomemos um exemplo do que ocorre hoje no plano dos recursos

excepcionais. Sabe-se que, por vezes, embora a questão federal seja perfeitamente compreensível, só porque não há menção expressa ao dispositivo que se aponta como tendo sido violado, o STJ acolhe os embargos de declaração interpostos pelo vencido, e determina a **volta** do processo ao 2.º grau para *suprir a omissão*.

O correto seria se considerar que estão presentes no acórdão os elementos que o recorrente pleiteia que estivessem, como já faz uma parte considerável da nossa jurisprudência.

No projeto, incluímos um artigo em que esta regra está expressa:

*Art. 940. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou que constem, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração não sejam admitidos, (caso o tribunal superior considere existentes omissão, contradição ou obscuridade).*

2) Também se tem a mesma sensação de que se está “subindo uma duna”, de que o processo não rende, quando se pensa na situação de ação ser proposta com base em várias causas de pedir, ou rebatida com base em *vários fundamentos de defesa*. E só uma delas (ou um deles) consta da decisão. Afastado ou afastada, surge a necessidade de serem decididas as outras questões.

Imagine-se o seguinte exemplo: imagine-se uma ação em que a empresa X afirma que não deve pagar o tributo Y: a) Por que o ente competente para tributar seria outro; b) E por que a alíquota com base em que o tributo está sendo cobrado é ilegal.

Veja-se o que pode ocorrer: sendo a sentença de procedência, por que se considera que o ente que teria competência para criar o tributo não é mesmo aquele, sendo no mesmo sentido o acórdão, em que se vem a dizer que realmente não é competente aquele ente para criar o tal tributo, recorre o Fisco e obtém a decisão, por parte do STJ, no sentido de que o ente, é sim, competente para criar aquele tributo.

E a questão da alíquota que ficou sem decisão? A decisão transita em julgado só com relação àquela causa de pedir? Ou o processo volta ao segundo grau, para que a outra questão seja decidida?

Penso que hoje, de *lege lata*, o **Tribunal Superior pode e deve decidir as demais questões**. Este é o alcance da súmula 456 do STF, que se aplica a todos os tribunais superiores. Não temos Tribunais de cassação, mas de re julgamento.

Mas esta é só uma interpretação e não é a que prevalece.

No Projeto de Lei 166/2010, a Comissão procurou *resolver* isso de forma *expressa*, **dizendo que o Tribunal Superior deve julgar as demais causas de pedir ou os demais fundamentos da defesa**.

Sendo, estas demais causas de pedir ou os outros fundamentos da defesa, de competência de outro tribunal, deve remeter-lhe os autos.

Isto pode acontecer: imagine-se uma ação em que se pleiteia não se pagar certo tributo, porque este seria inconstitucional, sendo, também, sua alíquota, ilegal.

A ação é julgada procedente: considera-se, na sentença e no acórdão, que o tributo é inconstitucional. No STF, o recurso do Fisco é provido, considera-se o tributo constitucional. Deve-se decidir sobre a alíquota? Sim, mas essa matéria é de competência do STJ e é para lá que o recurso deve ser remetido, segundo o projeto.

Como os Tribunais Superiores não podem rever fatos, mas exclusivamente reexaminá-los *na descrição que lhe tenha sido dada pelo tribunal a quo*, se houver fatos a serem analisados, remetem-se os autos ao juízo de 2.º grau – e ao 1.º grau, se houver provas a serem produzidas.

Assim, *sem se voltar atrás*, a não ser na medida do estritamente necessário, resolve-se a controvérsia integralmente considerada, e não um recorte seu, delineado no curso do processo (art. 949).

3) Pouco rendimento se dá a um processo quando a parte fica sem resposta de mérito dos Tribunais Superiores. É comum que o STJ não conheça de um recurso, porque entende que a questão, cuja apreciação se pleiteia, é constitucional.

E que o STF não conheça do recurso, porque entende que a questão é legal, não havendo senão uma ofensa indireta à Constituição Federal. E os processos acabam aí.

Na verdade, esta separação entre matéria constitucional e matéria legal é, em apreciável medida, artificial. A grande maioria das questões comporta análise sob ambos os ângulos. Desta circunstância decorre a dificuldade de se classificar certa questão como legal ou como constitucional.

Basta ver-se o número de questões que estão no STF e no STJ: planos econômicos, vale transporte e tantos outros exemplos. E, ainda a esse propósito é interessante também se observar que muitas questões não são julgadas porque rejeitadas por ambos os tribunais: quer dizer o STJ entende que a questão é constitucional e o STF considera que a questão diz respeito à lei federal.

Um sistema processual que dá rendimento ao processo *proporciona, sempre*, diferentes maneiras de se obter uma **decisão de mérito**. Assim, e por isso, no projeto se prevê a regra de que o STJ deve remeter o recurso ao STF, se entender que se trata de matéria constitucional; e o STF deve remeter o recurso

ao STJ, se entender que se está diante de questão infraconstitucional. A última palavra é sempre do STF, é claro (arts. 947 e 948).

Isso evitará, suponho, que dois tribunais julguem a matéria ou que ambos não a julguem.

4) Justamente com o objetivo de se proporcionar que o jurisdicionado obtenha decisão de mérito (e isso é fazer o processo render) é que se criou no projeto uma regra interessante, que terá, no mínimo, duas importantes finalidades.

Tornará ainda mais relevante e operativo o instituto da repercussão geral, ou seja, na verdade, recolocará esse instituto tão importante no seu devido lugar, de molde a retirar a verificação da existência de repercussão geral de uma questão da dependência exclusiva da atividade da parte. Ademais, esta nova regra com certeza diminuirá a quantidade de acórdãos em que se adota a tal jurisprudência dita “defensiva”.

Os tribunais superiores com uma frequência infinitamente superior à desejável, deixam de julgar o mérito de recursos excepcionais em virtude de causas de inadmissibilidade cuja existência e qualificação jurídica é duvidosa: ou seja, causas tidas como de inadmissibilidade que, na verdade, não o são. Trata-se de prática apelidada de jurisprudência “defensiva”, pois tem o objetivo de “defender” os tribunais superiores do absurdo número de processos e de recursos que têm que julgar, da carga de trabalho dos ministros, que é, efetivamente, excessiva.

Por isso, incluímos no projeto uma regra que autoriza (na verdade, aconselha), a que sejam desconsiderados motivos menos graves de inadmissibilidade, se a questão veiculada no recurso é relevante, por se tratar de casos de recursos ou de ações repetitivas ou por ser relevante em si mesma.

Diz o artigo: *Art. 944: § 2.º. Quando o recurso tempestivo for inadmissível por defeito formal que não se repute grave, O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal poderão desconsiderar o vício e julgar o mérito de casos repetitivos ou sempre que a decisão da questão de mérito contribua para o aperfeiçoamento do sistema jurídico.*

5) O regime dos arts. 543 B e C, atualmente existente, é um poderoso instrumento para que o *processo renda*, **agora numa dimensão ampliada**, que diz respeito à sociedade, vista como um todo, pois proporciona que se decida um recurso – ou, rigorosamente, uma *tese jurídica* – e que, com isso, se resolvam dezenas, centenas de processos *de uma só vez*.

Com isto, concretizam-se de forma plena e veemente os princípios constitucionais da *legalidade* e da *isonomia*, que devem ser compreendidos de

forma conjugada: a lei é uma só para todos.

Temos sustentado com veemência que a dispersão excessiva da jurisprudência é algo indesejável, que gera intranquilidade no jurisdicionado, compromete o princípio da legalidade e, portanto, o Estado de Direito. Não é possível se entender que a liberdade que o juiz tem de decidir de acordo com a sua própria convicção realmente signifique que cada juiz (*cada um dos juizes do país!*) possa, realmente, indefinidamente no tempo, dar à lei a interpretação que lhe pareça ser a correta.

É importante salientar que, apesar de vivermos num país de *civil law*, e de, portanto não estarem os tribunais superiores rigorosamente adstritos a decidir de acordo com o que tenha antes decidido um tribunal superior, o fato é que tribunais superiores existem, e que sua razão de ser é de orientar as decisões de todos os outros órgãos integrantes do Judiciário. A função do STF é a de orientar os demais órgãos do poder Judiciário quanto a qual seja a correta interpretação das regras e princípios constitucionais; o STJ tem, a seu turno, a função de estabelecer o sentido das regras e princípios infraconstitucionais. Então, não há como se afirmar ser absoluta a liberdade que têm os tribunais de 2.º grau e os juizes de 1.º grau em extrair da lei o sentido que lhes parece mais correto e aplicá-la ao caso concreto que esteja sob sua apreciação.

Se a lei é uma só para todos, a respeito dela deve prevalecer uma só interpretação, um só sentido; se a lei é uma só para todos, em suas várias interpretações possíveis, então a lei não é a mesma para todos!

Sabe-se que, no Brasil, é comum que a mesma questão de direito seja decidida de formas diferentes por muitos tribunais. Sabe-se, aliás, que esta situação persiste, mesmo depois de algum dos tribunais superiores ter-se manifestado mais de uma vez sobre a matéria. Não raramente, nem mesmo esta circunstância é capaz de gerar a uniformização da jurisprudência no segundo grau.

Isto gera decepção do jurisdicionado, descrédito do Judiciário e em muitos casos, caos social.

É por isso que, no projeto, demos relevância excepcional a normas *orientativas* das *decisões dos nossos tribunais*. Por exemplo, dissemos no projeto que a função dos tribunais é a de *zelar pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência*, no art. 847, *caput*.

E o projeto prossegue:

*Art. 847 - II – Os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores, aos quais estiverem*

*vinculados, nesta ordem;*

*III – a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados;*

*IV – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia.*

Estes dispositivos tendem a minimizar o fenômeno indesejável da dispersão da jurisprudência. E a diminuir o número de recursos!

Num breve parêntese, é oportuno comentar que estas normas têm caráter principiológico e, de rigor, não precisam estar escritas na lei. Mas se sabe que vivemos num país de *civil law*, formalista, burocrático ao extremo. A mentalidade do homem médio muito frequentemente gera a pergunta: “mas, eu tenho que fazer isso? Onde está escrito?” Esta pergunta nasce da crença enraizada de que todas as normas jurídicas têm de estar escritas, e mais, tem de haver sanção para o seu descumprimento.

Não é este, todavia, o movimento que tem havido no plano do direito. Nesta esfera, os princípios, normas que para serem considerados integrantes do sistema não precisam constar de lei, vêm-se tornando cada vez mais relevantes.

Assim, para compatibilizar a nossa cultura com esta tendência, que já se faz notar no Brasil, resolvemos por inserir no projeto de forma expressa alguns, princípios que, a nosso ver, já estão no sistema, para torná-los mais visíveis.

Como se observou antes, órgãos superiores têm a função de orientar os inferiores.

E o STJ e o STF, a todos os órgãos do Poder Judiciário.

6) Por isso, *um outro fenômeno deve ser também controlado*: o das “**viradas**” **bruscas da orientação dos tribunais**, principalmente dos Superiores, cuja *função e razão de ser é dar norte*.

O que se *mexe* não dá norte: derruba.

Basta que nós nos lembremos de casos como o do ISS. Incide ou não sobre *leasing*? Os Tribunais Superiores decidiram de modos diferentes esta mesma questão, chegando a editar súmula a respeito, que foi, em seguida contrariada pelo próprio Tribunal que a editou.

É bem recente a alteração drástica da jurisprudência brasileira a respeito do Cofins. E, infelizmente, muitos outros poderiam ser citados.

Enfim, praticamente se diz no projeto que *jurisprudência pacificada, de preferência, não deve mudar*. Evidentemente, esta não é uma regra absoluta.

Existem setores do direito em que a alteração das regras se torna imperiosa, como decorrência de mudanças na sociedade. Exatamente estes setores são, normalmente, os disciplinados por regras jurídicas positivadas que contêm conceitos mais flexíveis, cujo sentido pode e deve variar ao longo do tempo, para que o direito continue regendo a situação, sem a necessidade de mudança da lei. É o caso, por exemplo, (e me perdoem pelo exemplo tão batido, mas tão expressivo) do conceito de *mulher honesta*. Ou, ainda, do conceito de *bom pai de família*.

O que aqui se critica, é a alteração da jurisprudência que ocorre como decorrência, pura e simplesmente, da mudança de opiniões. É o que acontece quando a jurisprudência muda, como resultado da alteração de composição de um tribunal. Ordinariamente essas *viradas* de jurisprudência têm lugar em matéria tributária, previdenciária etc. O ideal é que se desejar que alguma alteração seja feita na disciplina desta espécie de matéria, que se mude a lei.

Mas se se quiser mudar a jurisprudência, que se dêem, para isso, boas razões.

Vejam-se, no projeto, os artigos seguintes: *Art. 847 - § 1.º. A mudança de entendimento sedimentado da jurisprudência dos Tribunais Superiores observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.*

Como última observação, penso ser relevante comentar-se regra útil e operativa, incluída no projeto, que tem a função de poupar o jurisdicionado de surpresas. O projeto diz que, uma vez alterada a jurisprudência pacificada, o que deve ser feito levando-se em conta que o ideal é manter-se a estabilidade, podem-se *modular* os efeitos dessa mudança.

Diz o mesmo *art. 847, V – na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração, no interesse social e no da segurança jurídica.*

Isto porque a alteração de orientação pacificada da jurisprudência, significa, do ponto de vista do jurisdicionado, alteração da norma de conduta, da regra que disciplina seu agir.

Logo, num Estado de Direito, que é o Estado em que a sociedade não pode ser surpreendida com a mudança das regras no meio do jogo, é bem vinda a regra de que esta mudança pode operar dali para frente!

Esta é uma preocupação muito comum nos países de *commom law*. A explicação para isso é a de que, nos países de *common law*, a conduta do

jurisdicionado se orienta por precedentes judiciais, ou seja, em vez da lei positivada, os precedentes são base das decisões subsequentes e da conduta das pessoas na sociedade. A mudança da jurisprudência tem, normalmente, efeito retrospectivo, o que é muito criticado, por exemplo, pelos estudiosos na Inglaterra. Nos Estados Unidos existe a possibilidade de que se estabeleça, expressamente, o entendimento que passa a prevalecer, depois de haver alteração da jurisprudência, só opera dali para frente.

Muitas das soluções aqui propostas para fazer com que o processo renda, a nosso ver, são soluções que podem e devem ser adotadas já, com o sistema que temos pela via interpretativa.

No projeto, o que fizemos, foi escolher a interpretação que nos pareceu a melhor e transformá-la na letra da lei.

Isto, na esperança de que possamos ter um processo, e especialmente um sistema recursal, que nem de longe lembre “subir dunas” no escuro, mas, no lugar disso, seja “subir degraus”, com segurança e muita luz!





## **Conceitos da Previdência Complementar**

Adacir Reis

Advogado, Presidente do Instituto San Tiago Dantas de Direito e Economia e Coordenador do Centro de Estudos Jurídicos da Previdência Complementar (Cejudprev). Foi Secretário de Previdência Complementar do Ministério da Previdência Social (2003/2006).

Sidnei Cardoso

Advogado, Membro da Comissão Técnica Nacional Jurídica da Abrapp e Membro do Conselho Deliberativo da OABPrev – Paraná.

Neste artigo vamos tratar dos conceitos fundamentais da previdência complementar e dos novos conflitos submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

### **O SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO E O REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR**

O sistema previdenciário brasileiro é integrado, fundamentalmente, pelo regime geral de previdência social, a cargo do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (CF, art. 201), pelos regimes próprios de previdência dos servidores públicos (CF, art. 40) e pelo regime de previdência complementar (CF, art. 202).

Embora o regime geral de previdência social, os regimes próprios dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e o regime de previdência complementar façam parte do sistema previdenciário nacional, possuem características diversas entre si.

O primeiro traço distintivo da previdência complementar é sua facultatividade. Ao contrário dos demais regimes previdenciários, que são de filiação obrigatória para os trabalhadores celetistas ou servidores públicos, o regime de previdência complementar exige ato de vontade para ingressar no plano de benefícios ou dele sair.

A segunda grande diferença do regime de previdência complementar em relação aos demais regimes previdenciários está na fonte dos direitos e das obrigações. As regras de aposentadoria do regime geral e dos regimes próprios dos servidores, como o rol de benefícios previdenciários, tempo de contribuição ou idade mínima, estão fixadas no texto constitucional e na legislação. Já no regime de previdência complementar, não obstante os importantes balizamentos da Constituição Federal e das leis especiais que regem a matéria, regras como tempo de contribuição, idade e elenco de benefícios estão fixadas em contrato, ou seja, no regulamento de cada plano de benefícios.

Uma terceira diferença diz respeito à natureza do regime, se público ou privado. Tanto no regime geral de previdência social quanto nos regimes próprios dos servidores, a previdência é não apenas normatizada mas também gerida pelo Estado, no âmbito da União ou das demais unidades federadas, por meio de autarquias ou estruturas administrativas. Já no regime de previdência complementar, a gestão é sempre privada, ainda que as entidades fechadas de previdência complementar não tenham a finalidade do lucro e ainda que, em algumas delas, o patrocinador do plano previdenciário seja uma empresa estatal. A natureza privada da gestão se deve ao fato de que a entidade fechada de previdência complementar não se situa na estrutura estatal e não integra o Poder Executivo.

O quarto traço que distingue a previdência complementar dos demais regimes previdenciários é a capitalização. Tanto no regime geral de previdência social quanto, com algumas exceções, nos regimes próprios dos servidores públicos, vigora o chamado “regime de caixa”, ou seja, os recursos oriundos de contribuições e do orçamento público são imediatamente alocados no pagamento dos benefícios previdenciários, numa espécie de pacto entre gerações, pois os trabalhadores ativos contribuem para financiar os inativos. Já na previdência complementar impera o regime de capitalização, segundo o qual os recursos são aportados para o plano previdenciário (contribuições dos participantes e das empresas empregadoras - patrocinadoras) e rentabilizados - capitalizados - para suportarem o pagamento dos benefícios previdenciários.

## AS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Com a edição da Emenda Constitucional 20, de 1998, a nova redação do artigo 202 da Constituição Federal passou a tratar da previdência complementar. Diz o *caput* do referido artigo:

*“Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.*

.....”

No Brasil, o regime de previdência complementar é dividido em dois segmentos, um operado pelas entidades fechadas de previdência complementar, também conhecidas como *fundos de pensão*, constituídas na forma de fundação ou sociedade civil, sem finalidade lucrativa, o outro pelas entidades abertas de previdência complementar ou companhias seguradoras, constituídas na forma de sociedade anônima e com o objetivo do lucro.

A distinção entre entidades *fechadas* e entidades *abertas* de previdência complementar é, sob a ótica jurídica, extremamente relevante, pois ainda que todas sejam entidades de previdência privada, possuem características e objetivos substancialmente diferentes.

Neste artigo, vamos tratar das entidades *fechadas* de previdência complementar.

Na sequência do comando constitucional acima reproduzido, foram editadas, em 2001, duas leis complementares, em substituição à Lei 6.435, de 1977.

A Lei Complementar 109, de 2001, apresenta as regras gerais da previdência complementar. A Lei Complementar 108, de 2001, trata das regras específicas para a governança das entidades fechadas de previdência complementar e para o financiamento dos planos de benefícios patrocinados por empresas estatais.

Diferentemente da legislação anterior, a Lei Complementar nº 109/01 deu ênfase aos “planos” de previdência, conferindo às “entidades” fechadas de previdência complementar o papel de “administradoras”, “executoras” ou “gestoras” de planos de benefícios (art. 2º e 32).

Tendo em vista que a filiação ao plano de previdência exige manifestação de vontade, a relação constituída no âmbito de uma entidade fechada de previdência complementar é regida pelo Direito Civil, não se confundindo com o contrato de trabalho (CF, art. 202, §2º).

As entidades “fechadas” de previdência complementar recebem esse nome porque seus planos de benefícios são endereçados a um público específico, a um contingente fechado, ou seja, aos empregados de uma empresa (caso o plano tenha ‘patrocinador’), ou aos associados de entidade de classe ou de representação (caso o plano tenha ‘instituidor’).

Tais entidades, repita-se, não possuem fins lucrativos e organizam-se sob a forma de fundação ou sociedade civil (LC nº 109, art. 31).

## **ADMINISTRAÇÃO DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR**

A legislação exige das entidades *fechadas* de previdência complementar uma *estrutura* composta de conselho deliberativo, conselho fiscal e diretoria-executiva (LC 109/01, art.35, *caput*).

Vejamos, em rápida síntese, cada um desses órgãos estatutários.

### *Conselho Deliberativo*

O conselho deliberativo é a instância máxima de deliberação da entidade fechada de previdência complementar.

Um terço das vagas desse conselho será preenchido por representantes dos participantes e assistidos (art. 35, § 1º). Já no caso de entidades patrocinadas pela Administração Pública direta ou indireta (Lei Complementar nº 108/01, art. 11), os representantes dos participantes e assistidos ocuparão metade das vagas desse órgão estatutário.

Embora a Lei Complementar nº 109/01 não tenha elencado as atribuições

do conselho deliberativo (ao contrário do que fez a Lei Complementar nº 108/01), os estatutos das entidades fechadas de previdência complementar geralmente delegam ao referido órgão a definição da política geral de investimentos, a competência para alterar estatutos e regulamentos, a autorização para operações de maior vulto, a aprovação de ingresso ou retirada de patrocinadores (e instituidores) e a apreciação de recursos contra decisões da diretoria-executiva.

#### *Conselho Fiscal*

As entidades fechadas terão obrigatoriamente conselho fiscal (art. 35, *caput*).

Trata-se de um órgão incumbido de promover a fiscalização das contas da entidade de previdência e de seus planos de benefícios, competindo geralmente aos membros do conselho fiscal o exame dos balanços contábeis, dos números referentes aos investimentos, das auditorias (realizadas a seu pedido ou não) e das avaliações atuariais. As competências dadas a esse órgão de controle interno tiram-lhe a feição ornamental com que era visto tradicionalmente.

É assegurado aos participantes e assistidos pelo menos um terço das vagas do órgão (art. 35, § 1º). Já no caso de entidades patrocinadas pela Administração Pública direta ou indireta (Lei Complementar nº 108/01, art. 15), os representantes dos participantes e assistidos ocuparão metade das vagas do conselho fiscal.

#### *Diretoria-Executiva*

A diretoria-executiva é o órgão estatutário, por excelência, que responde pela administração da entidade fechada de previdência complementar. Em geral, a depender do estatuto da entidade, há um diretor-presidente, um diretor de investimentos e um diretor de benefícios ou de seguridade. Dentre os membros da diretoria-executiva, será escolhido o responsável pelas aplicações dos recursos da entidade de previdência, cujo nome será informado ao órgão oficial de supervisão (LC 109/01, art. 35, § 5º).

Subordinada às diretrizes e às políticas do conselho deliberativo, a diretoria-executiva faz a gestão cotidiana tanto dos recursos (ativos garantidores) quanto dos passivos (benefícios) previdenciários, podendo terceirizar, por conveniência administrativa, suas atividades. A diretoria-executiva, no plano interno, é sujeita à fiscalização do conselho fiscal e à orientação e ao monitoramento do conselho deliberativo.

## **OS PLANOS DE BENEFÍCIOS E AS REGRAS DEFINIDAS EM CONTRATO (REGULAMENTO)**

O regulamento do plano de previdência complementar é o contrato entre as partes.

Tal regulamento não se constitui em um instrumento contratual destinado a vigorar durante alguns meses ou poucos anos. Sua vocação é produzir efeitos por mais de trinta anos, na perspectiva de longo prazo. Dada sua importância, a legislação o trata com bastante cerimônia, daí a exigência de prévia e expressa aprovação do órgão federal de supervisão para que possa entrar em vigor (LC 109/01, art. 33) e para ser alterado (LC 109/01, art. 17 e 33).

O participante só ingressa no plano previdenciário ou dele se retira por ato de vontade. Uma pessoa pode ser empregada de uma empresa patrocinadora de um plano previdenciário e não optar por nele ingressar. Da mesma forma, o participante que tenha deixado de trabalhar na empresa patrocinadora do plano poderá nele continuar, seja pela figura do autopatrocínio seja pelo instituto do benefício proporcional diferido.

Trata-se, pois, de um contrato civil, ao qual se vinculam os participantes, os assistidos e os patrocinadores. Vale registrar que os patrocinadores (empregadores) também patrocinam ou deixam de patrocinar um plano de previdência complementar por ato de vontade, existindo, para tanto, as figuras do convênio de adesão (LC 109/01, art. 13 e 33) e da retirada de patrocínio (LC 109/01, art. 25 e 33).

De acordo com normas do órgão regulador<sup>1</sup>, o regulamento do plano de previdência complementar, enquanto instrumento contratual que rege os direitos e obrigações das partes, deve conter requisitos mínimos, como o elenco de benefícios e regras para elegibilidade, fontes de custeio, formas de cálculo, de pagamento e de atualização dos benefícios.

Tal contrato, mesmo que conte com o patrocínio do empregador, não se confunde com o contrato de trabalho (CF, art. 202, §2º; LC 109/01, art. 68, *caput*).

---

1 Resolução CGPC 08, de 2004.

## OBRIGATORIEDADE LEGAL DE EQUILÍBRIOS FINANCEIRO E ATUARIAL

Como regra geral, os benefícios previstos no contrato do plano previdenciário (regulamento) são financiados pelos patrocinadores e pelos participantes, embora possam existir planos financiados exclusivamente pelo patrocinador ou, como ocorre no caso de planos criados por entidades associativas, pelos participantes.

O plano de custeio, calculado atuarialmente com periodicidade mínima anual, deve fixar “o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios” (LC 109/01, art. 18, *caput*). Diz ainda a Lei, de forma categórica, que o cálculo das reservas técnicas atenderá às “peculiaridades” de cada plano de benefícios, “observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial” (LC 109/01, art. 18, § 2º).

A obrigatoriedade dos equilíbrios financeiro e atuarial do plano de benefícios decorre ainda de outro dispositivo legal, pelo qual “as reservas técnicas, provisões e fundos de cada plano de benefícios e os exigíveis a qualquer título deverão atender permanentemente à cobertura integral dos compromissos assumidos pelo plano de benefícios...” (LC 109/01, art. 18, § 3º).

As normas são absolutas: não há pagamento de benefício sem a suficiente constituição de reservas. Se faltarem recursos, seja pelo fato de uma obrigação mal dimensionada (passivo atuarial calculado indevidamente), seja pelo fato de a rentabilidade não ter sido alcançada tal como desejada, o plano de benefícios apresentará desequilíbrio e, por consequência, as contribuições dos patrocinadores e dos participantes e assistidos terão que ser majoradas, ou seja, as partes contratantes terão que concorrer com esforço contributivo para a restauração do equilíbrio, tal como previsto no artigo 21 da Lei Complementar 109/01, segundo o qual “o resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições...”<sup>2</sup>.

---

2 Se o plano previdenciário for patrocinado por ente estatal, será observada a relação contributiva – paridade – prevista no artigo 6º da Lei Complementar 108/01.

## POLÍTICA DE INVESTIMENTOS

As contribuições vertidas ao plano previdenciário não podem ficar paradas, isto é, precisam ser capitalizadas, investidas no mercado, produzindo resultados que possam retornar ao plano e garantir o pagamento dos benefícios prometidos.

Cabe ao Conselho Monetário Nacional (CMN) a fixação das diretrizes de investimento das entidades de previdência complementar (LC 109/01, art.9º, §1º).

A partir dos limites máximos de aplicação definidos pelo CMN nos segmentos de renda fixa, renda variável, imóveis e outros investimentos, o conselho deliberativo de cada entidade fechada de previdência complementar, para cada plano de benefícios, estabelece uma política de investimentos, a qual, por sua vez, será executada pela diretoria-executiva.

Para coibir abusos praticados por políticas governamentais do passado, a nova legislação vedou o estabelecimento de aplicações compulsórias ou limites mínimos de aplicação (LC 109/01, art. 9, §2º).

Na gestão dos recursos garantidores dos planos de benefícios, as entidades fechadas de previdência complementar devem atingir a chamada “meta atuarial”, que consiste num índice previsto contratualmente, destinado à reposição do poder aquisitivo da moeda em face da inflação, e numa taxa de juro (crescimento real do dinheiro aplicado) denominada taxa de juro atuarial, de no máximo 6%aa (seis por cento ao ano).

Vale registrar que num cenário de recessão mundial e queda das taxas de juros como passou a se ver em 2008 e 2009, o atingimento da chamada “meta atuarial”, indispensável para que a entidade de previdência possa honrar seus compromissos, será cada dia mais difícil, o que exigirá maior esforço dos gestores em compatibilizar a equação risco e retorno.

Tendo em vista o regime de capitalização, as entidades fechadas de previdência complementar prestam relevante contribuição para o desenvolvimento nacional, não apenas em razão de atividade-fim, que é a

complementação de aposentadoria, como também em face de sua atividade-meio, investindo em empresas e, com isso, funcionando como um poderoso instrumento de financiamento da atividade produtiva.

No regime de capitalização que caracteriza o funcionamento das entidades fechadas de previdência complementar, o pagamento dos benefícios dependerá das contribuições efetuadas e do retorno dos investimentos realizados com tais contribuições.

### **AS ATRIBUIÇÕES DE REGULAÇÃO E FISCALIZAÇÃO**

As entidades fechadas de previdência complementar, além de seus controles internos de responsabilidade de seus órgãos estatutários (conselho deliberativo, conselho fiscal e diretoria executiva) e das contratações obrigatórias (auditoria independente), submetem-se à regulação e à fiscalização do aparato estatal.

O órgão de supervisão das entidades fechadas de previdência complementar é a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC. Atualmente, a PREVIC é responsável por examinar e aprovar, prévia e expressamente (LC 109/01, art. 33), a aplicação de estatutos, regulamentos (contratos) e convênios de adesão, bem como examinar e aprovar suas alterações.

Cabe também à PREVIC a aplicação de penalidades administrativas aos dirigentes e ex-dirigentes das entidades fechadas de previdência complementar por infração às normas de previdência complementar.

O órgão normativo é o Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC, vinculado ao Ministério da Previdência Social.

Há ainda a Secretaria de Políticas da Previdência Complementar – SPPC, vinculada ao Ministério da Previdência Social e responsável pela formulação das políticas da previdência complementar.

## REGIME DE PENALIDADES

A Lei Complementar nº 109/01 apresenta um severo regime disciplinar para os dirigentes das entidades de previdência complementar, prevendo sanções civis, administrativas e penais.

O Art. 63 da Lei trata da responsabilidade civil, estabelecendo que os administradores de entidade, os procuradores com poderes de gestão, os membros de conselhos estatutários, o interventor e o liquidante responderão civilmente pelos danos ou prejuízos que causarem, por ação ou omissão, às entidades de previdência complementar, sendo também responsáveis, em tais condições, os administradores dos patrocinadores ou instituidores, os atuários, os auditores independentes, os avaliadores de gestão e outros profissionais que prestarem serviços técnicos à entidade previdenciária.

No campo administrativo, o art. 65 preceitua que a infração de qualquer disposição contida na legislação sujeita a pessoa responsável, conforme o caso e a gravidade da infração, às seguintes sanções: advertência; suspensão do exercício de atividade em entidade de previdência complementar, multa pecuniária, de dois mil reais a um milhão de reais (em caso de reincidência, a multa poderá ser aplicada em dobro) e inabilitação por até dez anos.

As infrações serão apuradas mediante processo administrativo, na forma do Decreto 4.942, de 2003.

## CONCLUSÕES

As entidades fechadas de previdência complementar submetem-se a regras muito rígidas. Tendo como referência os balizamentos do texto constitucional e da legislação especial que rege a matéria, os benefícios dos planos de previdência complementar estão pactuados em regulamento (contrato previdenciário), com regras sobre elenco de benefícios, fontes de custeio e formas de cálculo e de correção da aposentadoria complementar.

Dado o regime mutualista dos planos de benefícios, a condenação de uma entidade fechada de previdência complementar a pagar ou corrigir um

benefício, à revelia do que dispõe o regulamento do plano de previdência, poderá gerar desequilíbrio financeiro e atuarial e, com isso, prejudicar o conjunto dos participantes e assistidos do plano previdenciário em questão.

Os planos de previdência capitalizados não integram a tradição previdenciária brasileira, já que esta foi marcada, ao longo do século passado, pela previdência estatal, especialmente no que se refere ao INSS. Dessa forma, os conflitos no âmbito das entidades fechadas de previdência complementar são relativamente novos. Por consequência, os conceitos e normativos legais específicos que tratam da previdência complementar brasileira ainda se encontram em fase de discussão e não foram suficientemente sedimentados pelo Poder Judiciário brasileiro.

O regime de previdência complementar operado por entidades fechadas de previdência complementar, sem a pretensão de substituir a previdência oficial, que deve ser democrática e universal, tem um importante papel a desempenhar junto a milhões de trabalhadores.

Em nome da solvência e da credibilidade dos planos de aposentadoria complementar, é indispensável que os contratos previdenciários sejam rigorosamente observados.



## **JURISPRUDÊNCIA**



**Tribunal de Justiça do Paraná**

Apelação Crime nº 656992-4, de Mandaguari - Vara Única

Apelante: Ladmo da Silva Miksza

Apelado: Ministério Público do Estado do Paraná

Relator : Des. Jesus Sarrão

**APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. RÉU ACUSADO DE TRÊS HOMICÍDIOS SIMPLES DOLOSOS, NA MODALIDADE DE DOLO EVENTUAL, COMETIDOS EM CONCURSO FORMAL. CONTRADIÇÃO NAS RESPOSTAS AOS QUESITOS. NULIDADE ABSOLUTA DO JULGAMENTO DECLARADA DE OFÍCIO, FICANDO PREJUDICADO O RECURSO DE APELAÇÃO.**

**- Analisando-se o Termo de Votação dos quesitos, verifica-se insanável contradição nas respostas, uma vez que, tendo o acusado sido submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, sob a acusação de três crimes de homicídio simples, na modalidade de dolo eventual, praticados em concurso formal, vale dizer, mediante uma única ação, os jurados admitiram que a mesma conduta foi, simultaneamente, culposa e dolosa, vale dizer culposa com relação a uma vítima e dolosa quanto às outras duas vítimas, o que configura contradição insuperável geradora de nulidade absoluta do julgamento.**

**VISTOS**, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº 656992-4, de Mandaguari - Vara Única, em que é Apelante LADMO DA SILVA MIKSZA e Apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ.

O Ministério Público do Estado do Paraná, por seu Promotor de Justiça, denunciou o réu **Ladmo da Silva Miksza** como incurso no artigo 121, *caput* (três vezes), combinado com o art. 70 do Código Penal, pela prática do fato delituoso descrito na denúncia (fls. 02/06), nos seguintes termos:

*“No dia 05 (cinco) de dezembro de 1998, por volta das 15h25min,*

na BR-376, km 210+350m, entre a empresa “Aquaquímica” e o local de recreação “Pesque-pague, nas proximidades de uma chácara murada, saída de Mandaguari para Jandaia do Sul, nesta cidade e comarca de Mandaguari/PR, o denunciado **LADMO DA SILVA MIKZSA**, consciente da ilicitude de sua conduta consistente em conduzir o veículo automotor tipo camionete marca “Ford”, modelo F-1000, cor branca, ano 1995, placas AFF-2746, em estado de embriaguez alcoólica, em alta de velocidade e na contramão de direção, **agiu dolosamente assumindo o risco de causar a morte das vítimas Ismael Lucas Machado, Magali Rodrigues Munhoz e Rafael Munhoz Lucas Machado**, causando-lhes os ferimentos descritos nos laudos de exame cadavérico de fls. 37, 38 e 40.

Segundo o apurado, no dia dos fatos, o denunciado, embriagado, conduzia o veículo tipo camionete marca “Ford”, modelo F-1000, cor branca, ano 1995, placas AFF-2746, na Rodovia BR-376, sentido Jandaia do Sul/Mandaguari, imprimindo velocidade excessiva e incompatível com o local, assumindo o risco de matar alguém e absolutamente indiferente a esta consequência, ocasião em que, ao atingir o cume de um aclave (lombada) situado no local supracitado, veio a colidir violentamente com o veículo “Corsa/GM”, modelo “Wind”, cor verde, ano 1996, placas AGM-5683, conduzido pela vítima Ismael no sentido Mandaguari-Jandaia do Sul e tendo como passageiros a esposa deste, Magali, e seu filho, Rafael. A vítima trafegava normalmente e em velocidade compatível pela mencionada rodovia no sentido Mandaguari/Jandaia do Sul regularmente na sua mão de direção. Com a colisão, as vítimas sofreram ferimentos descritos nos laudos de necropsia de fls. 37, 38 e 40, que foram causa eficiente de suas mortes.”

A denúncia foi recebida em 18.04.2001 (f. 275-v). O denunciado **Ladmo da Silva Miksza** foi interrogado às fls. 287/289, tendo apresentado defesa prévia às fls. 291/292, na qual arrolou nove testemunhas.

Na instrução processual foram ouvidas oito testemunhas arroladas na denúncia (fls. 307/318; 327; 328; 332/333; 340/341) e sete indicadas pela defesa

do réu, além de dois informantes (fls. 344/351; 360; 361; 364; 365).

O Ministério Público, em suas alegações finais, pugnou pela pronúncia do réu **Ladmo da Silva Miksza** como incurso no art. 121, *caput*, do Código Penal (fls. 299/305).

A defesa, em suas alegações finais, requereu a absolvição sumária do réu ou, alternativamente, a desclassificação do delito para homicídio culposo (fls. 307/356).

Tendo sido determinada a realização de prova pericial complementar (fls. 368/388) e ouvidas as partes que se manifestaram a respeito da conclusão dos peritos (fls. 460/461; 463/465), o MM. Juiz pronunciou o acusado como incurso, por três vezes, no art. 121, *caput*, do Código Penal (fls. 467/471).

Inconformado, o réu interpôs recurso em sentido estrito (f. 480), alegando, em razões de recurso (fls. 415/453), que não agiu com dolo, razão pela qual pugnou pela absolvição sumária ou, alternativamente, pela desclassificação do delito de homicídio doloso, na modalidade de dolo eventual, para homicídio culposo.

Em sede de contrarrazões, o Ministério Público de primeiro grau, por seu Promotor de Justiça, opinou pelo provimento do recurso por entender que o acusado agiu culposamente, na modalidade de imprudência (fls. 465/467).

Na fase do art. 589, do Código de Processo Penal, o juiz *a quo* manteve a decisão recorrida (fls. 477/484).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso interposto (fls. 495/497).

No julgamento do recurso em sentido estrito, acordaram os integrantes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso (fls. 502/513).

Ladmo da Silva Miksza foi submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri em 24.11.2009. Por haver três vítimas, foram elaboradas três séries de quesitos.

O Conselho de Sentença reconheceu, na primeira série de quesitos, relativamente à vítima Ismael Lucas Machado, que o apelante agiu com culpa, na modalidade de imprudência (f. 650).

Já quanto às outras duas vítimas, Magali Rodrigues Munhoz e Rafael Munhoz Lucas Machado, os jurados afastaram a tese de defesa de homicídio culposo (fls. 651/6520).

O Magistrado Presidente do Tribunal do Júri proferiu sentença condenando o apelante como incurso no art. 121, *caput* (três vezes), c/c art. 70,

ambos do Código Penal, à pena em **08 (oito) anos, 10 (dez) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão** e suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de um ano (fls. 656/661).

Inconformado com sentença condenatória, o réu **Ladmo da Silva Miksza** interpôs, em 27.11.2009, por meio de seu defensor constituído, Dr. Israel Batista de Moura (f. 673), o presente recurso de apelação, com fundamento no art. 593, III, “a”, “c” e “d”, do Código de Processo Penal.

Em suas razões recursais (fls. 677/718), alegou: (a) a existência de nulidade do julgamento por ter sido aplicada ao réu a pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, cabível apenas em caso de condenação por crime culposo e não doloso como foi o caso destes autos; (b) ter havido flagrante injustiça na dosimetria da pena, que resultou em sua aplicação bem acima do mínimo legal, tendo o magistrado exasperado a pena acima do devido, em decorrência do concurso formal (art. 70 CP), e (c) sustenta que a decisão dos Senhores Jurados, rejeitando a tese de homicídio culposo, sustentada pela defesa, contrariou manifestamente a prova dos autos.

Em sede de contrarrazões (fls. 725/750) o Ministério Público manifestou-se pelo desprovemento do recurso, mantendo-se a condenação do réu **Ladmo da Silva Miksza** pelo Tribunal do Júri, bem como a pena aplicada na sentença e, subsidiariamente, caso se entenda ser impossível a aplicação da pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, pede sua exclusão da sentença, sem anulação do julgamento.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo ilustre Procurador de Justiça, Dr. Francisco Vercesi Sobrinho, manifestou-se favoravelmente tão somente a que se exclua da sentença a pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor (fls. 758/764).

**É o relatório.**

**VOTO**

**- Declaração, de ofício, da nulidade do julgamento**

O réu **Ladmo da Silva Miksza** foi submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri como incurso no art. 121, *caput*, c/c art. 70, ambos do Código Penal.

Ao elaborar os quesitos, o magistrado apresentou três séries, uma para

cada vítima do fato delituoso.

Por ocasião da primeira série de votação, em relação à vítima **Ismael Lucas Machado**, os senhores jurados reconheceram a materialidade e a autoria do crime.

No terceiro quesito, os jurados foram questionados sobre da tese de defesa, consistente na desclassificação de homicídio simples doloso para homicídio culposo, estando o quesito redigido nos seguintes termos, verbis:

***3º Quesito – O acusado agiu com culpa, na modalidade imprudência?***

No Termo de Votação (f. 650), consta que os jurados responderam afirmativamente por quatro votos sim contra um não, admitindo, portanto, a tese de homicídio culposo, sustentada pela defesa.

Seguindo-se com a votação, ao se proceder à segunda e à terceira séries de votação, relativamente às demais vítimas **Magali Rodrigues Munhoz e Rafael Munhoz Lucas Machado**, os jurados foram novamente questionados sobre da tese da defesa de desclassificação para homicídio culposo.

Os jurados, agora, negaram que o acusado agiu com culpa, na modalidade de imprudência, relativamente às outras duas vítimas **Magali Rodrigues Munhoz e Rafael Munhoz Lucas Machado**.

Ora, analisando-se os Termos de Votação dos quesitos, verifica-se insanável contradição nas respostas, uma vez que, tendo o acusado sido submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, sob a acusação de três crimes de homicídio simples, praticados em concurso formal, vale dizer, mediante uma única ação, os jurados admitiram que a mesma conduta foi, simultaneamente, culposa e dolosa, vale dizer culposa com relação a uma vítima e dolosa quanto às outras duas vítimas, embora se trate de conduta única causadora de três mortes.

Cezar Roberto Bitencourt ensina que ocorre concurso formal, quando:

**“o agente, mediante uma só conduta (ação ou omissão), pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não. Nessa espécie de concurso há unidade de ação e pluralidade de crimes. Assim, para que haja concurso formal é necessário que exista uma só conduta, embora possa desdobrar-se em vários atos, que são os segmentos em que esta se divide.”**

Continua o ilustre jurista:

**“Enfim, o que caracteriza o crime formal é a unidade de conduta, mas o que justifica o tratamento penal mais brando é a unidade do elemento subjetivo que impulsiona a ação.”** (in Tratado de Direito Penal, 9ª ed., 2004, p. 622)

**Inferese, assim, que a mesma ação praticada pelo agente não pode ser considerada ao mesmo tempo culposa e dolosa.**

**O art. 490 do Código de Processo Penal dispõe que** *“se a resposta a qualquer dos quesitos estiver em contradição com outra ou outras já dadas, o presidente, explicando aos jurados em que consiste a contradição, submeterá novamente à votação os quesitos a que se referirem tais respostas.”*

Não consta dos autos que tenha havido explicação aos jurados sobre a contradição existente entre o 4º quesito da primeira série e o 4º quesito da segunda e terceira séries (fls. 650/652, 3º vol.).

Pela norma contida no parágrafo único, do art. 564 do Código de Processo Penal, ocorre nulidade do julgamento do Tribunal do Júri, entre outras, quando houver contradição entre as respostas dadas aos quesitos, o que se verificou no caso ora em julgamento.

Sobre a nulidade absoluta do julgamento, quando se constata contradição nas respostas aos quesitos, especificamente quando os jurados reconhecem que uma mesma ação foi simultaneamente culposa e dolosa, é de ser citado o seguinte precedente do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

**“HABEAS CORPUS PREVENTIVO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. CONTRADIÇÃO NAS RESPOSTAS DOS JURADOS. ACOLHIMENTO SIMULTÂNEO DAS TESES DE DOLO EVENTUAL E CULPA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO. NULIDADE RECONHECIDA. PROVIMENTO DO RECURSO DO MP PARA SUBMISSÃO DO PACIENTE A NOVO JULGAMENTO. INCURSÃO INDEVIDA NO MÉRITO, COM A CONCLUSÃO DE SER A DECISÃO DOS JURADOS MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL**

**EVIDENCIADO. PARECER DO MPF PELA PARCIAL CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, APENAS PARA SUPRIMIR DO ARESTO O EXCESSO DECORRENTE DA ANÁLISE DO MÉRITO DO RECURSO.**

**1- Deve ser anulado o julgamento pelo Tribunal do Júri, em que evidente a contradição nas respostas aos quesitos, pois acolhidas tanto a tese de dolo eventual quanto a de homicídio culposo, que são reciprocamente excludentes.**

**2- (...)” (Grifei).**

(STJ. HC 103.384/MT, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 29/10/2009, DJe 30/11/2009)

Assim, verificada a ocorrência de contradição nas respostas dadas aos quesitos, é de rigor o reconhecimento, de ofício, da nulidade absoluta do julgamento, devendo o réu **Ladmo da Silva Miksza** ser submetido a novo julgamento pelo Tribunal do Júri da Comarca de Mandaguari.

Declarada de ofício a nulidade do julgamento, por ocorrência de contradição nas respostas aos quesitos, consistente em que os jurados admitiram que a conduta do réu foi simultaneamente culposa e dolosa, fica prejudicado o recurso de apelação do réu.

Diante do exposto, acordam os integrantes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em declarar, de ofício, a nulidade do julgamento e determinar que o réu seja submetido a novo julgamento, ficando prejudicado o recurso de apelação.

Presidiu o julgamento o senhor Desembargador **Oto Luiz Sponholz** (sem voto) e, dele participaram, votando com o relator, o senhor Desembargador **Campos Marques** e a senhora Juíza Substituta em 2º Grau **Denise Hammerschmidt**.

Curitiba, 29 de julho de 2010.



**Tribunal de Justiça do Paraná**

Agravo de Instrumento nº 403.298-0, do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - 3ª Vara da Família

Agravante: J. J. S.

Agravado: E. S. L. (Representado)

Relator Conv.: Juiz Marcos S. Galliano Daros

**AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE ALIMENTOS AJUIZADA CONTRA AVÔ PATERNO – PEDIDO PARA CHAMAR OS AVÓS MATERNS A INTEGRAREM A LIDE – POSSIBILIDADE (ARTIGO 1698 DO CÓDIGO CIVIL) – LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO ULTERIOR – RECURSO PROVIDO.**

Como não há solidariedade passiva entre os diversos obrigados a prestar alimentos, essa integração ocorre por meio de litisconsórcio facultativo ulterior, e não através de chamamento ao processo.

**VISTOS**, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº. 403.298-0, em que é agravante **J. J. S.** e agravado **E. S. L. (representado)**.

Tratam os autos de agravo de instrumento oposto contra a decisão que, em sede de ação de alimentos ajuizada pelo agravado (neto) contra o agravante (avô paterno), indeferiu pedido para chamar os avós maternos a integrarem a lide, ao fundamento de falta de prova no sentido que estes possam atender o encargo alimentício e também de que não estão a se omitir a tanto em relação ao agravado. Consta, mais, da decisão recorrida, que a citação dos demais co-obrigados só irá retardar a prestação da tutela jurisdicional, onerando ainda mais as partes envolvidas, especialmente por se estar diante do rito da Lei nº 5.478/68 (fls. 57 TJ).

Sustenta o agravante que os avós maternos têm boas condições

financeiras e também poderiam contribuir no pagamento de alimentos ao agravado, além do que a efetiva condição de uns e de outros avós para prestarem proporcionalmente a contribuição ao neto só será possível quando todos forem chamados a integrar a lide. Pede, assim, o chamamento ao processo dos avós maternos.

Pela decisão de fls. 66 a 71, foi concedida a antecipação da tutela recursal.

Processado o recurso, vieram aos autos novos documentos produzidos pelo agravante (fls. 81 a 97) e, pelo ofício de fls. 100, foram prestadas as informações pela Doutora Juíza, no sentido de cumprimento pelo agravante do disposto no artigo 526 do CPC e que a decisão recorrida foi mantida.

Em contraminuta, o agravado sustenta que os avós maternos não têm condições financeiras para suportar os alimentos, embora, segundo afirma, já o fazem. Sobre os documentos juntados pelo agravado (fls. 111 a 153), houve manifestação por parte do agravante (fls. 161 a 163).

Por fim, a douta Procuradoria Geral de Justiça pronunciou-se pelo provimento do recurso, salientando que a possibilidade econômica dos avós maternos deverá ser objeto de avaliação no curso do processo e não de servir como condição de admissibilidade para que eles integrem a relação processual.

### **É o relatório.**

### **Voto.**

A hipótese dos autos notícia o ajuizamento de ação de alimentos pelo agravado contra o seu avô paterno, aqui agravante. O pai do agravado é falecido (certidão de fls. 19).

Por opção do agravado, que conta hoje com seis anos de idade, e por isso mesmo encontra-se representado por sua mãe, a ação foi dirigida tão só contra o seu avô paterno, ao argumento de tratar-se ele de empresário bem sucedido e, portanto, com boas condições financeiras de suprir suas necessidades

alimentícias. Não há na petição inicial qualquer menção aos avós maternos (fls. 11 a 16 TJ), em coerência ao que nela se encontra posto.

Como é sabido, até mesmo porque está na lei civil, *sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos* (CC, artigo 1698).

É indiscutível, portanto, o dever de alimentar dos parentes, *extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros* (CC, artigo 1696).

O que se discute aqui, contudo, é uma questão processual que tem gerado diversas e interessantes discussões, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Estou a me referir à segunda parte do artigo 1698 do Código Civil, que diz: *sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada a ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide*.

Vê-se, pois, que o Código Civil de 2002, apesar de constituir-se num conjunto de normas materiais, trata, neste aspecto, de matéria processual, na medida em que ressaltou o chamamento à lide dos demais coobrigados, na hipótese de um só deles ter sido acionado.

É necessário pontuar, primeiramente, que a despeito da norma do artigo 1698 do Código Civil salientar que *poderão as demais (pessoas) ser chamadas a integrar a lide*, não se está diante do instituto de processo conhecido como *chamamento ao processo* (CPC, artigo 77), porque tal só é possível nas hipóteses de obrigação solidária (*inciso III*), do que aqui não se trata.

Afastada esta hipótese (de chamamento ao processo) e mesmo as demais formas de intervenção de terceiros do Capítulo VI, do Título II, do Livro I, do Código de Processo Civil, não admissíveis em procedimento sumário e em procedimento especial da natureza deste dos autos, avancemos na questão, já agora para examinar o cabimento, ou não, de litisconsórcio.

A doutrina e a jurisprudência afastam o *litisconsórcio passivo necessário* (CPC, artigo 47), na medida em que o juiz não terá que decidir a

questão uniformemente para todas as partes. Ademais, não é caso de solidariedade passiva e os avós paternos e maternos, embora obrigados, contribuirão na medida de suas possibilidades.

Para Yussef Said Cahali identificar-se-ia, aqui, *litisconsórcio passivo facultativo simples*, pois os *litisconsortes* serão considerados em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos, sem que se prejudiquem ou se beneficiem reciprocamente (art. 48 do Código de Processo Civil), com a peculiaridade de que, não pedido na inicial pelo alimentário, só se instaura por instância do devedor único demandado; e, ainda assim, a benefício do próprio autor; a fim de possibilitar a este exigir conjuntamente de todas as pessoas obrigadas a prestar alimentos o cumprimento da totalidade do encargo alimentar, concorrendo cada qual na proporção dos respectivos recursos (Dos Alimentos. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, págs. 160 e 161).

Note-se, neste passo, que o autor mencionado ressalta poder o *litisconsórcio* se instaurar por pedido do autor, na petição inicial, ou pelo único devedor contra quem se dirigiu a ação. Em nota (3a) ao artigo 1698 do Código Civil e legislação civil em vigor, de Theotonio Negrão, atualizada até 16.01.2007, pág. 460, há a seguinte referência, *verbis*: *Como não há solidariedade passiva entre os diversos obrigados a prestar alimentos, essa integração ocorre por meio de litisconsórcio facultativo ulterior, e não através de chamamento ao processo.*

Vê se, pois, que além do artigo 1698 do Código Civil ressaltar os princípios da divisibilidade e da ausência de solidariedade da obrigação alimentar, induz ao *litisconsórcio* facultativo e simples, podendo, ademais, ser ulterior.

Registro, ainda, que o *litisconsórcio*, assim como a assistência, não se constituem, na sistemática do Código de Processo Civil, em formas de intervenção de terceiros propriamente ditas, tanto que se encontram em Capítulos distintos, como neste voto já antes assinalado. Daí, mesmo sendo a ação de alimentos de rito especial, afasta-se a preocupação de indevida intervenção de terceiros e prestigia-se o princípio da divisibilidade da obrigação entre os avós paternos e maternos, na medida de suas possibilidades, a se verificar na instrução da causa.

A propósito da questão processual examinada nestes autos, veja-se a decisão proferida por este Tribunal, por sua 7ª Câmara Cível, no Agravo de

Instrumento nº 175.888-7, de Pato Branco, Relator o Desembargador Waldomiro Namur, em 30.08.2005:

***AGRAVO DE INSTRUMENTO – ALIMENTOS – AÇÃO DEDUZIDA CONTRA O PAI E AVÓS PATERNOS – HOMOLOGAÇÃO DA DESISTÊNCIA DO FEITO EM RELAÇÃO AO PAI – POSSIBILIDADE – OBRIGAÇÃO DOS AVÓS INDEPENDENTE – LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO – INEXISTÊNCIA DE SOLIDARIEDADE – DECISÃO MANTIDA – AGRAVO DESPROVIDO.***

Destarte, adequado se mostra o pedido do agravante para citação dos avós maternos, como litisconsortes passivos facultativos simples, de forma ulterior. A instrução do processo é que demonstrará as possibilidades de uns e de outros para fazer frente a obrigação alimentar que, embora divisível e não solidária, é de todos.

Por estes fundamentos, voto pelo provimento do recurso.

Diante do exposto, **ACORDAM** os Magistrados da 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por **unanimidade de votos**, em **dar provimento ao recurso**, nos termos do voto do relator.

Participaram da sessão e acompanharam o voto do Relator, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Rafael Augusto Cassetari e o Doutor Juiz Convocado D'Artagnan Serpa Sá.

Curitiba, 19 de setembro de 2007.



## Tribunal de Justiça do Paraná

Apelação Cível n.º 601.810-2, de Curitiba - 2ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas

Apelante (1): Fundação Faculdade de Filosofia, Ciência e Letras de Mandaguari - Fafiman

Apelante (2): Estado do Paraná

Apelados: Os Mesmos

Relator: Des. Joatan Marcos de Carvalho

Apelação cível (1). Honorários advocatícios. Majorados. Recurso parcialmente provido.

Apelação Cível (2). Ação de obrigação de fazer. Cadáver para estudo científico. Cursos de enfermagem e de educação física. Exigência do Conselho Nacional de Educação e do Conselho Estadual do Estado de que sejam ministradas aulas de anatomia. Direito fundamental a educação. Art. 6º Da CF. Sentença mantida. Recurso desprovido.

**Vistos**, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.º 601.810-2, da 2ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas de Curitiba, em que é apelante (1) **Fundação Faculdade de Filosofia, Ciência e Letras de Mandaguari - FAFIMAN**, apelante (2) **Estado do Paraná** e apelados **os mesmos**.

### 1. Relatório

Tratam-se de recursos interpostos contra a r. sentença (fls.257/261) que julgou procedente o pedido inicial, para determinar que o Estado do Paraná, disponibilize um cadáver e demais peças anatômicas a Faculdade FAFIMAN atendendo a determinação do Conselho Nacional de Educação e do Conselho Estadual de Educação.

Em razão da sucumbência, condenou o Estado do Paraná ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, estes fixados

em R\$ 600,00 (seiscentos reais), nos termos do art. 20, §4º do CPC.

A apelante (1) Fundação Faculdade de Filosofia, Ciência e Letras de Mandaguari – FAFIMAN, em suas razões recursais (fls. 264/266), pugnou pela majoração da verba honorária, vez que o valor fixado afronta o disposto no art. 20, § 3º do CPC. Por fim, pleiteou o pré-questionamento do mencionado artigo.

O apelante (2) Estado do Paraná, em suas razões recursais (fls. 268/273), alegou que a r. sentença afronta o art. 2º da Lei 8501/92, o qual autoriza a utilização de cadáver somente para o curso de medicina, sendo que deve ser dada interpretação restritiva a tal dispositivo legal. Requereu a reforma da sentença e, conseqüentemente, a revogação da tutela antecipada e a inversão do ônus de sucumbência.

Contrarrazões às fls. 270/280 e 282/286.

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento dos recursos (fls.298/302).

Em síntese, é o relatório.

## 2. Fundamentação

Recebo os recursos de apelação porque presentes os pressupostos de admissibilidade intrínsecos (legitimidade, interesse, cabimento e inexistência de fato impeditivo e extintivo), e extrínsecos (tempestividade e regularidade formal e preparo).

Inicialmente, passo a análise do recurso de apelação interposto pelo Estado do Paraná em virtude das matérias discutidas.

### **Do recurso de apelação (2)**

O apelante (2) Estado do Paraná alega que a r. sentença afronta o art. 2º da Lei 8501/92, a qual autoriza a utilização de cadáver para estudo somente para o curso de medicina.

Com efeito, a Lei 8501/92 autoriza a utilização de cadáveres para fins de estudos ou pesquisas científicas para as escolas de medicina, nada dispondo quanto às demais escolas, senão vejamos:

*Art. 2º O cadáver não reclamado junto às autoridades públicas, no prazo de trinta dias, poderá ser destinado às escolas de medicina, para fins de ensino e de pesquisa de caráter científico.*

Todavia, sabe-se que para o ensino de Anatomia Humana em uma universidade ou faculdade, a utilização de cadáveres, é indispensável para a própria formação profissional na área da saúde.

Na realidade, não só o curso de Medicina esteia-se sobre conhecimentos de Anatomia Humana, mas, também, os cursos de Odontologia, Enfermagem, Fisioterapia, Educação Física, Fonoaudiologia, Biomedicina, Farmácia, Nutrição e outras relacionadas às ciências da saúde, mantendo-se a perspectiva, em primeiro lugar, das grandes diferenças quanto ao enfoque, o volume e o nível de aprofundamento dos conhecimentos de Anatomia necessários ao ensino e a prática das diferentes ciências e profissões de Saúde.

Ademais, o Projeto de Lei 1104/2007 prevê a ampliação do uso de cadáveres para os demais cursos da área de saúde, senão vejamos:

*Art. 2º - “O cadáver não reclamado junto às autoridades públicas, no prazo de 20 dias, poderá ser destinado às escolas de medicina, odontologia, farmácia, enfermagem, fisioterapia, educação física, fonoaudiologia, nutrição, para fins de ensino e de pesquisa de caráter científico”.*

Por outro lado, o Estado do Paraná promulgou a Lei Estadual no 15.471, publicado no Diário Oficial Nº 7451 de 16/04/2007, onde criou o Conselho Estadual de Distribuição de Cadáveres, autorizou a distribuição de cadáveres para todas as instituições de Ensino Superior Estaduais e Particulares, que possuam em seus currículos as disciplinas de Anatomia e/ou Pesquisas Científicas em Cadáveres. Veja-se:

*“Art. 1º Fica o Poder Executivo, através da Secretaria de Estado*

*de Ensino Superior, Ciência e Tecnologia, autorizado a instituir o “Conselho Estadual de Distribuição de Cadáveres”, que terá a finalidade de fazer a distribuição de cadáveres não identificados, não reclamados ou doados, para todas as Instituições de Ensino Superior Estaduais e Particulares, que possuam em seus currículos as disciplinas de Anatomia e/ou Pesquisas Científicas em Cadáveres”. (Grifei).*

Não se questiona que o direito à educação é um direito constitucional, que deve ser assegurado, conforme afirmado pelo Excelentíssimo Des. José Maurício Pinto de Almeida quando do julgamento do agravo de instrumento, interposto contra a decisão que concedeu tutela antecipada; *ipsis literis*:

*“Assim, outra conclusão não se pode chegar se não à de prevalecer o direito à educação da forma mais completa, e que se propicie aos estudantes o pleno desenvolvimento e aptidão profissional, pois, como bem ressaltado no parecer da douta PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA, essa é uma garantia constitucional, como se lê nos artigos 205 e 206, II, da CF, que prevêem:*

*“Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.*

*(...)*

*Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios.*

*II. liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber”.*

Assim, ao revés do alegado pelo Estado do Paraná, a Lei 8501/92 deve ser interpretada com base nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, isonomia, facultado pelas disposições constitucionais elencadas.

De indagar-se o que poderia justificar outra restrição ao pleito da autora (FAFIMAN), para além das questões já consideradas.

Tal resposta pode ser apropriada de Luísa Neto, de sua obra “O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo (A Relevância da Vontade na Configuração do seu Regime):

*“Com a finalidade de investigação no âmbito judiciário, admite-se hoje – ou melhor, impõe-se – a autópsia para a apuração da causa mortis por indícios de violência, suspeita de crime e, ainda em fase mais recente, por eventual ocorrência de doença profissional, para os efeitos próprios do direito infortunístico. E aqui percebe-se que são precisamente estes valores a impor a eventual restrição ao direito de disponibilidade post mortem”. (Editora Coimbra, Coimbra, 2004, pg. 840)”*

E, ainda:

*“O facto é que a projecção do respeito devido à pessoa humana se deve fazer sentir na utilização que possa ser considerada do próprio cadáver, mantendo o respeito que lhe é devido e à próprio pietas familiar”*

Por tais razões, a r. sentença deve ser mantida por seus próprios fundamentos e as aqui elencadas.

### **Do recurso de apelação (1)**

A apelante (1) Fundação Faculdade de Filosofia, Ciência e Letras de Mandaguari – FAFIMAN pleiteou a majoração dos honorários advocatícios, os quais foram fixados em R\$ 600,00 (seiscentos reais).

Nas contrarrazões o apelante (2) Estado do Paraná alegou ilegitimidade da parte para postular majoração da verba de sucumbência pugnando pela manutenção da r. sentença.

Quanto à legitimidade para postular a majoração da verba de sucumbência, tanto a parte autora quanto o próprio advogado tem legitimidade para postular a majoração dos honorários, bem como proceder na sua execução.

Neste sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

**“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. LEGITIMIDADE, TANTO DA PARTE COMO DO PATRONO PARA RECORRER DA SENTENÇA COM RELAÇÃO À FIXAÇÃO DA CITADA VERBA. PRECEDENTES. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM, PREJUDICADA A ANÁLISE DA ELEVAÇÃO DA VERBA ADVOCATÍCIA.**

1. Recurso especial contra acórdão que decidiu que a legitimidade para buscar a majoração dos honorários advocatícios seria do advogado por meio de recurso oposto em nome próprio e não através da parte vencedora na demanda, já que não ocorreu sucumbência desta na lide.

2. O Superior Tribunal de Justiça possui vastidão de precedentes no sentido de que: “É certo que o art.23 da Lei nº 8.906/94, que cuida do Estatuto da Advocacia, confere ao advogado o direito autônomo para executar a sentença na parte referente aos honorários de sucumbência. Isso não quer dizer, todavia, que fica excluída a legitimidade da própria parte para executar os honorários do seu patrono, mormente não havendo entre eles qualquer conflito.” (ERESP nº 134778/MG, 2ª Seção, DJ de 28-4-2003)

“Conforme entendimento pacífico desta Corte, tanto a parte como o advogado têm legitimidade para recorrer da decisão, no que diz respeito à verba honorária.” (AgRg no Resp nº 432222/ES, 3ª Turma, DJ de 25-4-2005). “O advogado, na condição de terceiro interessado, tem legitimidade para recorrer de parte da sentença onde fixados os honorários.” (Resp no 724867/MA, 4ª Turma, DJ de 11-4-2005)

(...)

4. Recurso especial parcialmente provido, reconhecendo a legitimidade do advogado para recorrer da parte da sentença relativa à verba honorária e, em consequência determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que seja apreciada a questão relativa à elevação dos honorários advocatícios.” (Resp 834100/PR, 1ª Turma, Rel. (Resp 834100/PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ. 26-06-2006) (grifei).

Em relação ao valor dos honorários, assiste razão a apelante, vez que a verba honorária fixada na r. sentença (R\$ 600,00) apresenta-se irrisória e não remunera de forma justa o trabalho profissional, devendo, pois, ser modificada.

Ressalta-se que a verba honorária não pode ser fixada em valor irrisório, sob pena de ofender a dignidade profissional do advogado.

Assim, deve-se levar em consideração o zelo e a dedicação com que atuou o advogado.

Desta forma, com base no art. 20, § 4º elevo a verba honorária para R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) por entender que melhor reflete o trabalho prestado pelo advogado.

Diante do exposto, voto no sentido de dar parcial provimento a apelação cível (1) e negar provimento a apelação cível (2).

### 3. Decisão

**ACORDAM** os integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por **unanimidade** de votos, em dar parcial provimento ao recurso de apelação cível (1) e negar provimento a apelação cível (2).

Participaram da sessão e acompanharam o voto do Relator os Excelentíssimos Senhores Desembargadores ANTENOR DEMETERCO JUNIOR (Presidente) e D'ARTAGNAN SERPA SA.

Curitiba, 23 de abril de 2010.



## **LINGUAGEM FORENSE**



## Dicas de Linguagem

Albino de Brito Freire.

Juiz aposentado, é membro da Academia Paranaense de Letras.

1. *Chassi, croqui e sursis*. As três palavras derivam do francês. Por que, então, as duas primeiras foram adaptadas ao português e a terceira, não? *Sursis*, que significa suspensão condicional da pena, poderia, segundo Napoleão Mendes de Almeida, virar *sursi*, fazendo o plural “*sursis*”. *Chassi*, no singular, faz plural “*chasis*”. *Croqui*, no singular, faz plural *croquis*.

2. “*Dois carros bateram na Rua XV.*” É assim que a gente lê e escuta no rádio e na TV. O correto é: “*Dois carros se bateram...*” ou “*Dois carros se chocaram...*”

3. *Dossiê* = (do francês *dossier*) = conjunto de documentos que revelam a vida de um ou mais indivíduos.

4. “*Nomeia seus bastante procuradores.*” Errado. “Bastante” é adjetivo, nesse caso, e deve, assim, concordar com o substantivo a que se refere (procuradores). Logo, deve-se dizer: “*Nomeia seus bastantes procuradores.*”

5. “A atuação da defesa deixou muito *à desejar*.” O problema está no acento grave indevido no “a”, antes do infinitivo. O certo é: ... *a desejar, a recorrer, a partir* (sem acento grave).

6. “*Bilis*” ou “*bile*”? Ambas as formas são corretas. Diz-se também “*fel*”, na linguagem popular.

7. “*Sentença vergastada*”. Muitos juristas usam essa expressão para designar “sentença recorrida”. Não tem sentido. *Vergastar* significa açoitar com vara verde (flexível)... A sentença estaria sendo “*açoitada com vara verde*”... A propósito, é bom não esquecer que a Justiça é instrumento de pacificação social. Assim, não é de bom tom usar termos bélicos para referir-se a institutos e procedimentos jurídicos, como: *guerrear, hostilizar, vergastar, contender, conflitar* etc. Se a moda pega, vamos transformar o Tribunal em campo de batalha, talvez na

“*Magna Praça de Duelos e Outros Combates*”...

8. *Modus agendi* (= modo de agir) é uma forma estereotipada, usada normalmente no singular. O plural seria *modi agendi*, mas soa esquisito. Se for preciso usar o plural, faça-o em bom português: “os diversos modos de agir”. Temos também a forma latina *modus operandi*, com o mesmo sentido, ou quase.

9. *Pseudofalências*. Ouvimos na TV: pseudas falências... Ora, *pseudo* é um prefixo e, portanto, inalterável. E usa-se hífen somente quando o vocábulo a que se liga iniciar pela vogal “o”, ou por “h”. Ex.: *pseudo-occipital*, *pseudo-homem*. Sem hífen: *pseudobispo*, *pseudofobia*, *pseudorrainha*, *pseudosatélite*.

10. *Higidez e rigidez*. Não confundir: *higidez* é qualidade de hígido (sadio); *rigidez* é qualidade de rígido (rijo, duro).

11. a) *Indigitado* = apontado, indicado.

b) *Avaro* = (pronuncie “aváro”) = avarento, o popular “unha de fome”.

12. “O bandido *possue* uma cobertura em São Paulo.” O certo é “*possui*” (com “i”).

13. “O réu namorava *com* uma loira, fazia dois anos.” O verbo *namorar* é transitivo direto: *namorar alguém*. Mas, apesar da resistência dos puristas, alguns escritores entendem que a forma “namorar com” é moldada em “casar com” e “noivar com” e, por isso, legítima. De qualquer modo, desaconselhamos o uso dessa última regência fora do âmbito coloquial.