

REVISTA  
JUDICIÁRIA  
DO PARANÁ



# REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ

Diretor  
Joatan Marcos de Carvalho

Editor  
Luiz Fernando de Queiroz

8

[www.revistajudiciaria.com.br](http://www.revistajudiciaria.com.br)

# FICHA TÉCNICA

**Revista Judiciária do Paraná**

Ano IX, n. 8, Novembro 2014

Amapar – Associação dos Magistrados do Paraná

[www.revistajudiciaria.com.br](http://www.revistajudiciaria.com.br)

**Periodicidade:** Semestral (novembro e maio)

**Revisão:** Dulce de Queiroz Piacentini – Karla Pluchiennik M. Tesseroli –

Luiz Fernando de Queiroz – Noeli do Carmo Faria

**Diagramação:** Josiane C. L. Martins

**Produção Editorial:** Geison de Oliveira Rodrigues – Pollyana Elizabeth Pissaia

**Produção Gráfica:** Jéssica Regina Petersen

**Distribuição:** Ana Crissiane M. Prates – Lianara de Simas de Mattos – Maria Julieta da S. Santos

**Capa:** Priory

**Projeto Gráfico:** BPM Multi

[www.amapar.com.br](http://www.amapar.com.br)

**Tiragem desta Edição:** 5 000 exemplares

**Local de Publicação:** Curitiba, Paraná, Brasil

**Edição, Publicação e Distribuição**

Editora Bonijuris Ltda.

Rua Mal. Deodoro, 344 – 3º andar

80010-010 Curitiba, PR, Brasil

(41) 3323-4020

[www.bonijuris.com.br](http://www.bonijuris.com.br)

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)  
Index Consultoria em Informação e Serviços Ltda.

Revista Judiciária do Paraná / Associação dos Magistrados do  
Paraná.— v. 1, n. 1— (jan. 2006)— . — Curitiba :  
AMAPAR, 2006.

Semestral

ISSN 2316-4212

1. Poder Judiciário – Paraná. 2. Juízes – Paraná.

CDD (20. ed.) 347.8162

CDU (2. ed.) 347.96(816.2)

IMPRESSO NO BRASIL/PRINTED IN BRAZIL

# Revista **Judiciária** do Paraná

## **Conselho Executivo**

### ***Presidente***

Frederico Mendes Junior

### ***Diretor***

Joatan Marcos de Carvalho

### ***Membros***

Denise Krüger Pereira

Evandro Portugal

Fernanda Karam de Chueiri Sanches

Rosana Andriguetto de Carvalho

## **Editor Responsável**

Luiz Fernando de Queiroz

## **Conselho Editorial**

Albino de Brito Freire

Anita Zippin

Cláudia Lima Marques

Clèmerson Merlin Clève

Edson Ferreira Freitas

Fernando Antônio Prazeres

Francisco de Oliveira Cardoso

Ives Gandra da Silva Martins

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Jorge de Oliveira Vargas

José Laurindo de Souza Netto

José Sebastião Fagundes Cunha

José Wanderlei Rezende

Juarez Cirino dos Santos

Laurentino Gomes

Luiz Edson Fachin

Luiz Fernando Tomasi Keppen

Manoel Caetano Ferreira Filho

Mário Frota

René Ariel Dotti

Ricardo Hasson Sayeg

Roberto Portugal Bacellar

Teresa Arruda Alvim Wambier

### **Patrocínio**

UEGA – Usina Elétrica a Gás de Araucária  
SINDSEG-PR/MS – Sindicato das Empresas de Seguros Privados, de Resseguros, de  
Previdência Complementar e de Capitalização nos Estados do Paraná e do  
Mato Grosso do Sul  
COPEL – Companhia Paranaense de Energia Elétrica  
CAIXA – Caixa Econômica Federal

### **Apoio e Webdesign:**

Escola Judicial da América Latina ([www.eja.org](http://www.eja.org))  
Rede Latino-americana de Juízes – Redlaj ([www.redlaj.net](http://www.redlaj.net))

# AMAPAR

## Associação dos Magistrados do Paraná

### Diretoria

*Presidente* Frederico Mendes Junior, *1º Vice-Presidente* Nilce Regina Lima, *2º Vice-Presidente* Laryssa Angélica Copack Muniz, *3º Vice-Presidente* Aurênio José Arantes de Moura, *4º Vice-Presidente* Luiz Taro Oyama, *5º Vice-Presidente* João Maria de Jesus Campos Araújo, *6º Vice-Presidente* Geraldo Dutra de Andrade Neto, *1º Secretário* Márcio José Tokars, *2º Secretário* Roberto Antonio Massaro, *1º Tesoureiro* César Ghizoni, *2º Tesoureiro* Michela Vechi Saviato, Eduardo Casagrande Sarrão, Diego Santos Teixeira, Nicola Frascati Junior, *Diretores Executivos* Fábio André Santos Muniz, Fernando Bueno da Graça, Noeli Salete Tavares Reback, Antonio Lopes de Noronha Filho, Luiz Fernando Tomasi Keppen, *Apoio e Valorização ao Magistrado* Sigurd Roberto Bengtsson

### Departamentos

*Segurança* Leonardo Bechara Stancioli, *Boas Práticas* Joeci Machado Camargo, *Aposentados* João Maria de Jesus Campos Araújo, *Assuntos Institucionais* Carlos Henrique Licheski Klein, *Assuntos Legislativos* Glauco Alessandro de Oliveira, *Assuntos Legislativos* Antônio José Carvalho da Silva Filho, *Assuntos Previdenciários* Marcos Antonio da Cunha Araujo, *Diretor Comunicação Social* Rogerio Ribas, *Diretor Comunicação Social* Marcelo Pimentel Bertasso, *Convênio* Francisco Carlos Jorge, *Cultural – Diretor* Noeval de Quadros, *Cultural – Membros* Ivanise Maria Tratz Martins, Flavia da Costa Viana, Fernanda Karam de Chueiri Sanches, Osvaldo Canela Junior, *Divulgação e Revista* Joatan Marcos de Carvalho, *Esportes* Davi Pinto de Almeida, *Atletismo* Roger Vinicius Pires de Camargo Oliveira, *Atletismo* Shaline Zeida Ohi Yamaguchi, *Futebol* Davi Pinto de Almeida, *Esporte Feminino* Fernanda Karam de Chueiri Sanches, *Informática* Rui Portugal Bacellar Filho, *Integração – Curitiba, RMC e Litoral* Bruna Cavalcanti de Albuquerque Zandomeneco, *Integração – Interior* Marcelo Pimentel Bertasso, *Jurídico* Antonio Mansano Neto, *Direitos Humanos* Sérgio Luiz Kreuz, *Memória e Arquivo* Chloris Elaine Justen de Oliveira, *Mútua* Themis Almeida Furquim Cortes, *Obras – Diretor* Fernando Ferreira de Moraes, *Obras – Vice-Diretor* Luiz Carlos Bellinetti, *Ouvidoria* Suzana Massako Hiram Loreto de Oliveira, *Patrimônio* Marco Vinicius Schiebel, *Pensionistas* Marília de Oliveira Viel, *Planejamento Estratégico* Wellington Emanuel Coimbra de Moura, *Recursos Humanos* Erick Antonio Gomes, *Sersocial – Diretor* Joel Pugsley, *Sersocial – Membros* José Luiz Dosciatti, Gilberto Ferreira, Raul Luiz Gutmann, André Carias de Araújo, *Social – Diretora* Beatriz Fruet de Moraes, *Vice-Diretora* Ana Paula Kaled Accioly Rodrigues da Costa, *Vice-Diretora* Andrea Fabiane Groth Busato, *Tênis – Diretor* Wilson José de Freitas Junior, *Tênis – Diretor* André Carias de Araujo

## **Sedes**

*Colombo – Diretor José Luiz Dosciatti, Foz do Iguaçu – Diretor Geraldo Dutra de Andrade Neto, Foz do Iguaçu – Vice-Diretor Wendel Fernando Brunieri, Guaratuba – Diretor João Maria de Jesus Campos Araújo, Guaratuba – Vice-Diretor Marcos Antonio da Cunha Araújo, Londrina – Diretor Ademir Ribeiro Richter, Maringá – Diretor Antonio Mansano Neto, Maringá – Vice-Diretor José Camacho Santos, Pilarzinho – Diretor Leomir Binhara de Mello, Pilarzinho – Vice-Diretor Romero Tadeu Machado, Piraquara – Diretor Nelson França Pereira, Piraquara – Vice-Diretor Davi Pinto de Almeida, Ponta Grossa – Diretora Noeli Salete Tavares Reback, Ponta Grossa – Vice-Diretora Heloisa da Silva Krol*

## **Conselho Fiscal**

*Presidente Jederson Suzin, Membros Jeane Carla Furlan, Giovanna Rechia de Sá, Jurema Carolina da Silveira Gomes, Marcel Ferreira dos Santos, Marcos Antônio de Souza Lima, Ricardo Henrique Ferreira Jentzsch, Ricardo Luiz Gorla, Walter Ligeiri Junior, Beatriz Fruet de Moraes, Branca Bernardi, Suplentes Fabrício Voltaré, Juliano Albino Mânica, Marcelo Quentin*

## **Comissão de Prerrogativas**

*Presidente Carlos Eduardo Mattioli Kockanny, Membro da Comissão Carlos Henrique Licheski Klein, Membro da Comissão Alexandre Gomes Goncalves, Membro da Comissão Oswaldo Soares Neto, Membro da Comissão Ariel Nicolai Cesa Dias*

## **EMAP**

*Diretor Geral Francisco Cardozo Oliveira, Supervisor Pedagógico Lourenço Cristóvão Chemim, Coord. Geral de Cursos Rodrigo Fernandes Lima Dalledone, Curitiba – Diretor Daniel Ribeiro Surdi de Avelar, Curitiba – Vice-Diretor Eduardo Novacki, Cascavel – Diretor Leonardo Ribas Tavares, Cascavel – Vice-Diretora Filomar Helena Perosa Carezia, Foz do Iguaçu – Diretor Wendel Fernando Brunieri, Foz do Iguaçu – Vice-Diretor Marcos Antonio de Souza Lima, Londrina – Diretor Rodrigo Afonso Bressan, Londrina – Vice-Diretor José Ricardo Alvarez Vianna, Maringá – Diretor Fabio Bergamin Capela, Ponta Grossa – Diretor Hélio César Engelhardt, Ponta Grossa – Vice-Diretor Gilberto Romero Perieto*

## **JUDICEMED**

*Presidente Frederico Mendes Junior, Vice-Presidente Luciano Carrasco Falavinha Souza, Diretor Financeiro Luís Carlos Xavier, Diretor Administrativo Nicola Frascati Junior, Conselho Fiscal – Presidente Stewalt Camargo Filho, Conselho Fiscal – Membros Rui Antonio Cruz, José Candido Sobrinho, Conselho Fiscal – Suplente Michela Vecchi Saviato, Antonio Renato Strapasson, Hayton Lee Swain Filho, Conselho Gestor Shiroshi Yendo, Antonio Loyola Vieira*

## **Associação dos Magistrados do Paraná**

**[www.amapar.com.br](http://www.amapar.com.br)**

Av. Cândido de Abreu, 830 – Centro Cívico

CEP: 80.530-000 – Curitiba – Paraná

Fone: (41) 3017-1600 / (41) 3017-1623

# SUMÁRIO

## 13 APRESENTAÇÃO

Fruto de um Esforço Coletivo  
**JOATAN MARCOS DE CARVALHO**

---

## ANÁLISE

### 17 As Mudanças da Nova Lei do Divórcio em Matéria de Dissolução do Casamento **INACIO DE CARVALHO NETO**

---

## DOCTRINA

### 59 A Missão Transformadora da Jurisprudência **RENÉ DOTTI** **ROGÉRIA DOTTI**

### 79 Inteligência do Artigo 146 do CTN no Regime Jurídico do ISS de Sociedades de Profissionais Liberais **IVES GANDRA DA SILVA MARTINS**

### 105 A Moeda de Um Só Lado **GILBERTO FERREIRA**

### 111 La Responsabilidad Penal de los Proveedores de Servicios en Internet por la Distribución de Contenidos Ilícitos – Una Reflexión Inicial sobre el Régimen Español y el Brasileño **ALFONSO GALÁN MUÑOZ**

- 141 **O Requisito de Três Anos de Atividade Jurídica ao Ingresso na Carreira da Magistratura**  
**JOSÉ MAURÍCIO PINTO DE ALMEIDA**
- 161 **A Judicialização do Dano Moral e as Relações Jurídicas com o Sistema Bancário**  
**ANTÔNIO CARLOS EFING**  
**GUILHERME MISUGI**
- 177 **Interesse de Agir na Ação de Prestação de Contas em Face de Conta-Corrente Bancária**  
**EDGARD FERNANDO BARBOSA**
- 195 **Violencia Contra La Mujer: Victimología, Perspectivas Normativas Y Jurisprudenciales Comparadas del Derecho Brasileño y del Derecho Español**  
**RAPHAELLA BENETTI DA CUNHA RIOS**
- 219 **Das Relações entre o Direito e a Moral**  
**FABIANA SILVEIRA KARAM**
- 239 **A Função Normativa da Coerência**  
**FERNANDO ANDREONI VASCONCELLOS**
- 249 **Existe Ilícito Penal Tributário Decorrente da Guerra Fiscal?**  
**ALESSANDRO SILVERIO**
- 263 **A Exclusão do Condômino Antissocial é um Pedido Juridicamente Possível no Ordenamento Jurídico Brasileiro?**  
**LEONARDO AGOSTINI**

## **EM DESTAQUE**

- 285 **O Juiz Múltiplo – Sociólogo, Psicólogo, Gestor, Comunicador, Cidadão, Membro de Família, Conciliador e Agente de Poder**  
**DIRCEU GOMES MACHADO FILHO**
- 295 **«Datissima Venia» ...**  
**ALBINO FREIRE**
- 299 **Por uma APAC Paranaense**  
**BRANCA BERNARDI**
- 

## **JURISPRUDÊNCIA**

- 304 **Súmulas do TJPR**



# APRESENTAÇÃO

## Fruto de um Esforço Coletivo

**T**odos que têm ou já tiveram a oportunidade de vincular-se a uma publicação periódica ou unitária sabem que cada livro ou edição que vem a lume tem a sua própria história. Não poderia ser diferente com o número 8 da Revista Judiciária do Paraná. Os nossos leitores, que vêm acompanhando a revista nessa sua segunda fase, puderam constatar a sua evolução, especialmente a partir do número 4, que teve modificado o seu projeto editorial e passou a oferecer uma composição gráfica esmerada. Desde então a RJP vem mantendo uma qualidade que é objeto de elogios por grande número dos mais de quatro mil leitores que a recebem gratuitamente. Manter e melhorar a qualidade editorial e a dispendiosa distribuição do nosso periódico só tem sido possível graças ao apoio de muitos colegas, amigos e instituições. Nos números anteriores tivemos oportunidade de agradecer mais especificamente àqueles que nos auxiliaram a conservar ativa e pujante a nossa revista. Nesta oportunidade se faz obrigatório agradecer as gentis e oportunas contribuições de nossos patrocinadores, UEGA – Usina Elétrica a Gás de Araucária e SINDSEG – Sindicato das Empresas de Seguros do Paraná e do Mato Grosso do Sul; e, também, o suporte que nos tem sido ofertado pela Copel, Caixa Econômica Federal e Itaipu Binacional. Somos gratos, também, ao apoio incondicional e participativo que vimos recebendo do nosso presidente, Dr. Frederico Mendes Júnior, que ao tempo que delega autonomia direcional ao Departamento da Revista, igualmente participa ativa e decisivamente para a consolidação de sua continuidade. Semelhante apoio temos recebido do Dr. Francisco Cardoso de Oliveira, diretor da EMAP – Escola da Magistratura do Paraná, e do Des. José Sebastião Fagundes Cunha, que nos tem auxiliado com a veiculação da RJP *online*. Não é demais agradecer sempre aos eminentes membros do nosso Conselho Editorial, aos

nossos autores e aos muitos colegas que nos têm apoiado, bem assim aos funcionários da AMAPAR, EMAP e TJPR. É oportuno esclarecer que a RJP também pode ser facilmente consultada por meio digital através do endereço [www.revistajudiciaria.com.br](http://www.revistajudiciaria.com.br). O *site*, além dos números anteriores, que podem ser baixados, contém *links* para outras publicações e informações gerais sobre a revista. Muito embora a AMAPAR venha publicando revistas jurídicas desde 1974, foi com a recente associação à Editora BONIJURIS e com o empenho pessoal de seu diretor, Dr. Luiz Fernando de Queiroz, que agregamos a esta tradição a qualidade que vem inserindo a RJP no cenário das letras jurídicas nacionais. Contudo, pretendemos seguir adiante e temos projeto de ampliação do nosso Conselho Editorial, de reelaboração do nosso *site* e de contínua melhoria da qualificação da revista junto à Capes. Para tanto, esperamos continuar contando com o apoio de todos, para que cada vez mais a RJP satisfaça os anseios dos nossos associados e leitores.

Curitiba, novembro de 2014.

**Joatan Marcos de Carvalho**  
Diretor

# ANÁLISE



# AS MUDANÇAS DA NOVA LEI DO DIVÓRCIO EM MATÉRIA DE DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

**INACIO DE CARVALHO NETO\***

Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo – USP

## RESUMO

*O texto traz comentários aos aspectos civis da nova Lei do Divórcio, Projeto de Lei 5.432/13, o qual pretende regulamentar a Emenda Constitucional 66/10, que alterou a redação do § 6º do art. 226 da Constituição Federal, suprimindo a separação judicial e os prazos para o divórcio. O texto comenta cada um dos artigos alterados pelo citado projeto (limitado ao direito civil), com análise da doutrina e da jurisprudência que justificaram a alteração pretendida.*

## ABSTRACT

*The text comments the civilian aspects of the new Divorce Law, Bill 5.432/13, which intends to regulate the Constitutional Amendment 66/10, that altered the wording of § 6º of art. 226 of the Federal Constitution, by abolishing the legal separation and the deadlines for the divorce. The text comments each one of the altered articles by the cited bill (limited to Civil Law), with analysis of the doctrine and jurisprudence that justified the desired change.*

### \* Outras qualificações do autor

*Especialista em Direito pela Universidade Paranaense – Unipar. Mestre em Direito Civil pela Universidade Estadual de Maringá – UEM. Pós-Doutorando em Direito Civil pela Universidade de Lisboa–Portugal. Professor de Direito Civil na Escola do Ministério Público, na Escola da Magistratura do Paraná e na FAPI. Promotor de Justiça no Paraná. Autor dos livros (entre outros): Novo divórcio brasileiro: teoria e prática, pela ed. Juruá, em 12. ed.; Abuso do direito, pela ed. Juruá, em 5. ed.; Responsabilidade civil no direito de família, pela ed. Juruá, em 5. ed.; Curso de direito civil: teoria geral do direito civil, v. 1 (em 3. edição) e 2, pela ed. Juruá; Direito sucessório do cônjuge e do companheiro, pela ed. Método; Direito civil: direito das sucessões, v. 8, pela ed. Revista dos Tribunais; e de diversos artigos publicados em diversas revistas jurídicas.*

## 1. Introito

Desde a promulgação da Emenda Constitucional 66, em julho de 2010, a doutrina e a jurisprudência vêm se debatendo com questões básicas por ela suscitadas, dentre as quais a principal, sem dúvida, é esta: existe ainda a separação judicial no Brasil?<sup>1</sup>

Este e outros tantos questionamentos têm sido frequentemente colocados, e só por meio de uma regulamentação legal poderão ser definitivamente resolvidos, tendo em vista a extrema laconicidade da citada emenda, que se limitou a alterar a redação do § 6º do art. 226 da Constituição Federal, nestes termos simples: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”

Urge, portanto, a edição de uma nova Lei do Divórcio<sup>2</sup>, para adaptar o texto legal à nova ordem constitucional inaugurada pela Emenda 66/10, regulando as diversas questões por ela suscitadas e respondendo aos questionamentos frequentes a respeito dessas novas questões.

Foi por isso que propusemos ao deputado federal Hidekazu Takayama o texto adiante comentado, que foi por ele proposto na Câmara dos Deputados como o Projeto de Lei 5.432/13.

Segue, adiante, uma análise do texto do projeto de lei que pretende se tornar a nova Lei do Divórcio, regulamentando a disposição lacônica introduzida pela Emenda Constitucional 66/10, em substituição à Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, projeto dos então senadores Nelson Carneiro e Accioly Filho, que foi aprovada logo após a Emenda 9, de 28 de junho de 1977, a qual introduziu o divórcio no Brasil.

Ao contrário do que se fez naquela época, contudo, aqui não se pretende revogar o Código Civil para tratar do assunto em lei à parte, opção esta que foi bastante criticada pela doutrina da época. Entendemos mais correto e louvável a inserção da matéria dentro do próprio Código Civil, mantendo a higidez da obra de Miguel Reale, mudando apenas a redação dos artigos que precisam ser alterados para nele figurar a matéria do novo divórcio, à luz do que determina a nova norma constitucional.

É neste sentido que se pretende alterar os arts. 1.571 a 1.577 e revogar o inciso III do art. 1.571, o § 3º do art. 1.572, o parágrafo único do art. 1.573, o parágrafo único do art. 1.576, o parágrafo único do art. 1.577, e os arts. 1.578, 1.580, 1.581 e 1.582. Em suma, pretende-se dar nova estrutura a todo o capítulo do Código Civil que trata da dissolução do casamento (a começar pelo seu próprio título, agora impróprio), para adaptá-lo à nova norma constitucional do divórcio.

Também neste sentido, pretende-se alterar a redação dos arts. 1.120 a 1.124-A do Código de Processo Civil (também começando pelo seu próprio título), acrescentando-lhe o art. 1.102-D e o respectivo capítulo (inserto no âmbito dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa), para regulamentar apropriadamente o processo do novo divórcio, permitindo-se então a revogação do que ainda havia restado em vigor da antiga Lei do Divórcio, que só havia sido revogada pelo Código Civil em sua parte material, permanecendo em vigor até o momento a sua parte processual. Esta parte processual do projeto, contudo, não será comentada neste texto, merecendo um texto específico.

Faz-se necessário modificar, também, a redação do art. 1.584, inc. I, do Código Civil, que trata da guarda dos filhos incapazes, e dos arts. 1.695, 1.700, 1.701, 1.702, 1.703, 1.707 e 1.708, todos do Código Civil, que tratam dos alimentos, também com o objetivo de adaptá-los ao novo tratamento do divórcio.

Aproveita-se o ensejo para projetar a alteração do art. 1.601, para restaurar a boa doutrina do Código Civil de 1916, que estabelecia prazo decadencial para a ação de impugnação de paternidade e a exclusividade da ação pelo marido da mãe; e o art. 1.723, § 1º, do Código Civil, retirando dele a referência à separação de fato como permissivo para a caracterização da união estável, já que esse dispositivo, além de inconstitucional (por ferir o princípio constitucional de proteção à família monogâmica), cria uma grande disparidade entre a união estável e o casamento, conferindo àqueles direitos não permitidos a este, o que também contraria a norma do art. 226, § 3º, *in fine*, da Constituição Federal.

No mesmo sentido, o art. 100, inc. I, do Código de Processo Civil, que confere à mulher privilégio de foro para as ações de separação, conversão em divórcio e anulação do casamento, não está mais em consonância com a igualdade constitucional entre homem e mulher, pelo que também deve ser revogado. Esta questão, por se tratar de matéria processual, não será neste texto comentada.

E, por fim, ainda se pretende a revogação do art. 1.520 do Código Civil, que permite a dispensa da idade núbil para o casamento, a uma, porque este dispositivo já está em parte sem eficácia, ante a revogação dos incisos VII e VIII do art. 107 do Código Penal pela Lei 11.106/05; e a duas, porque, mesmo na parte em que ele ainda tem eficácia, é absolutamente injustificável a autorização para casamento antes de 16 anos, ainda que haja gravidez.

Cada uma dessas alterações será minuciosamente comentada abaixo, devidamente justificada, inclusive com indicação da doutrina e/ou da jurisprudência que lhe servem de base. Mas este texto se limita à parte relativa à dissolução do casamento, deixando as demais partes para um comentário futuro.

## 2. Dissolução do casamento

No capítulo do Código Civil que trata da dissolução do casamento, pretende o projeto alterar os artigos do Código Civil a seguir transcritos e comentados, comparando a redação atual com a redação do projeto:

### Redação atual

#### CAPÍTULO X

Da Dissolução da Sociedade e do Vínculo Conjugal

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

- I – pela morte de um dos cônjuges;
- II – pela nulidade ou anulação do casamento;
- III – pela separação judicial;
- IV – pelo divórcio.

§ 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

§ 2º Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial.

### Redação projetada

#### CAPÍTULO X

Da Dissolução do Vínculo Conjugal  
Art. 1.571. ...

§ 1º. O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, não se aplicando a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

§ 2º. Dissolvido o casamento de qualquer forma, o cônjuge perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido por este, podendo, entretanto, o cônjuge requerer judicialmente a manutenção do nome do outro se a alteração acarretar:

- I – evidente prejuízo para a sua identificação;
- II – manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida;
- III – dano grave reconhecido na decisão judicial.

Art. 9º. Ficam revogados... o inciso III do art. 1.571... da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)...

Neste dispositivo, pretende-se adaptar o rol de causas de dissolução à nova realidade constitucional, excluindo-se a hipótese do inciso III do art. 1.571 (separação judicial), que foi suprimida pela Emenda 66/10. Começa-se por alterar o próprio título do capítulo, que não deve mais fazer distinção entre sociedade e vínculo conjugal.

Ademais, pretende-se corrigir erro grave cometido pelo Código Civil de 2002 no tocante à presunção de morte. No art. 1.571, § 1º, o Código passou a admitir a presunção de morte como causa de dissolução do casamento<sup>3</sup>. Contraria, assim, o que dispunha o art. 315, parágrafo único, do código de 1916, que expressamente excluía a morte presumida como causa de dissolução do matrimônio. Por mais duradoura que fosse a ausência, não tinha ela o condão de dissolver o casamento<sup>4</sup>. Com a revogação deste dispositivo pelo art. 54 da Lei do Divórcio, e não tratando esta expressamente do tema, entenderam alguns autores ser possível a dissolução do matrimônio pela morte presumida<sup>5</sup>.

Não obstante, entendemos que a morte presumida não tinha este condão. Posto que não repetida expressamente a proibição do dispositivo revogado do Código Civil, não se podia requerer a declaração de dissolução do vínculo matrimonial por morte presumida de um dos cônjuges, já que o instituto da morte presumida se referia exclusivamente à sucessão dos bens deixados pelo ausente<sup>6</sup>. Necessário se fazia, portanto, que o cônjuge promovesse o divórcio, o que lhe seria, inclusive, mais fácil, já que o divórcio direto dependia apenas de dois anos de separação de fato (prazo este agora dispensado pela Emenda 66/10), ao passo que, para a configuração da morte presumida, ordinariamente, se faz necessária a ausência por dez anos (art. 1.167, inc. II, do Código de Processo Civil). Talvez por esta razão não tenha o legislador repetido a norma do revogado art. 315. Naquele, como não se aceitava o divórcio a vínculo, era necessário deixar expresso que também não se aplicaria a presunção de morte. A partir da Lei 6.515/77, instituído o divórcio, dificilmente alguém se utilizaria desta presunção para dissolver o vínculo conjugal. Ademais, como lembrava Yussef Cahali, “ausente qualquer provisão legal que o autorize, continua inexistindo qualquer ação direta para a declaração da ruptura do vínculo matrimonial devido à ausência declarada ou presumida do cônjuge; nem esta ausência, ainda que declarada judicialmente, tem o condão de produzir *ipso jure* a dissolução do matrimônio”<sup>7</sup>.

O Código Civil de 2002, no entanto, alterou esta situação, decretando, no art. 1.571, § 1º, a dissolução do casamento pela

ausência do outro cônjuge em decisão judicial transitada em julgado. Pode agora o cônjuge do ausente optar entre pedir o divórcio para se casar novamente ou esperar pela presunção de morte, que se dá com a conversão da sucessão provisória em definitiva. O divórcio, embora mais rápido, tem a desvantagem de fazer o cônjuge perder o direito à sucessão. Com efeito, sendo o cônjuge herdeiro, ainda que haja descendentes ou ascendentes do *de cujus* (ou, no caso, do ausente), nos termos do art. 1.829, precisará, não obstante, conservar a posição de cônjuge até a conversão da sucessão provisória em definitiva, quando, só então, haverá realmente a vocação hereditária. Se se divorciar antes, embora tendo a vantagem de poder se casar novamente desde logo, terá a desvantagem de perder a legitimação sucessória na sucessão do ausente.

Quisesse a lei que o cônjuge do ausente promovesse o divórcio, nada precisaria ter dito

Todavia, a lei não resolve algumas questões que a norma suscita: em primeiro lugar, em que momento se considera presumida a morte do ausente, para o fim da dissolução do seu casamento? Interpretando isoladamente os arts. 22 e 23<sup>8</sup>, poder-se-ia chegar à singela conclusão de que tal dissolução se daria tão logo se desse o desaparecimento do ausente. Mas tal interpretação contraria a sistemática do instituto, bem como a letra do art. 6<sup>o</sup> que dispõe: “A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.” Assim, é somente com a conversão da sucessão provisória em definitiva que se presume a morte do ausente, pelo que somente essa conversão é que dissolve o casamento do ausente.

Há quem defenda a ideia de que o cônjuge do ausente, para casar-se novamente, deve promover o divórcio. Mas tal entendimento não pode ser aceito. Que o divórcio dissolve o vínculo conjugal não se duvida. Entretanto, não se pode exigir o divórcio no caso em tela, pois a lei erigiu a morte presumida como causa independente de dissolução do vínculo. Vale dizer: a morte é, ao lado do divórcio, causa de dissolução do casamento; a conversão da sucessão provisória em definitiva, fazendo presumir a morte, dissolve também o vínculo, e por si só, pelo que nada mais se pode requerer para dissolvê-lo, pois já estará o casamento dissolvido com a sentença de conversão. Faltaria objeto à ação de divórcio promovida depois da declaração de ausência,

pois o casamento já está extinto. Quisesse a lei que o cônjuge do ausente promovesse o divórcio, nada precisaria ter dito, pois assim já era no sistema da Lei do Divórcio sem qualquer texto legal.

A sentença declaratória de ausência, nos termos do art. 9º, inc. IV, e do art. 94 da Lei de Registros Públicos, deve ser registrada no registro civil. Daí resultaria para o cônjuge do ausente a condição de viúvo? A lei não o diz, mas é de se supor que sim, pois seria esta a consequência principal do registro da sentença de conversão da sucessão provisória em definitiva. Mas viúvo de cônjuge vivo? Sim, porque não se pode negar que o presumido morto é um possível vivo. E mais: uma “viuvez revogável”? Admitindo a lei o retorno do ausente até 10 anos depois da conversão da sucessão provisória em definitiva, podendo ele reassumir seus bens (art. 39), ou, mesmo depois dos 10 anos (embora sem reassumir seus bens), naturalmente poderá o ausente reabilitar-se civilmente, deixando de ser presumido morto, com o que estará revogado o estado de viúvo do seu cônjuge.

Pode o ex-cônjuge do ausente, pretendendo casar, habilitar-se matrimonialmente? Que documentos deve apresentar? Vejamos o que diz o art. 1.525: “O requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos: [...] IV – declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos; V – certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio.”

De princípio, já se vê que o ex-cônjuge terá que declarar seu estado civil para casar novamente. Declarará o estado de viúvo, com as implicações antes ditas? Ou, declarando o estado de casado, aceitará o oficial do registro civil a sua habilitação? Como ficaria, neste caso, o impedimento do art. 1.521, inc. VIº? Mas o maior problema é que a lei não previu a juntada da certidão do registro da sentença de conversão para fins de habilitação matrimonial. No citado inc. V do art. 1.525 só se fala em certidão de óbito, de anulação ou de divórcio; esqueceu-se o legislador de que o nubente que foi casado pode não ter nenhum desses documentos, mas apenas a certidão de registro da sentença de conversão, documento que, nos termos do art. 1.571, § 1º, deve-lhe ser suficiente.

Observe-se, pois, que a lei não se refere, no inc. V, à sentença de conversão da sucessão provisória em definitiva, como prova

da presunção de morte do cônjuge anterior de um dos nubentes. Entretanto, dada a regra do art. 1.571, § 1º que admite a presunção de morte como fator de dissolução do casamento, deve ser admitida a certidão da sentença de ausência em lugar da certidão de óbito do cônjuge anterior.

Outra consequência não prevista pelo legislador, e esta a mais grave, é o fato do eventual retorno do ausente após o casamento de seu ex-cônjuge. Imagine-se que, após a sentença de conversão, o ex-cônjuge do ausente se case, aproveitando-se da disposição do art. 1.571, § 1º, vindo, depois do casamento, a reaparecer o ausente. Como fica o primeiro e o segundo casamento do cônjuge do ausente? Dir-se-á ser simples a solução, pois o citado parágrafo diz que o primeiro casamento se dissolve pela presunção de morte, equivalendo, portanto, ao divórcio, ou à morte real. Daí seguiria a consequência de que, estando dissolvido o primeiro casamento, válido ficaria o segundo<sup>10</sup>. Mas deve-se discutir: a presunção de morte é uma presunção absoluta (*juris et de jure*)? Não seria antes uma presunção relativa (*juris tantum*)? Não se pode negar o seu caráter de presunção relativa, já que o ausente pode retornar e, em consequência, provar que não está morto realmente, desfazendo-se os efeitos da presunção. Sendo presunção relativa, desfaz-se com a prova de que não houve morte real, ou seja, com o reaparecimento do ausente. Então, desfeita a presunção, seria lógico se entender desfeita também a dissolução do casamento. E a consequência disto seria desastrosa: o segundo casamento do cônjuge do ausente teria sido feito em bigamia, sendo, portanto, nulo<sup>11</sup>. Esta é a solução adotada pelo direito italiano<sup>12</sup>. Seria razoável anular o casamento do ex-cônjuge do ausente pelo reaparecimento deste depois de tanto tempo? Melhor seria se a lei tivesse disposição semelhante ao § 1.348 do BGB (Código Civil alemão), que dizia expressamente ficar válido o segundo casamento nesse caso<sup>13</sup>.

Por fim, ainda um questionamento: pode o próprio ausente se beneficiar da dissolução do casamento pela ausência? Ou em outros termos: pode o ausente, estando vivo em algum lugar, contrair validamente um novo matrimônio? A lei não o diz, mas, partindo-se do pressuposto que a dissolução se dá pela morte presumida, não estando o ausente morto realmente, não há dissolução do casamento, pelo que não poderá ele validamente casar novamente. Mas aí teremos outro problema: enquanto para o cônjuge do ausente o casamento estará dissolvido, para o ausente não, permanecendo

ele casado. Mas casado com quem? Casado com alguém que é viúvo ou que já se casou com outra pessoa?

De todo o exposto, concluímos que seria melhor que o legislador tivesse evitado a disposição em comento, mantendo a não dissolução do casamento pela presunção de morte, de modo que fosse necessário ao cônjuge do ausente promover o divórcio, evitando, assim, todas as complicações antes enunciadas. É esta, portanto, a razão da alteração aqui pretendida, para restaurar o velho e bom direito do art. 315, parágrafo único, do Código Civil de 1916, mantendo a presunção de morte com efeitos exclusivamente patrimoniais, retirando-lhe a eficácia matrimonial que lhe foi dada pelo Código de 2002.

Também se pretende, neste dispositivo, a alteração da disciplina relativa ao uso do nome de um dos cônjuges pelo outro após a dissolução do casamento, tema que da mesma forma foi objeto de mal tratamento no Código de 2002.

O Código Civil de 2002 alterou a matéria profundamente em relação ao que havia estabelecido a Lei 8.408/92. A uma, por ter permitido também ao marido o acréscimo do nome da mulher, sendo que, até então, só à mulher se permitia a alteração do nome por ocasião do casamento. A duas, porque trouxe para a separação a matéria de ordem pública introduzida, para o divórcio, pela Lei 8.408/92. A três, porque retornou a matéria à ordem privada, exigindo requerimento do cônjuge para a perda do nome. A quatro, porque passou a permitir ao cônjuge divorciado, como regra, continuar com o nome do outro.

Com efeito, o § 2º do art. 1.571 passou a dispor que, dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial.

Ou seja, na conversão da separação em divórcio, em regra, poderá o cônjuge continuar a usar o nome do outro. A única condição para tanto é que não tenha disposto em contrário a sentença de separação judicial. Isto quer dizer que, para que o cônjuge continue a usar o nome do outro após o divórcio, é preciso que já esteja usando, ou seja, que não tenha sido dele despojado por ocasião da separação<sup>14</sup>.

A inovação é má, por permitir, como regra, que um cônjuge divorciado continue com o nome do outro. Ademais, conjugando a regra deste dispositivo com a alteração que o código de 2002 fez em matéria de acréscimo do nome no casamento (art. 1.565, § 1º), pode-se chegar a uma esdrúxula situação: imagine-se uma mulher que, após o divórcio direto, permanece com o nome do ex-marido, nos termos

do art. 1.572; casando ela de novo, pode o seu novo marido acrescentar ao seu o sobrenome desta mulher, incluindo o nome do ex-marido. Teríamos, aí, um segundo marido com o nome do primeiro. Em tese, poderia este segundo marido, após um divórcio, passar este nome a outra mulher, que também poderia passá-lo a outro marido, e daí por diante. Veja-se o quanto é estranha a nova norma legal.

Não obstante, há entendimento no sentido de se aplicar a regra do art. 1.578, adiante comentada, também ao divórcio. Inclusive, na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, propôs-se alteração legislativa neste sentido, pretendendo alterar a redação do citado § 2º do art. 1.571, para fazer expressa remissão ao art. 1.578<sup>15</sup>, alteração que nos parece de todo adequada, tendo em vista não ser razoável que um cônjuge divorciado permaneça com o nome do outro. Foi este o móvel do projeto para a alteração do § 2º deste artigo.

#### **Redação atual**

Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

§ 1º. A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição.

§ 2º. O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

§ 3º. No caso do parágrafo 2º, reverterão ao cônjuge enfermo,

#### **Redação projetada**

Art. 1.572. O divórcio poderá ser, excepcionalmente, fundado em culpa de um dos cônjuges, quando provada a ocorrência de algum dos seguintes fatos, que torne insuportável a vida em comum:

I – adultério;

II – tentativa de homicídio;

III – sevícia ou injúria grave;

IV – abandono voluntário do lar conjugal, durante seis meses contínuos;

V – condenação por crime infamante.

§ 1º. Se o regime do casamento for de comunhão de bens, o cônjuge considerado único ou principal culpado pelo divórcio perderá a meação sobre os bens adquiridos na constância do casamento; tratando-se de comunhão universal, perderá também a meação sobre os bens que o inocente levou para o casamento.

§ 2º. Sem prejuízo da condenação

que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e se o regime dos bens adotado o permitir, a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal.

em alimentos referida no art. 1702, o cônjuge considerado único ou principal culpado poderá ainda ser obrigado a indenizar o outro pelos danos, materiais e morais, que a sua conduta culposa lhe tenha acarretado.

Art. 9º. Ficam revogados... o § 3º do art. 1572,... da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil),...

Um esclarecimento inicial se faz necessário para justificarmos a disposição deste artigo do projeto: a discussão sobre culpa na dissolução do casamento foi de todo banida de nosso direito pela Emenda Constitucional 66/10? Cremos que não. É certo que a discussão sobre culpa só se fazia no âmbito da separação judicial, e que esta foi extinta pela Emenda Constitucional 66/10. Entretanto, nada impede que a lei venha a transpor a discussão sobre culpa para o divórcio<sup>16</sup>. É o que pretende o projeto em comento.

Nos termos do art. 5º da Lei 6.515/77, a separação judicial podia ser pedida por um só dos cônjuges quando imputasse ao outro<sup>17</sup> conduta desonrosa ou qualquer ato que importasse grave violação dos deveres do casamento e tornasse insuportável a vida em comum<sup>18</sup>.

Abandonou-se, assim, o antigo sistema que discriminava as causas legais que possibilitavam a separação judicial<sup>19</sup>. Neste aspecto foi louvada a atitude do legislador de 1977, já que o art. 317 do Código Civil de 1916, revogado pela Lei do Divórcio, não contemplava todas as hipóteses de violação dos deveres do casamento, tais como a do art. 231, inc. IV, daquele Código, repetido no art. 1.566, inc. IV, do Código Civil<sup>20</sup>, bem como não tratava das condutas desonrosas. Fica evidente que as causas citadas no revogado art. 317 do Código Civil foram abrangidas pelas genéricas hipóteses do art. 5º da Lei do Divórcio<sup>21</sup>, cabendo nestas, ainda, outras hipóteses que não aquelas, taxativas<sup>22</sup>. Ficou a questão, a partir daí, muito mais colocada ao prudente arbítrio do juiz<sup>23</sup>.

Mesmo antes do advento da Lei do Divórcio a jurisprudência já vinha alargando as causas legais para incluir no conceito de injúria graves hipóteses que, a rigor, ali não caberiam<sup>24</sup>. E Beudant chegou a afirmar que constituía injúria grave tudo quanto um hábil advogado conseguisse como tal inculcar<sup>25</sup>. Hoje, estas hipóteses, que antes

se consideravam de injúria grave, estão abrangidas na expressão “*conduta desonrosa*”<sup>26</sup>, naturalmente quando não configurem grave violação dos deveres do casamento.

O Código Civil de 2002, embora mantendo, no art. 1.572, as causas genéricas do art. 5º da Lei do Divórcio, juntou-lhe causas taxativas no artigo seguinte, com o defeito ainda de dizer caracterizarem elas a impossibilidade da comunhão de vida:

*“Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:*

*I – adultério;*

*II – tentativa de morte;*

*III – sevícia ou injúria grave;*

*IV – abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;*

*V – condenação por crime infamante;*

*VI – conduta desonrosa.”*

Como se não bastasse o erro do *caput*, o parágrafo único ainda acrescenta a possibilidade de o juiz considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum. Ou seja, a relação do *caput* não é taxativa, o que a torna sem sentido.

Até então se conheciam dois sistemas possíveis para arrolar as causas culposas: o sistema de causas taxativas, do revogado art. 317 do Código Civil de 1916, usado ainda hoje na vizinha Argentina e na Espanha, e o sistema de causas genéricas, implantado no Brasil pela Lei do Divórcio, por cópia da lei francesa de 1975, também usado na Alemanha, Itália, Portugal, entre outros. Nosso código implanta um sistema misto até então inédito: a par das causas taxativas, passa ele a admitir também “outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum”. Isto torna sem sentido toda a disposição do *caput*, pois, se é possível ao juiz considerar “outros fatos”, não há razão para enumerar alguns deles. Nem mesmo para interpretação analógica servem estes fatos enumerados, já que estes “outros fatos” não precisam, necessariamente, ser semelhantes aos que foram arrolados expressamente.

Temos, portanto, no Código de 2002, um sistema absolutamente incongruente: o art. 1.572 arrola causas genéricas; o *caput* do art. 1.573 traz causas taxativas; já o seu parágrafo único retorna ao sistema de causas genéricas. Este sistema, que podemos chamar de “causas mistas”, torna a lei bastante incompreensível. Inclusive, na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, propôs-

se a revogação do art. 1.573 e a alteração da redação do *caput* do art. 1.572 para corrigir este defeito do código.

Observe-se, porém, que “outros fatos” devem ser entendidos como outras causas que configurem atos de grave violação de deveres do casamento. Não se pode, *data venia*, aceitar a tese recentemente esposada pelo Superior Tribunal de Justiça, que se utilizou deste dispositivo para decretar a separação sem culpa de ambos os cônjuges,

Na conversão da separação em divórcio, em regra, poderá o cônjuge continuar a usar o nome do outro

que pediram, em ação e reconvenção, a separação por culpa do outro<sup>27</sup>. Se não há ato culposo de qualquer dos cônjuges, não se pode falar em separação ou divórcio culposos. Os cônjuges que quiserem se divorciar nestas condições deverão buscar a via do divórcio não culposo ou do divórcio consensual, como se verá adiante.

A tendência moderna tem sido o abandono do sistema de culpa, como o fez o BGB reformado em 1976. Mas esse abandono deixa a descoberto situações excepcionais que justificam ainda a invocação da culpa na dissolução do casamento, casos em que a culpa de um dos cônjuges é bastante evidente e justifica uma pena do cônjuge culpado.

Por todo o exposto é que, mantendo ainda o sistema da culpa, procuramos corrigir os vários defeitos e inconvenientes da lei em vigor para, em primeiro lugar, deixar claro que a culpa é hipótese excepcional, só devendo ser aplicada quando ela ficar cabalmente demonstrada nos autos. E daí a enumeração taxativa, *numerus clausus*, das causas culposas, evitando o arbítrio judicial e a extensão de causas *ad infinitum*. Atende-se, assim, razoavelmente, o anseio daqueles que querem ver banida de nosso direito a discussão sobre culpa<sup>28</sup>; o projeto, embora não banindo-a totalmente, torna-a excepcional, para ser usada apenas eventualmente, em hipóteses em que a culpa esteja bastante evidenciada.

Ademais, insere-se uma consequência útil à decretação da culpa, introduzindo distinção na partilha de bens em desfavor do único ou principal culpado pelo divórcio, já que, uma vez afastada a fixação da guarda dos filhos com base na culpa, praticamente não havia sobrado qualquer consequência à consideração da culpa por um dos cônjuges.

Por fim, adota o projeto expressamente a doutrina<sup>29</sup> que entende possível a condenação do cônjuge culpado na obrigação de indenizar

o outro pelos danos materiais e morais cometidos, afora a sua condenação em alimentos.

#### **Redação atual**

Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

I – adultério;

II – tentativa de morte;

III – sevícia ou injúria grave;

IV – abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;

V – condenação por crime infamante;

VI – conduta desonrosa.

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

#### **Redação projetada**

Art. 1573. O divórcio também poderá ser pedido unilateralmente por qualquer dos cônjuges sem fundamento em culpa do outro, baseado na simples separação de fato do casal.

§ 1º. O divórcio baseado neste artigo requer prova da efetiva separação de fato do casal, não podendo estar os cônjuges vivendo sob o mesmo teto.

§ 2º. A prova requerida no § 1º deste artigo é dispensada se houver prévia medida cautelar de separação de corpos deferida pelo Juiz competente e ainda em vigor.

§ 3º. Havendo divórcio culposamente pendente de julgamento, proposto antes ou depois do pedido unilateral referido neste artigo, será este pedido apensado àquele e só será julgado caso o divórcio culposamente não seja julgado procedente.

Art. 9º. Ficam revogados o ...parágrafo único do art. 1573... da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil),...

Trata este dispositivo do divórcio litigioso não culposamente, também chamado de divórcio meramente unilateral, já que quase não se pode falar em litígio, pois dificilmente haverá contestação nesta hipótese, à míngua de motivo para contestar.

Em primeiro lugar, reitere-se o que já foi dito em comentários ao artigo anterior: pretende-se aqui excluir a referência às causas que podem “caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida” (em realidade, as supostas causas taxativas que configurariam atos

culposos), pois as causas para o divórcio culposo já foram tratadas no artigo anterior.

Substitui-se, portanto, essa regulamentação inconveniente por nova disposição para regular o divórcio não culposo, que foi ignorado pelo Código Civil de 2002 (assim como já o tinha feito a Lei do Divórcio), justamente ele a hipótese mais comum na prática.

Inicia-se deixando claro que o divórcio pode ser pedido unilateralmente por qualquer dos cônjuges, com base na simples separação de fato do casal. Tendo em vista a alteração produzida pela Emenda 66/10, retirando da Constituição a exigência de qualquer prazo para o divórcio, resta como única exigência para o divórcio a separação de fato do casal, sem qualquer prazo.

Todavia é necessário que haja efetiva separação de fato, efetivamente comprovada por qualquer meio, prova esta que será dispensada se o casal já estiver separado de corpos, por decisão judicial que esteja ainda em vigor (que não tenha caducado por qualquer motivo).

Acresce-se, ainda, a possível prejudicialidade do divórcio culposo em relação ao não culposo: havendo divórcio culposo pendente de julgamento, proposto antes ou depois do pedido unilateral referido neste artigo, será este pedido apensado àquele e só será julgado caso o divórcio culposo não seja julgado procedente. Em suma, o divórcio culposo (se houver) deve sempre ser julgado em primeiro lugar; somente se este não alcançar procedência é que poderá ser julgado o pedido de divórcio não culposo.

#### **Redação atual**

Art. 1.574. Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção.

Parágrafo único. O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.

#### **Redação projetada**

Art. 1574. Dar-se-á o divórcio por mútuo consentimento dos cônjuges separados de fato se o manifestarem perante o juiz ou tabelião, sendo por eles devidamente homologada a convenção.

§ 1º. O divórcio consensual somente poderá ser feito extrajudicialmente se o casal não tiver filhos incapazes, obedecendo ao disposto no art. 1.124-A da Lei nº 5.869/73 (Código de Processo Civil).

§ 2º. O juiz ou o tabelião deverão

promover todos os meios para que as partes se reconciliem ou transijam, ouvindo pessoal e separadamente cada uma delas e, a seguir, reunindo-as em sua presença, se assim considerar necessário.

§ 3º. O juiz ou o tabelião podem recusar a homologação do divórcio se apurarem que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.

Substituí o projeto aqui o tratamento da separação consensual pelo divórcio consensual, mas em termos semelhantes, acrescentando, no *caput*, a necessidade de que os cônjuges estejam separados de fato e a referência ao divórcio extrajudicial, introduzido pela Lei 11.441/07. Quanto a este, inclusive, o § 1º faz expressa menção à lei processual que o regula, repetindo a exigência lá constante de que não haja filhos incapazes, corrigindo, neste passo, o erro da lei processual de referir-se a filhos “menores ou incapazes”.

Repete-se no § 2º a exigência de tentativa de conciliação, que já constava da antiga Lei do Divórcio, olvidada na Lei 11.441/07, tentando-se, assim, resgatar o propósito de se evitar, sempre que possível e conveniente, o divórcio do casal.

A possibilidade de recusa do acordo é repetida no § 3º, estendida também ao divórcio extrajudicial, como já vinha entendendo a doutrina mesmo sem lei expressa. Convém notar, neste passo, que tal possibilidade não se confunde com a antiga “cláusula de dureza”, introduzida pela velha Lei do Divórcio (art. 6º) e suprimida pelo Código Civil de 2002, pois esta se aplicava tão somente à separação litigiosa não culposa, e por razões de ordem pessoal. Aqui a possibilidade de recusa, aplicável apenas à dissolução consensual, deve-se a razões de ordem patrimonial.

#### **Redação atual**

Art. 1.575. A sentença de separação judicial importa a separação de corpos e a partilha de bens.

Parágrafo único. A partilha de bens poderá ser feita mediante proposta dos cônjuges e homologada pelo juiz ou por este decidida.

#### **Redação projetada**

Art. 1.575. O divórcio implica o fim de todos os deveres do casamento e a partilha de bens, se o regime for de comunhão, retirando também os efeitos civis do casamento religioso.

§ 1º. A partilha de bens poderá ser feita mediante proposta dos

Art. 1.576. A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens.

cônjuges e homologada pelo juiz ou por este decidida, mas em nenhuma hipótese será deixada para depois do divórcio.

§ 2º. A sociedade conjugal só se encerra com o trânsito em julgado da sentença de divórcio, mas os efeitos patrimoniais desta, inclusive quanto à partilha de bens, retroagirão à data da propositura da ação de divórcio ou, se for o caso, à data da propositura da medida cautelar de separação de corpos que lhe antecedeu, se ela não tiver caducado.

O projeto reuniu no art. 1.575 as disposições dos anteriores arts. 1.575 e 1.576, *caput*, consertando erro já secular referente à extinção apenas de alguns deveres do casamento. Em que pese o art. 1.576 do Código Civil de 2002 só se referir expressamente aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca, como já fazia a Lei do Divórcio, a verdade que aqui procuraremos demonstrar é que todos os deveres do casamento cessam com a dissolução da sociedade conjugal. A omissão legal tem razão de ser em virtude do disposto no art. 26 da Lei do Divórcio (não repetido expressamente no código de 2002), que, impropriamente, mantinha o “dever de assistência” entre cônjuges divorciados.

Autores há que endossam a impropriedade legal. Assim Darcy Arruda Miranda<sup>30</sup> e Orlando Gomes, para quem, “enquanto perdurar a separação, o marido é obrigado a prestar alimentos à mulher, salvo em certas situações, porque subsiste esse efeito do casamento (dever de sustento)”<sup>31</sup>. Rainer Czajkowski entende subsistir, entre cônjuges separados judicialmente, o dever de mútua assistência<sup>32</sup>, embora expresse (referindo-se ao concubinato) que, “com o rompimento da união, rompem-se também os deveres; daí se dizer que, a rigor, os alimentos substituem a assistência material, não são manifestação dela”<sup>33</sup>. E Márcio Pinheiro Dantas Motta afirma que “ainda há um vínculo unindo o casal capaz de conferir juridicidade à pretensão alimentícia por qualquer deles”<sup>34</sup>.

Na verdade, o que existe entre eles é uma obrigação alimentar, mas não dever de assistência, que se encerra com o fim da sociedade

conjugal. Ou seja, todos os deveres do casamento, justamente por se tratar de deveres *do casamento*, extinguem-se com a dissolução da sociedade conjugal. Neste sentido a doutrina mais abalizada:

*“Objeta-se, no entanto, que a Lei do Divórcio, ao estatuir a dissolução da sociedade conjugal, apenas discrimina a cessação de dois deveres recíprocos, tais a fidelidade e a coabitação, não incluindo, em tal dispensa, a mútua assistência, que, destarte, ficaria em aberto, dela se valendo o cônjuge necessitado para obter, em ação de alimentos, provisão do outro.*

*Contra essa inteligência, cabe redarguir que o dever de socorro se entrelaça aos demais deveres recíprocos entre os cônjuges, cuja extinção acarreta, logicamente, também a da assistência após dissolvida a sociedade conjugal. Aquele dever é, na verdade, e por razões de imediata percepção, contextual e conatural em relação aos demais.”<sup>35</sup>*

*“Em segundo lugar porque, homologado o acordo de desquite, desaparece o dever de mútua assistência entre os cônjuges, não havendo mais razão para impor-se ao homem o dever de sustentar sua ex-mulher.”<sup>36</sup>*

*“Decretada ou homologada a separação, a sentença libera automaticamente os cônjuges do dever de se manterem fiéis, reciprocamente (CC, art. 231, I); de manterem vida em comum no domicílio conjugal (art. 231, II); de finalmente assistirem-se mutuamente, obrigação imposta pelo art. 231, III.”<sup>37</sup>*

Parece também ser neste sentido a lição de Eduardo de Oliveira Leite, entendida *a contrario sensu*, quando afirma que, “enquanto perdura o processo judicial de separação, perduram as obrigações decorrentes do casamento”<sup>38</sup>. Neste sentido também a doutrina italiana:

*“As únicas obrigações que, depois da separação, ligam os cônjuges, são aquelas que surgem da própria separação, obrigações expressamente estabelecidas pela legislação sobre separação pessoal e que, não são absolutamente, como alguns deduzem, uma continuação dos deveres conjugais de que cuidam os arts. 143 c.c. e ss. De fato a legislação sobre separação pessoal é em tudo autônoma em relação àquela sobre obrigações derivadas do estado de casados.”<sup>39</sup>*

Note-se ainda outra impropriedade do citado art. 1.576: fala de dever de coabitação, querendo naturalmente se referir ao dever de

vida em comum no domicílio conjugal. Ocorre que este não se limita apenas à coabitação, abrangendo também o débito conjugal, que não foi referido no mencionado dispositivo. Mas ninguém poderia admitir a permanência do débito conjugal após a dissolução da sociedade conjugal.

Há que se dizer, entretanto, que o dever de sustento (ou de mútua assistência) não se confunde com a obrigação alimentar, que pode provir de outras formas.

Em suma: todos os deveres do casamento, sejam os explicitados no art. 1.566 do Código Civil, sejam os deveres ditos implícitos, encerram-se com a dissolução da sociedade conjugal por qualquer forma, inclusive a extinta separação judicial. A partir desta, podem surgir outras obrigações, como a alimentar, que não se confundem com aqueles deveres e não são continuação deles. E é por isso que o projeto pretende deixar isto explicitado, evitando a confusão hoje feita em torno da matéria.

Também deixa claro o projeto, no § 1º, que a partilha não pode ser deixada para depois do divórcio, como erroneamente se supôs em razão da redação atual do art. 1.581 do Código Civil. A este propósito, estabelecia o art. 31 da Lei do Divórcio:

*“Art. 31. Não se decretará o divórcio se ainda não houver sentença definitiva de separação judicial, ou se esta não tiver decidido sobre a partilha de bens.”*

Este dispositivo, sobretudo em sua segunda parte, gerou grandes discussões na doutrina e na jurisprudência, principalmente em razão do que dispunha o art. 43 da mesma lei:

*“Art. 43. Se, na sentença do desquite, não tiver sido homologada ou decidida a partilha dos bens, ou quando esta não tenha sido feita posteriormente, a decisão de conversão disporá sobre ela.”*

A aparente contradição entre ambos os dispositivos era facilmente explicável: o art. 43, inserto corretamente no capítulo IV (“Das disposições finais e transitórias”), se referia à *sentença do desquite*, enquanto o art. 31 falava de *sentença de separação judicial*, isto é, aquele dispositivo tratava da dissolução da sociedade conjugal ocorrida antes da Lei do Divórcio, enquanto este (o art. 31) tratava das sentenças posteriores a 1977.

Assim, permitia o art. 43 que a decisão de conversão dispusesse sobre a partilha dos bens quando a sentença de *desquite* não a tivesse decidido, nem tivesse a partilha sido feita posteriormente,

enquanto que o art. 31 proibia a decretação do divórcio se a sentença de *separação judicial* não tivesse decidido sobre a partilha dos bens. E isto por razões óbvias: se o casal se desquitara antes do advento da Lei do Divórcio, não havia ainda a regra constante do art. 31 exigindo a partilha anterior<sup>40</sup>. Quis então o legislador resolver estas situações transitórias, permitindo que a decisão de conversão dispusesse sobre a partilha dos bens. E por se tratar de regra transitória, estava corretamente disposta no capítulo IV da lei. Já quando o casal tivesse se separado na vigência da Lei do Divórcio, tinha conhecimento da necessidade de a sentença de separação dispor sobre a partilha de bens, ou, ainda que não o fizesse, de ser a partilha decidida antes do pedido de conversão da separação em divórcio, pelo que não poderia obter a conversão sem o cumprimento deste requisito.

A tendência moderna tem sido o abandono do sistema de culpa no divórcio

Este entendimento, que nos parece suficientemente claro, foi utilizado na jurisprudência quando da promulgação da Lei do Divórcio<sup>41</sup>. Não obstante, mais recentemente, vinham os tribunais mudando de orientação e negando aplicação ao art. 31 da Lei 6.515/77 para permitir que a decisão de conversão dispusesse sobre a partilha de bens mesmo quando o casal tenha se separado (e não desquitado) após 1977<sup>42</sup>, em aplicação distorcida do disposto no art. 43 da Lei do Divórcio<sup>43</sup>. Não é o caso de repetir aqui toda a polêmica da época, pois ela tem agora interesse meramente histórico<sup>44</sup>.

O Código Civil de 2002, acolhendo essa jurisprudência, dispôs em sentido contrário ao disposto no art. 31 citado: “Art. 1.581. O divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens.” Ou seja, acolhendo a doutrina então minoritária que aplicava o art. 43 em lugar do art. 31, permite agora a lei que a conversão da separação em divórcio disponha sobre a partilha, não mais se exigindo *prévia* partilha de bens.

De imediato já se colocou uma questão que suscita dúvida na interpretação do dispositivo: não exigindo *prévia* partilha, e não repetindo também a regra do art. 43 da Lei do Divórcio, o código de 2002 permite o divórcio sem a realização da partilha de bens? Parece-nos que não. Só se dispensou a *prévia* partilha, sendo que esta deverá ser feita no processo de divórcio. Mas este entendimento, que a nosso ver se deve impor, para evitar a confusão

patrimonial decorrente de um segundo casamento sem partilha do primeiro, foi questionado em face do que dispõe o art. 1.523, inc. III, do código<sup>45</sup>, que dá a entender ser possível o divórcio sem a partilha. Tratando-se de um impedimento meramente proibitivo<sup>46</sup>, que só pode ser oposto pelos parentes designados no art. 1.524<sup>47</sup>, certamente o casamento acabará por se realizar sem a observância do impedimento, pelo que a solução da lei é inconveniente. Deve, portanto, a nosso ver, prevalecer o entendimento de que não é possível deixar-se a partilha para depois do divórcio<sup>48</sup>. Esta é, portanto, a causa da alteração promovida pelo projeto, procurando deixar claro que a partilha, embora não necessite ser prévia, não pode ser deixada para depois do divórcio.

Acresce o § 2º uma novidade: a retroação dos efeitos patrimoniais do divórcio à data da propositura da ação, ou à data da medida cautelar que não tenha caducado. Esta última já constava do art. 8º da Lei do Divórcio, no tocante à separação judicial. Mas a Lei do Divórcio falhava ao não prever a primeira retroação referida agora no projeto, pois, não havendo medida cautelar, nenhuma retroação haveria, produzindo a sentença seus efeitos apenas a partir de seu trânsito em julgado, o que poderia gerar consequências patrimoniais desagradáveis a um dos cônjuges.

#### **Redação atual**

Art. 1.576. ...

Parágrafo único. O procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges, e, no caso de incapacidade, serão representados pelo curador, pelo ascendente ou pelo irmão.

#### **Redação projetada**

Art. 1.576. O pedido judicial ou extrajudicial de divórcio caberá somente aos cônjuges, e, no caso de incapacidade, serão representados pelo curador, pelo ascendente ou pelo irmão.

Parágrafo único. Sendo um dos cônjuges incapaz, o divórcio somente poderá ser realizado em juízo, vedado o procedimento extrajudicial.

O *caput* do dispositivo projetado repete a disposição do parágrafo único do atual art. 1.576, com a mudança de separação para divórcio.

Introduziu-se um parágrafo ao dispositivo para deixar claro que o divórcio de incapaz só pode ser realizado em juízo, vedando-se para tanto o procedimento extrajudicial, o que se justifica pela necessidade de maior segurança jurídica neste caso. Naturalmente, recorde-se, ao

falar-se em incapacidade, que não se inclui a hipótese da menoridade, pois o casamento emancipa o menor.

O tema do atual *caput* do art. 1.576 já foi tratado em comentários ao artigo anterior, pelo que se evita aqui a repetição, remetendo-se o leitor aos comentários já proferidos.

#### **Redação atual**

Art. 1.577. Seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo.

Parágrafo único. A reconciliação em nada prejudicará o direito de terceiros, adquirido antes e durante o estado de separado, seja qual for o regime de bens.

#### **Redação projetada**

Art. 1.577. Transitada em julgado a sentença que homologar ou decretar o divórcio, ou homologada a escritura extrajudicial de divórcio, não poderão mais os divorciados restabelecer a sociedade conjugal, sendo possível, entretanto, um novo casamento entre eles, que terá a mesma eficácia de um casamento contraído com terceiros.

Art. 7º. A reconciliação continua possível para os casais separados judicial ou extrajudicialmente, podendo eles restabelecer a união a qualquer tempo, nos termos em que a constituíram, desde que não convertida a separação em divórcio. Parágrafo único. A reconciliação será feita no juízo do domicílio de qualquer dos cônjuges, mediante simples pedido dos cônjuges, extinguindo a obrigação alimentar até então existente entre os separados, e restabelecerá o nome de casado dos cônjuges e o regime de bens, se não houver pedido expresso de alteração do regime, nos termos do art. 1639, § 2º, da Lei nº 10.406/02 (Código Civil).

Art. 9º. Ficam revogados... o parágrafo único do art. 1577,... da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil),...

Reafirma a redação projetada do art. 1.577 a impossibilidade de reconciliação após o divórcio. Trata-se de princípio que foi sempre adotado no Brasil, embora nem sempre em outros países.

Borda, comentando o direito argentino, entendia que seria possível a reconciliação após o divórcio<sup>49</sup>. E Lagomarsino e Uriarte dão conta da controvérsia que reinou a respeito naquele país, até o advento da Lei 23.515/87:

*“A opinião contrária, desenvolvida em nossa doutrina por Días de Guijarro, interpretou que a reconciliação posterior à sentença de divórcio vincular não fazia renascer o vínculo dissolvido e que era mister a celebração de outro ato matrimonial.*

*O último parágrafo do art. 234 do Cód. Civil vem a aclarar normativamente o tema, ao assinalar expressamente dito preceito que ‘a reconciliação posterior à sentença firme de divórcio vincular só terá efeitos mediante a celebração de um novo matrimônio’. Em consequência, a sentença firme de divórcio absoluto priva das possibilidades que apresenta a reconciliação posterior à resolução judicial que decreta a separação pessoal, e, dado que o vínculo matrimonial está já dissolvido, faz-se necessária a celebração de novas núpcias para que os ex-cônjuges acedam novamente ao estado de família de casados.”<sup>50</sup>*

Diferente da opinião de Borda é a situação em nosso sistema, que não permite sequer esta discussão, posto que assim se tenha pretendido regular nos projetos 3.843 e 3.952<sup>51</sup>.

O limite da possibilidade de reconciliação entre os cônjuges é o divórcio. Estando os ex-cônjuges já divorciados, não caberá mais a reconciliação, o que, ademais, já se inferia da lei mosaica<sup>52</sup>. Não importa se o divórcio foi alcançado mediante conversão da separação ou diretamente; tendo o divórcio sido decretado, não mais poderão os ex-cônjuges se reconciliar.

A propósito, já era claro o art. 33 da velha Lei do Divórcio: “Se os cônjuges divorciados quiserem restabelecer a união conjugal só poderão fazê-lo mediante novo casamento.” Embora o código de 2002 não tenha repetido expressamente a regra, pode-se afirmar com certeza prevalecer o princípio. Dissolvendo o divórcio o próprio vínculo conjugal, é natural que não possam mais os ex-cônjuges reatá-lo, a não ser por novo casamento. Ainda que a sentença de divórcio não tenha sido registrada, necessária será a realização de

novo matrimônio pelos ex-cônjuges<sup>53</sup>, ao contrário do que pretendeu Antônio Macedo de Campos<sup>54</sup>.

É claro que, não tendo a sentença de divórcio ainda transitado em julgado, poderão os cônjuges desistir da dissolução do vínculo<sup>55</sup>. Em consequência, se a ação fosse a de conversão da separação em divórcio, poderiam os cônjuges dela desistir e até mesmo se reconciliar. Caso a ação seja de divórcio direto, não necessitarão sequer da reconciliação, bastando que voltem a viver juntos, interrompendo a anterior separação de fato<sup>56</sup>.

Portanto, como dito, a disposição deste artigo é no sentido de simplesmente reafirmar esta posição, amplamente majoritária na doutrina brasileira, de que não é possível a reconciliação depois do divórcio transitado em julgado<sup>57</sup>.

Casando-se novamente os cônjuges, o tempo do casamento anterior não é contado para nenhum efeito. É, no dizer de Orlando Gomes, “como se fosse casamento com terceiro”<sup>58</sup>. Já era assim no direito brasileiro desde a velha Lei do Divórcio; se os cônjuges quisessem, *v.g.*, separar-se consensualmente, teriam que aguardar o decurso de um ano do novo casamento<sup>59</sup>.

Mas o projeto cuidou de tratar também da possibilidade de cônjuges ainda separados judicialmente se reconciliarem. O art. 7º do projeto, acima transcrito, reproduz a antiga possibilidade de reconciliação a qualquer tempo para casais ainda separados judicial ou extrajudicialmente, nos termos em que a constituíram, desde que não convertida a separação em divórcio. A reconciliação, neste caso, será feita no juízo do domicílio de qualquer dos cônjuges, mediante simples pedido consensual, extinguindo a obrigação alimentar porventura existente entre eles. Ademais, a reconciliação restabelecerá o nome de casado dos cônjuges e o regime de bens, salvo se houver pedido expresso de alteração do regime.

Trata-se, evidentemente, de disposição transitória, e por isso não foi inserida no próprio Código Civil. Ela se aplicará apenas enquanto ainda houver pessoas separadas judicialmente, que não tenham convertido essa separação em divórcio.

O dever de sustento (ou de mútua assistência) não se confunde com a obrigação alimentar

### **Redação atual**

Art. 1.580. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.

§ 1º A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.

§ 2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.

### **Redação projetada**

Art. 8º. Os casais separados judicial ou extrajudicialmente, independentemente da causa e da forma da separação, poderão pedir, em juízo ou extrajudicialmente, a qualquer tempo, a conversão da separação em divórcio, seja por pedido consensual de ambos, seja por pedido de qualquer deles unilateralmente, instruindo o pedido com a certidão da sentença de separação judicial.

§ 1º. A conversão extrajudicial somente será possível consensualmente e se o casal não tiver filhos incapazes ou se a guarda e os alimentos em favor dos filhos já tiverem sido definidos na separação ou em outro processo judicial.

§ 2º. A conversão consensual obedecerá ao procedimento dos arts. 1120 a 1124-A da Lei nº 5.869/73 (Código de Processo Civil), dispensada, contudo, a realização de audiências.

§ 3º. A conversão litigiosa obedecerá ao rito ordinário, também dispensada a realização de audiências.

§ 4º. Se a partilha de bens ainda não tiver sido feita, ela necessariamente será definida consensualmente na escritura extrajudicial ou na petição judicial, ou decidida em juízo, não sendo possível em hipótese alguma decretar-se ou homologar-se o divórcio sem decisão quanto à partilha.

§ 5º. Havendo alimentos já fixados entre os cônjuges, eles não serão alterados pela conversão da

separação em divórcio, só podendo ser extintos se ocorrer qualquer das causas do art. 1708 da Lei nº 10.406/02 (Código Civil); não havendo alimentos fixados entre os cônjuges, só poderão eles ser estipulados se houver acordo entre as partes.

Art. 9º. Ficam revogados... o art. 1580,... da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil),...

O art. 9º do projeto pretende, pura e simplesmente, revogar o art. 1.580 do Código Civil, que trata do divórcio por conversão, já que, extinta a separação judicial, não há mais que se falar em conversão da separação em divórcio.

No entanto, tendo em vista que ainda existem casais separados judicialmente, é mister facultar a esses casais que convertam essa separação em divórcio, razão pela qual o projeto regula, em seu art. 8º, o procedimento da conversão, que naturalmente só se aplicará aos casais que estejam na situação de separados judicial ou extrajudicialmente.

Trata-se, uma vez mais, de disposição transitória, pois só se aplicará a determinado número de casais que estão na condição de separados atualmente. Daí o acerto de se tratar disso em dispositivo à parte, não colocando a matéria no Código Civil.

A regulação transitória é semelhante à atualmente existente para a conversão, com alguns pontos dissidentes apenas: deixa-se evidente, em primeiro plano, a independência da causa e da forma da separação para a obtenção do divórcio, o que a doutrina sempre deixou claro. Tanto faz se a separação foi obtida judicial ou extrajudicialmente, consensual ou litigiosamente, com ou sem causa culposa; de toda forma, sempre será possível a sua conversão em divórcio, seja por pedido consensual de ambos, seja por pedido unilateral de qualquer deles.

Também se pretende deixar clara a possibilidade de a conversão ser feita extrajudicialmente. A Lei 11.441/07 não foi explícita quanto ao divórcio por conversão, falando apenas em divórcio (naturalmente referindo-se apenas ao divórcio direto), sendo que a doutrina majoritária foi no sentido de que também a conversão

poderia se operar extrajudicialmente; o projeto pretende acolher este entendimento expressamente. E acresce que, mesmo tendo o casal filhos incapazes, poderá a conversão ser extrajudicial, contanto que a guarda e os alimentos já estejam judicialmente determinados; a novidade é importante para expandir o uso do meio extrajudicial de dissolução, sem prejuízo à salvaguarda dos direitos dos incapazes.

A conversão consensual obedecerá ao procedimento dos arts. 1.120 a 1.124-A do Código de Processo Civil, que é o mesmo procedimento determinado para o divórcio consensual, dispensada, contudo, a realização de audiências, já que estas não são necessárias para a conversão, que tem um único requisito objetivo, a sentença de separação judicial ou a escritura de separação extrajudicial, que se prova documentalmente.

### A conversão consensual da separação obedecerá ao procedimento dos arts. 1.120 a 1.124-A do Código de Processo Civil

Já a conversão litigiosa obedecerá ao rito ordinário, também dispensada a realização de audiências. Trata-se, portanto, de um rito ordinário simplificado,

já que a questão é meramente de direito.

Se a partilha de bens ainda não tiver sido feita, ela necessariamente será definida consensualmente na escritura extrajudicial ou na petição judicial, ou decidida em juízo, não sendo possível em hipótese alguma decretar-se ou homologar-se o divórcio sem decisão quanto à partilha. Explicita-se, assim, a regra antes dúbia do art. 1.581, que foi tão mal interpretada na doutrina, ao afirmar que a partilha poderia ser deixada para depois do divórcio, o que o dispositivo nunca pretendeu (a pretensão era tão somente permitir a partilha no próprio processo do divórcio, nos termos da jurisprudência que foi se consolidando durante a vigência do art. 31 da velha Lei do Divórcio).

Por fim, havendo alimentos já fixados entre os cônjuges, eles não serão alterados pela conversão da separação em divórcio, só podendo ser extintos se ocorrer qualquer das causas do art. 1.708 do Código Civil; não havendo alimentos fixados entre os cônjuges, só poderão eles ser estipulados se houver acordo entre as partes. Trata-se, portanto, de acolher a boa doutrina no sentido de que o divórcio não altera a situação alimentar das partes, mantendo-se o *status quo ante*.

## 4. Conclusão

Pretende-se, com este projeto, adaptar a legislação infraconstitucional à nova ordem constitucional instaurada pela Emenda Constitucional 66/10, regulamentando todas as lacunas deixadas pela lacônica emenda, que se limitou a alterar o § 6º do art. 226 da Constituição Federal, sem dar mínimos detalhes do novo instituto do divórcio. Assim, compete à lei ordinária regulamentar a nova ordem constitucional, dando os detalhes e procedimentos do novo instituto, o que se pretende com o projeto em questão.

### Notas

<sup>1</sup> Entendendo pela negativa, vide o seguinte acórdão recente do TJMG: “Destarte, tendo em vista a nova redação da norma constitucional em questão, os requisitos, antes imprescindíveis à decretação do divórcio, foram suprimidos. Ora, assim agindo, o constituinte tornou desnecessária qualquer outra condição para a dissolução do vínculo matrimonial, que não a manifesta intenção do cônjuge, dispensando totalmente a existência prévia de separação judicial ou de fato e/ou decurso de tempo mínimo... Numa fórmula seca e direta, a fraseologia do indigitado § 6º do art. 226 fulminou, de uma vez por todas, o instituo da separação judicial, eliminando, também, a exigência de prazo para o casamento ser dissolvido” (TJMG – 4ª. Câ. Cív. – Ap. Cív. n. 1.0028.12.001643-2/001 – Rel. Des. Ana Paula Caixeta – DJ 10/jul./2013 – In: *Revista IBDFAM*. Belo Horizonte, ago./2013, p. 15).

<sup>2</sup> Note-se que o só fato de o constituinte reformador não ter usado a expressão “na forma da lei”, na nova redação do § 6º do art. 226, evidentemente, não significa que não seja possível, ou mesmo desejável, que o legislador regule o novo divórcio. É fato que a norma constitucional é autoaplicável, mas a lei pode, e deve, regulamentá-la, para esclarecer os pontos que não ficaram claros na redação simplista dada pela Emenda 66/2010.

<sup>3</sup> Igualmente dispõe o Código Civil argentino, com a redação da Lei 23.515/87, com a diferença de que a dissolução só ocorre com o novo casamento: “Art. 213 – *El vínculo matrimonial se disuelve: 1) por la muerte de uno de los esposos; 2) por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento; 3) por sentencia de divorcio vincular*”. Da mesma forma o Código Civil italiano: “65. *Nuovo matrimonio del coniuge. – Divenuta eseguibile la sentenza che dichiara la morte presunta, il coniuge può contrarre nuovo matrimonio*”. Igualmente dispunha o art. 59 do Projeto de Orlando Gomes. E a doutrina portuguesa justifica a disposição, como se vê: “Se a lei admitiu, para efeitos patrimoniais, uma presunção de morte do ausente há mais de vinte anos ou que completou 95 anos de idade, não se vê razão para não admitir a mesma presunção em matéria de casamento. Se houve para um caso uma forte razão de fato a justificar a presunção, também haverá no outro caso” (CRUZ, Guilherme Braga da. *Direitos de família*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1942, v. 1, p. 123).

<sup>4</sup> Observe-se o quanto perniciosa era a regra: imagine-se a hipótese de pessoa recém-casada, ainda nova, desaparecendo em seguida seu cônjuge. Ficaria essa pessoa para o resto da vida impossibilitada de se casar novamente, tendo em vista a impossibilidade do divórcio à época.

<sup>5</sup> Neste sentido: “Ainda que se efetuasse a sucessão definitiva, com a presunção de morte, não se considerava dissolvido o casamento, de sorte que o cônjuge presente não podia contrair novo casamento. *Agora, porém, não há mais óbice*” (PACHECO, José da Silva. *Inventários e partilhas*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 67) (grifo nosso).

<sup>6</sup> Neste sentido a lição da doutrina majoritária: “Quanto à primeira hipótese de dissolução da sociedade conjugal, no art. 2º, inciso I, prevista (morte de um dos cônjuges), que, consoante esclarece o parágrafo único do mesmo artigo, também é caso de dissolução do vínculo matrimonial – oportuno é observar –, a despeito do silêncio da lei, que não ressalva a vigência do parágrafo único do art. 315 do CC, pelo art. 54 da Lei 6.515/77 revogado – que *continua excluída a hipótese de morte presumida* (art. 10, 2ª parte, do CC) – quer como fundamento para a dissolução da sociedade conjugal, quer para extinção do vínculo matrimonial” (PEREIRA, Áurea Pimentel. *Divórcio e separação judicial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, p. 22) (grifo nosso). “Assim, para o efeito da dissolução da sociedade conjugal, não se aproveita a *presunção de morte do ausente*, estabelecida no art. 10, segunda parte, do CC. (...) Todavia, embora omitida a limitação da eficácia da presunção de morte, não se deduz daí terem os novos legisladores se afastado da sistemática anterior, de modo a permitir que, com a declaração judicial da ausência, induzindo a presunção de morte do cônjuge, decorra *ipso jure* a liberação do outro para novo matrimônio, no pressuposto legal de estar dissolvido o vínculo anterior” (CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 69-70) (grifo no original). “O efeito dissolutivo do vínculo se produz apenas com a morte real, provada mediante certidão de assento de óbito do cônjuge. A presunção de morte do ausente não aproveita para o efeito de terminação do vínculo conjugal, de modo que o caminho atual é o de que a ausência é causa de separação judicial ou de divórcio” (FREITAS, Geralda Pedrosa. A terminação do vínculo conjugal. In: *O direito de família e a Constituição de 1988*. Coord. Carlos Alberto BITTAR. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 220).

<sup>7</sup> CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 71.

<sup>8</sup> “Art. 22. Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomear-lhe-á curador. Art. 23. Também se declarará a ausência, e se nomeará curador, quando o ausente deixar mandatário que não queira ou não possa exercer ou continuar o mandato, ou se os seus poderes forem insuficientes.”

<sup>9</sup> “Art. 1.521. Não podem casar: (...) VI – as pessoas casadas.”

<sup>10</sup> Neste sentido, escreve GONÇALVES, Carlos Roberto (*Direito civil brasileiro: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 118) que se o ausente “estiver vivo e aparecer, depois de presumida a sua morte e aberta a sucessão definitiva, com a dissolução da sociedade conjugal, e seu cônjuge houver contraído novo matrimônio, prevalecerá o último”.

<sup>11</sup> Afastam-se, contudo, as consequências criminais da bigamia (art. 235 do Código Penal), tendo em vista que não houve dolo das partes.

<sup>12</sup> “68. Nullità del nuovo matrimonio. – Il matrimonio contratto a norma dell’articolo 65 è nullo, qualora la persona della quale fu dichiarata la morte presunta ritorni o ne sia accertata l’esistenza. Sono salvi gli effetti civili del matrimonio dichiarato nullo. La nullità non può essere pronunciata nel caso in cui è accertata la morte, anche se avvenuta in una data posteriore a quella del matrimonio.” No mesmo sentido dispunha o Projeto de Orlando Gomes (art. 59).

<sup>13</sup> “§ 1.348. Se um cônjuge contrai um novo matrimônio depois de que o outro cônjuge foi declarado falecido, o novo matrimônio não é nulo pela circunstância de que o cônjuge declarado falecido ainda viva, a não ser que ambos cônjuges soubessem no momento da conclusão do matrimônio que o cônjuge declarado falecido sobreviveu à declaração de falecimento.” Este dispositivo, contudo, está revogado.

<sup>14</sup> Reitere-se que, mesmo tendo a Emenda 66/10 extinguido a separação judicial, remanescem situações de pessoas já separadas antes da Emenda e que podem ainda pedir a conversão da separação em divórcio.

<sup>15</sup> I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação do Ministro Ruy Rosado, do Superior Tribunal de Justiça (disponível em <<http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/enunciados.asp>>. Acesso em: 23 jan. 2003).

<sup>16</sup> Mesmo diante da ausência de lei que regulamente a citada Emenda, é possível aplicar por analogia os dispositivos que tratavam da culpa na separação judicial para o divórcio, até que a lei venha a dispor a respeito (vide, a propósito, CARVALHO NETO, Inácio de. *Novo divórcio brasileiro*. 12. ed. Curitiba: Juruá, 2013, item 5.5.1, p. 181).

<sup>17</sup> Já se pretendeu, no entanto, a separação judicial invocando-se o próprio adultério, o que foi naturalmente rechaçado pelo Tribunal de Justiça do Paraná: “*Desquite litigioso. Ação proposta pelo marido. Auto-acusação de adultério e abandono do lar atribuído à esposa. Ação improcedente. Inadmissível a acusação de si próprio, para fundamentar pedido de desquite. O abandono do lar há de ser voluntário, não servindo para base do reclamo quando há justificativa para o ato*” (TJPR – 4ª Câm. Cív. – Ap. Cív. 871/73 – Rel. Des. Marçal Jústen – RT 472/180).

<sup>18</sup> O nosso legislador de 1977 inspirou-se no legislador francês de 1975, que, dando nova redação ao Código Civil, assim dispôs: “Art. 242. *Le divorce peut être demandé par un époux pour des faits imputables à l’autre lorsque ces faits constituent une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage et rendent intolérable le maintien de la vie commune*”. Em vernáculo: “Art. 242. O divórcio pode ser demandado por um cônjuge em razão de fatos imputáveis ao outro quando tais fatos constituam uma violação grave ou repetida dos deveres e obrigações do casamento e tornem intolerável a manutenção da vida em comum”. O art. 1.779º do Código Civil português permite ao cônjuge pedir o divórcio litigioso se “o outro violar culposamente os deveres conjugais, quando a violação, pela sua gravidade ou reiteração, comprometa a possibilidade da vida em comum”. Note-se que a hipótese de reiteração não é prevista em nosso ordenamento jurídico, o que

seria mister, já que, por vezes, não comete o cônjuge tido como culpado pela separação nenhuma conduta grave o suficiente para justificar a separação por sua culpa, mas comete uma série de condutas leves, que tornam a vida em comum insuportável, e que deveriam justificar a separação culposa.

<sup>19</sup> Assim dispunha o revogado art. 317 do Código Civil: “Art. 317. A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos: I. Adulterio. II. Tentativa de morte. III. Sevícia ou injúria grave. IV. Abandono voluntário do lar conjugal durante dois anos contínuos”. Anote-se a impropriedade do inc. II acima transcrito, ao citar a tentativa de morte, querendo, naturalmente, referir-se à tentativa de homicídio.

<sup>20</sup> Neste sentido: “No regime do Código Civil, antes da lei do divórcio, o aplicador do direito estava submisso, de forma absoluta, na decretação de separações, aos casos tipificados no art. 317, já tantas vezes aludido. Não lhe seria possível, no regime anterior ao atual, acolher um pedido de desquite formulado por um cônjuge com fundamento na infringência do dever, objeto de consagração pelo inc. IV, do art. 231, do Código Civil, ou mais precisamente do de sustentar, guardar e educar os filhos. É que não haveria, na fórmula rígida do então vigente art. 317 e seus quatro incisos, aquela correspondência entre a infração de tal dever e obtenção do desquite... Nos termos da lei atual, contudo, a fórmula genérica do art. 5º, *caput*, abrange qualquer das hipóteses do art. 231 do Código Civil garantindo total correspondência entre deveres e direitos recíprocos e separação judicial. Aquele cônjuge que infringira o dever do sustento, da guarda e da educação do filho, ou filhos (art. 231, inc. IV), estaria submisso ao divórcio-sanção, embora não o estivesse no regime anterior, passível de ser considerado culpado em ação de desquite” (ABREU, José. *O divórcio no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 44-5).

<sup>21</sup> Neste sentido: “O novo regramento rompeu com o sistema da enumeração casuística. Não mais se fala em adultério, tentativa de morte, sevícia, injúria grave e abandono voluntário do lar. Isto não significa que tais fatos deixem de constituir motivo para a separação judicial contenciosa. Cabem por inteiro nos novos conceitos de conduta desonrosa e ato de grave violação dos deveres do casamento” (CORRÊA, Orlando de Assis; MOURA, Mário Aguiar. *Divórcio: teoria e prática*. Porto Alegre: Síntese, 1978, p. 40). “A Lei 6.515, a chamada Lei do Divórcio, no art. 5º, modificou completamente a situação anterior. Antigamente tínhamos o desquite por causas muito claras: adultério, injúria grave, abandono do lar etc. O art. 5º, da Lei do Divórcio, procurou simplificar essas causas do desquite e incluiu todas elas numa única referência” (TJRS – 2ª Câ. Cív. – Ap. Cív. 33.795 – Rel. Des. Júlio Martins Pôrto – RTJRS 79/433 – no corpo do acórdão).

<sup>22</sup> Confira-se: “Como vimos, a nova lei deu ao instituto da separação maior amplitude do que a dada para os casos de desquite. Sim, deu-lhe maior distância angular porque a alocação *Violação dos Deveres do Casamento*, pela sua generalidade, engloba todas as causas previstas no art. 317, incs. I, II, III e IV do Código Civil e lhes acrescentou outras, como atesta a Lei do Divórcio” (TJPR – 2ª Câ. Cív. – Ap. Cív. 1.445/80 – Rel. Des. Abraão Miguel – j. em 25.03.1981 – no corpo do acórdão).

<sup>23</sup> Neste sentido: “Haverá de agora em diante apreciação mais discricionária dos comportamentos anormais de um ou de ambos os consortes e que se constituem em

perturbação da vida conjugal. Os conceitos ampliam-se para enquadrá-las na extensa previsão legal. É deixado ao prudente arbítrio do juiz exercer a crítica dos fatos de caso a caso, para concluir se houve causa para a separação judicial litigiosa, segundo o espírito da idéia ampla de conduta desonrosa e ato de grave violação dos deveres do casamento” (MOURA, Mário de Aguiar. Insuportabilidade da vida comum na separação judicial litigiosa. In: *Repertório IOB de Jurisprudência e Pesquisa*. São Paulo: IOB, 1990. verbete 4.957).

<sup>24</sup> “A nossa jurisprudência inclui na injúria grave, entre outros fatos, a recusa do *debitum conjugale*, a embriaguez, a transmissão de doença venérea, a revogação, sem justa causa, de mandato outorgado pela mulher ao marido, o batismo do filho pela esposa sem convidar seu cônjuge, a recusa em fornecer dinheiro para manter a família etc... O abandono só se torna causa de desquite quando voluntário e continuado por prazo igual ou superior a dois anos. Tem entendido todavia a jurisprudência que o abandono sem justa causa por tempo inferior poderá constituir injúria grave por importar na recusa em ter relações sexuais com o outro cônjuge e a com ele conviver” (WALD, Arnaldo. *Do desquite*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1959. p. 116-8).

<sup>25</sup> “*Rien de plus élastique. On peut dire: sont des injures tout ce qu’un avocat habile parvient à faire admettre comme tel*” (BEUDANT. *Cours de droit civil français*. 2. ed. Paris: Rousseau, 1936. p. 41). Tradução livre: “Nada mais elástico. Pode-se dizer: são injúrias tudo o que um advogado hábil possa fazer admitir como tal”.

<sup>26</sup> “Todas as hipóteses de injúria grave (n. III do antigo art. 317 do CC) incluem-se no conceito de conduta desonrosa” (CHAIB, Euvaldo. Conduta desonrosa na Lei do Divórcio. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 545, p. 278, mar. 1981).

<sup>27</sup> Cf. *Boletim IBDFAM*. Belo Horizonte: IBDFAM, v. 19, p. 11, mar./abr. 2003.

<sup>28</sup> Neste sentido o recente acórdão do TJMG já citado: “Ora, assim agindo, o constituinte tornou desnecessária qualquer outra condição para a dissolução do vínculo matrimonial, que não a manifesta intenção do cônjuge, dispensando totalmente a existência prévia de separação judicial ou de fato e/ou decurso de tempo mínimo, como exigia aquele parágrafo em sua antiga redação, bem como qualquer discussão sobre culpa de algum deles, como na economia anterior” (TJMG – 4ª. Câ. Cív. – Ap. Cív. nº 1.0028.12.001643-2/001 – Rel. Des. Ana Paula Caixeta – DJ 10/jul./2013 – In: *Revista IBDFAM*. Belo Horizonte, ago./2013, p. 15). No mesmo sentido o seguinte acórdão do TJPR: “Entretanto, é desnecessária e ultrapassada a discussão da culpa para a decretação do divórcio, conforme dispõe a atual redação do artigo 226, § 6º., da Constituição Federal” (TJPR – 12ª. Câ. Cív. – Ap. Cív. nº 1000071-0 – Rel. Des. Rosana Amara Girardi Fachin – DJ 24/jul./2013 – In: *Revista IBDFAM*. Belo Horizonte, set./2013, p. 15).

<sup>29</sup> Vide, entre outros, CARVALHO NETO, Inacio de. *Responsabilidade civil no direito de família*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2013, itens 5.7 e 5.10, p. 285-95 e 296-8; BIGI, José de Castro. Dano moral em separação e divórcio. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ago./1991, v. 670, p. 49; SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 156-8.

<sup>30</sup> MIRANDA, Darcy Arruda. *A Lei do Divórcio interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 223.

<sup>31</sup> GOMES, Orlando. *Direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 204.

<sup>32</sup> CZAJKOWSKI, Rainer. *União livre*. Curitiba: Juruá, 1997, p. 127.

<sup>33</sup> CZAJKOWSKI, Rainer. *Op. cit.*, p. 135.

<sup>34</sup> MOTTA, Márcio Pinheiro Dantas. O divórcio e os alimentos face à (*sic*) nova ordem constitucional. In: *Jornal da Associação do Ministério Público do Paraná*. Curitiba: APMP, p. 3, fev. 1997.

<sup>35</sup> ALMADA, Ney de Mello. *Direito de família*. São Paulo: Brasiliense, [1987?], v. 1, p. 372.

<sup>36</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 6, p. 212.

<sup>37</sup> ABREU, José. *Op. cit.*, p. 61.

<sup>38</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Síntese de direito civil: direito de família*. Curitiba: JM, 1997, p. 281.

<sup>39</sup> BRUNO, Maurizio. *Separazione e divorzio*. 2. ed. Roma: Buffetti, 1991, p. 39. No original: “...gli unici obblighi che, dopo la separazione, legano i coniugi, sono quelli che scaturiscono proprio dalla separazione, obblighi espressamente stabiliti dalla normativa sulla separazione personale e che, non sono affatto, come alcuni ritengono, una prosecuzione dei doveri coniugali di cui agli artt. 143 c.c. e segg. Infatti la normativa sulla separazione personale è del tutto autonoma rispetto quella sugli obblighi derivanti dallo stato di coniugio”.

<sup>40</sup> Neste sentido: “Este artigo (Lei do Divórcio, art. 43) refere-se aos ‘desquites’ (hoje separação), isto é, às separações ocorridas antes da Emenda Constitucional 9, de 28 de junho de 1977, que estabeleceu o divórcio no Brasil. Antes dessa Emenda, como não havia divórcio, competia às partes decidirem sobre a conveniência e oportunidade de realizarem a partilha. Assim, o legislador de 1977 estabeleceu que a decisão de conversão deve dispor sobre a partilha dos bens, se ela não foi homologada ou decidida na sentença do ‘desquite’, ou se não foi feita posteriormente” (esclarecemos no primeiro parêntese) (FONSECA, Gilson; CALANZANI, José João. *Lei do Divórcio anotada*. Rio de Janeiro: Aide, 1995, p. 126).

<sup>41</sup> “A conversão da separação judicial em divórcio está sujeita a duas condições: sentença de separação judicial e decisão definitiva sobre a partilha de bens. Não tendo sido feito o inventário e existindo, ainda, bens não partilhados no esboço de partilha homologado, carece o autor de ação” (TJRJ – 1ª Câmara. Cív. – Ap. Cív. 18.362 – Rel. Des. Pedro Américo. *Apud* PEREIRA, Áurea Pimentel. *Op. cit.*, p. 119). “Impossível admitir-se a decretação do divórcio por via de conversão de separação judicial sem que a partilha dos bens do extinto casal tenha sido julgada previamente ou seja homologada em conjunto com a sentença de conversão, de modo a dar fim, de qualquer modo, à indivisão, prejudicial ao ex-cônjuge e à ordem pública” (TJRJ – 8ª Câmara. Cív. – Ap. Cív. 33.970 – Rel. Des. Paulo Pinto. *Apud* ABREU, José. *Op. cit.*, p. 234).

<sup>42</sup> “Pode a partilha de bens ser decretada na própria ação de conversão, se antes não foi feita, desde que, face ao (*sic*) consenso, nenhum prejuízo poderá advir às partes” (TJRS – 6ª Câmara. Cív. – Ap. Cív. 587.0430.35 – Rel. Des. Adalberto Libório Barros. *Apud* ABREU, José. *Op. cit.*, p. 235).

<sup>43</sup> “O legislador abriu exceção à regra da anterioridade do julgamento da partilha dos bens no art. 43 da Lei 6.515. Isto é, permitiu a contemporaneidade da ‘decisão da partilha’ com a ‘decisão de conversão’” (TJSP – 8ª Câ. Cív. – Ap. Cív. 58.943-1 – Rel. Des. Jorge Almeida – RJTJSP 99/86).

<sup>44</sup> Para maiores detalhes a respeito, vide CARVALHO NETO, Inacio de. *O novo divórcio... cit.*, item 4.5, p. 137-44.

<sup>45</sup> “Art. 1.523. Não devem casar: (...) III – o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal.”

<sup>46</sup> Vide, a propósito, CARVALHO NETO, Inacio de. *Responsabilidade... cit.*, item 7.2, p. 359-87.

<sup>47</sup> “Art. 1.524. As causas suspensivas da celebração do casamento podem ser arguidas pelos parentes em linha reta de um dos nubentes, sejam consanguíneos ou afins, e pelos colaterais em segundo grau, sejam também consanguíneos ou afins”.

<sup>48</sup> ARAÚJO, Vaneska Donato de (As cláusulas versando sobre a partilha de bens, sobre os alimentos e sobre o nome dos cônjuges são obrigatórias em qualquer escritura pública de separação e divórcio? In: *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais*. Coordenadores: Antônio Carlos Mathias COLTRO e Mário Luiz DELGADO. São Paulo: Método, 2007, p. 263) honra-nos com a citação em sua obra desse nosso entendimento assim manifestado em *Novo divórcio... cit.*, item 4.5, p. 144.

<sup>49</sup> “A reconciliação posterior ao divórcio vincular restabelece o matrimônio? Tem-se sustentado que não, e que em tal caso os cônjuges que desejaram restabelecer sua situação anterior, devem contrair novo enlace. Dissentimos dessa opinião. Cremos que se depois de decretada a dissolução, os cônjuges voltam a conviver, quiçá para o resto de suas vidas, essa união não pode ser reputada concubinato nem os filhos extramatrimoniais. Porém se um dos cônjuges se casou com outro depois da dissolução, a nova convivência com o primeiro cônjuge não basta para restabelecê-los ao *status* matrimonial. O novo casamento rompeu de maneira completa e definitiva o primeiro vínculo; e os cônjuges não podem já infundir-lhe renovado vigor. Neste caso sim, seriam necessárias as novas núpcias formais, logo que dissolvidas as segundas” (BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil argentino: familia*. 4. ed. Buenos Aires: Perrot, 1969. v. 1, p. 439). No original: “¿La reconciliación posterior al divorcio vincular restablece al matrimonio? Se ha sostenido que no, y que en tal caso los cónyuges que desearan restablecer su situación anterior, deben contraer nuevo enlace. Dissentimos con esa opinión. Creemos que si después de decretada la disolución, los cónyuges vuelven a convivir, quizás para el resto de sus vidas, esa unión no puede ser reputada concubinato ni los hijos extramatrimoniales. Pero si uno de los cónyuges se hubiera casado con otro después de la disolución, la nueva convivencia con el primer cónyuge no basta para restablecerlos al status matrimonial. El nuevo casamiento ha roto de manera completa y definitiva el primer vínculo; y los cónyuges no pueden ya infundirle renovado vigor. En esse caso sí serían necesarias las nuevas nupcias formales, luego que disueltas las segundas.”

<sup>50</sup> LAGOMARSINO, Carlos; URIARTE, Jorge. *Separación personal y divorcio*. 2. ed. Buenos Aires: Universidad, 1997, p. 521. No original: “La opinión contraria, desarrollada

en nuestra doctrina por Díaz de Guijarro, interpretó que la reconciliación posterior a la sentencia de divorcio vincular no hacía renacer el vínculo disuelto y que era menester la celebración de otro acto matrimonial. El último párrafo del art. 234 del Cód. Civil viene a aclarar normativamente el tema, al señalar expresamente dicho precepto que ‘la reconciliación posterior a la sentencia firme de divorcio vincular sólo tendrá efectos mediante la celebración de un nuevo matrimonio’. En consecuencia, la sentencia firme de divorcio absoluto priva de las posibilidades que presenta la reconciliación posterior a la resolución judicial que decreta la separación personal, y, dado que el vínculo matrimonial está ya disuelto, hace necesaria la celebración de nuevas nupcias para que los ex cónyuges accedan nuevamente al estado de familia de casados.”

<sup>51</sup> Cf. CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 1.236.

<sup>52</sup> “Quando um homem tomar uma mulher, e se casar com ela, então será que, se não achar graça em seus olhos, por nela achar coisa feia, ele lhe fará escrito de repúdio, e lho dará na sua mão, e a despedirá de sua casa... Então seu primeiro marido, que a despediu, não poderá tornar a tomá-la, para que seja sua mulher, depois que foi contaminada” (*Bíblia Sagrada*. 71. impressão. Tradução de João Ferreira de Almeida (revista e corrigida). Rio de Janeiro: Imprensa Bíblica, 1990, p. 324-5, Deuteronômio 24.1-4).

<sup>53</sup> Neste sentido: “Divórcio. Restabelecimento da sociedade conjugal. Sentença não levada a registro. Ato que visa tão-somente dar publicidade à decisão. Trânsito em julgado que gera efeitos *erga omnes*. Pedido indeferido” (TJSP – 3ª Câ. Cív. – AI 171.609-1 – Rel. Des. Toledo César – RJTJSP 138/302).

<sup>54</sup> “Entretanto, entre o trânsito em julgado da sentença e seu registro ou averbação, haverá um hiato, um período em branco, uma vez que conforme já se estudou, a sentença definitiva do divórcio somente produzirá efeitos depois de registrada (termo empregado pela lei), no registro público competente... Mesmo porque, em se cuidando em direito de família, as decisões passadas em julgado, menos com relação às partes, têm um valor muito relativo. Porém, se houver sentença definitiva passada em julgado e registrada (para o autor, averbada) no Cartório de Registro Civil, produzindo já todos os efeitos, não haverá possibilidade do restabelecimento da sociedade conjugal, mediante simples petição ao juiz, como se fosse mera separação judicial” (esclarecimentos no original) (CAMPOS, Antônio Macedo de. *Teoria e prática do divórcio*. São Paulo: Jalovi, 1978. p. 215-6).

<sup>55</sup> Neste sentido: “Divórcio. Desistência após a sentença. Admissibilidade. Homologação” (TJSP – 5ª Câ. Cív. – Ap. Cív. 34.114-1 – Rel. Des. Martiniano de Azevedo – RJTJSP 86/79). Do corpo do acórdão, extremamente sucinto, infere-se que a sentença ainda não havia transitado em julgado, já que a ré havia recorrido da decisão.

<sup>56</sup> Se, no entanto, havia sido decretada a separação de corpos, será necessário, para expungir qualquer dúvida, que o cônjuge requerente (ou ambos, se o pedido foi consensual) peça em Juízo a cessação de seus efeitos.

<sup>57</sup> Neste sentido o recente acórdão do TJMG já citado: “Uma vez decretado o divórcio, os ex-consortes, caso resolvam se reconciliar, terão de se casar novamente” (TJMG – 4ª. Câ. Cív. – Ap. Cív. nº 1.0028.12.001643-2/001 – Rel. Des. Ana Paula Caixeta – DJ 10/jul./2013 – In: *Revista IBDFAM*. Belo Horizonte, ago./2013, p. 15).

<sup>58</sup> GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 222.

<sup>59</sup> Com a devida vênia, discordamos do entendimento contrário esposado nesta decisão: “Casamento. Casal que sucessivamente requereu desquite por mútuo consentimento e divórcio, tornou a contrair novo matrimônio para afinal, ajuizar pedido de separação consensual. Homologação pelo juiz, apesar de não se haver completado o período de dois anos após o segundo enlace. Irrelevância. Exigência inútil na espécie. Pressuposto já anteriormente observado” (TJSP – 1ª Câm. Cív. – Ap. Cív. 48.572-1 – Rel. Des. Luís de Macedo – RT 594/52). Mais correto, a nosso ver, o voto vencido do Des. Álvaro Lazzarini: “E, realmente, como salientado nesse parecer, percebe-se que a instabilidade do casal – um engenheiro e uma psicóloga – que casa e se descasa é insólita. Não permitir-se a nova separação por mútuo consentimento antes do biênio legal desse segundo casamento é atender-se ao espírito da lei, evitando-se, assim, também, o abuso que possam estar fazendo os cônjuges desse instituto. Faz-se, de fato, necessário o transcurso do biênio legal para impedir, o quanto possível, que a sociedade conjugal, enriquecida pelos filhos do casal, venha a dissolver-se antes que os cônjuges estejam em condições de apreciar, mais uma vez, se a vida em comum lhes é insuportável. Lembre-se que se considera novo casamento o casamento entre si dos cônjuges anteriormente casados e divorciados. Note-se que se os cônjuges, como divorciados que estavam, tivessem se casado com terceiros, esse biênio legal haveria de ser observado. No caso dos autos, embora com suas peculiaridades, nem por isso é possível a inobservância do prazo. Devem ater-se à lei, quando reza que para a concessão da separação consensual faz-se necessário que os cônjuges estejam casados há mais de dois anos, sem solução de continuidade como entende-se ser o óbvio e bem se sustenta nas razões de apelação que se adotam.”

## Referências

- ABREU, José. *O divórcio no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- ALMADA, Ney de Mello. *Direito de família*. São Paulo: Brasiliense, [1987?], v. 1.
- ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil comentado: direito das sucessões*. Coordenador: Álvaro Villaça AZEVEDO. São Paulo: Atlas, 2003, v. 18.
- AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. *Separação e divórcio: teoria e prática*. 4. ed. São Paulo: Leud, 1997.
- ARAÚJO, Vaneska Donato de. As cláusulas versando sobre a partilha de bens, sobre os alimentos e sobre o nome dos cônjuges são obrigatórias em qualquer escritura pública de separação e divórcio? *In: Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais*. Coordenadores: Antônio Carlos Mathias COLTRO e Mário Luiz DELGADO. São Paulo: Método, 2007.
- BEUDANT. *Cours de droit civil français*. 2. ed. Paris: Rousseau, 1936.
- Bíblia Sagrada*. 71. impressão. Tradução de João Ferreira de Almeida (revista e corrigida). Rio de Janeiro: Imprensa Bíblica, 1990.
- BIGI, José de Castro. Dano moral em separação e divórcio. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo, ago./1991, v. 670.
- Boletim IBDFAM*. Belo Horizonte: IBDFAM, v. 19, mar./abr. 2003.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil argentino: familia*. 4. ed. Buenos Aires: Perrot, 1969, v. 1.

- BRUNO, Maurizio. *Separazione e divorzio*. 2. ed. Roma: Buffetti, 1991.
- CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- CAMPOS, Antônio Macedo de. *Teoria e prática do divórcio*. São Paulo: Jalovi, 1978.
- CARVALHO NETO, Inacio de. *Direito sucessório do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Método, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Novo divórcio brasileiro*. 12. ed. Curitiba: Juruá, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil no direito de família*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Separação e divórcio: teoria e prática*. Curitiba: Juruá.
- CHAIB, Euvaldo. Conduta desonrosa na Lei do Divórcio. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 545, mar. 1981.
- CORRÊA, Orlando de Assis; MOURA, Mário Aguiar. *Divórcio: teoria e prática*. Porto Alegre: Síntese, 1978.
- CRUZ, Guilherme Braga da. *Direitos de família*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1942, v. 1.
- CRUZ, João Claudino de Oliveira e. *Dos alimentos no direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
- CZAJKOWSKI, Rainer. *União livre*. Curitiba: Juruá, 1997.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2.
- FONSECA, Gilson; CALANZANI, José João. *Lei do Divórcio anotada*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.
- FREITAS, Geralda Pedroso. A terminação do vínculo conjugal. In: *O direito de família e a Constituição de 1988*. Coord. Carlos Alberto BITTAR. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2.
- GOMES, Orlando. *Direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.
- LACERDA, Galeno. *Direito de família: alimentos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 3.
- LAGOMARSINO, Carlos; URIARTE, Jorge. *Separación personal y divorcio*. 2. ed. Buenos Aires: Universidad, 1997.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. Os alimentos da cônjuge mulher. In: *O Diário do Norte do Paraná*. Maringá, 24 mar. 1993.
- \_\_\_\_\_. Dos limites da pensão alimentícia. In: *O Diário do Norte do Paraná*, 03 mar. 1993.
- \_\_\_\_\_. *Síntese de direito civil: direito de família*. Curitiba: JM, 1997.
- LIMA, Domingos Sávio Brandão de. *Alimentos do cônjuge na separação judicial e no divórcio*. Cuiabá: Proedi, 1983.
- LIMA, Domingos Sávio Brandão. Alimentos do cônjuge na separação judicial e no divórcio. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 282.
- MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Jean. *Leciones de Derecho Civil: La familia*. Tradução de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1976, v. 4.
- MIRANDA, Darcy Arruda. *A Lei do Divórcio interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1978.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 2.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 2.

MOTTA, Márcio Pinheiro Dantas. O divórcio e os alimentos face à (sic) nova ordem constitucional. In: *Jornal da Associação do Ministério Público do Paraná*. Curitiba: APMP, fev. 1997.

MOURA, Mário de Aguiar. Insuportabilidade da vida comum na separação judicial litigiosa. In: *Repertório IOB de Jurisprudência e Pesquisa*. São Paulo: IOB, 1990.

NEGRÃO, Theotônio. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

PACHECO, José da Silva. *Inventários e partilhas*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PEREIRA, Áurea Pimentel. *Divórcio e separação judicial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 2.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil: direito de família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 5.

PIMENTEL, Sílvia; GIORGIO, Beatriz di; PIOVESAN, Flávia. *A figura/personagem mulher em processos de família*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família*. Campinas: Bookseller, 2001, v. 3.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, tomo VIII.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994, v. 2.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 6.

\_\_\_\_\_. *O divórcio e a lei que o regulamenta*. São Paulo: Saraiva, 1978.

SAMPAIO, Pedro. *Divórcio e separação judicial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. São Paulo: Método, 2005, v. 2.

VEIGA, Manoel Messias. *Do divórcio e sua prática forense*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2001, v. 2.

VIEGAS, João Francisco Moreira. Discussão de culpa no divórcio direto. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 698, maio/1994.

WALD, Arnaldo. *Do desquite*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1959.

ZANARDINI, Margareth. Novo Código Civil: evolução filosófica – atraso científico. In: *Estado do Paraná*. Curitiba. Caderno Direito e Justiça. Curitiba, 12 jan. 2003.



DOUTRINA



# A MISSÃO TRANSFORMADORA DA JURISPRUDÊNCIA

**RENÉ DOTTI\***

Professor Titular de Direito Penal da UFPR

**ROGÉRIA DOTTI\*\***

Mestre em Direito Processual Civil pela UFPR

## EXCERTOS

*“O termo jurisprudência encerra a noção de que o direito não é um objeto pronto ou acabado mas que, ao contrário, precisa ser construído a partir da prudência e sabedoria dos juízes”*

*“No mundo do common law, a obediência de juízes de tribunais aos precedentes tem natureza análoga ao respeito que os magistrados devem ter em relação à constituição ou aos textos legais (statutes)”*

*“Ainda que seja costume pensar o stare decisis como aspecto indissociável do common law, a verdade é que o primeiro surgiu no curso do desenvolvimento do segundo para, sobretudo, dar segurança às relações jurídicas”*

*“Enquanto no sistema do civil law havia maior preocupação com a igualdade formal perante a lei, o common law baseava-se na busca da igualdade material através da lógica de aplicação das mesmas decisões a casos iguais (like cases must be treated alike)”*

*“Dever-se-ia adotar no Brasil uma liberdade judicial que respeitasse não apenas a lei – como hoje já ocorre, mas também as decisões anteriores, permitindo inclusive a distinção ou a superação do precedente”*

*“O projeto do novo Código de Processo Civil também permite a não aplicação do precedente em virtude de distinção do caso sob análise (distinguishing) ou ainda de superação daquele entendimento (overruling)”*

*“É fundamental que ocorra uma mudança cultural a fim de que o sistema de precedentes não seja desvirtuado por uma visão radical e equivocada”*

### **\* Outras qualificações do autor**

*Corredor dos projetos que se converteram na Lei 7.209 e Lei 7.210, de 1984 (reforma da Parte Geral do CP e Lei de Execução Penal, detentor da Medalha Mérito Legislativo da Câmara dos Deputados (2007). Advogado.*

### **\*\* Outras qualificações da autora**

*Coordenadora da Escola Superior de Advocacia da OAB Paraná, Advogada.*

## A transformação no campo civil e processual civil

*“Importa como os juízes decidem os casos... porque, muitas vezes, o direito se torna o que os juízes dizem que ele é.”*

(Ronald Dworkin)

### 1. Conceito de jurisprudência e o *stare decisis*

O termo jurisprudência deriva do latim *jurisprudencia* e corresponde à ideia de direito (*jus*) aliado à de sabedoria (*prudencia*). Ou seja, a partir de uma concepção literal, entende-se que a jurisprudência constitui a ciência do direito vista com sabedoria<sup>1</sup>. Na tradição românica, essa expressão designava os pareceres produzidos pelos juristas em relação às questões jurídicas que lhes eram submetidas a consulta<sup>2</sup>.

Quer sob o ponto de vista atual, quer em sua versão originária, o termo jurisprudência encerra a noção de que o direito não é um objeto pronto ou acabado mas que, ao contrário, precisa ser construído a partir da prudência e sabedoria dos juízes. Em outras palavras, a aplicação prática do direito exige necessariamente um trabalho de construção intelectual do intérprete.

A noção de jurisprudência traz ínsita também a ideia de pluralidade, de um conjunto de decisões judiciais a partir do qual se firme (ou não) uma orientação a respeito de determinada matéria jurídica. Nesse sentido, entende-se que jurisprudência constitui uma massa, um grupo de pronunciamentos judiciais a respeito de um tema. Daí a distinção quantitativa entre precedente e jurisprudência. Enquanto o termo jurisprudência designa um conjunto de decisões, o termo precedente espelha, por essência, uma decisão oriunda do Poder Judiciário<sup>3</sup>.

No Brasil, a jurisprudência – concebida como conjunto de decisões – não traz em si, automaticamente, a noção de coerência ou uniformidade. Tanto é assim que, quando a doutrina brasileira se refere a um grupo de decisões em um mesmo sentido, utiliza a expressão “corrente jurisprudencial”. Em outras palavras, a jurisprudência brasileira a respeito de determinado assunto pode, ou não, ser uniforme. E normalmente não o é.

Pressuposto completamente distinto se verifica na teoria do *stare decisis*. O termo advém da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, o que significa “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido”. Tal orientação, adotada nos países de *common law*, pressupõe uma relação de coerência e integridade no conjunto das decisões judiciais. Fala-se inclusive na projeção de uma eficácia de altíssimo grau, dita vinculante, entre a decisão que constitui o precedente e os julgamentos sucessivos produzidos em causas análogas. Assim, no mundo do *common law*, a obediência de juízes de tribunais aos precedentes tem natureza análoga ao respeito que os magistrados devem ter em relação à constituição ou aos textos legais (*statutes*)<sup>4</sup>.

Vale lembrar que a eficácia vinculante das decisões judiciais surgiu na Inglaterra, nas primeiras décadas do século XIX. Tornou-se célebre o julgamento do caso *Beamish versus Beamish*, em 1861, no qual Lord Campbell estabeleceu que a *House of Lords* estava obrigada a acatar a sua própria autoridade proclamada em julgamentos anteriores: “o direito declarado na *ratio decidendi*, sendo claramente vinculante para todas as cortes inferiores e todos os súditos do reino, se não fosse considerado igualmente vinculante para os *Law Lords*, a *House of Lords* se arrogaria o poder de alterar o direito e legiferar com autônoma autoridade”<sup>5</sup>.

A teoria do *stare decisis* tem como base de sustentação a igualdade, a coerência, a estabilidade e a previsibilidade da ordem jurídica. E não se confunde com o sistema *common law*: “Ainda que seja costume pensar o *stare decisis* como aspecto indissociável do *common law*, a verdade é que o primeiro surgiu no curso do desenvolvimento do segundo para, sobretudo, dar segurança às relações jurídicas.”<sup>6</sup>

Em sua concepção atual, o *stare decisis* mantém um compromisso com as decisões anteriores, não podendo o juiz partir de um marco zero (*ex nihilo*). Dessa forma, mesmo nas hipóteses de superação ou não aplicação do precedente por *overruling* ou *distinguishing*, o magistrado deve considerar as decisões já proferidas e justificar o motivo de sua não aplicação<sup>7</sup>.

Em suma, pode-se definir o *stare decisis* como a eficácia vinculante dos precedentes, algo que pode ou não existir quando se fala em jurisprudência.

No Brasil, atualmente, têm eficácia vinculante apenas as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal (instituídas através da

Emenda Constitucional 45, de 2004), as decisões do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais em controle concentrado de constitucionalidade, e as decisões em recursos repetitivos (Código de Processo Civil, art. 543-C).

## 2. Os sistemas de *civil law* e *common law*

Os sistemas de *civil law* e *common law* têm origens distintas e partem de pressupostos diversos no que diz respeito à atribuição de poderes aos magistrados.

Ao tempo da Revolução Francesa, os juízes constituíam uma espécie de aristocracia da toga. Frequentemente, tomavam decisões contrárias aos interesses do povo e favoráveis ao rei. Era a chamada “*noblesse du robe*”. Daí a grande preocupação dos revolucionários em limitar seu poder. Passou-se a acreditar no mito de que a obediência à lei garantiria a isonomia na aplicação do direito. E, para tanto, o juiz deveria ser apenas a boca a pronunciar a voz da lei.

Na Inglaterra, a tradição do *common law* pregava justamente o contrário. A burguesia confiava nos juízes e, por isso, o movimento foi o inverso. Buscou-se retirar o poder da monarquia, atribuindo-o aos magistrados.

O mito da Revolução Francesa consiste justamente na crença de que a lei poderia prever todas as situações da vida prática e que sua mera aplicação aos casos concretos, de forma direta, automática e sem liberdades interpretativas, conduziria a uma maior justiça social. Naquele momento histórico, era de suma importância afastar qualquer poder interpretativo. O juiz era mero aplicador do comando abstrato da lei. Isso porque se considerava que a norma já estava presente na lei. Ela não dependeria de qualquer avaliação ou reflexão sobre o caso concreto. Imaginava-se o direito positivo como algo completo, previsto nas codificações. Assim, toda e qualquer resposta para um caso concreto poderia ser buscada na legislação.

Enquanto no sistema do *civil law* havia maior preocupação com a igualdade formal perante a lei, o *common law* baseava-se na busca da igualdade material através da lógica de aplicação das mesmas decisões a casos iguais (*like cases must be treated alike*).

Não é exagero afirmar que o primeiro sistema tinha por objetivo uma mera declaração do direito (a norma já estaria presente na lei

escrita), enquanto o *common law* preocupava-se com a criação do direito (na medida em que a norma só surgiria no julgamento do caso concreto, através da construção de acordo com o contexto social, histórico e cultural). Ainda que existisse um comando na lei (ou na constituição), somente na análise do caso concreto é que seria definida a regra a ser aplicada. Justamente por isso, nos países que adotam o sistema da *common law*, a segurança jurídica não advém das leis escritas, mas sim do respeito aos precedentes.

### **3. O neoconstitucionalismo e o movimento de aproximação dos sistemas**

Com o desenvolvimento do neoconstitucionalismo e a presença constante dos valores e princípios na interpretação do direito, surge, naturalmente, uma aproximação entre os sistemas de *civil* e *common law*.

As razões são claras. De um lado, busca-se a igualdade material, entendendo-se que a igualdade meramente formal (prevista na lei) não é mais suficiente para assegurar o respeito aos valores constitucionais. E, para tanto, é preciso outorgar uma certa margem de poder ao intérprete. De outro, percebe-se não ser possível a mera aplicação automática da lei ao caso concreto. É o fim do mito da neutralidade baseada nas limitações ao poder judicial e na visão equivocada da boca a pronunciar a voz da lei. Sabe-se que o magistrado, ao aplicar a lei, acaba interpretando-o a seu modo e, muitas vezes, a partir de sua própria concepção pessoal. Isso, por si só, gera desigualdades.

No entanto, há dois movimentos sociais especialmente relevantes a partir da segunda metade do século XX que conduzem também à aproximação entre os sistemas: a revolução dos direitos humanos e a judicialização da política. O primeiro consiste em atribuir ao Poder Judiciário o papel de proteção de direitos supraleais, decorrentes da própria aplicação do princípio da dignidade humana. Nesse sentido, certos direitos, considerados como valores fundamentais do sistema, passam a estar a salvo do poder de decisão da maioria (processo legislativo), devendo ser protegidos pelas cortes em um movimento contramajoritário e em defesa de minorias. O segundo, mais conhecido como ativismo judicial, advém da transposição do poder inerente às casas legislativas para os juízes e tribunais.

Saliente-se que uma dose de poder criativo da magistratura é sempre necessária para a defesa dos direitos humanos, cuja significação nunca está inteiramente desenhada na lei escrita. Na maioria das vezes, pela própria natureza abstrata desses direitos, só é possível encontrar seu significado na análise do caso concreto. Daí porque o trabalho judicial de interpretação e aplicação do direito ganha relevância.

Vale aqui destacar que os países que admitem o controle difuso de constitucionalidade das leis, como ocorre com o Brasil, já outorgam ao Poder Judiciário uma atividade que vai além da mera aplicação da lei (boca a pronunciar a voz da lei). Nesses sistemas judiciais, o intérprete tem um papel bastante ativo, podendo inclusive deixar de aplicar determinado comando quando considerar que este viola princípios ou garantias constitucionais.

Daí por que, no mundo atual, em que os valores e princípios constitucionais integram o sistema jurídico, o caminho natural é o da aproximação entre os sistemas do *common* e *civil law*. Tal relacionamento, contudo, não implica a transferência de institutos ou de conceitos de um para o outro – o que na prática não funcionaria bem –, mas sim na crescente valorização do papel do juiz na interpretação e aplicação do direito.

#### 4. O juiz cria o direito

O jusfilósofo Ronald Dworkin na obra *O império do direito* pergunta: O que é o direito? E por que isso importa? Ao que ele mesmo responde: “importa como os juízes decidem os casos porque, muitas vezes, o direito se torna o que os juízes dizem que ele é”<sup>8</sup>.

Com efeito, o direito não se resume à lei. A lei deve ser compreendida como uma parte apenas do sistema jurídico. Isso porque a atividade legislativa não consegue, por si só, abranger todo o direito. Prova disso é o disposto no art. 126 do Código de Processo Civil: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

Na atualidade, a orientação da jurisprudência constitui importantíssimo fator na construção do sistema jurídico. Não é exagero dizer que o juiz, hoje, cria o direito. Mas, embora construído

através da atuação individual dos magistrados e tribunais, o direito deve se manter uniforme a fim de assegurar o respeito aos valores da igualdade, previsibilidade e segurança jurídica.

O controle de constitucionalidade das leis, o respeito aos princípios e a existência cada vez mais frequente de regras abertas (cláusulas gerais) fez nascer um juiz que, ao interpretar a lei, foge do modelo clássico do *civil law*.

Há ainda “ambientes decisoriais mais frouxos”, na feliz expressão de Teresa Arruda Alvim Wambier, como o direito de família, por exemplo, no qual os valores envolvidos e os aspectos culturais ganham uma maior relevância na aplicação da lei. Nesse contexto, o Poder Judiciário pode e deve inovar, incorporando mudanças externas como as sociológicas, éticas, sociais ou científicas para alterar posicionamentos. Isto é possível porque nessas áreas menos rígidas as normas costumam ter “poros” para adaptar o direito à vida (cláusulas gerais e conceitos vagos), permitindo um maior trabalho interpretativo e uma paulatina evolução do direito<sup>9</sup>.

Trata-se de verdadeira técnica legislativa que propositadamente deixa a cargo do intérprete o preenchimento do conteúdo final da norma. São exemplos disso as cláusulas gerais, contendo conceitos vagos e vinculação axiológica, tais como a de boa-fé, função social do contrato, função social da propriedade e assim por diante.

Situação diversa se dá em áreas de legalidade estrita, tais como o direito tributário ou o direito penal, em que se verifica um maior apego à literalidade do dispositivo legal justamente para preservar os direitos e a liberdade dos indivíduos. Nesses ambientes mais restritos, as alterações normalmente apenas ocorrem pelas mãos do legislador.

De qualquer forma, considerando que essa construção do direito não vem prevista de antemão, em lei escrita, torna-se fundamental à segurança fazer com que as mudanças jurisprudenciais ocorram de forma lenta e gradual, modulando sempre que possível os efeitos do novo entendimento. Só assim será possível evitar as decisões-surpresa, tão prejudiciais aos jurisdicionados e à própria credibilidade do sistema.

A teoria do *stare decisis* tem como base de sustentação a igualdade, a coerência, a estabilidade e a previsibilidade da ordem jurídica

## 5. Como manter a liberdade judicial e obter segurança jurídica e isonomia

Quando se fala na missão criadora da jurisprudência, o mais difícil é conciliar a garantia da liberdade judicial do magistrado – requisito fundamental em um estado democrático de direito – com as exigências de isonomia e segurança jurídica.

No direito brasileiro, a ampla liberdade concedida aos juízes acabou levando a uma grande e prejudicial dispersão da jurisprudência. Além da instabilidade (mudança brusca de entendimentos), o que se verifica é uma diversidade muito grande de soluções interpretativas. Isso ocorre porque não há no país uma cultura de respeito aos precedentes. Ao contrário, durante muito tempo se imaginou que obedecer o entendimento de tribunais superiores consistiria em uma *capitis diminutio* para a atuação judicial.

Alie-se a isso o fato de que a doutrina do *civil law* foi profundamente alterada, fazendo com que o juiz, inicialmente proibido de interpretar a lei, começasse a assim agir. Destaque-se que essa interpretação da lei, muitas vezes, passou a ocorrer a partir da visão pessoal e particular do magistrado, em dissonância com as decisões do tribunal. Isso evidentemente, ao invés de prestigiar a igualdade perante a lei, passou a gerar violação à garantia constitucional da isonomia.

A lei não é mais suficiente para garantir previsibilidade<sup>10</sup>, restando assim um campo interpretativo extremamente profícuo para a divergência e a instabilidade. E isso acaba por gerar um verdadeiro desprestígio às decisões de primeiro grau. Conforme Luiz Guilherme Marinoni, “o juiz de primeiro grau tem poder para decidir e não para prolatar um projeto de decisão. Assim, o sistema espera que, em alguns casos, a parte vencida se conforme com a sentença, tornando desnecessária a atuação do tribunal. Entretanto, isso apenas realmente ocorrerá quando as partes souberem a decisão que será proferida pelo tribunal”<sup>11</sup>.

A lógica do próprio sistema, portanto, exige que o juiz de primeira instância observe os precedentes do tribunal a que está vinculado. Isso, ao contrário de retirar a independência funcional do magistrado, acaba prestigiando sua decisão. Caso contrário, a decisão de primeira instância passa a ser mera servidão de passagem, ou seja, uma etapa necessária para se alcançar a verdadeira decisão.

A lógica do sistema, pois, exige uma jurisprudência estável. Isso valoriza os juízes de primeira instância e propicia uma redução do número de recursos.

Dever-se-ia adotar no Brasil uma liberdade judicial que respeitasse não apenas a lei – como hoje já ocorre, mas também as decisões anteriores, permitindo inclusive a distinção ou a superação do precedente.

Nesse sentido, a teoria criada pelo jurista norte-americano Ronald Dworkin (O Direito como integridade ou o Romance em Cadeia) propõe que cada juiz (no momento do julgamento) atue como se estivesse criando o capítulo de um livro (um romance), devendo conseqüentemente conhecer os capítulos anteriores, ou seja, conhecer o que foi decidido antes a respeito do mesmo assunto. Somente conhecendo o capítulo anterior seria possível avançar. Isso não significa que o juiz não possa decidir de forma diversa ao que já foi decidido. A vinculação, destarte, não é absoluta. Mas deve-se conhecer o passado até mesmo para alterar a orientação (*distinguishing* ou *overruling*), quando necessário.

Segundo Eduardo Cambi, o princípio da integridade do sistema deve estar acima das convicções pessoais dos juízes. E justifica: “O exercício da magistratura não está voltado à satisfação pessoal de quem decide, devendo o juiz colaborar com o sistema de distribuição da justiça.”<sup>12</sup>

Da mesma forma, Luiz Guilherme Marinoni rejeita a ideia da independência judicial como justificativa para a não vinculação aos precedentes. E contrapõe então o princípio da igualdade como direito fundamental. O Judiciário tem o dever de solucionar as causas racionalmente e com base na isonomia, não sendo admissível que casos iguais venham a ter decisões diferentes<sup>13</sup>.

De fato, a independência funcional dos magistrados constitui uma garantia fundamental à democracia e põe a decisão judicial a salvo de interferências maliciosas e indevidas, tais como abuso do poder econômico, interesses políticos ou populismo. Mas tal independência não se presta para justificar uma desconformidade entre a decisão singular daquele magistrado e o que já vem sendo decidido pelos seus pares, dentro da mesma corte ou em cortes

superiores. Isto porque o juiz faz parte de um contexto, de um sistema de aplicação de justiça.

Em síntese, sabe-se que os juízes estão submetidos ao princípio da legalidade, mas nem por isso se diz que a lei fere a independência funcional dos magistrados. O mesmo deve-se pensar em relação aos precedentes.

## 6. O projeto do novo CPC e o respeito aos precedentes

A filosofia adotada pelo projeto do novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei 6.025/05 e Projeto de Lei 8.046/10) demonstra uma preocupação com a efetividade, celeridade, isonomia e segurança jurídica.

Justamente por isso, uma das linhas ideológicas adotadas é a do respeito aos precedentes judiciais, com o propósito de garantir uma melhor prestação jurisdicional. Tanto é assim que há um capítulo específico disciplinando a aplicação dos precedentes (capítulo XV). Mas, independentemente disso, chama atenção o fato de se considerar não fundamentada toda e qualquer decisão judicial que desconsiderar esse respeito aos precedentes. Exemplo disso é o art. 499, § 1º: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.” Em outras palavras, a decisão judicial que injustificadamente ignorar precedente invocado pela parte ou que, ainda, aplicar um precedente sem demonstrar seu cabimento será considerada não fundamentada e conseqüentemente nula.

Trata-se de nítida preocupação com a coerência, com a integralidade e racionalidade do sistema jurídico. Aliás, o próprio art. 520 do projeto prevê expressamente: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.” Já o dispositivo seguinte (art. 521) prevê o rol de hipóteses nas quais os juízes e tribunais deverão seguir os precedentes. São elas: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de

súmula vinculante, os acórdãos e os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e ainda os precedentes do plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade, assim como da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional.

Contudo, seguindo a tradição do *common law*, o projeto do novo Código de Processo Civil também permite a não aplicação do precedente em virtude de distinção do caso sob análise (*distinguishing*) ou ainda de superação daquele entendimento (*overruling*). Esse ponto é extremamente positivo. O respeito aos precedentes, com a técnica do *distinguishing*, preserva a estabilidade sem engessamento do sistema, tornando-o assim maleável e permitindo a evolução do direito.

A técnica de distinção (*distinguishing*) vem prevista no § 5º do art. 521 e estabelece que o precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do *caput* do dispositivo poderá não ser seguido quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática diversa ou questão jurídica não examinada a impor solução jurídica diversa.

Já a possibilidade de superação do precedente (*overruling*) está descrita no § 7º do mesmo dispositivo, segundo o qual a modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida. E o parágrafo seguinte prevê a hipótese da decisão ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

Outro ponto extremamente positivo do projeto é a preocupação em evitar mudanças abruptas de entendimento. Isso porque a jurisprudência consolidada cria uma justa expectativa que deve ser respeitada. Dessa forma, toda alteração de entendimento pode ter seu efeito modulado no tempo, evitando a decisão-surpresa para os jurisdicionados. É o que dispõe o § 10 do art. 521: na hipótese de alteração de jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de

precedente, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos.

Para a mudança de entendimento, o projeto exige a necessidade de uma fundamentação específica, justamente para se garantir a estabilidade da jurisprudência. O § 11 do mesmo dispositivo tem a seguinte redação: a modificação de entendimento sedimentado, sumulado ou não, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Como se vê, o projeto do novo Código de Processo Civil procura criar um sistema de respeito aos precedentes judiciais, sem contudo engessar as decisões ou impedir a evolução do direito.

## 7. Conclusões

O juiz cria o direito. Este é um fato que não pode mais ser ignorado. Mas a atribuição de tal poder à magistratura, ainda que se tratasse de algo indesejado no passado, é hoje extremamente positivo. Somente à luz do caso concreto será possível assegurar o respeito à igualdade material e aos valores protegidos pela ordem constitucional.

Contudo, ao exercer esse poder criador (noutro dizer, missão transformadora) os magistrados devem fazê-lo considerando-se parte de um sistema de distribuição de justiça e, conseqüentemente, devem agir de forma coerente, íntegra e uniforme. Para tanto, o que se faz necessário é muito mais do que uma alteração legislativa, como a que já consta do projeto do novo Código de Processo Civil. É fundamental que ocorra uma mudança cultural a fim de que o sistema de precedentes não seja desvirtuado por uma visão radical e equivocada. Não se deve, por exemplo, enunciar a jurisprudência nem permitir a aplicação automática de súmulas descontextualizadas. Há que se considerar o precedente a partir de sua *ratio decidendi*. Somente assim será possível compreender o que, de fato, foi decidido.

Nesse aspecto, tanto a lei quanto o precedente devem ser interpretados. Não se pode manter a ingênua ideia da automática subsunção da norma ao caso concreto. A avaliação entre os pressupostos fáticos que geraram o precedente e a nova situação posta em julgamento é indispensável.

E é justamente na necessidade de interpretação do próprio precedente que reside a garantia da preservação da liberdade judicial. Jamais se pretenderá, mesmo que com a adoção de um sistema de respeito aos precedentes, afastar a liberdade de convicção dos magistrados. Tanto é assim que o juiz pode distinguir a situação ou considerar o precedente superado. O que se propõe, portanto, é que o campo de liberdade seja mantido mas que a atuação judicial seja exercida de forma conjunta, com coerência em relação às demais decisões e a um verdadeiro sistema de distribuição de justiça.

Tal mudança cultural produzirá uma jurisprudência mais igualitária, estável, previsível e coerente. E nesse sentido, não há algo de verdadeiramente novo. O que pode surgir é uma nova forma de enxergar o sistema judicial brasileiro, adotando-se assim a bonita sugestão do poeta Thiago de Mello: “Eu não tenho um caminho novo; o que eu tenho de novo é o jeito de caminhar.”

---

## II

### A transformação no campo penal e processual penal

**“O juiz é o direito tornado homem.”**

(Piero Calamandrei. 1889-1956. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*, p. 11)

#### 1. As formas de expressão do direito

§ 1ª A lei

“A lei é a expressão da vontade geral” (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – Paris, 1789, art. 6º). Para Clóvis Beviláqua, a lei “é uma regra geral, emanada de autoridade competente e coativamente imposta à obediência de todos.”<sup>14</sup>

§ 2ª A doutrina

A doutrina (de *docere*, ensinar, mostrar) é a atividade dos juristas na interpretação da lei e nos comentários à jurisprudência, feitos no exercício da docência ou em textos e palestras.

§ 3ª A jurisprudência

A jurisprudência (de *jus* = direito e *prudencia* = sabedoria), consiste, literalmente, na sabedoria com que se interpreta e aplica o direito.

## 2. A jurisprudência é fonte secundária do direito penal

A *fonte primária* (imediate) das normas jurídicas (Direito Constitucional, Penal, Civil, etc.) é somente a lei. Mas não há dúvida quanto à influência exercida pelas decisões dos juízes e tribunais para muito além dos limites do caso julgado.

## 3. A lição de Miguel Reale

A propósito, diz o mestre imortal Miguel Reale: *“O ato de julgar não se reduz a uma atitude passiva diante dos textos legais, mas implica notável margem de poder criador”* e salienta que a jurisprudência muitas vezes inova em matéria jurídica “estabelecendo normas que não se contém estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida graças à conexão de dispositivos, até então considerados separadamente, ou, ao contrário, mediante a separação de preceitos por largo tempo unidos entre si. Nessas oportunidades o juiz compõe para o caso concreto uma norma que vem completar o sistema objetivo do Direito”<sup>15</sup>.

## 4. A lição de Alípio Silveira

O art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, estabelece: *“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”* Partindo desse verdadeiro princípio de jurisprudência, Alípio Silveira observa que os magistrados operam uma verdadeira reelaboração legislativa (*Hermenêutica jurídica*, São Paulo: Editora Leia Livros, s/d, v. IV, p. 200). E, em outra obra, acentua que não é só na interpretação propriamente dita que se abre margem à reelaboração da lei, através de valorações político-sociais: *“Na esfera da adaptação da lei ao caso concreto, essa reelaboração também existe. Com a diferença de que, em vez de se concentrar na norma abstrata, geral, ela passa a se desenvolver no âmbito da particularidade, da singularidade, não se limitando a constituir uma dedução lógico-formal da norma abstrata. É unânime, a respeito, a moderna doutrina, sufragada pelo art. 5º da Lei de Introdução.”*<sup>16</sup>

## 5. A lição de Cappelletti

O prestigiado jurista afirma que não é diversa a *natureza* dos processos legislativo e judiciário porque “ambos constituem processos de criação do direito”<sup>17</sup>.

## 6. A lição de Andreucci

Ricardo Antunes Andreucci observa que a criação do direito pela jurisprudência deflui não apenas da autorização legal, da imprevisão e da ilogicidade do legislador, tendendo à busca da exata proporção capaz de superar o conflito entre a forma e a realidade, entre *la ragione dell'autorità* e a *autorità della ragione*. E tal ocorre nas hipóteses de lacunas, antinomias e de muitos aspectos do crime e da pena, os quais evidenciam que a lei, em abstrato, não pode prever tudo em razão do multifário emanado da realidade<sup>18</sup>.

## 7. Uma lição de natureza política

Da mensagem enviada pelo presidente Theodore Roosevelt ao Congresso Americano em 8 de dezembro de 1908 consta essa expressiva conclusão: “*Os principais criadores do direito (...) podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda vez que interpretam um contrato, uma relação real (...) ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas de um sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda a atividade de criação do direito*” (43 Cong. Rec. Part I, p. 21). O magistrado inglês Radcliffe, evocado por Cappelletti, arremata: “Quem poderá negar agora que, para o direito, as decisões judiciárias constituem uma contribuição criativa e não meramente descritiva?”<sup>19</sup>

## 8. Alguns exemplos da criação judicial

Algumas súmulas da jurisprudência predominante do STF se converteram, com a reforma da parte geral do CP (Lei 7.209/84), em textos normativos. Como exemplos, podem ser referidas as

súmulas 146<sup>20</sup>, 388<sup>21</sup>, 497<sup>22</sup>, 499<sup>23</sup> e 604<sup>24</sup>. Também como fruto de decisões reiteradas dos tribunais adveio o art. 120 do CP: “A sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência”. E mais recentemente, com a prática dos Juizados Especiais Criminais, instituídos pela Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, a jurisprudência passou a adotar nas transações entre réu e vítima a doação de alimentos ou medicamentos, antecipando-se, assim, à Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998, que deu nova redação ao art. 44 do CP.

O tema da jurisprudência como fonte do direito ganhou especial projeção com a introdução da súmula de efeito vinculante (CF, art. 103-A).

## 9. Síntese

### (a) a missão da jurisprudência

A jurisprudência está dirigida, inicialmente, ao entendimento correto da lei, completando-a e aperfeiçoando-a, respeitando sempre os valores que lhe serviram de inspiração, bem como provendo a fiel e exata aplicação das normas assim obtidas, em obediência aos interesses do direito e da justiça. Como salienta o imortal mestre português Manuel Domingues de Andrade, na histórica *Oração de Sapiência*, pronunciada na abertura do curso de direito em Coimbra (1953), a jurisprudência está, portanto, “ao serviço da lei, mas num sentido de obediência pensante, que atende menos à letra que mata do que ao espírito que vivifica; e para além da lei, mas através dela, ao serviço do ideal jurídico – do nosso sentido do direito que em cada momento *deve ser*”<sup>25</sup>.

### (b) o papel do juiz

O magistrado deve subsumir a realidade do caso concreto ao modelo normativo, inserindo-o na respectiva hipótese abstrata, e depois extrair a sua conclusão. A decisão assim obtida vale como lei individual para as partes. Já foi dito na antológica *oração de sapiência*, que em tal sentido o juiz será realmente “o intermediário entre a norma e a vida, o instrumento vivente que transforma o comando abstrato da lei no comando concreto da sentença. Será a viva voz do direito, ou mesmo a própria encarnação da lei. Porque a lei, com efeito, só tem verdadeira existência prática como é entendida e aplicada pelo juiz”<sup>26</sup>.

## Notas

<sup>1</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 34.

<sup>2</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *O direito, a lei e a jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, título III, capítulo I, n. 2, p. 144.

<sup>3</sup> SANTOS, Evaristo Aragão. “Em torno do conceito e da formação do precedente judicial”, in *Direito jurisprudencial*, Teresa Arruda Alvim Wambier, coordenação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 142.

<sup>4</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. “Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente jurisprudencial”, in *Direito jurisprudencial*, Teresa Arruda Alvim Wambier, coordenação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 100.

<sup>5</sup> Idem, ibidem, p. 102.

<sup>6</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, introdução.

<sup>7</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 31.

<sup>8</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2014, prefácio de Katya Kosicki, p. 14.

<sup>9</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Precedentes e evolução do Direito”, in *Direito jurisprudencial*, Teresa Arruda Alvim Wambier, coordenação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 64.

<sup>10</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Entrevista concedida ao *Caderno Justiça e Direito da Gazeta do Povo*, edição de 11.07.2014.

<sup>11</sup> *Precedentes obrigatórios*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 167.

<sup>12</sup> “Jurisimprudência. A independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídicas”, *Revista de Processo*, v. 231, maio de 2014, p. 349.

<sup>13</sup> *Precedentes obrigatórios*, São Paulo: RT, 2010, p. 205.

<sup>14</sup> *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 10. ed., atualizada por Achilles Beviláqua, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, v. I, p. 70.

<sup>15</sup> *Lições preliminares de direito*, São Paulo: Saraiva, 1985, p. 168.

<sup>16</sup> *O papel do juiz na aplicação da lei*, São Paulo: Editora Universitária de Direito Ltda., 1977, p. 10.

<sup>17</sup> *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, Editor, p. 27.

<sup>18</sup> *Direito penal e a criação judicial*. Tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de Paulo, São Paulo: ed. do autor, 1988, p. 62.

<sup>19</sup> Juízes legisladores? Cit., p. 33.

<sup>20</sup> SÚMULA STF 146 – “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.”

<sup>21</sup> SÚMULA STF 388 – “O casamento da ofendida com que não seja o ofensor faz cessar qualidade do seu representante legal, e a ação penal só pode prosseguir por iniciativa da própria ofendida, observados os prazos legais de decadência e perempção.”

<sup>22</sup> SÚMULA STF 497 – “Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação.”

<sup>23</sup> SÚMULA STF 499 – “Não obsta à concessão do *sursis* condenação anterior à pena de multa.”

<sup>24</sup> SÚMULA STF 604 – “A prescrição pela pena em concreto é somente da pretensão executória da pena privativa de liberdade.”

<sup>25</sup> “Sentido e valor da jurisprudência”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra: Coimbra Editora, 1953, p. 40.

<sup>26</sup> Ob. cit., p. 38.

## Referências

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. “Sentido e valor da jurisprudência”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra: Coimbra Editora, 1953.

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Direito penal e a criação judicial*. Tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de Paulo, São Paulo: ed. do autor, 1988.

ARENHART, Sérgio Cruz. Entrevista concedida ao *Caderno Justiça e Direito da Gazeta do Povo*, edição de 11/07/2014.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 10. ed. (atual. por Achilles Beviláqua). Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmulas 1 a 736*. Disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Sumula\\_do\\_STF\\_\\_1\\_a\\_\\_736.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Sumula_do_STF__1_a__736.pdf) Acesso em 15 set. 2014.

CAMBI, Eduardo. “Jurisprudência. A independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídicas”, *Revista de Processo*, v. 231, p. 349, maio de 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

FRANÇA, Rubens Limongi. *O direito, a lei e a jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, São Paulo: Saraiva, 1985.

Silva, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SILVEIRA, Alípio. *O papel do juiz na aplicação da lei*, São Paulo: Editora Universitária de Direito Ltda., 1977.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) et al. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.



# INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 146 DO CTN NO REGIME JURÍDICO DO ISS DE SOCIEDADES DE PROFISSIONAIS LIBERAIS

**IVES GANDRA DA SILVA MARTINS\***

Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU

## EXCERTOS

*“Nada na lei impede que, numa sociedade de profissionais, haja profissionais com participação distinta na formação do capital, quase sempre decorrente do próprio prestígio do profissional”*

*“Se o legislador quisesse distinguir uma sociedade de prestação de serviços de uma sociedade empresarial não pelo serviço prestado mas pelo tamanho, assim teria feito”*

*“Se sem validade ou eficácia o desenquadramento em face das novas súmulas, nitidamente todos os autos de infração lavrados contra inúmeras empresas para períodos anteriores a 2011 perderam também seu significado”*

*“Não só a nova orientação tributária municipal faz expressa e específica menção ao artigo 146 do CTN, como reconhece que ela apenas obriga os contribuintes de São Paulo”*

*“A segurança jurídica foi erigida pelo constituinte como princípio tão relevante como o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade!”*

*“Tanto o recolhimento de ISS sobre a movimentação econômica como no regime das alíquotas proporcionais e únicas, a decadência segue o disposto no artigo 150, § 4º”*

### **\* Outras qualificações do autor**

*Professor Emérito do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército – ECEME, Superior de Guerra – ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martín de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO – SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária – CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais – IICS.*

**N**o decorrer deste estudo de caso, viso demonstrar que o que define o regime de tributação do ISS para sociedade de profissionais liberais não é a dimensão da sociedade, nem o número de profissionais, mas sim o tipo de serviço prestado.

Para tanto, examinei diversos casos com fundamentos decisórios do processo de desenquadramento de ofício da Secretaria Municipal de Finanças, da classificação que sempre fora adotada, com pleno conhecimento e aprovação da Prefeitura de São Paulo, a qual, inclusive, emitia boletos para recolhimento do ISS pelo número de profissionais contadores ou técnicos em contabilidade ou consultores econômicos das referidas sociedades<sup>1</sup>. Examinei ainda impugnações aos despachos oficiais, os autos de infração lavrados em 2013 e respectiva impugnação, assim como parecer do professor Aires Fernandino Barreto. Analisei também a orientação da própria Secretaria dos Negócios Jurídicos<sup>2</sup> sobre súmulas administrativas para desenquadramento, adotadas pelo prefeito de São Paulo<sup>3</sup>, em função da dúvida levantada, se as sociedades de profissionais de grande envergadura deveriam ser consideradas empresas, determinando que apenas a partir daquela nova exegese deveriam ser os contribuintes obrigados a cumpri-la, em respeito à clareza do art. 146 do CTN.

Tratarei perfunctoriamente dos diversos aspectos relacionados à questão, para deter-me, com mais pormenores, na interpretação do artigo 146 do CTN.

O singelo fundamento do desenquadramento de inúmeras empresas de prestação de serviços profissionais foi que antiga decisão do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo<sup>4</sup> desenquadrara uma sociedade do regime sempre adotado e que o entendimento de um autor (Cesar Grifthin), em leitura, a meu ver, equivocada, do referido intérprete, era no sentido de que sociedades que prestem trabalhos de forma empresarial não são sociedades de prestação de serviços<sup>5</sup>.

A sociedade mencionada pela fiscalização não era de contabilidade, nem de consultoria econômica.

É de se lembrar que os tribunais de alçada civis e penais não mais existem e que sobre a matéria de desenquadramento já há inúmeras decisões do STF e do STJ<sup>6</sup> afastando idêntico e incorreto entendimento da Prefeitura do Rio, que pretendia o mesmo desenquadramento que São Paulo tem determinado.

O mais curioso na decisão é que a Secretaria de Finanças não cita em nenhum momento, dispositivo do DL 406/68 ou da LC 116/03 que permita que a *mesma atividade exercida pelo mesmo tipo de*

*profissional* em sociedade possa ser ou não ser atividade profissional, nem aquele que declare que, em função do tamanho da sociedade que o preste, o mesmo serviço possa ser ora profissional, ora empresarial<sup>7</sup>.

A autoridade limita-se a concluir que, apenas pelo tamanho da organização e sua exposição pública, deve ela ser considerada uma empresa e não uma sociedade de prestação de serviços, nada obstante não estar registrada na junta comercial e sim no registro de sociedades civis e responder profissionalmente não a entidades empresariais, mas aos conselhos regionais de contabilidade e de economia<sup>8</sup>.

Sem reportar-se a nenhum dispositivo legal que autorize tal inteligência, o órgão municipal arrola sete frágeis fundamentos:

### **1) Excesso de profissionais**

No entanto, nada no DL 406/68 ou na LC 116/03 impõe um número limite de funcionários para que uma sociedade de profissionais seja transformada em sociedade empresarial.

### **2) Existência do mesmo nome (marca ou logotipo) nas diversas sociedades**

Nada na lei veda tal utilização.

### **3) Utilização de pessoas diversas no desempenho de suas funções**

Tampouco existe fundamento legal que impeça que se utilizem serviços variados para a consecução de uma tarefa, desde que o responsável pelo serviço seja o profissional que presta. Todos os trabalhos de auditoria, contabilidade, consultoria só podem ter como responsável aquele prestador de serviços habilitado nos respectivos conselhos, o que vale dizer, ele é o único responsável pelo trabalho delegado.

Tal delegação, própria de execução profissional, numa sociedade complexa como a nossa, é inerente à eficiência do serviço, tanto público, como privado, seja de advogados, economistas, contadores, magistrados, agentes fiscais, autoridades julgadoras, como aquela que promoveu o desequilíbrio. Diversos profissionais são utilizados, mas apenas um é o responsável pelos serviços públicos ou privados prestados. Os magistrados, por exemplo, utilizam-se de especialistas não bacharéis para a realização de perícias destinadas

a esclarecer a matéria fática, para bem julgar, o mesmo ocorrendo com os advogados na defesa de seus clientes. A delegação de tarefas é inerente, no mundo moderno, ao bom exercício profissional, *não havendo na lei nenhuma proibição de que assim ajam os profissionais sujeitos a regime especial de tributação pelo ISS* (“ubi lex non distingere, distingere non debemus”)<sup>9</sup>.

#### **4) O fato de manterem sucursais**

O próprio desenvolvimento do mundo moderno exige que as maiores sociedades profissionais tenham sucursais, como ocorre com os grandes escritórios de advocacia, que ou têm correspondentes ou mantêm suas próprias filiais.

Nada na lei impede que isto ocorra.

#### **5) O fato de os sócios terem participações distintas**

Nada na lei impede que, numa sociedade de profissionais, haja profissionais com participação distinta na formação do capital, quase sempre decorrente do próprio prestígio do profissional. Numa sociedade de advogados, o advogado professor titular da universidade terá, necessariamente, maior relevância que o recém-admitido na OAB, com participação diferenciada. Se a lei pretendesse eleger o critério de participações desiguais como causa de desenquadramento de profissionais liberais, assim teria disposto expressamente. Não há interpretação restritiva de princípios implícitos<sup>10</sup>. Na teoria do direito, a restrição de direitos só pode decorrer de determinações constitucionais ou legais explícitas.

#### **6) Tamanho da sociedade**

Outra limitação não constante de lei. As sociedades de profissionais, numa sociedade cada vez maior e mais complexa, acompanham este desenvolvimento, sendo cada vez maiores.

No Brasil, já há escritórios de advocacia com mais de duas ou três centenas de advogados, como ocorre com as grandes empresas ou auditorias.

Se o legislador quisesse distinguir uma sociedade de prestação de serviços de uma sociedade empresarial não pelo serviço prestado mas pelo tamanho, assim teria feito. Mas não o fez! Não cabe, pois, ao intérprete oficial, *pro domo sua*, substituir-se ao legislador<sup>11</sup>.

## 7) Distintas atividades profissionais

O ato de desenquadrar considerou as sociedades como um todo. Ocorre que, mesmo quando em grupo de sociedades com o mesmo logotipo, cada sociedade é uniprofissional e exerce uma única atividade (contabilidade e auditoria; consultoria econômica), ou seja, não há, em cada uma, mistura de atividades.

Por todos estes fundamentos, tal desenquadramento é ilegal.

Há, todavia, um elemento que merece ser considerado. *Tal desenquadramento foi revogado pela própria administração, sendo anulados os seus efeitos*<sup>12</sup>.

A Prefeitura de São Paulo estabeleceu critérios, a meu ver, equivocados para desenquadrar inúmeras sociedades, pois são carentes de fundamentação legal no que diz respeito a distinguir, onde a lei não distingue, o mesmo tipo e prestação de serviços. Tais critérios para distinguir, quanto ao mesmo tipo e atividade, entre mera sociedade de prestação de serviços profissionais e sociedade empresarial, não têm sustentação lógica nem jurídica.

Em face dos inúmeros procedimentos em curso sobre a matéria, tendo sido levantada dúvida sobre se estaria ou não havendo alteração de critério jurídico, no concernente aos desenquadramentos em curso, houve por bem decidir o governo municipal:

*“Dada a consolidação interna do entendimento externado nas referidas súmulas – as quais, segundo afirmado às fls. 382, ampliam o rol do § 2º do art. 15 da Lei nº 13.701/03, que descreve situações excludentes do regime especial de recolhimento do imposto –, indaga a Secretaria de Finanças se os critérios nelas estabelecidos se submeteriam à disciplina do artigo 146 do Código Tributário nacional, assim expresso: ‘Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução’.*

*A norma transcrita deriva do princípio da proteção à confiança e do respeito ao ato jurídico perfeito (STJ, REsp 1115501, DJe 30/11/10). A hipótese aqui tratada diz efetivamente respeito à definição de critérios jurídicos para valoração de situações fáticas, circunstância que afasta a eventual aplicação retroativa da nova compreensão administrativa.”*

Assim, o fato de haver divergências, na própria administração, sobre que critérios deveria seguir, levou a Secretaria de Negócios Jurídicos a afirmar:

*“Uma vez homologadas, as súmulas deverão ser observadas pela Administração, nos termos do art. 146 do CTN”*

E que

*“deveria ser aplicado (tal entendimento) a partir de 1º de janeiro de 2011”.*

Isso demonstra que até 2010 a matéria ainda era regulada pelo entendimento anterior, visto que as súmulas foram solicitadas, exatamente, por ter sido modificada a exegese então vigente<sup>13</sup>.

Ora, todos os desenquadramentos anteriores às súmulas passaram a ser ilegais, pois estavam em conflito com o disposto na nova orientação, que começou a prevalecer apenas após 1º de janeiro de 2011.

O novo entendimento, pois, aquele que passou a vigorar internamente na prefeitura com respeito ao artigo 146 do CTN, por ser novo, só ganhou eficácia a partir de 1º/01/2011. Relativamente aos fatos anteriores a essa data, qualquer ato administrativo – mesmo em procedimento que tenha adotado, para períodos pretéritos, a diferenciação posteriormente esposada pelas súmulas – *perdeu eficácia*. Ou seja: para todos os atos praticados abrangendo fatos ocorridos até 1º/01/2011, com ou sem decisões finais, prevalece a inteligência anterior, sem as distinções – não constantes em lei – criadas pelas súmulas<sup>14</sup>.

Ora, por estarem os desenquadramentos referidos em inúmeros processos contidos em incisos da homologação de súmulas das atividades das sociedades uniprofissionais de 31/12/2010, tais desenquadramentos foram automaticamente revogados, e anulados seus efeitos, prevalecendo o novo entendimento apenas a partir de 1º/01/2011<sup>15</sup>.

Assim, em face da decisão do prefeito, automaticamente ficaram revogados os desenquadramentos anteriores, anulando-se seus efeitos. É que prevalece, para tais casos, o princípio exposto no artigo 2º, § 1º, da LINDB, válido para as leis e para as determinações administrativas, cuja dicção é a seguinte:

*“Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. (Vide Lei nº 3.991, de 1961) (Vide Lei nº 5.144, de 1966)*

*§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”*

Se a decisão do prefeito alterou critérios – e os critérios anteriores sempre foram seguidos pela administração municipal, até 2009 –, só passaram estes, de rigor, a valer para São Paulo, apesar de contrariarem a orientação do STF (nota 6 deste parecer), a partir de 1º/11/2011<sup>16</sup>.

Ora, se sem validade ou eficácia o desenquadramento em face das novas súmulas, nitidamente todos os autos de infração lavrados contra inúmeras empresas para períodos anteriores a 2011 perderam também seu significado, mormente levando-se em consideração que:

1) foram lavrados alguns antes, outros depois da edição das súmulas;

2) não consideraram o determinado nas súmulas, nem no artigo 146 do CTN;

3) desconsideraram que sempre os boletos para recolhimento do ISS foram emitidos pela própria prefeitura;

4) desconsideraram as decisões do STF sobre a matéria e a jurisprudência dos tribunais superiores, manifestamente contrárias às súmulas;

5) desrespeitaram os artigos 109 e 110 do CTN, que não permitem que institutos, princípios e normas de direito civil sejam alterados pela legislação tributária. A consulente é entidade registrada não na Junta Comercial, mas nos registros de sociedades civis, conforme a lei civil, e responde perante os conselhos regionais de contabilidade e economia, o que não foi levado em conta pela autoridade desenquadradora<sup>17</sup>;

6) tampouco foi respeitada a norma do artigo 100 do CTN, que proíbe aplicação de penalidades, nos casos de reiterada orientação do poder tributante em determinado sentido<sup>18</sup>;

7) aplicaram legislação inaplicável à consulente, eis que adotaram disposições de sociedades empresariais, o que as sociedades de prestação de serviços uniprofissionais não são, para justificar a autuação;

8) tributaram, em muitos casos, períodos já alcançados pela decadência, com a falsa inteligência de que seria esta regida pelo art. 173, inciso I, do CTN<sup>19</sup>, aplicável apenas para a hipótese, hoje rara, do imposto de renda, à época em que o lançamento era feito

posteriormente à declaração, e não pelo sistema que se tornou comum, principalmente para os tributos indiretos, do § 4º do artigo 150<sup>20</sup>;

9) não definiram bases de cálculo para multas, ferindo o artigo 142 do CTN<sup>21</sup>;

10) macularam os princípios constitucionais de segurança jurídica (art. 5º, *caput*)<sup>22</sup>, irretroatividade (art. 5º, inciso XXXVI)<sup>23</sup>, moralidade (art. 37), justificando-se, inclusive, a aplicação das sanções do § 6º do art. 37 contra a administração pública<sup>24</sup>, com imprescritibilidade da ação de regresso contra os servidores públicos, para responderem pela sanção que venha a ser aplicada ao ente público (art. 37, § 5º)<sup>25</sup>.

Passo, pois, a examinar o ponto central dos autos lavrados antes das súmulas.

Partem, as autoridades fiscais – as súmulas foram editadas pelo prefeito –, do princípio de que não houve alteração de critérios jurídicos, mas que, via site e visita às diversas empresas de contabilidade e consultoria econômica, sociedades autônomas e independentes, que pagavam o ISS pelo regime de uma alíquota proporcional ao número de profissionais que a constituíam ou nela trabalhavam, perceberam que se tratava de empresas e não de várias sociedades de prestação de serviços<sup>26</sup>.

É de se lembrar que todas as informações, desde a constituição das sociedades, sua inscrição no cadastro municipal e atos modificativos de sua constituição, foram sempre apresentados à municipalidade, não tendo, no site das referidas sociedades de profissionais, qualquer informação necessária à conformação da relação tributária que não tivesse sido levada ao conhecimento da prefeitura<sup>27</sup>.

Tanto isso é verdade que todos os boletos para recolhimento do ISS continham as informações mencionadas, o número de profissionais – únicos responsáveis para responsabilizar-se pela prestação de serviços que as consulentes prestavam – e o ISS a recolher.

Informaram, todavia, as autoridades, no despacho de desenquadramento, que os mesmos fatos – dos quais a administração já tinha conhecimento – *foram reavaliados de nova forma*, levando à conclusão da existência de sociedades empresariais. Para justificar tal conclusão, foram obrigadas a buscar o entendimento de um autor – não é a opinião da esmagadora maioria dos especialistas em ISS – e *uma decisão de tribunal extinto, proferida em relação a empresa com*

Nada no DL 406/68  
ou na LC 116/03  
impõe um limite de  
funcionários para  
que uma sociedade  
de profissionais seja  
transformada em  
sociedade empresarial

*objetivo distinto das demais empresas consulentes, para justificar o desenquadramento.*

Vale dizer, nada obstante entenderem que não havia mudança de critério jurídico, toda sua fundamentação foi de alteração de critérios jurídicos, para tanto buscando apoio de uma decisão de tribunal de alçada, hoje extinto, e de um autor isolado (opinião jurídica). Não sem razão, os processos foram encaminhados para exame, como já atrás comentei, para saber-se se se aplicaria ao mesmo o artigo 146 do CTN e a orientação para a hipótese das súmulas da prefeitura quanto aos novos critérios jurídicos, que fundamentaram a qualificação societária adotada em 2009.

Assim, nitidamente, apesar de negarem ter havido alteração, toda a fundamentação é de alteração de critérios jurídicos, e não fáticos, até porque os fatos já eram, de resto, amplamente conhecidos pela municipalidade, desde a constituição das sociedades.

Não levaram em consideração, por outro lado, as decisões dos tribunais superiores TRF, STJ e principalmente do STF para uma das empresas, em caso rigorosamente idêntico ao do desenquadramento<sup>28</sup>.

Por fim, os autos de infração foram lavrados, após manifestação da máxima autoridade municipal, que, seguindo orientação da secretaria especializada em direito (negócios jurídicos), declarou que a reformulação conceitual de que o enquadramento da sociedade com expressivo número de profissionais e organização compatível a este número *seria uma nova forma de orientação jurídica* adotada pelo município com o que tal nova orientação, válida para todos os contribuintes de São Paulo, só ganhara validade após 1º/01/2011. Os autos abrangem, entretanto, período anterior ao permitido pelo despacho do alcaide paulistano.

Como se percebe, não só a nova orientação tributária municipal faz expressa e específica menção ao artigo 146 do CTN, como reconhece que ela apenas obriga os contribuintes de São Paulo, inclusive as empresas consulentes, a partir de 1º/01/2011. Fere, nitidamente, o princípio da legalidade<sup>29</sup>.

Desta forma, os atos de desenquadramento perderam eficácia e validade a partir daquela determinação do senhor prefeito para casos rigorosamente idênticos – repito – ao das empresas estudadas, que, antes do ato desenquadrador, sempre ofertaram ao fisco todas as informações que estão no site, suficientes para conhecimento de suas atividades, e que passaram a ter tratamento diferente do imposto, pelo referido e revogado ato administrativo.

Os atos desenquadradores feriram, portanto, o artigo 146 do CTN<sup>30</sup>. Este artigo, de rigor, não reproduz senão princípios basilares de um estado democrático de direito, que são os princípios da segurança jurídica e da irretroatividade da lei ou de ato administrativo que a regulamente.

Com efeito, reza o artigo 5º, *caput*, em dicção que repito:

*“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:”* (grifos meus)<sup>31</sup>.

Lembro que há cinco princípios fundamentais, que regem os demais 78 princípios enunciados no art. 5º da lei suprema, além de outros espalhados pelo texto constitucional. Um deles é o da segurança jurídica. Num Estado em que não há segurança jurídica, não há direito. Como dizia Javier Hervada<sup>32</sup>, direito é a “ordem social justa” e a segurança jurídica é a base desta ordem social. Só nas ditaduras não há segurança, pois não há senão a ordem imposta pelo ditador.

Ora, a segurança jurídica foi erigida pelo constituinte como princípio tão relevante como o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade!

Aliás, o direito à igualdade, a meu ver, é ferido pelo ato revogado e anulado em seus efeitos, pois duas sociedades que prestam o mesmo serviço, sendo uma pequena e outra grande, teriam tratamento diferenciado, com ferimento ao artigo 150, inciso II:

*“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

*[...]*

*II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”* (grifos meus)<sup>33</sup>.

A segurança jurídica, todavia – o STF afastou idêntico entendimento –, no Rio de Janeiro, foi manifestamente abalada pelo ato desenquadrador, que, depois de muitos anos, com fornecimento de boletos indicando como deveriam as empresas recolher o seu tributo, veio a atingir estas com a mudança de critério.

Foi, também, gravemente tisonada a segurança jurídica ao pretender o município dar efeito retroativo à mudança de critério – reconhecida pela própria municipalidade – buscando, em 2013, atingir períodos anteriores, em que o ISS foi recolhido como manda a lei e como determinava a municipalidade com a emissão de boletos para seu recolhimento. É de se lembrar que as consulentes executavam, quando se inscreveram na Secretaria de Finanças, os mesmos serviços, com o mesmo regime de trabalho que exercem até hoje e que exerciam quando do ato desenquadrador.

Reza o artigo 5º, inciso XXXVI, da CF, com meridiana clareza: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”<sup>34</sup>.

Se a própria lei não pode retroagir, com muito mais razão um mero ato administrativo alterador de critérios que, até então, eram adotados pela municipalidade.

O CTN só permite a retroatividade para beneficiar o contribuinte, como se lê no artigo 106 do CTN:

*“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:*

*I – em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;*

*II – tratando-se de ato não definitivamente julgado:*

*a) quando deixe de defini-lo como infração;*

*b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;*

*c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”<sup>35</sup>*

Tal artigo deveria ter sido seguido pela municipalidade, nos casos estudados, até hoje não definitivamente julgados, após a decisão de 30 de dezembro de 2010, pois em todo o período anterior àquela data foi considerado como prevalecendo a interpretação jurídica anterior, em respeito ao artigo 146 do CTN.

Esse dispositivo do CTN, com inaudita clareza, determina, em redação que reitero:

*“Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente*

*pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.”*

Sou dos poucos sobreviventes entre aqueles que conviveram com os pais do moderno direito tributário brasileiro, tendo livros escritos com alguns deles (Gilberto de Ulhôa Canto, Carlos da Rocha Guimarães, Alcides Jorge Costa, sócio à época de Rubens Gomes de Souza), e conheço as preocupações que tiveram, ao definirem o lançamento, para preservar o direito do contribuinte contra a mudança da interpretação fiscal, quase sempre vinculada à inteligência das autoridades no exercício da formulação exegética<sup>36</sup>.

O artigo 146 reflete esta preocupação para ofertar a segurança jurídica necessária nas relações do fisco com o contribuinte. É que, embora seja um princípio teórico o de que cabe ao fisco orientar e ter no contribuinte o colaborador maior do Estado – razão pela qual deveria ser sempre considerado com especial tratamento, incentivando a confiança do cidadão no ente estatal e fazendo prevalecer uma relação de fidalga convivência entre fisco e contribuinte –, percebe-se, pelas inúmeras ações fiscais que não prosperam em juízo, como longe estamos deste quase utópico princípio constitucional<sup>37</sup>.

Não sem razão, na minha tese de doutoramento, mostrei, há quase quarenta anos, que o tributo é uma norma de rejeição social – com o que Kelsen tinha razão ao considerar a norma sancionatória primária e secundária a de comportamento, ao contrário de Cossio para quem, entendia eu, quanto às normas de aceitação social, tinha razão, ao considerar primária a norma de comportamento e secundária a de sanção (endo e perinorma)<sup>38</sup>.

Exatamente por força desta realidade é que surgiu o artigo 146, que, no projeto discutido no Congresso Nacional, recebeu sua redação definitiva e que mereceu de Aliomar Baleeiro, seu relator congressional, a seguinte consideração:

*“Modificação de critérios. – Já vimos que entre as normas complementares das leis, tratados e decretos integrantes da ‘legislação tributária’, tal como está conceituada nos arts. 96 a 100 do CTN, incluem-se também os atos normativos das autoridades*

O artigo 146 reflete esta preocupação para ofertar a segurança jurídica necessária nas relações do fisco com o contribuinte

*administrativas, as decisões dos órgãos singulares ou coletivos, desde que tenham eficácia normativa e as práticas reiteradamente observadas por aquelas autoridades.*

*Mas essas 'normas complementares' também podem ser substituídas por outras ou modificadas em seu alcance ou nos seus efeitos.*

*Nesses casos, em se tratando de normas relativas ao lançamento, a inovação só se aplicará ao mesmo contribuinte se ocorrer fato gerador posteriormente à modificação. Sobrevivem as situações constituídas anteriormente e que são definitivas.*

*No Agravo Inst. n. 29.603-R.G.S., 18-6-65, R.T.J., 34/542, o S.T.F., 2ª T., decidiu já que a mudança de critério ou orientação da autoridade fiscal não pode prejudicar o contribuinte, que agiu de acordo com o critério anterior, predominante ao tempo da tributação.*

*E no R.E. n. 68.253-PR., 1ª Turma, 1969, rel. R. B. MONTEIRO, o S.T.F. decidiu que havia coisa julgada administrativa, na decisão do Conselho de Contribuintes, que em resposta à consulta, declarara não caber o tributo (Caso da Distribuidora da Loteria do Paraná versus União)<sup>39</sup> (grifos meus).*

Houve, assim, por bem, o prefeito de São Paulo, em 30 de dezembro de 2011, entender que, para situações idênticas às constantes das súmulas vinculantes, teria havido mudança de critérios jurídicos, aplicando-se-lhes, pois, o comando do artigo 146 do CTN. E tal entendimento vale para as empresas autuadas para períodos anteriores, mesmo depois da edição das súmulas.

Três rápidas palavras sobre o artigo 2º, § 1º, da LINDB de 1942, que até hoje rege o direito intertemporal e as relações espaciais de vigência, eficácia e validade da norma, no plano interno e nas relações internacionais do Brasil, no direito privado.

Repito a redação:

*“Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. (Vide Lei nº 3.991, de 1961) (Vide Lei nº 5.144, de 1966)*

*§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior” (grifos meus).*

Em palestra com Haroldo Valadão, que ministramos em Belo Horizonte em 1979, todos os participantes elogiaram-no, por ser o autor do anteprojeto, pela sua perenidade, ao que respondeu que nem ele imaginava viesse a durar tanto tempo<sup>40</sup>.

É que o artigo 2º claramente faz menção à perda de eficácia de norma, com edição de outra de teor contrário. E, se a nova norma determinar, no tempo, que sua eficácia só valerá para o futuro, dando, pois, efeitos prospectivos à nova situação jurídica, não haverá necessidade de fazer expressa revogação do preceito anterior, por ter disposto de forma diversa sobre a matéria. E o que vale para a lei com muito mais razão vale para o ato administrativo de caráter normativo<sup>41</sup>. Desta forma, revogado está o desenquadramento anterior, inclusive em sua eficácia, pois sobre ela manifestou-se o prefeito.

A segunda breve consideração é que tanto o recolhimento de ISS sobre a movimentação econômica como no regime das alíquotas proporcionais e únicas, a decadência segue o disposto no artigo 150, § 4º, do CTN assim redigido:

*“Art. 150 [...]*

*§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”*

Em ambos os casos, há a antecipação do recolhimento do tributo ou a solvência de seu pagamento no prazo predeterminado, não seguindo, pois, o regime do artigo 173, inciso I, que, inspirado na legislação do imposto sobre a renda de 1943, ainda pressupunha o encerramento do ano fiscal, a declaração no exercício seguinte, com o lançamento realizado apenas após a declaração, sistema que a própria legislação do imposto de renda praticamente revogou, restando poucas hipóteses para sua adoção<sup>42</sup>.

Desta forma, os lançamentos só poderiam retroagir cinco anos corridos, não abrangendo períodos de movimentação econômica ou incidência proporcional ao número de profissionais – o que se admite como mero exercício de argumentação – superiores a cinco anos.

Por fim, veja-se o artigo 100, no seu inciso III e em seu parágrafo único, que reproduzo:

*“Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:*

*[...]*

*III – as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;*

*[...]*

*Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.”*

Ele afasta juros e sanções quando o contribuinte segue procedimentos reiterados das autoridades administrativas. A emissão de boletos para as sociedades estudadas, mesmo que incorreta a ação do contribuinte – que, no caso, não é –, caracteriza essa hipótese. Se se admitisse não aplicável o artigo 146, argumentando pelo absurdo, o parágrafo único do artigo 100 deveria ser necessariamente aplicado, pela permanente aceitação oficial, sem que o contribuinte nada escondesse do regime que adotava.

Concluo, pois, este estudo não só reafirmando idêntica inteligência das impugnações apresentadas, dos acórdãos dos tribunais superiores, inclusive STF, e do jurista Aires Fernandino Barreto nos argumentos expendidos, como também entendendo, por haver, na dúvida, a própria administração, por sua autoridade maior, declarado que houve mudança de critério jurídico, quando as sociedades de prestação de serviços passaram a ser consideradas pela prefeitura sociedades empresariais, com o que aplicou o comando normativo do artigo 146 do CTN. Assim sendo, não só o ato de desenquadramento perdeu validade, por força do ato sumular do prefeito, como tal novo regime só poderia ser aplicado, se devido fosse, que não é, a partir de 1º/11/2011.

Certa vez, o ministro Rezek, num julgamento a que eu assistia, perante a clara violação à norma constitucional perpetrada por lei ordinária cuja arguição de inconstitucionalidade estava sendo pleiteada em medida cautelar, declarou, com ênfase, que a fumaça do bom direito, quanto à violação da norma constitucional, era de tal ordem que ele sequer conseguia enxergar os cinco ministros postados em frente à sua bancada. A expressiva imagem do ministro Rezek bem se aplica aos presentes casos.

## Notas

<sup>1</sup> Notificação padrão do município:

“Encaminhamos este comunicado com o objetivo de instruir quanto ao pagamento do imposto sobre serviços de qualquer natureza – *ISS devido pelas sociedades de profissionais referente ao exercício de 2008, com base no art. 15 da Lei n.13.701, de 24 de dezembro de 2003*” (grifos meus).

<sup>2</sup> “O § 1º do art. 12 do Decreto n. 27.321/88 assinala, de modo consentâneo com as normas tributárias superiormente traçadas, que “as Súmulas a que se refere o inciso II deste artigo, aprovadas pelo Secretário de Negócios Jurídicos, passarão a vigorar, após

homologação do Prefeito, e publicação no ‘Diário Oficial’ do Município, impondo sua observância a todos os órgãos da Administração centralizada.”

Bem por isso, aliás, às fls. 370 consta a advertência desta Procuradoria-Geral do Município de que, “uma vez homologadas e publicadas, (as súmulas) deverão ser observadas pela Administração nos termos do art. 146 do CTN” – vale dizer, a observância de seus termos ‘somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente á sua introdução’.

Desse modo, é de se concluir que o entendimento administrativo consubstanciado nas súmulas atinentes às sociedades uniprofissionais deverá ser aplicado a partir de 1º de janeiro de 2011, dia seguinte à publicação do Despacho de fls. 375/377 que o cristalizou.”

<sup>3</sup> “Os desenquadramentos do regime especial de recolhimento do ISS realizados pela Administração Tributária deverão ser precedidos de regular processo administrativo tributário, observado o princípio do contraditório, constando todos os elementos que comprovem o serviço especializado praticado pela sociedade e sua organização; não bastando à análise do contrato social e declaração cadastral.

II. Publique-se, a seguir, encaminhe-se à SNJ para as providências subseqüentes.

São Paulo, 29/12/2010.

Gilberto Kassab – Prefeito.”

<sup>4</sup> “Uma das próprias sociedades do contribuinte – na época com um nome, mas hoje com a razão social alterada tentou enquadramento como SUP pelo PA 2000 e recurso (PA), e, posteriormente, tentou o mesmo enquadramento judicialmente, o que foi negado, s.m.j., devido ao caráter empresarial da sociedade, como se pode verificar da decisão do 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo (Acórdão dos Embargos Infringentes).”

<sup>5</sup> “O trabalho feito de forma empresarial sempre despersionaliza a prestação de serviços.”

<sup>6</sup> O Egrégio Supremo Tribunal Federal proferiu acórdão nos termos do que determina o artigo 9º, §§ 1º e 3º do Decreto 406/68, conforme se verifica da ementa do referido acórdão abaixo transcrito:

“Embargos de declaração opostos à decisão do relator: Conversão em agravo regimental. constitucional. Tributário. ISS. Sociedades prestadoras de serviços profissionais. Base de cálculo. D.L. 406/68, art. 9º, § 1º e § 3º. C.F., art. 150, § 6º, redação da EC nº 3/93.

I – Embargos de declaração opostos à decisão singular do relator. Conversão dos embargos em agravo regimental.

II – Recepção, pela CF/88, sem alteração pela EC nº 3/93.

(C.F., art. 150, 6º), do art. 9º, § 1º e § 3º, D. L. 406/68.

III – Precedentes.

IV – Embargos de Declaração convertidos em agravo regimental. Não-provimento deste.”

<sup>7</sup> “Lei Municipal n. 13.701/2003

Art. 15. Adotar-se-á regime especial de recolhimento do imposto quando os serviços descritos nos subitens 4.01, 4.02, 4.06, 4.08, 4.11, 4.12, 4.13, 4.14, 4.16, 5.01, 7.01 (exceto paisagismo), 17.13, 17.15, 17.18 da lista do caput do artigo 1º, bem como aqueles próprios de economistas, forem prestados por sociedade constituída na forma do § 1º

deste artigo, estabelecendo-se como receita bruta mensal o valor de R\$ 800,00 (oitocentos reais) multiplicado pelo número de profissionais habilitados.

[...]

§ 3º Os prestadores de serviços de que trata este artigo ficam dispensados da emissão e escrituração de documentos fiscais.” (grifos meus)

<sup>8</sup> A Resolução CFC 868/99 declara:

“Art. 3º As organizações contábeis sob a forma de sociedade serão integradas por Contadores e Técnicos em Contabilidade, sendo permitida a associação com profissionais de outras profissões regulamentadas, desde que estejam registrados nos respectivos órgãos de fiscalização, buscando-se a reciprocidade dessas profissões. (redação dada pela Resolução CFC 892/2000)

§ 1º Na associação prevista no ‘caput’ deste artigo, será sempre do contabilista a responsabilidade técnica dos serviços que lhes foram privativos, devendo constar do contrato a discriminação das atribuições técnicas de cada um dos sócios.” (destacamos)

<sup>9</sup> Renzo Tosi esclarece: “1147 Ubi ex voluit dixit, ubi noluit tacuit” – Quando a lei quis falar, falou; quando não quis, calou.

Esse é um “brocardo” medieval anônimo que ainda pertence ao patrimônio comum do direito: pretende impedir que se faça a lei dizer o que não quis, e que dela seja feita uma interpretação extensiva e não rigorosamente restritiva. Há semelhança em “Ubi lex non distinguit nec nostrum est distinguere”, quando a lei não faz distinções, não nos cabe fazê-las” (*Dicionário de sentenças latinas e gregas*, Martins Fontes, 1996, p. 525).

<sup>10</sup> No livro que coordenei, intitulado “Princípios constitucionais relevantes” (Ed. Lex/Magister e Fecomércio-SP, Porto Alegre, 2012) com os seguintes autores: Adilson Abreu Dallari, Agostinho Tavarolo, Américo Lacombe, Antonio Carlos R. do Amaral, Antonio Jorge Pereira Jr., Antonio Penteado Mendonça, Carla Barbieri, Cássio Mesquita Barros, Dirceu Torrecillas, Gastão Toledo, Ives Gandra Martins, Ivette Senise Ferreira, Bernardo Cabral, José Renato Nalini, Luís Antonio Flora, Luís Fernando Barzotto, Luiz Gonzaga Bertelli, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Marcos Bitelli, Maria Garcia, Marilene Talarico M. Rodrigues, Misabel Derzi, Ney Prado, Renato Opice Blum, Ricardo Castilho, Roberto Rosas, Rony Vainzof, Ruy Altenfelder, Sacha Calmon e Samantha Pflug, repetidas vezes o tema foi tangenciado. Restrição de direitos decorrem de princípios expressos não implícitos.

<sup>11</sup> Aires Fernandino Barreto lembra:

“Deveras, qual seria o ‘número’ limite para desqualificar uma sociedade de pessoas? Dez? Vinte? Cem? Mil profissionais? Ainda, que dispositivo legal teria prescrito esse limite?

Realmente, de nada importa se uma sociedade é formada por dois ou por centenas de profissionais. O que interessa, para efeito da tributação especial, é que estes profissionais estejam todos devidamente habilitados para executar o mesmo tipo de atividade, qual seja a exercida e indicada como objeto da sociedade.

O número de profissionais de uma sociedade não foi eleito pelo legislador complementar para indicar quais sociedades de pessoas têm direito à tributação diferenciada” (parecer que me foi cedido, intitulado: ISS – Do direito à tributação mitigada, diversa do preço do serviço, das sociedades de profissionais liberais contadores e auditores independentes membros do IBRACON).

<sup>12</sup> Maria Helena Diniz escreve:

“ANULAÇÃO. 1. Invalidação; ato de tornar nulo ou anulável algum negócio. 2. Direito civil. a) Ato de tornar anulável certo negócio que, apesar de conter um vício, comporta ratificação mediante ato ulterior; b) perda da validade ou do efeito jurídico de um ato ou contrato, em razão de violação de lei ou de cláusula contratual. 3. Direito Administrativo. Ato da administração decorrente de decreto, portaria ou regulamento, emitidos por órgão competente, declarando desfeito certo ato que apresente algum defeito ou seja considerado inoportuno ou prejudicial. 4. Direito processual civil. a) Decretação judicial da anulabilidade de um ato jurídico, eivado de vício suscetível de invalidá-lo, declarando-o insubsistente para produzir efeitos ‘ex nunc’; b) ação proposta para invalidar ato anulável” (grifos meus) (*Dicionário Jurídico*, volume I, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 217).

<sup>13</sup> Aliás, o procurador geral do município, Celso Augusto Cocco Filho, ao encaminhar a consulta à SNJ, assim se manifestou:

“Secretaria dos Negócios Jurídicos

Senhor Secretário

Encaminho o presente a Vossa Excelência com a manifestação da Assessoria Jurídico-Consultiva desta Procuradoria Geral do Município, que acolho, cuja conclusão é a de que o entendimento administrativo consubstanciado nas súmulas atinentes às sociedades uniprofissionais deverá ser aplicado a partir de 10 de janeiro de 2011, dia seguinte à publicação do Despacho de fls. 375/377 que o cristalizou.

São Paulo, 6/4/2010.”

<sup>14</sup> Américo Masset Lacombe assim interpreta o artigo 146 do CTN:

“Confirma este artigo o princípio geral da imutabilidade do lançamento. Se houver mudança na valoração jurídica dos dados ou elementos de fato que informam a autoridade administrativa no exercício da atividade do lançamento, tal mudança só poderá ser considerada quanto a fatos geradores ocorridos após a introdução dessa modificação” (*Comentários ao CTN*, 7. ed., volume 2, coordenação Ives Gandra da Silva Martins, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 331).

<sup>15</sup> É de se lembrar que num dos processos de desenquadramento ora em estudo emitiu o diretor de divisão o despacho abaixo:

“Trata-se de recurso ao despacho administrativo proferido no processo n. 2009-0.217.052-6, que desenquadrou de ofício o contribuinte do regime especial das sociedades uniprofissionais, previsto no art. 15, inciso II, da Lei 13.701/2003.

(...)

Solicitamos especial atenção por estar o assunto diretamente relacionado ao conteúdo das súmulas de jurisprudência administrativa publicadas no DOE de 30/12/2010, que tratam da incidência do ISS sobre a atividade das Sociedades Uniprofissionais – de observância obrigatória a todos os órgãos da administração centralizada nos termos do parágrafo 1º do art. 12 do Decreto 27.321/88.

A citada publicação determina sua aplicabilidade e observância a partir de 1º/01/2011. À luz do art. 146 do Código Tributário Nacional e, em face das manifestações de fls. 378/394 do processo 2010-0.118.499-4 dentre as quais consta indagação realizada por DEJUG em fls. 381/382 com conseqüente esclarecimento e advertência feitos pela

Secretaria dos Negócios Jurídicos às fls. 386/390 remetendo à data de 1º/01/2011 *para aplicação dos novos critérios então editados, entendemos, s.m.j., que os dispositivos e orientações devem ser empregados no presente processo*” (grifos meus).

<sup>16</sup> Há decisão judicial do TJ de São Paulo, inclusive, suspendendo a exigibilidade de qualquer de suas exigências sobre uma das empresas:

“Logo, sendo incontroverso que existe reclamação em tramitação na esfera administrativa, não pode a administração pública opor qualquer obstáculo com base em distinção estabelecida na natureza do objeto controvertido, posto que a lei nacional não distingue (e nem a lei local, a rigor).

Anote-se que a lei nacional, ao referir aos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo, não confere competência local para a restrição a garantia da suspensão da exigibilidade do crédito nela prevista, mas não subordina o contribuinte ao regime procedimental existente, o que não é controvertido na espécie, já que não se afirma a inexistência da reclamação ou sua intempestividade.

Os deveres instrumentais ou acessórios, por decorrência lógica da dependência que os subordina ao regime jurídico discutido, têm o mesmo destino, naquilo que ensejam a cobrança de multa.

Assim, a ordem deve ser deferida, com revisão do indeferimento da liminar, dado que evidente o perigo de aguardar-se o trânsito em julgado.

Pelo exposto, defiro a liminar e concedo a ordem para determinar à autoridade impetrada e à administração municipal que observe o efeito suspensivo da reclamação administrativa ofertada pela impetrante, com prejuízo da exigibilidade do crédito tributário decorrente da falta de recolhimento do tributo e do descumprimento das obrigações acessórias ou instrumentais” (Processo – Classe. Assunto: Mandado de Segurança. Organização Político-Administrativa I Administração Pública – Impetrante: empresa de contabilidade e consultoria econômica – Impetrado: Diretor da Secretaria Municipal de Finanças da Prefeitura do Município de São Paulo. SP, Juiz de Direito: Dr. Luís Fernando Camargo de Barros Vidal).

<sup>17</sup> Estão assim redigidos os referidos artigos:

“Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Art. 110. *A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias*” (grifos meus).

<sup>18</sup> Tem a seguinte dicção o dispositivo:

“Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

- I – os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;
- II – as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;
- III – as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV – os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo” (grifos meus).

<sup>19</sup> “Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.”

<sup>20</sup> “Art. 150 [...]

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

<sup>21</sup> “Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, *determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido*, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. (grifos meus)

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

<sup>22</sup> “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:” (grifos meus)

<sup>23</sup> “XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

<sup>24</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, *moralidade*, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

§ 6º – As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos *responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*” (grifos meus).

<sup>25</sup> “§ 5º – A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, *ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*” (grifos meus).

<sup>26</sup> Zuudi Sakakihara sobre o artigo 146 do CTN escreve: “No entanto, se o crédito tributário já tiver sido constituído segundo os critérios anteriormente adotados, ter-se-á uma situação jurídica consolidada, cuja estabilidade deve ser preservada e, por isso, impede a aplicação retroativa do novo entendimento.

É por isso que este art. 146, ao dispor que a modificação introduzida nos critérios jurídicos adotados no exercício do lançamento só pode ser efetivada quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução, *traz a regra implícita da irretroatividade da nova interpretação decorrente da modificação dos mencionados critérios, apenas em relação a um mesmo sujeito passivo, querendo dizer que, se o crédito tributário referente a um sujeito passivo já foi constituído pelo lançamento, de acordo com determinados critérios, a modificação destes não mais poderá afetar a situação jurídica que se criou para esse mesmo sujeito passivo*” (grifos meus) (*Código Tributário Nacional Comentado*, coordenador Vladimir Passos de Freitas, Revista dos Tribunais, 1999, p. 574).

<sup>27</sup> É ainda Zuudi Sakakihara que lembra sobre a exegese do artigo 146 do CTN:

“A segunda, que é a regra explicitamente posta no artigo, prevê que, em relação a um mesmo sujeito passivo, isto é, em relação ao sujeito passivo a quem foram aplicados os critérios anteriormente adotados, os novos critérios só serão aplicáveis a fatos geradores ocorridos após a introdução das modificações.

A terceira regra, que está implícita na norma, é corolário da anterior. *Veda a aplicação retroativa da nova interpretação (novos critérios) para modificar o crédito tributário já constituído*” (grifos meus) (*Código Tributário Nacional Comentado*, coordenador Vladimir Passos de Freitas, Revista dos Tribunais, 1999, p. 574).

<sup>28</sup> Nos Embargos de Divergência do RE 724.684-RJ, o seu relator ministro Benito Gonçalves, DJE 16/06/2008, lê-se: “O art. 9º, §§ 1º e 3º, do DL nº 406/68 estabelece alguns requisitos, sem os quais a sociedade estará obrigada a recolher o ISS com base na sistemática geral, vale dizer, sobre o valor do seu faturamento. São eles: a) que a sociedade seja uniprofissional; b) que os profissionais nela associados ou habilitados prestem serviços em nome da sociedade, embora sob responsabilidade pessoal.”

<sup>29</sup> Escrevi: “Com efeito, em direito tributário, só é possível estudar o princípio da legalidade, através da compreensão de que a reserva da lei formal é insuficiente para a sua caracterização. O princípio da reserva da lei formal permitiria uma certa discricionariedade, impossível de admitir-se, seja no direito penal, seja no direito tributário.

Como bem acentua Sainz de Bujanda (*Hacienda y derecho*, Madrid, 1963, vol. 3, p. 166), a reserva da lei no direito tributário não pode ser apenas formal, mas deve ser absoluta, devendo a lei conter não só o fundamento, as bases do comportamento, a administração, mas – e principalmente – à exigência da ‘lex scripta’, peculiar à reserva formal da lei, acresce-se da ‘lex stricta’, própria da reserva absoluta. É Alberto Xavier quem esclarece a proibição da discricionariedade e da analogia, ao dizer (ob. cit., p. 39): “E daí que as normas que instituem sejam verdadeiras normas de decisão material (Sachentscheidungsnormen), na terminologia de Werner Flume, porque, ao contrário do que sucede nas normas de ação (handlungsnormen), não se limitam a autorizar o órgão de aplicação do direito a exercer, mais ou menos livremente, um poder, antes lhe impõem o critério da decisão concreta, predeterminando o conteúdo de seu comportamento.”

Yonne Dolácio de Oliveira, em obra por nós coordenada (Legislação tributária, tipo legal tributário, in *Comentários ao CTN*, Bushatsky, 1974, v. 2, p. 138), alude ao princípio da estrita legalidade para albergar a reserva absoluta da lei, no que encontra respaldo nas obras de Hamilton Dias de Souza (*Direito Tributário*, Bushatsky, 1973, v. 2) e Gerd

W. Rothmann (O princípio da legalidade tributária, in *Direito Tributário*, 5ª Coletânea, coordenada por Ruy Barbosa Nogueira, Bushatsky, 1973, p. 154). O certo é que o princípio da legalidade, através da reserva absoluta de lei, em direito tributário permite a segurança jurídica necessária, sempre que seu corolário consequente seja o princípio da tipicidade, que determina a fixação da medida da obrigação tributária e os fatores dessa medida, a saber: a quantificação exata da alíquota, da base de cálculo ou da penalidade.

É evidente, para concluir, que a decorrência lógica da aplicação do princípio da tipicidade é que, pelo princípio da seleção, a norma tributária elege o tipo de tributo ou da penalidade; pelo princípio do ‘*numerus clausus*’ veda a utilização da analogia; pelo princípio do exclusivismo torna aquela situação fática distinta de qualquer outra, por mais próxima que seja: e finalmente, pelo princípio da determinação conceitual de forma precisa e objetiva o fato impositivo, com proibição absoluta às normas elásticas (Resenha Tributária 154:779-82, Seção 2.1, 1980)” (*Curso de Direito Tributário*, coordenação minha, São Paulo: Coedição CEEU/FIEO, Saraiva, 1982, p. 57-8).

<sup>30</sup> Repito o artigo:

“Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.”

<sup>31</sup> José Cretella Jr. explicita:

“Comentamos, neste livro, o ideal dos constituintes, expresso no Preâmbulo, de ‘assegurar o exercício dos direitos, sociais e individuais, como a segurança’, repetindo-se, agora, no art. 6º, que “a Constituição assegura a inviolabilidade dos direitos concernentes à segurança”. Nos dois passos da Constituição, podemos observar os vocábulos “assegurar a segurança”, o que reflete a falta de cuidado com a linguagem e o estilo do diploma mais importante e significativo da Nação Brasileira. *Garantir a segurança é, de fato, garantir o exercício das demais liberdades, porque a vis inquietativa impede o homem de agir*” (grifos meus) (*Comentários à Constituição de 1988*, vol. I, Forense Universitária, 1989, p. 185).

<sup>32</sup> Javier Hervada e Miguel Izquierdo, “Compêndio de Derecho Natural”, 1º volume, EUNSA, p. 25.

<sup>33</sup> Escrevi sobre o princípio o seguinte:

“Equivalente é um vocábulo de densidade ôntica mais abrangente do que ‘igual’. A igualdade exige absoluta consonância em todas as partes, o que não é da estrutura do princípio da equivalência. Situações iguais na equipolência, mas diferentes na forma, não podem ser tratadas diversamente. A equivalência estende à similitude de situações a necessidade de tratamento igual pela política impositiva, afastando a tese de que os desiguais devem ser tratados, necessariamente, de forma desigual. Os desiguais, em situação de aproximação, devem ser tratados, pelo princípio da equivalência, de forma igual em matéria tributária, visto que a igualdade absoluta, na equivalência não existe, mas apenas a igualdade na equiparação de elementos (peso, valor etc.). Qual foi a razão para tal elasticidade ofertada pelo constituinte, para proteção dos contribuintes, vedando ao poder tributante adoção de técnica diversa?”

A tradição brasileira de pouco respeito aos direitos dos cidadãos em matéria tributária – o presidente Collor acaba de pedir ao Congresso a redução dos direitos dos contribuintes para fazer uma reforma tributária, que tem na essência o princípio de ‘maiores tributos, menores direitos’, certamente levou o constituinte a amarrar os poderes tributantes (três sobre o mesmo ‘pagador de tributos’) aos grilhões seguros do princípio da igualdade, evitando simultaneamente: a) que, a título de tratamento desigual dos desiguais, se multiplicassem as hipóteses de situações diversas para neutralização do princípio da igualdade; b) servisse a redução legislativa do princípio da igualdade como forma de tratamento aplicável às perseguições fiscais em relação a setores, que estivessem em conflito com os governos.

Entendo ter sido esta a razão fundamental que levou o constituinte, em relação ao princípio da igualdade, seja em seu aspecto subjetivo, seja naquele objetivo, a proteger todos os contribuintes contra o tratamento desigual, exigindo que este tratamento deva ser igual não apenas para situações iguais, mas para situações equiparadas, equivalentes, com núcleo comum de identidade. Compreende-se assim porque o discurso do inc. II é concluído com a afirmação de que a situação equivalente será detectada independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos dos contribuintes.

Em outras palavras, quaisquer que sejam os contribuintes, quaisquer que sejam os fatos imponíveis, o tratamento isonômico se impõe, vedada qualquer forma de atuação discriminatória” (*Caderno de Pesquisas Tributárias*, n. 17, ob. cit., p. 19-21).

<sup>34</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho ao comentar o dispositivo:

“Segurança. *Este dispositivo tem por objetivo dar segurança e certeza às relações jurídicas, conseqüentemente aos direitos assumidos pelos indivíduos na vida social.* No convívio diuturno com outros homens, cada um pratica atos jurídicos dos quais lhe resultam direitos e obrigações e litiga nos tribunais a propósito de tais direitos ou obrigações. *Haveria gravíssima insegurança, a ameaçar os próprios fundamentos da vida social, se tais atos pudessem ter sua validade, a qualquer tempo, reposta em discussão, se a decisão dos tribunais sempre pudesse ser impugnada e reimpugnada, se a existência dos direitos fosse a cada passo renegada.* Tal ocorreria se se admitissem leis retroativas.

O preceito em estudo prescreve (exceto no caso da ‘lex mitior’, da lei mais benigna em matéria penal- v. inc. XL) a retroatividade das leis. Os atos normativos primários não podem aplicar-se a fatos e atos já passados; produzirão efeitos apenas para o futuro. Destarte, a lei não poderá repor em discussão o que já tenha sido definitivamente decidido pelo Judiciário. Haverá de respeitar a coisa julgada, ou seja, ‘a decisão judicial de que já não caiba recurso’ (Lei de Introdução, art. 6º, § 3º). Nem contestará ato jurídico perfeito, ou seja, ‘o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou’ (Lei de Introdução, art. 6º, § 1º).

Conseqüentemente, não desfará direitos adquiridos, *isto é, os que já podiam ser exercidos por seu titular, ou já teriam começo de exercício prefixado em termo inalterável ou em condição imutável, ao arbítrio de outrem* (Lei de Introdução, art. 6º, § 2º; cf., sobre esta delicada matéria, Rubens Limongi França, *Direito intertemporal brasileiro*)” (grifos meus) (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 1, Saraiva, 2000, p. 54-5).

<sup>35</sup> Celso Ribeiro Bastos ensina:

“Isso significa dizer que a lei nova, embora produtora de efeitos imediatos, pode em determinadas hipóteses retroagir no passado sem quebra de segurança para o indivíduo, que é a razão principal de ser da irretroatividade. Tal fato ocorre todas as vezes que a lei aligeira essas penas no caso de já previstas, o que faz com que as leis se tornem, ou por disposição constitucional ou por estatuição da lei ordinária, retroativas. *Contra a retroação benéfica não há insurgência.*

Ela parece responder mesmo a um princípio de justiça ou ao menos a uma necessidade de atualizar a lei ante as novas realidades sociais. *Se alguém praticou no passado um crime que se cometido hoje mereceria pena mais branda, é plenamente razoável e justo que seja essa lei mais leve aquela a se impor.*

*Vamos encontrar a mesma acolhida ao princípio da irretroatividade benéfica no direito tributário”* (grifos meus) (*Comentários à Constituição do Brasil*, 2º volume, 3. ed., Saraiva, 2004, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, p. 209-10).

<sup>36</sup> No anteprojeto de Rubens Gomes de Souza discutido por comissão dos pais do direito tributário, lê-se a sugestão do dr. Tito Rezende ao artigo 172: “Quando se trata de imposto indireto, uma modificação de interpretação não pode ser aplicada a período passado” (*Codificação do Direito Tributário*, Ed. Inst. Bras. de Direito Financeiro, Rio de Janeiro, 1955, p. 193).

<sup>37</sup> Embora outros países tenham um Código de Defesa do Contribuinte, o excelente projeto em tramitação há anos no Congresso não prospera, pois as autoridades fiscais das três esferas de governo, para atalhá-lo, resolveram alcunhá-lo de “Código de Defesa do Sonegador”, exercendo pressão indevida e antidemocrática sobre o Parlamento.

<sup>38</sup> Escrevi: “As denominadas leis naturais na moderna concepção de direito natural, que não se choca com o direito positivo, visto que há normas que o Estado apenas reconhece e outras que cria, são, quase sempre, normas de aceitação social. O respeito ao direito à vida é típica norma de comportamento, que seria cumprida pela maior parte da população em qualquer parte do mundo, mesmo que não houvesse sanção. Para tais normas compreende-se que as normas sancionatórias sejam secundárias, visto que o brilho das normas primárias ou de comportamento por si só assegura a força de sua aplicação e aceitação pela comunidade. Desta forma, quanto às normas de aceitação social, Cossio tem razão, sendo a norma sancionatória mero apêndice de aplicação restrita aos desajustados sociais.

O mesmo não acontece quanto às normas de rejeição social. Nestas, prevalece a necessidade da norma sancionatória, única capaz de fazer cumprir a norma de rejeição social.

O tributo, como o quer Paulo de Barros Carvalho, é uma norma. É uma norma de rejeição social. Vale dizer, sem sanção provavelmente não seria cumprida. A sanção é que assegura ao Estado a certeza de que o tributo será recolhido, visto que a carga desmedida que implica traz, como consequência, o desejo popular de descumprir-la.

Tanto assim é que um contribuinte que seria incapaz de matar alguém, mesmo que não houvesse norma sancionatória, muitas vezes é tentado a não pagar tributos, só o fazendo em face do receio de que a norma sancionatória lhe seja aplicável.

É que todos os contribuintes sabem que pagam mais do que deveriam pagar para atender às necessidades maiores do Estado e às necessidades menores dos detentores do poder.

Assim sendo, no que diz respeito às normas de rejeição social, parece-me que a teoria kelseniana tem maior propriedade, visto que a norma sancionatória é, evidentemente, a assecuratória de norma tributária” (*O sistema tributário na Constituição*, 6. ed., Saraiva, São Paulo, 2007, p.14-6).

<sup>39</sup> *Direito Tributário Brasileiro*, Forense, Rio de Janeiro, 1970, p. 451.

<sup>40</sup> Arquivos do Ministério da Justiça 156/1989, p. 113 a 126 (Haroldo Valadão), p. 138 a 150 (Ives Gandra).

<sup>41</sup> Escrevi:

“De rigor, o art. 2º permite ao intérprete a adoção dos critérios maiores para conhecimento da permanência normativa.

Assim é que a cabeça do artigo delimita o aspecto temporal, informando que uma lei vigora até que seja revogada ou modificada por outra.

Se se pode discutir a eventual redundância dos verbos utilizados ‘modificar’ e ‘revogar’, posto que a explicação do § 1º demonstra que a revogação, por sua extensão vernacular, abrange qualquer forma de afastamento do direito anterior, inclusive a derrogação, ou seja, a alteração parcial, tal redundância, em se admitindo, já que há autores que defendem a explicitação –, não prejudica a clareza do comando legislativo, o qual esclarece que em algumas hipóteses ocorre a revogação, a saber: de forma expressa, pela incompatibilidade das disposições, prevalecendo a nova conformação legislativa, e pela inteira regulação da lei anterior” (*Direito Econômico e Empresarial*, Ed. Cejup, 1986, Belém-Pará, p. 60-1).

<sup>42</sup> Coordenei dois simpósios nacionais sobre Decadência e Prescrição, tendo o assunto sido exaustivamente debatido em 1976 e 2007, tendo os dois livros sido escritos pelos seguintes autores: (1) Ives Gandra da Silva Martins, Aires Fernandino Barreto, Bernardo Ribeiro de Moraes, Carlos da Rocha Guimarães, Edvaldo Brito, Fábio Fanucchi, Francisco de Assis Praxedes, José Carlos Graça Wagner, Leonel de Andrade Velloso, Noé Winkler, Paulo de Barros Carvalho, Rafael Moreno Rodrigues, Roberto Oscar Freytes, Rubens Approbato Machado, Sebastião de Oliveira Lima e Ylves José de Miranda Guimarães (*Decadência e Prescrição, Caderno de Pesquisas Tributárias*, vol. 1, coed. Ed. Resenha Tributária/Centro de Extensão Universitária); (2) André L. Costa-Corrêa, Carlos Henrique Abrão, Edison Carlos Fernandes, Eduardo Junqueira Coelho, Fátima Fernandes Rodrigues de Souza, Fernanda Guimarães Hernandez, Hugo de Brito Machado, Hugo de Brito Machado Segundo, Humberto Martins, Ives Gandra da Silva Martins, Jorge de Oliveira Vargas, José Eduardo Soares de Melo, Kiyoshi Harada, Leonardo de Faria Galiano, Marilene Talarico Martins Rodrigues, Octavio Campos Fischer, Ricardo Lobo Torres, Sacha Calmon Navarro Coelho, Schubert de Farias Machado e Vittorio Cassone (*Pesquisas Tributárias – Nova Série 13*, Coed. Centro de Extensão Universitária e Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007).

# A MOEDA DE UM SÓ LADO

**GILBERTO FERREIRA**

Desembargador do TJPR e professor de Direito Penal da PUCPR

## EXCERTOS

*“Se, nos termos do art. 28 do CPP, a revisão da matéria (pelo procurador-geral) é obrigatória quando o juiz discorda do pedido de arquivamento de inquérito, por que é que no caso inverso (quando o juiz concorda) a decisão não poder ser revista por um órgão superior? Não são os dois lados de uma mesma moeda? A via, aí, não teria duas mãos?”*

*“A impossibilidade de questionamento de decisões em matéria penal não é apropriada para um país que se diz democrático e que pretende viver um estado de direito”*

*“Ainda que não haja previsão legal, tem a vítima legitimidade, como assistente de acusação, para recorrer da decisão que, acolhendo requerimento do MP, determine o arquivamento do termo circunstanciado, devendo o recurso ser conhecido pela instância superior e julgado, como de direito”*

*“O que se deseja não é tornar o ofendido parte legítima para mover a ação e sim questionar a decisão para que o procurador-geral, como representante maior do Ministério Público, reconhecendo o equívoco do promotor de justiça, designe outro para oferecer a denúncia”*

**E**screvo estas linhas com o objetivo de provocar reflexão, em quem de direito, acerca de um tema que, de certa forma e apesar de sua importância para o regime democrático, tem passado despercebido entre os operadores do direito.

Eis o caso: por um motivo qualquer, um cidadão ameaça o vizinho de lhe causar mal injusto e grave. O caso vai parar na polícia. A vítima manifesta o desejo de ver o autor do fato processado. Lavrado o termo circunstanciado, os autos sobem ao Juizado.

Ali, o Ministério Público, que é o titular da ação penal, entende que o fato descrito pela vítima não pode ser considerado crime e, por isso, pede o arquivamento do termo circunstanciado, o que é aceito pelo juiz.

A vítima que, de fato, é assistente de acusação, recorre da decisão querendo que a corte, reformando a decisão do magistrado, encaminhe os autos ao procurador-geral, nos termos do art. 28 do CPP, para que este, então, designe outro promotor de justiça para oferecer denúncia.

A corte, todavia, seguindo o entendimento majoritário da jurisprudência brasileira, deixa de receber o recurso por entender irrecorrível a decisão que determina o arquivamento de inquérito, ou no caso, de termo circunstanciado. A razão de ser desse entendimento repousa no fato de que, sendo o Ministério Público o titular da ação penal, não pode outrem, no caso o suposto ofendido, se colocar como legitimado a questionar direito do qual não é detentor. Ou seja, se o promotor e o juiz estiverem de acordo quanto ao arquivamento, a parte, que se acredita injustiçada, nada pode fazer. A matéria é irrecorrível e ponto final<sup>1</sup>.

Ponto final? Não, pois o assunto comporta algumas reflexões.

A primeira: a impossibilidade de questionamento de decisões em matéria penal não é apropriada para um país que se diz democrático e que pretende viver um estado de direito. Se há equívoco na decisão, se tanto promotor quanto juiz erraram, como não permitir ao interessado buscar reanálise dessa questão?

A segunda diz respeito ao princípio da isonomia. Se, nos termos do art. 28 do CPP, a revisão da matéria (pelo procurador-geral) é obrigatória quando o juiz discorda do pedido de arquivamento de inquérito, por que é que no caso inverso (quando o juiz concorda) a decisão não poder ser revista por um órgão superior? Não são os dois lados de uma mesma moeda? A via, aí, não teria duas mãos?

A terceira se refere ao princípio do duplo grau de jurisdição. Para muitos, esse princípio não é constitucional, tanto que, embora em casos raros encontrados na legislação infraconstitucional (art. 34 da Lei 6.830/80; arts. 30/33 da Lei 9.307/96), o legislador o proibiu expressamente. Mas, ainda que se considere não expressamente agasalhado pela Constituição, o magistrado poderia, sem lei expressa, pura e simplesmente deixar de aplicá-lo, barrando a subida de um recurso ao tribunal, notadamente em matéria penal,

Não há dúvida de que sendo o Ministério Público titular da ação penal, só ele pode promovê-la

sob o argumento de não haver previsão expressa de seu cabimento? Sobretudo no caso, em que haveria essa expressa autorização, como se vê do disposto no art. 593, II, do CPP?

A quarta ponderação concerne à segurança jurídica. É inegável que o duplo grau de jurisdição se constitui numa garantia tanto das partes quanto dos próprios julgadores. Da parte porque, estando insatisfeita com a decisão, pode pleitear a reforma via recurso à instância superior. Do magistrado, por saber que eventual injustiça de sua decisão poderá ser corrigida por colegas mais experientes, que atuam no colegiado da segunda instância.

Por último, sobre a alegada ilegitimidade do ofendido. Não há dúvida de que sendo o Ministério Público titular da ação penal, só ele pode promovê-la. Todavia, não se trata aqui de menosprezá-lo ou de usurpar de sua função. Ao contrário. O que se deseja não é tornar o ofendido parte legítima para mover a ação e sim questionar a decisão para que o procurador-geral, como representante maior do Ministério Público, reconhecendo o equívoco do promotor de justiça, designe outro para oferecer a denúncia.

Portanto, ainda que não haja previsão legal, tem a vítima legitimidade, como assistente de acusação, para recorrer da decisão que, acolhendo requerimento do MP, determine o arquivamento do termo circunstanciado, devendo o recurso ser conhecido pela instância superior e julgado, como de direito. No caso de provimento, os autos deverão ser encaminhados ao procurador-geral para que, se discordar de seu representante, designe outro promotor de justiça para oferecer a denúncia. Esse entendimento não afronta o Ministério Público e está de acordo com os princípios democráticos e de justiça de nosso país.

## Nota

<sup>1</sup> A doutrina aponta duas hipóteses em que haveria recurso em face da decisão que determina o arquivamento do inquérito: 1ª – Inquérito que versa sobre crime contra economia popular ou a saúde pública, a teor da Lei 1.521 e seu art. 7º que enseja reexame necessário também chamado de recurso *ex officio*, destarte devera o magistrado, independente de provocação de qualquer interessado remeter os autos ao tribunal competente para apreciação, podendo este, manter ou reformar a decisão; 2ª – arquivamento de inquérito instaurado para apurar contravenções penais previstas nos arts. 58 e 60 do Decreto-lei 6.259/44, Jogo do bicho que, consoante previsão do art. 6º se seu parágrafo único da Lei 1.508/51, ensejam recurso em sentido estrito, contudo, essa previsão, com o enquadramento das contravenções penais no âmbito dos juizados especiais criminais, perdeu bastante a sua aplicação prática, inobstante, não se pode considerá-la revogada tacitamente (Disponível em <http://aprenderdodireito.blogspot.com.br/2013/05/cabe-recurso-contrario-arquivamento-de.html>, consulta em 12/09/2014).



**LA RESPONSABILIDAD  
PENAL DE LOS  
PROVEEDORES  
DE SERVICIOS EN  
INTERNET POR LA  
DISTRIBUCIÓN DE  
CONTENIDOS ILÍCITOS  
– UNA REFLEXIÓN INICIAL  
SOBRE EL RÉGIMEN  
ESPAÑOL Y EL BRASILEÑO**

**ALFONSO GALÁN MUÑOZ**

Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España)

## EXCERTOS

*“Algunos autores cuestionaron la viabilidad de la apreciación de una posición de garante del proveedor con respecto a las difusiones de contenidos que hubiesen realizado sus clientes; posición sin la cual no se les podría atribuir responsabilidad por no haberlos eliminado”*

*“Navegar por Internet es una actividad que se ha visto enormemente facilitada por la implantación universal del protocolo TCP/IP y por la creación del protocolo de hipertexto (Hypertextual Transfer protocol)”*

*“Una vez que se ha creado una web o cualquier otro tipo de documento o información, ésta sólo podrá ser localizable y estar accesible con carácter permanente para el resto de cibernautas que participan en Internet, en la medida en que tenga asignada una dirección que la identifique dentro de los muy numerosos y variados contenidos que allí se encuentran”*

*“El art. 16.2 de la LSSI española establece que los proveedores de servicios de almacenamiento no gozarán de la exención de responsabilidad que prevé el primer apartado de dicho artículo, cuando el destinatario del servicio o el proveedor de contenido enlazado”*

## 1. La distribución de contenidos en internet como conducta lesiva de bienes jurídicos

Existe una enorme cantidad y variedad de informaciones o contenidos que pueden resultar lesivos para los bienes jurídicos más importantes de nuestra sociedad. De hecho se habla de la existencia de contenidos penalmente *ilícitos* o *nocivos*<sup>1</sup>, para aludir a aquellos contenidos o informaciones, cuya publicación o distribución puede llegar a constituir delito; actuaciones todas ellas que, como no podría ser de otro modo, cada vez es más frecuente que se cometan utilizando internet, dado que su carácter de medio de comunicación rápido, barato y, supuestamente, anónimo, hacen que se considere a esta red de redes como un cauce especialmente idóneo para efectuarlas<sup>2</sup>.

En principio, pese a la modernidad y peculiaridades propias que presenta internet no parece que su uso deba plantear problema técnico alguno al Derecho penal a la hora de imputar responsabilidad a la persona o personas que lo utilicen para cometer alguno de estos delitos, dado que quien difunde un contenido penalmente ilícito en la red, es tan responsable de dicha difusión, como aquel que lo haga utilizando un medio de comunicación más tradicional o clásico.

Sin embargo, la utilización de este nuevo instrumento de comunicación o difusión casi siempre obliga a quien quiere utilizarlo a contar con la contribución de unos terceros, los denominados intermediarios o proveedores de servicios (los Providers), para poder hacerlo, siendo precisamente esta particularidad de internet la que ha dado lugar al presente estudio.

El caso es que al ser los proveedores de servicios de internet, partícipes necesarios de todas las difusiones de contenidos realizadas en la red, también lo serán de aquellas que puedan llegar a tener trascendencia penal, con lo que habrá que concretar, cuándo y bajo qué condiciones se les podrá atribuir responsabilidad por haber ayudado producirlas mediante la prestación de sus servicios.

La respuesta a esta cuestión no sólo tiene una trascendencia técnica indudable, sino que resulta esencial para comprobar si un sistema de responsabilidad penal es lo suficientemente equilibrado, como para conseguir proteger adecuada y eficazmente los bienes jurídicos que pueden ser afectados por la publicación o difusión de ciertos contenidos en internet, sin sacrificar o limitar excesivamente

en el empeño, valores tan fundamentales para toda sociedad democrática como podrían ser los de las libertades de expresión o la de información<sup>3</sup>. Estas libertades siempre se encuentran en una relación de tensión con aquellos otros intereses, como el honor, la libertad, la protección de los menores, etc., que los delitos de difusión tratan generalmente de proteger<sup>4</sup>, lo que puede dar lugar a situaciones algo más que controvertidas.

Así lo puso de manifiesto en su día, por ejemplo, el celebre caso *Compuserve*.

## **2. El caso *Compuserve*: Una primera llamada de atención sobre un acuciante problema penal**

El denominado caso *Compuserve* se planteó, en 1995, cuando un usuario de los servicios de la filial alemana de la citada compañía multinacional, afincada en Ohio (Estados Unidos), denunció ante la fiscalía bávara el hecho de que uno de los grupos de noticias de dicha empresa albergaba contenidos de pornografía infantil, violenta y con animales que estaban prohibidos por distintas disposiciones del Código penal alemán y de la, en aquel momento vigente, Ley sobre difusión de escritos y contenidos multimedia peligrosos para la juventud (GJS). Ante dicha denuncia la fiscalía bávara se puso en contacto con los responsables de la filial alemana de *Compuserve*, comunicándoles que debían hacer desaparecer tales contenidos o cuando menos, que tenían que bloquear el acceso a los mismos, ya que, de no hacerlo, se les podrían imputar responsabilidades penales por su difusión.

A tal petición respondieron los responsables de la compañía alemana señalando que los contenidos en cuestión no estaban realmente almacenados en sus servidores de noticias, sino en los ordenadores de la compañía matriz americana, lo que hacía técnicamente inviable que los pudiesen retirar o borrar desde Alemania.

En realidad, *Compuserve* Alemania se limitaba a prestar un servicio de acceso a internet, mediante un nudo de entrada local (*local dial-up*) con el servidor norteamericano; servidor que era el que realmente conectaba al usuario alemán con internet y el que almacenaba los contenidos que la fiscalía alemana exigía que se retirasen o bloqueasen. En definitiva, la compañía alemana solo

facilitaba el acceso y la transferencia a dichos contenidos, pero no los almacenaba, con lo que no podía borrarlos, hecho que llevó a sus máximos responsables a tratar de dar cumplimiento a lo exigido por la fiscalía, mediante el establecimiento de unos filtros informáticos que impidiesen a los usuarios ubicados en Alemania acceder a los contenidos ilegales almacenados y distribuidos desde el servidor americano.

En un principio, los servidores que contenían los contenidos pornográficos en cuestión, dejaron de ser accesibles para los clientes de *Compuserve* Alemania. Pero, pasado algún tiempo volvieron a estar a disposición de estos usuarios, situación que llevó a la fiscalía a denunciar al señor Felix Somm, a la sazón, administrador de la filial alemana de *Compuserve*, junto a su homólogo americano, como posibles responsables de la realización, entre otras cosas, de varios delitos de difusión de pornografía prohibida efectuados en comisión por omisión; posición que fue posteriormente respalda por el Tribunal provincial de Munich (AG) que, en su ya celebre sentencia de 28 de Mayo de 1998, condenó a ambos directivos como coautores omisivos de dichos delitos, al entender que ambos tenían una verdadera posición penal de garante que les obligaba a hacer todo cuanto estuviese en su mano para evitar la difusión de dicha clase de contenidos mediante sus servicios<sup>5</sup>.

Muchas y muy variadas fueron las críticas que suscitó la citada sentencia entre la doctrina alemana.

Así, por ejemplo, algunos autores cuestionaron la viabilidad de la apreciación de una posición de garante del proveedor con respecto a las difusiones de contenidos que hubiesen realizado sus clientes; posición sin la cual no se les podría atribuir responsabilidad por no haberlos eliminado<sup>6</sup>.

También se criticó que la citada sentencia afirmase que, pese a que el proveedor alemán había establecido unos filtros tendentes a impedir el acceso a la información en cuestión, ello no suponía que hubiese dado cumplimiento a su deber de actuar, dado que al ser la compañía proveedora alemana una filial de la norteamericana, también debía responder por la omisión que los responsables de ésta última habrían realizado al no haber borrado de su servidor los contenidos requeridos, como podían y debían haber hecho; afirmación que fue duramente criticada, por ejemplo, por Hilgendorf, quien la tildó de completamente errada por entender que, dada la escasa influencia que la compañía alemana podía tener sobre su matriz

norteamericana, difícilmente se podría atribuir responsabilidad a su representante como coautor de una omisión que, en el mejor de los casos, habría efectuado el responsable de la esta última entidad<sup>7</sup>.

Incluso se afirmó que el intento de bloqueo del contenido ilícito efectuado por la filial alemana y ordenado por su administrador, había sido erróneamente valorado por el tribunal, ya que, su realización sería clara muestra de la ausencia en dicho sujeto del dolo de distribuir pornografía infantil que exigía el tipo delictivo que finalmente se le imputó en comisión por omisión<sup>8</sup> o que el tribunal había interpretado y aplicado incorrectamente al caso lo que la ya vigente ley alemana de servicios telemáticos de 1997 establecía con respecto al mismo<sup>9</sup>.

En cualquier caso, este supuesto vino a poner de manifiesto la magnitud del problema al que se enfrentaba el Derecho penal y dejó completamente claro el hecho de que su solución no se podía dejar en manos de la autorregulación que pudiesen crear los propios usuarios e intermediario de la red, ni en las controvertidas y, en ocasiones, contradictorias resoluciones que los tribunales pudieran llegar a dictar con respecto a los casos puntuales que les llegasen, lo que llevó a que se fuesen paulatinamente creando diversas normativas, estatales y supranacionales, que trataron de concretar y de delimitar cuándo y bajo qué condiciones se podría llegar a atribuir responsabilidad jurídica a los proveedores por los contenidos ajenos que ayudasen a difundir; normativas que, dada la trascendencia económica de esta clase de actividades y el marcado carácter transnacional de la red en las que se realizan las mismas<sup>10</sup>, obligaron a que la Unión Europea tuviese que adoptar una postura única respecto a esta cuestión.

Así lo hizo la UE mediante la aprobación de la Directiva 2000/31/CE de 8 de Junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los Servicios de la Sociedad de la Información, en particular, el Comercio Electrónico en el Mercado Interior<sup>11</sup>, cuyos artículos 12 y siguientes contienen una regulación del régimen de responsabilidad de los proveedores de servicios de internet; Directiva que fue posteriormente traspuesta al ordenamiento jurídico español mediante la aprobación de la ley 34/02, de 11 de Julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (desde ahora LSSI)<sup>12</sup>, que dedica sus artículos 13 a 17 precisamente a establecer el régimen de responsabilidad jurídica de los denominados prestadores de servicios de la sociedad de la información y que tiene unos efectos sobre el sistema de responsabilidades penales de dichos profesionales que no parecen estar del todo claras.

Resulta imposible dedicar en un trabajo de estas características una mínima atención, tal y como hemos hecho en algún trabajo anterior<sup>13</sup>, a todas las particularidades y problemas que plantea esta compleja regulación legal, que establece un régimen diferente para los diferentes tipos de proveedores que intervienen en internet dependiendo de que clase de servicio presten (acceso, transmisión, Caching, etc...) y es por ello, por lo que hemos decidido centrar nuestro análisis en el estudio del régimen que se establece con respecto al que posiblemente sea el intermediario más representativo y conocido de los que intervienen en la distribución de contenidos ajenos en la red, el proveedor de servicios de almacenamiento.

### **3. La concreta regulación de la responsabilidad del proveedor de almacenamiento como ejemplo paradigmático de la limitación de la responsabilidad penal de los proveedores**

Navegar por internet es una actividad que se ha visto enormemente facilitada por la implantación universal del protocolo *TCP/IP* y por la creación del protocolo de hipertexto (*Hipertextual Transfer protocol*); protocolos ambos que unidos a la aparición de diversos sistemas de programación que facilitan que el usuario medio de la red los pueda usar, han llevado a que prácticamente todos los internautas se encuentren a día de hoy en disposición no sólo de acceder, sino también de crear y publicar documentos multimedia fácilmente accesibles para el resto de los usuarios de la red.

Pese a todo, una vez que se ha creado una *web* o cualquier otro tipo de documento o información, ésta sólo podrá ser localizable y estar accesible con carácter permanente para el resto de cibernautas que participan en internet, en la medida en que tenga asignada una dirección que la identifique dentro de los muy numerosos y variados contenidos que allí se encuentran.

Se hace necesario entonces disponer de una dirección o dominio permanente que, además de indicar el protocolo por el que se transmite la información o el contenido en cuestión, lo identifique incesantemente de forma precisa y concreta en qué ordenador de la red se encuentra almacenado, exigencias todas ellas que van a obligar a que dicho ordenador esté en constante funcionamiento y en continua conexión para garantizar que la información en él almacenada resulte permanente accesible a los usuarios de la red

No resulta entonces nada infrecuente que el creador del contenido difundido en la red y quien lo hace accesible al tenerlo almacenado en su ordenador, no sean la misma persona<sup>14</sup>. De hecho, el proveedor de almacenamiento es uno de los intermediarios más habituales de la red, con lo que no puede sorprender que la LSSI dedique uno de sus artículos centrales, el artículo 16, a establecer los que estos sujetos no recibirán ningún tipo de responsabilidad jurídica (ni civil, ni administrativa, penal ni de cualquier otra clase) *por los contenidos ajenos (no por los propios)* que almacenasen en sus servidores<sup>15</sup>, *mientras no tengan conocimiento efectivo* de que los mismos eran ilícitos o lesionaban intereses o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o *si, habiéndolo tenido, hubiesen procedido con diligencia a retirarlos o bloquearlos* (art. 16.1); exención general de responsabilidad, que, sin embargo y por otra parte, no operará en aquellos casos en los que se constate que el usuario o beneficiario de sus respectivos servicios había actuado *“bajo la dirección, autoridad o control de su prestador”* (art. 16.2 LSSI).

Nos encontramos, por tanto, ante una doble vía o posibilidad de atribuir responsabilidades jurídicas a estos proveedores por la prestación de sus servicios.

Analicémoslas a continuación, por separado.

*a) La existencia de una relación de dirección, autoridad o control de los proveedores de almacenamiento sobre la actividad realizada por su usuario*

Como acabamos de ver, el art. 16.2 de la LSSI española establece que los proveedores de servicios de almacenamiento no gozarán de la exención de responsabilidad que prevé el primer apartado de dicho artículo, cuando el destinatario del servicio o el proveedor de contenido enlazado *“...actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador”*<sup>16</sup>, limitación que llevará a que, tan pronto como se constate la presencia de cualquiera de dichas relaciones, estos intermediarios de la red se vean sometidos al régimen general de responsabilidad jurídica que establezca para ellos cada una de las ramas del ordenamiento jurídico que les afecten (civil, penal, etc.).

En un principio, algunos autores entendieron que esta limitación trataba de evitar que los proveedores a los que les resultase aplicable pudiesen abusar de la relación jerárquica que tuviesen sobre terceros para hacer que éstos procediesen materialmente a publicar las informaciones ilícitas que les ordenasen, apareciendo ellos como meros proveedores de servicios e intermediarios de

la difusión de una información que les sería ajena y no como los impulsores de su difusión que realmente eran, lo que podría permitirles mantenerse exentos de cualquier responsabilidad por su actuación<sup>17</sup>.

Sin embargo, y a juicio de otros autores, la limitación del ámbito de lo permitido que se deriva del comentado precepto va mucho más allá de dicho supuesto de hecho. En concreto, y a su modo de ver, el art. 16.2 LSSI va a permitir que se pueda imputar responsabilidad jurídica por la distribución de los contenidos ajenos a todos aquellos proveedores de almacenamiento que ayuden a distribuirlos gozando de capacidad de decisión y de control sobre lo difundido desde su servidor, ya que dicha capacidad va a permitir que se pueda entender que la información que ayudan a difundir con sus servicios ya no les resultaría completamente ajena<sup>18</sup>.

Así, por ejemplo, se ha afirmado que nos encontraremos ante un supuesto de proveedor no privilegiado, cuando éste, además de prestar los servicios de almacenamiento que le son propios, también actuase como verdadero editor del contenido ajeno que almacenase, dado que, al haber supervisado o controlado la labor del creador de la información difundida, ésta ya no le sería completamente ajena, sino que tendría que ser considerada como procedente, cuando menos en un sentido amplio, de su esfera de organización<sup>19</sup>.

Pese a la aparente claridad de este ejemplo, no resulta, sin embargo, nada fácil el precisar y concretar en qué casos un proveedor de almacenamiento ostentará aquel grado de dirección, de autoridad o de control sobre la actuación de los usuarios o beneficiarios de sus servicios de la que habla la LSSI.

¿Se podrá entender que cuando el proveedor de un servidor de grupo de noticias (*Newsgroups*) o de un foro se reserva el privilegio de moderarlo, goza de una relación de control con respecto a las actuaciones que sus usuarios realicen en el mismo, que automáticamente determinará que no se encuentre amparado por la exención general de responsabilidad que inicialmente le concede la LSSI como proveedor de almacenamiento? ¿Cabría apreciar la existencia de una de las comentadas relaciones de control, entre las distintas empresas proveedoras de servicios de internet que

El proveedor de almacenamiento es uno de los intermediarios más habituales de la red

integrasen cualquier tipo de consorcio o grupo de empresas en que se diese una subordinación de unas respecto a otras? ¿Se podría considerar entonces que en estos casos, la empresa dominante de dicho consorcio o unión de empresas tiene autoridad con respecto a la dominada y que, por ello, sus responsables siempre podrían responder jurídicamente por los contenidos ajenos que la filial ayudase a difundir o por los que distribuyese como propios?

Es más, ¿tendrá que quedar también al margen de la exención general de responsabilidad contemplada en la LSSI el responsable de aquella empresa u organismo público (p. ej. centro docente) que preste uno de los servicios comentados a sus empleados (p. ej. un profesor)<sup>20</sup> o a otros sujetos que se encontrasen, aunque fuera de modo general, bajo su control o autoridad (p. ej. los alumnos)?<sup>21</sup>

Para responder a estas cuestiones hay que tener en cuenta, a nuestro modo de ver, que el propio tenor literal del art. 16.2 LSSI señala que se excluye de la exención general de responsabilidad contenida en el primer apartado de dichos preceptos aquellos supuestos en los que el destinatario del servicio, es decir, el usuario transmisor de la información en cuestión, hubiese realizado su actuación “*bajo la dirección, la autoridad o el control del prestador*”; expresión legislativa de la que se deduce que la relación que ha de mediar entre el proveedor y su usuario, para que el primero pueda recibir algún tipo de responsabilidad jurídica por sus servicios, debe ser *previa o por lo menos concurrente* a la conducta de este último. Esto es, tiene que ser una relación que ha de concurrir en el momento de la creación del contenido, o cuando menos, en el de su almacenamiento o difusión, con lo que ninguna relación posterior podrá dar lugar a la exclusión de la exención general de responsabilidad inicialmente otorgada a estos proveedores.

Pese a la importancia de esta primera delimitación, la comentada expresión legislativa todavía permite deducir otro de los caracteres básicos que habrán de tener toda relación determinante de la exclusión de los servicios de estos proveedores del ámbito de lo generalmente permitido, ya que, al afirmar que la actuación del proveedor debe hacerse “*bajo la relación de dirección, autorización o control entre proveedor y usuario*” no sólo se está exigiendo que dicha relación deba preceder o concurrir con la actuación del usuario, sino que también se está requiriendo que la misma tenga que ser una relación *directamente* referida a la conducta difusora del contenido realizada por parte este último sujeto.

Dos son, por tanto, los caracteres que habrían concurrir en la relación de autoridad, control o dirección del proveedor con el usuario, para que la prestación de servicios realizada por el primero deje de poder considerarse como general y completamente permitida. Dicha relación tiene que *preceder o concurrir en el tiempo* con la conducta difusora realizada por el usuario y, además, ha de estar *directamente vinculada* con dicha actividad.

No bastará, por tanto, con la existencia de una previa relación de autoridad o dirección general entre proveedor y usuario (p. ej. la que se establece entre alumno o trabajador de un centro docente y el responsable del mismo), o con una simple subordinación jerárquico-organizativa entre ambos (p. ej. responsable de empresa filial y responsable de su empresa matriz)<sup>22</sup>. Para que las prestaciones de servicios de estos intermediarios de la red dejen de estar dentro del ámbito lo que generalmente permitido para su actividad, los proveedores de almacenamiento tendrán que haber actuado, además de como tales, como verdaderos directores o editores de la información o del medio utilizado por el usuario para difundirla<sup>23</sup>.

Así sucederá, por ejemplo, con aquel proveedor de un servicio de grupo de noticias o de un foro moderado que se reservase la capacidad de controlar y de decidir qué contenidos podrían publicar los usuarios de su servicio en el mismo; capacidad que le permitirá controlar la actuación difusora de los usuarios de sus servicios antes de que llegase a producirse, tal y como exige el art. 16.2 LSSI, y que, precisamente por ello, impedirá que se pueda aplicar a este proveedor la exención general de responsabilidad prevista en el primer apartado de dicho artículo para los proveedores de almacenamiento<sup>24</sup>.

Habrà de entenderse, por tanto, como hacen Rodríguez Sau y Rubio Velázquez, que, dado que la exención de responsabilidad jurídica de los proveedores comentados, contenida de la LSSI, se fundamenta, entre otras cosas, en que estos proveedores no tienen por que controlar en su origen la información ajena que ayuden a distribuir, tal exención desaparecerá en el mismo momento en que dichos sujetos hubiesen dispuesto voluntariamente dicho control, es decir, en el mismo momento en que se hubiesen reservado la posibilidad de controlar y decidir sobre la actividad difusora que el beneficiario de sus servicios pretendía llevar a cabo gracias a los mismos<sup>25</sup>.

*b) La obtención del “conocimiento efectivo” de la ilegalidad del contenido difundido por el usuario de sus servicios por los proveedores de almacenamiento*

Como ya hemos adelantado, los proveedores de almacenamiento que no tengan una de las relaciones anteriormente comentadas con los usuarios de sus servicios, quedarán completamente exentos de cualquier responsabilidad por la prestación de los mismos, conforme a lo dispuesto en los art. 16.1 a), mientras *“no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización”*; un conocimiento que, sin embargo, no siempre determinará que los proveedores que lo posean dejen de estar automáticamente amparados por dicha exención de responsabilidad, ya que dichos sujetos podrían continuar beneficiándose de tal exención, si una vez adquirido, hubiesen actuado *“con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos”*.

Un importante sector de la doctrina española y alemana ha entendido que el requisito del conocimiento efectivo al que alude la letra a) del art. 16.1 de la LSSI y su equivalente de la TDG, establecen una limitación de naturaleza eminentemente subjetiva a la exención general de responsabilidad de sus respectivos proveedores.

A juicio de estos autores, cuando estas prescripciones normativas condicionan la exención general de responsabilidad prevista para dichos intermediarios de la red a los casos en que éstos hubiesen actuado sin conocer la ilegalidad de la información ajena que ayudasen a transmitir, están restringiendo la posibilidad de imputarles responsabilidad a aquellos supuestos en los que hubiesen prestado sus servicios con dolo directo respecto de la actuación ilícita realizada por el usuario o beneficiario de sus servicios, ya que, la exigencia del conocimiento efectivo de la ilicitud de la conducta del usuario en el proveedor excluye cualquier posibilidad de que puedan actuar de forma no permitida si solo tienen un dolo eventual<sup>26</sup> o, incluso, un ceguera voluntaria (*“willfull blindness”*)<sup>27</sup> con respecto a dicha actuación.

Otros autores, sin embargo, consideran que lo dispuesto por el art. 16.1 LSSI no afecta ni puede afectar al dolo típico del injusto que se podría imputar a los proveedores por su actuación.

A su juicio, la falta de identidad entre el dolo típico y el conocimiento efectivo al que alude la LSSI es tal, que resulta perfectamente posible que se den casos en los que concurriendo dicho conocimiento en la actividad del proveedor, no lo haga, sin embargo, *“el dolo exigido por*

*el Derecho penal para afirmar la existencia de la tipicidad subjetiva*<sup>28</sup>, ya que el mero conocimiento de la existencia del contenido ilícito ajeno no supone ni tiene porque suponer que quien lo ostente haya necesariamente de albergar en su dolo el resto de los elementos de la estructura típica que se le tratase de imputar<sup>29</sup>.

Es más, a juicio de estos autores, el conocimiento del que habla la LSSI es, por expresa prescripción del art. 16.1 LSSI, un conocimiento referido, no a la existencia del contenido ajeno en sí, o a su propia ilegalidad, sino a la existencia de una declaración de ilicitud o de una orden de retirada emitida por un organismo judicial o administrativo competente para poder hacerlo<sup>30</sup>, circunstancia que hace que sea perfectamente posible que el proveedor que llegase a conocer dicha declaración u orden y, en consecuencia puede ya ser considerado responsable conforme a lo establecido en la LSSI, actúe, sin embargo, sin el dolo que el Derecho penal exige para apreciar la tipicidad subjetiva de su actuación, como sucedería, por ejemplo cuando ponga en tela de juicio, incluso por error, la valoración contenida en las mismas<sup>31</sup>.

La limitación del ámbito de lo permitido que se deriva del comentado precepto va mucho más allá de dicho supuesto de hecho

Por otra parte, pero en la misma línea, resulta evidente que si se entendiese que lo que esta prescripción pretendería sería limitar la responsabilidad de los proveedores a aquellos supuestos en que hubiesen actuado con dolo directo con respecto a la ilicitud del contenido, se convertiría prácticamente en inútil y redundante a la prescripción contenida en el apartado segundo del art. 16 LSSI, ya que es indudable que si un proveedor hubiese ejercido sobre el contenido ajeno que ayude a difundir el control que exige este último precepto para poder atribuirle responsabilidad, al hacerlo, generalmente habría adquirido también aquel conocimiento efectivo de su ilegalidad que, conforme a la postura ahora criticada, permitiría apreciar el dolo que ya le haría jurídicamente responsable de su difusión conforme a lo establecido en el artículo 16.1 LSSI.

Todos estos problemas llevaron a alguno de estos autores a entender que la exigencia legislativa del “conocimiento efectivo” no delimita, ni puede delimitar el dolo típico de los delitos que se podrían imputar al proveedor por su actuación.

De hecho, y en su opinión la verdadera finalidad de la exigencia legislativa del conocimiento efectivo no era otra que la de precisar los casos en los que se podrá apreciar aquella posición formal de garante del proveedor que permitiría imputarle responsabilidad en comisión por omisión en caso de que no borrarán o bloqueasen el contenido que almacenaban en su servidor, pese a haber podido hacerlo; posición que, a su modo de ver, solo aparecerá, por expresa prescripción del art. 16.1 LSSI cuando dichos proveedores posean el conocimiento efectivo de la antijuridicidad o ilicitud de la información ajena que almacenase y que, consecuentemente, no se podrá, sin embargo, apreciar cuando hubiese actuado albergando cualquier clase de duda sobre dicha cualidad de la información.

Ésta es, a su juicio, la única interpretación posible de lo establecido por el artículo 16. 1 a) LSSI, ya que sólo entendiendo que este precepto define y delimita las posiciones de garante de los proveedores a los que se dirige, podrá llegar a entenderse, a su modo de ver, que el apartado b) del mismo precepto afirme que, una vez que el proveedor adquiriese el referido “conocimiento efectivo” de la ilicitud de los contenidos, continuará, sin embargo, manteniéndose exento de cualquier clase de responsabilidad si procede a retirarlos o a bloquearlos de una forma diligente, prescripción que consideran les obliga a actuar en dichos casos y fija, por tanto, su deber positivo de hacerlo<sup>32</sup>.

La postura doctrinal comentada, claramente contrapuesta con la anterior, ha tenido, a nuestro juicio, la enorme virtud de haber puesto de manifiesto el hecho incuestionable de que el “conocimiento efectivo” al que alude la LSSI no puede asimilarse sin más al dolo configurador de los injustos penales que, aparentemente y en principio, se podrían imputar a los proveedores por haber favorecido objetivamente la difusión de contenidos ilícitos ajenos al prestar sus servicios.

Sin embargo, y a nuestro modo de ver, tiene el problema de que ni se acomoda con la finalidad con que esta normativa de la LSSI fue creada, ni con el propio tenor literal de los preceptos sobre los que pretende sustentarse.

En efecto, esta ley no se creó para fundamentar u originar nuevas posibles responsabilidades jurídicas (activas u omisivas) de los proveedores, sino que, de hecho, lo que trata es de restringir las que se le podían imputar antes de su creación conforme a lo dispuesto por las distintas ramas del ordenamiento jurídico.

Así lo demuestra, a nuestro juicio, tanto que el artículo 13.1 de la LSSI establezca que

*“los prestadores de servicios de la sociedad de la información estén sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley”*, lo que, sin duda, pone a las claras que serán estas normas generales, civiles, penales o administrativas y no las concretas reglas contenidas en la LSSI las que inicialmente podrán, en su caso, fundamentar la concreta responsabilidad de dichos sujetos, como también que el propio art. 16.2 LSSI expresamente califique lo dispuesto en el apartado que le precede y que supuestamente trata de fundamentar una nueva y posible responsabilidad omisiva del proveedor al que se refiere, como una *“exención de responsabilidad”*<sup>33</sup>, expresión legislativa que vuelve a poner de manifiesto la clara finalidad restrictiva y en modo alguna creadora o fundamentadora de nuevas posibles formas de responsabilidad jurídica de los sujetos a los que dirige sus prescripciones, los proveedores.

Difícilmente, por tanto, estos preceptos se van a poder considerar como fuente directamente generadora de la posición de garante que se requeriría para imputar a los proveedores a los que se dirige responsabilidad en comisión por omisión por las difusiones de contenidos realizadas por sus usuarios, lo que irremediablemente nos enfrenta a una pregunta.

Entonces, ¿qué función está llamado a desempeñar en el sistema de responsabilidad penal del proveedor de almacenamiento lo establecido en artículo 16.1 LSSI?

A nuestro juicio, esta pregunta tiene una respuesta inmediata.

Lo que este precepto trata de evitar es que los proveedores, ante la amenaza de poder ser considerados responsables o incluso sancionados penalmente por haber contribuido con el mantenimiento de sus servicios a la publicación o difusión de contenidos ajenos, puedan optar por impedir la publicación o difusión de cualquier contenido o información que tuviese el más mínimo viso de ser ilícita; opción que, si bien y muy probablemente, les llevaría a impedir la publicación de muchas informaciones penalmente ilícitas o nocivas, también les llevaría, sin duda, a imposibilitar la difusión de muchas otras perfectamente lícitas y permitidas, transformándose así a la red en un medio de comunicación censurado y amordazado, en el que los ciudadanos no podrían ejercer de una forma plena sus derechos a la libertad de expresión y de información.

Esto es, precisamente, lo que tratan de evitar el artículo 16.1 de la LSSI. Es un precepto que trata de evitar que los intermediarios de necesarios de internet a los que se dirige (los proveedores de almacenamiento) puedan llegar a asumir una actitud tan “diligente” a la hora de retirar o bloquear los contenidos ajenos que ellos mismos o cualquier tercero considerasen de dudosa legalidad, que pudiesen llevarles a actuar como verdaderos censores de la red, limitando de forma completamente desproporcionada el libre ejercicio de la libertad de expresión e información de sus usuarios<sup>34</sup>.

Es precisamente para evitar este indeseable y desproporcionado efecto sobre el ejercicio de tan importantes derechos fundamentales,

Esta ley no se creó para fundamentar u originar nuevas posibles responsabilidades jurídicas (activas u omisivas) de los proveedores

para lo que el citado precepto establece que ninguna de las prestaciones de servicios que realicen los proveedores de almacenamiento, sin conocer de forma efectiva la orden de retirada o la declaración de ilicitud emitida por el órgano administrativo o judicial competente para poder dictarlas, podrá generarles ninguna clase de responsabilidad. Con ello, se exime a los proveedores de tener que ser ellos quienes valoren la legalidad o

ilegalidad del contenido en cuestión, impidiendo que puedan actuar como verdaderos censores de la red, pero, además y por otra parte, se soluciona, en el ordenamiento jurídico español, muchos de los problemas prácticos a los que se enfrentan otros sistemas, como el alemán, que al no establecer y definir de forma precisa el modo o el cauce por el cual los proveedores de almacenamiento habrá de obtener el conocimiento efectivo que permitiría atribuirles responsabilidad, hacen factible que se pueda entender que dicho conocimiento podría proceder de la propia representación que tuviese el proveedor o de cualquier comunicación realizada por un tercero<sup>35</sup>, lo que genera una enorme inseguridad jurídica en dichos países<sup>36</sup> y, por otra parte, tampoco impedirá que en los mismos se pueda llegar a producir el desproporcionado e inaceptable efecto restrictivo indirecto o de desaliento sobre el ejercicio de las libertades de expresión e información en la red de sus ciudadanos que este tipo de normas deberían tratar de evitar.

Así pues, hay que entender que en España hasta que el proveedor no conoce dichas resoluciones judiciales o administrativas realiza

una prestación completamente permitida<sup>37</sup>; consideración que no cambiará, porque los haya proporcionado de forma dolosa o imprudente, pero que tampoco podrá hacerlo porque los hubiese suministrado de forma activa o meramente omisiva.

Ahora bien, resulta evidente que la obtención del referido conocimiento por parte del proveedor tampoco será suficiente para poder imputar responsabilidad al proveedor por la prestación de sus servicios, ya que, como ya vimos y atendiendo a lo establecido el apartado b) del propio art. 16.1. LSSI, los proveedores que tuviesen dicho conocimiento todavía se podrán mantener exentos de cualquier clase de responsabilidad por la prestación de sus servicios si retirasen o bloqueasen los contenidos en cuestión “*con diligencia*”.

Podría pensarse, como hacen alguno de los autores anteriormente citados, que es precisamente esta norma y no la contenida en el art. 16.1.a) LSSI la que vendrían a establecer aquel deber general de supresión o bloqueo para los proveedores que permitiría apreciar su omisión y que haría posible que el mero mantenimiento de sus servicios pudiese llegar a ser normativamente equiparado a su prestación activa<sup>38</sup>.

Sin embargo, si prestamos un poco de atención al tenor literal de dicho precepto veremos que el mismo, en realidad, exige de responsabilidad al proveedor, no cuando su conducta activa consiga borrar o bloquear efectivamente los contenidos ajenos que almacena cuya existencia hubiese llegado a conocer efectivamente, –como debería hacer una norma que estableciese un verdadero y directo deber de garante con respecto a la producción de tales resultados–, sino tan solo cuando “*actúe con diligencia*” para lograr dicho bloqueo o eliminación; expresión que, a nuestro juicio, pone de manifiesto el hecho de que tal prescripción no trata de obligar *ex novo* al proveedor a tener que borrar o bloquear el contenido ajeno cuya licitud hubiese llegado efectivamente a conocer, sino que lo que realmente pretende, es determinar el modo en que dicho sujeto tendrá que cumplir con dicha obligación, cuando la tenga conforme a lo establecido en otras normas del ordenamiento jurídico (p. ej. el Código penal), para poder continuar exento de cualquier posible responsabilidad jurídica por su actuación.

Dicho con otras palabras, lo que hace el 16.1.b) LSSI no es crear un nuevo deber de actuar del proveedor que le obligue a borrar o bloquear el contenido en cuestión y que en caso de ser incumplido le

haga responsable de su difusión (el deber del garante), sino definir el modo en el que habría de cumplir con dicho deber (“con diligencia”), cuando lo tenga, para poder continuar exento de responsabilidad por la prestación de sus servicios.

Con ello, lo que esta prescripción hace es convertir al deber objetivo de cuidado de los intermediarios que conozcan la orden de retirada o la declaración de ilicitud del contenido que almacenasen, en el referente que dichos sujetos habrán de respetar a la hora de cumplir con el deber de retirada, civil, penal o administrativo que les pudiese corresponder, para continuar exentos de responsabilidad jurídica por la prestación de sus servicios, lo que, evidentemente, permitirá que se les pueda imputar responsabilidad por no haber cumplido adecuadamente con dicho deber, al no haber realizado o por haber retrasado indebidamente la conducta bloqueadora que se les exigía, pero también hará que se les pueda atribuir si, por ejemplo, realizasen el bloqueo o supresión del contenido en cuestión de forma inadecuada o negligente, ocasionando efectos dañinos a terceros (p. ej. pérdida de datos, de lucro por clausura temporal de webs, etc.)<sup>39</sup>.

Se eliminará así toda posibilidad de apreciar cualquier clase de responsabilidad objetiva de estos proveedores por las acciones u omisiones que hubiesen podido efectuar, lo que, si bien en Derecho penal está fuera de toda duda como consecuencia de la estricta exigencia del principio de culpabilidad, en otros ámbitos, como el civil, podría llegar a cuestionarse. Pero además y por otra parte, al convertir a la diligencia debida y no, por ejemplo, a la inmediatez, como sucede en otros ordenamientos, en el referente básico de la valoración jurídica de las conductas de estos sujetos, también se conseguirá que se considere como generalmente permitida y, consecuentemente, como penalmente neutra, la retirada que hubiese realizado aquel proveedor que, pese a no haber utilizado la medida más inmediata a su alcance (p. ej. la completa interrupción de todos los servicios prestados por el proveedor o el directo borrado de todos los contenidos que almacenase), sí hubiese empleado la que mejor se acomodaba a mantener el respeto a los derechos a la intimidad, la libertad de expresión e información del resto de usuarios que se podrían ver gravemente afectados por la adopción de otra medida más radical que la finalmente empleada.

#### **4. Una última y pequeña reflexión sobre lo establecido en la Lei nº 12.965, de 23 abril de 2014, que establece los principios, garantías, direitos e deveres para o uso de internet en el Brasil**

Lo expuesto hasta este momento, nos ha llevado a entender que el art. 16 LSSI española, al igual que hacen el resto de disposiciones de dicha ley referidas a las responsabilidades del resto de proveedores (de enlaces, de caching, etc.), establece una norma delimitadora del nivel de riesgo permitido a los proveedores de almacenamiento de contenidos ajenos, atendiendo a las particularidades técnicas que se da en la concreta actividad que el mismo suele realizar, con la intención de dar una respuesta adecuada y proporcionada al importante papel que dichos sujetos están llamados a jugar en la evitación delitos y en la garantía del ejercicio, libre y sin censuras, de las libertades fundamentales de expresión e información que corresponden a sus clientes.

El reto planteado no era pequeño y las soluciones adoptadas distan mucho de haber sido unánimemente aceptadas por la doctrina y la jurisprudencia españolas, como también sucede en el resto de Europa. Sin embargo, parece incuestionable que la imparable expansión de la sociedad de la información en que vivimos, obliga a todos los Estados y no solo a los europeos, a tener que afrontar, de una u otra forma el problema que le plantea la necesaria regulación del régimen aplicable a los proveedores de internet; reto que precisamente ha sido, por lo menos parcialmente, afrontado recientemente por el legislador brasileño, mediante la aprobación de la Lei nº 12.965, de 23 abril de 2014 que, conforme a lo establecido en su artículo 32, entró en vigor a los 60 días de su publicación oficial (DOU de 24.4.2014).

Es esta extensa ley la que, entre otras cosas, se ha encargado de establecer el sistema de responsabilidad aplicable a los proveedores de servicios de internet por su contribución a la distribución de contenidos ajenos en la red, afirmando, entre otras cosas en su artículo 19 que *“Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o*

conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário”.

La intención restrictiva y la finalidad de la comentada norma, está fuera de toda duda. Trata de eximir al proveedor de determinadas responsabilidades que, en principio, se le podrían llegar a atribuir atendiendo a lo establecido en otras normas del ordenamiento jurídico, precisamente para facilitar que puedan desempeñar el papel que han de jugar en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de los usuarios de sus servicios.

Resulta evidentemente imposible, en este momento, analizar todas las repercusiones que esta inicial exención legal de responsabilidad habrá de tener para el ordenamiento jurídico brasileño, aunque sí nos

Si prestamos un poco de atención al tenor literal de dicho precepto veremos que el mismo, en realidad, exime de responsabilidad al proveedor

gustaría destacar que, pese a la evidente similitud que presenta en su fundamento y contenido con la normativa española anteriormente comentada, presenta dos diferencias esenciales con respecto a esta última.

En primer lugar, llama poderosamente la atención que la normativa brasileña no haya diferenciado en modo alguno el régimen aplicable a cada uno de los proveedores atendiendo al concreto servicio que el mismo esté llamado a prestar, lo que parece olvidar que ni todos tienen las mismas capacidad técnicas para bloquear o eliminar los contenidos ajenos que ayudan a distribuir, ni, lo que es más importante, todos desempeñan un papel equivalente en el ejercicio de las citadas libertades fundamentales por parte de sus usuarios, circunstancias ambas que, sin duda, deberían ser tenidas en cuenta a la hora de definir sus concretas responsabilidades jurídicas.

Pero es que además, y lo es aún incluso más trascendente, también resulta llamativo que el legislador brasileño se haya empeñado en dejar claro que la exención de responsabilidad prevista en el art. 19 solo resulta aplicable en el ámbito civil e incluso afirme que la misma ni siquiera regirá en dicho ámbito de forma completa, al establecer, por ejemplo, que en los casos en los que se afecte a la intimidad mediante la difusión de contenidos de carácter sexual pertenecientes a la vida privada de la persona afectada, no hará falta la declaración judicial o administrativa de la que se habla en el artículo 19, para

poder atribuirles responsabilidad por su difusión, sino que bastará con la comunicación de la persona afectada o de su representante (art. 21) o al prever, por otra parte, la posibilidad de crear excepciones a la exigencia general de emisión de la orden judicial en relación a los casos en los que la difusión del contenido en cuestión afecte a derechos de autor (art. 19 § 2) o al honor (art. 19 § 3).

Esta clara restricción del ámbito de aplicación de lo establecido en el art. 19 de la referida ley, excluye, sin duda su aplicabilidad al ámbito penal, dejando a dicha rama del Derecho huérfana de una regulación que brinde seguridad jurídica y protección a los proveedores en el ejercicio de sus funciones, permitiéndoles así desempeñar la labor esencial que han de realizar para garantizar que los ciudadanos puedan ejercer libremente y sin censuras sus derechos fundamentales a la libertad de expresión e información.

Son múltiples, por tanto, las cuestiones y temas controvertidos a los que el legislador brasileño habrá todavía de responder para conseguir regular de forma adecuada y proporcionada tan complejo problema, como también lo son los que los reguladores europeos tienen que solventar.

En realidad, se podría decir que ambos reguladores apenas si han dado los primeros pasos en el camino que habrá de llevar a que se alcance una solución plenamente satisfactoria y proporcionada de tan complejo e importante conflicto de intereses jurídicos, aunque también y a nuestro modo de ver, hay que reconocer que no es en modo alguno una mala noticia que, por lo menos, hayan comenzado ya a recorrer el camino que les habrá de llevar finalmente a alcanzar tan loable fin.

## Notas

<sup>1</sup> Como bien señala LÓPEZ ORTEGA, J. J. los contenidos ilícitos, son aquellos que, al representar por sí mismos un ataque a bienes jurídicos esenciales, son siempre considerados como contenidos penalmente prohibidos, (p. ej. la pornografía infantil), mientras que contenidos nocivos o dañinos, son aquellos que, si bien pueden llegar a afectar a bienes jurídicos penalmente protegidos, necesitan de algo más que su mera existencia para hacerlo, como sucedería por ejemplo con los contenidos de pornografía de adultos, contenidos éstos que, si bien no son penalmente ilícitos *per se*, pueden llegar a convertirse en un instrumento lesivo o dañino para determinados bienes jurídicos, como sucedería, por ejemplo, se utilizasen para suministrárselos a menores afectando así a su indemnidad sexual. “Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos” en CDJ X, 2001 Pg. 96. En similares términos, MORÓN LERMA, E. *Internet y Derecho Penal: “Hacking” y otras conductas ilícitas en la*

red. Ed. Aranzadi. Pamplona, 2002. Pg. 126; postura que contrasta con la mantenida por CRUZ DE PABLO, J. A. quien parece tratar de diferenciar los contenidos ilícitos de los nocivos, atendiendo al carácter global o no de su prohibición penal, afirmando que sólo aquellos contenidos que son generalmente prohibidos por todas las sociedades con independencia de las diferencias culturales existentes entre los distintos países pueden ser tenidos por contenidos ilícitos, lo que sin duda restringiría enormemente el ámbito de aplicación de dicho concepto, ya que, prácticamente, dejaría como único ejemplo de contenido ilícito a la pornografía infantil, al ser dichos contenidos los únicos que consiguen suscitar un consenso prácticamente unánime sobre su carácter ilícito. En *Derecho penal y nuevas tecnologías. Aspectos sustantivos. Adaptación a la reforma operada en el Código penal por la ley 15/2003 de 25 de noviembre, especial referencia al nuevo artículo 286 CP*. Ed. Difusión jurídica. Madrid, 2006. Pg. 213 y ss, También sostiene esta concepción que rechazamos respecto a la diferencia entre contenidos ilícitos y nocivos, MARÍN PEIDRO, L. cuando afirma que contenido nocivos serán aquellos que no lleguen a suscitar el consenso unánime sobre su ilegalidad, como sucede por ejemplo con aquellos que son lesivos para determinadas personas sobre la base de sus valores éticos, pero no para toda la comunidad. *Los contenidos ilícitos y nocivos en internet*. Ed. Fundación Retevisión. Madrid, 2000. Pg. 26 y 27.

<sup>2</sup> LÓPEZ ORTEGA, J.J. afirma en este sentido que “*todos los delitos que pueden cometerse mediante medios de comunicación pueden cometerse por internet*” Op. cit. ant. Pg. 91; Ilegando RÖMER, W. a afirmar que los delitos de difusión y publicación tienen, precisamente, una de sus formas típica de aparición en la delincuencia de internet en *Verbreitungs- und Ausserungsdelikte im internet* V. Peter Lang. Frankfurt a. M., 2000. Pg. 78. Dentro de estos delitos se ocupan un papel central, en opinión de SIEBER, U. las conductas referidas a la distribución de pornografía infantil, pero no pueden olvidarse otras como las relativas a la vulneración de la competencia, los delitos de expresión y los relativos a la propiedad intelectual. En *Verantwortlichkeit in Internet. Technische Kontrollmöglichkeiten und multimedienrechtliche Regelungen*. V. Beck. München, 1999. Pg. 2. Sobre el supuesto anonimato de las actuaciones realizadas en la red y el sistema que establece la ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones, para evitar que el mismo impida la persecución de delitos cometidos en la red, véase, GALÁN MUÑOZ, A. “La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: Un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales”. En RP nº 24, 2009. Pg. 98 y ss.

<sup>3</sup> Como bien señalo en su día SIEBER, U. el sistema de responsabilidad penal del proveedor en internet, tiene que buscar un equilibrio que tienda a proteger frente a los posibles abusos que se realicen mediante este instrumento, sin que ello conlleve el perjuicio del desarrollo de los aspectos positivos que también presenta dicho nuevo medio de comunicación. En *Verantwortlichkeit (...)*. Pg. 2.

<sup>4</sup> PICOTTI, I. “Aspectos supranacionales de la responsabilidad penal de los proveedores de acceso y de servicios en internet” en *Contenidos ilícitos y*

*responsabilidad de los prestadores de servicios de internet*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2002. Pg. 145. Existe una versión anterior del mismo trabajo en RDPP nº 4 2000. Sobre la concreta repercusión que dicho conflicto ha de tener sobre la configuración de los delitos como las injurias o las calumnias véase, MUÑOZ LORENTE, J. “Injurias, calumnias y libertades de expresión e información. Elementos de interacción” LLP nº 28, 2006 [www.laley.com](http://www.laley.com) (últ. vis. 12-2-2007).

<sup>5</sup> Gran parte del texto de esta Sentencia, con comentario posterior a la misma realizado por el profesor SIEBER, U. está publicado “AG München: “Compuserve”-Urteil”, en MMR Heft. 8, 1998. Pg. 429 y ss, aunque la misma ha sido frecuentemente citada y comentada tanto por la doctrina alemana (Vid, entre otros, el extenso comentario de HILGENDORF, E. “Die neuen Medien und das Strafrecht”, en ZStW, 112 (2001) Heft, 11, Pg. 657 y ss, donde también comenta la posterior Sentencia del Tribunal Superior de Baviera de 17 de Noviembre de 1999 que revocó la inicial sentencia condenatoria del Señor Somm), como por la española, donde dicha Sentencia es analizada por ejemplo por MORALES GARCÍA, O. “Criterios de atribución de responsabilidad penal a los proveedores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información”, en *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de internet*. Aranzadi. Navarra, 2002, Pg. 175; CRUZ DE PABLO, J. A. *Derecho penal y nuevas tecnologías. Aspectos sustantivos. Adaptación a la reforma operada en el Código penal por la ley 15/2003 de 25 de noviembre, especial referencia al nuevo artículo 286 CP*. Ed. Difusión jurídica. Madrid, 2006. Pg. 255 y ss; MARÍN PEIDRO, L. *Los contenidos ilícitos y nocivos en internet*. Ed. Fundación Retevisión. Madrid, 2000. Pg. 92; ANARTE BORRALO, E. “Incidencia de las nuevas tecnologías en el sistema penal. Aproximación al Derecho penal de la sociedad de la información”, en *Derecho y Conocimiento. Anuario jurídico sobre la sociedad de la Información. Vol. I. 2001*. Pg. 217 y ss, entre otros.

<sup>6</sup> En este sentido, afirmaba SIEBER, U. que la referida sentencia no había tenido en cuenta las particularidades técnicas que presentan el concreto servicio prestado por *Compuserve* Alemania; particularidades que, a su juicio, deberían tenerse muy presentes a la hora de valorar la posible presencia de una verdadera posición de garante de las contempladas en el § 13 StGB, en cualquiera de las actividades que realizasen los distintos proveedores de servicios de internet y que eran, precisamente, las que provocaban que se hubiese de negar la posición de garante en el proveedor de acceso a contenidos ajenos (*Acces-provider*) y en el proveedor de la Red (*Network-provider*), pero no en determinados casos respecto al proveedor de almacenamiento (*Host-provider*). En *Kinderpronographie, Jugendschutz und Providerverantwortlichkeit im Internet*. V. Bundesministerium der Justiz. Bonn, 1999. Pg. 35.

<sup>7</sup> HILGENDORF, E. “Die neuen Medien (...)”. Pg. 658.

<sup>8</sup> HILGENDORF, E. “Die neuen Medien (...)”. Pg. 658.

<sup>9</sup> En este sentido, señalaba SIEBER, U., acertadamente a nuestro juicio que el AG de Munich erró al aplicar retroactivamente a la compañía alemana el régimen de responsabilidad del §5. (2) TDG y no el establecido por el § 5.(3), ya que, esta

compañía sólo suministraba el acceso al uso de los contenidos prohibidos y no el uso de los mismos. En “AG München: “Compuserve”-Urteil”, (...). Pg. 439 y ss.

<sup>10</sup> El carácter transnacional que generalmente se predica de la criminalidad informática, queda aún más patente en este ámbito, ya que si por algo se caracteriza internet es por ser un sistema de comunicación supranacional, donde las fronteras espaciales tradicionales se desdibujan. La necesidad, por tanto, de una regulación penal internacional que supere los estrechos límites de la soberanía estatal, parece una necesidad insoslayable. Así, lo entienden, HILGENDORF, E. “Die neuen Medien (...)”. Pg. 651 y 652; MORALES PRATS, F. “El Derecho Penal ante la pornografía infantil en internet”; en *Contenidos ilícitos y responsabilidad del proveedor de servicios en internet* Ed. Aranzadi. Navarra, 2002. Pg. 118. ANARTE BORRALLA, E. Op. cit. ant. Pg. 207 y ss.

<sup>11</sup> Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 17.7.2000. Disponible en <http://www.setsi.mcyt.es/legisla/comunita/L178.pdf> (últ. vis. 10-8-2005).

<sup>12</sup> Así lo establece de forma expresa la citada ley 34/2002 en su exposición de motivos, que comienza diciendo “*La presente ley tiene por objeto la incorporación al ordenamiento jurídico español de la directiva 2000/21/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).* (...)” BOE nº 166, de 12 de Julio de 2002.

<sup>13</sup> Para ver como mayor detenimiento y amplitud el completo y compejo sistema articulado por la LSSI española y la repercusión que el mismo ha de tener en el sistema de responsabilidad penal español, véase mi trabajo monográfico GALÁN MUÑOZ, A. *Libertad de expresión y responsabilidad penal por contenidos ajenos en internet. Un estudio sobre la incidencia penal de la ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y el comercio electrónico*. Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2010.

<sup>14</sup> Sobre el concreto funcionamiento, por ejemplo, del sistema del *world wide web*, véase con mayor extensión lo comentado por MORALES GARCÍA, O. Op. cit. ant. Pg. 182 y ss.

<sup>15</sup> Véase en este sentido, como el art. 16.1 LSSI establece que los proveedores cuyos servicios consistan “... en albergar datos **proporcionados por el destinatario** de este servicio no serán responsables por la información almacenada **a petición del destinatario**”; expresión que vuelve poner de manifiesto como la LSSI sólo limita la responsabilidad de los proveedores por los servicios que presten con respecto a contenidos ajenos y suministrados por un tercero, pero no afecta en modo alguno a la que se le pudiese atribuir por los contenidos que les fuesen propios o por los servicios que prestasen con respecto a los mismos.

<sup>16</sup> Este precepto se corresponde con lo establecido en el art. 14.2 DCE y los § 11, párrafo 2 TDG y § 10 párrafo 2 TMG, en relación a los proveedores de almacenamiento, en los que, sin embargo, sólo se habla de actuación bajo la autoridad o el control del

proveedor, pero nada se dice sobre la actuación bajo su dirección, como si sucede en el texto español.

<sup>17</sup> VASILAKI, I., En “Strafrechliche Haftung nach §§ 8 ff TDG”. En MMR 2002. Heft 10. Pg. 661.

<sup>18</sup> SPINDLER, G. En “Verantwortlichkeit von Diensteanbietern nach dem Vorschlag einer E-Commerce-Rechlinie” en MMR 1999. Heft 4. Pg. 203.

<sup>19</sup> Ibidem.

<sup>20</sup> En tal sentido, STADLER, T. afirma que la existencia de la relación de autoridad que se da entre el empleador y el empleado que materialmente hubiese difundido el contenido ilícito, utilizando el servicio que el primero la habría dado como una herramienta del trabajo, permitiría considerar a dicho proveedor empleador como responsable de lo difundido por su empleado. “Haftung für Informationen im Internet“. 2. Auflage. V. Erich Schmidt. Berlín, 2005. Pg. 148. En la misma línea VASILAKI, I., afirma que esta norma parte de que la responsabilidad que tienen estos proveedores con respecto a los contenidos de sus subordinados, les excluye del régimen excepcional del primer apartado, ya que al fin y al cabo, dichos sujetos tienen la decisión, como superior, sobre que información se podría y debería almacenar “Strafrechtliche (...)”. Pg. 661.

<sup>21</sup> Todos estos casos, son planteados con respecto a la normativa alemana, por STADLER, T. Op. cit. ant. Pg. 149 y ss. SPINDLER, G., por su parte, se planteó, respecto a la directiva europea, la problemática referida a los consorcios de empresa, atendiendo, sobre todo, a la definición de control que se establecía en la directiva de consorcios de finanzas y a la normativa nacional alemana en esa materia. En “Verantwortlichkeit (...)”. Pg. 203, tema que ha sido desarrollado con mayor extensión y atendiendo a la normativa nacional alemana sobre consorcios por ECK, S. En “Das Hosting einer rechtsverletzenden Information für ein abhängiges Konzernunternehmen”. MMR 2005. Heft 1. Pg. 7 y ss.

<sup>22</sup> Así señala ECK, S. que no se puede, apreciar la autoridad de la empresa matriz sobre la filial, excluyente del régimen privilegiado de dichos proveedores en el mero hecho de ésta participase de los beneficios de la filial, puesto que también pueden darse casos en los que el proveedor participe de dichos beneficios sin tener autoridad alguna sobre el usuario. “Das Hosting einer rechtsverletzenden Information für ein abhängiges Konzernunternehmen”. MMR 2005. Heft 1. Pg. 8; mientras que SPINDLER, G. señala que para que exista un verdadero control por parte de dicho proveedor se necesita no sólo que exista una dependencia económica por parte de la filial, como parecía exigir la Directiva sobre consorcios financieros, sino también una capacidad de influir o gobernar la dirección de la empresa filial, exigencia ésta que se podría derivar de lo dispuesto por la normativa nacional. En “Verantwortlichkeit (...)”. Pg. 203. En el mismo sentido, STADLER, T. Op. cit. ant. Pg. 149 y ss.

<sup>23</sup> Rechazamos por tanto, aquella postura sostenida por SÁNCHEZ ALMEIDA, C. / MAESTRE RODRÍGUEZ, J. A. según la cual la presencia de una relación laboral de cualquier tipo entre el proveedor del servicio y aquel que suministra los contenidos

vendría a fundamentar la atribución de responsabilidad al primero, por no haber supervisado la actuación de aquel era su empleado. En *La ley de Internet: régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico*. Ed. Servidoc, D.L. Barcelona 2002. Pg. 78.

<sup>24</sup> En este sentido, MORÓN LERMA, E. también admite la exclusión de los proveedores de servicios moderados del régimen privilegiado general de la LSSI, Op. cit. ant. Pg. 140. Sin embargo, no compartimos la postura sostenida por STADLER, T. quien señalaba que no se podría excluir a este tipo de proveedores del régimen privilegiado de responsabilidad de la TDG, puesto que los usuarios de sus servicios publican generalmente sus contenidos sin su supervisión previa Op. cit. ant. Pg. 149, postura que olvida que también existen servicios moderados de noticias en los que la moderación se produce con anterioridad a la publicación del contenido.

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ SAU, C. / RUBIO VELÁZQUEZ, R. *Todo sobre la LSSI y de comercio electrónico*. Ed. Experiencia. Barcelona, 2002. Pg. 71.

<sup>26</sup> Así, lo afirma en nuestra doctrina, MATA Y MARTÍN, R. “Criminalidad informática: Una introducción al cibercrimen” en *Temas de Direito da informática e da internet*. Ed. Coimbra. Coimbra, 2004. Pg. 230.

<sup>27</sup> Así lo señala SIEBER, U. que poder conocer o, incluso, deber conocer no es equiparable a efectivamente hacerlo, lo que, a su juicio, determinaba que esta prescripción legal no sólo excluyese la posibilidad de imputar cualquier clase de responsabilidad a los proveedores, que se tratase de fundamentar en su dolo eventual o en el mero rechazo voluntario del conocimiento, lo que se denomina “ceguera voluntaria”, ya que, el conocimiento no puede ser sustituido por el rechazo del conocimiento sin infringir el principio de legalidad penal. En *Verantwortlichkeit (...)*. Pg. 166 y 174 y ss En similares términos BLESTEINER, S. *Rechtliche Verantwortlichkeit im Internet*. V. Carl Heymans. Köln, Berlin, Bonn, München, 1999. Pg. 179. SPINDLER, G., por su parte considera que si la LSSI se considera como una norma integrada en la tipicidad, la exigencia del conocimiento efectivo contenida en la misma eximirá de responsabilidad a aquel proveedor que se aislase voluntariamente de la posibilidad de conocer, supuesto claro de “ceguera voluntaria” que, a su juicio, debería ser castigado, lo que le lleva a proponer que dicho conocimiento no afecte a la tipicidad, sino a la culpabilidad, ya que al estar referido el mismo a la ilicitud del contenido, debería considerarse que cualquier error referido a dicho carácter sería un error de prohibición y no uno de tipo, hecho que abriría las puertas al castigo de las cegueras voluntarias Op. cit. ant. Pg. 202 y ss.

<sup>28</sup> GÓMEZ TOMILLO, M. *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet: especial consideración del caso de los proveedores de contenidos, servicios, acceso y enlaces*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2006. Pg. 128.

<sup>29</sup> GÓMEZ TOMILLO, M. *Responsabilidad penal y civil (...)*. Pg. 128, autor que ya antes había señalado que cuando el párrafo segundo del art. 16.1 LSSI delimita lo que debe ser entendido como conocimiento efectivo a efectos del primero, exigiendo el conocimiento del proveedor de la declaración de ilicitud previamente emitida por un

órgano competente, trataba de establecer una especie de presunción de la existencia de dolo en su actuación, que evidentemente no podría tener efecto alguno en el Derecho Penal. *Responsabilidad penal y civil (...)*. Nota al pie 191 en Pg. 125.

<sup>30</sup> De hecho, es el propio art. 16.1 LSSI el que establece que “...*Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.*”

<sup>31</sup> GÓMEZ TOMILLO, M. *Responsabilidad penal y civil (...)*. Pg. 128 y 129.

<sup>32</sup> Así lo entendían, GÓMEZ TOMILLO, M. *Responsabilidad penal y civil (...)* Pg. 125 y ss o HERRANZ CONDE, C. con respecto al paralelo artículo 16 del anteproyecto de la LSSI. En “Los proveedores de servicios de Internet” en “Régimen jurídico de Internet”. ED. La Ley. Madrid, 2002. Pg. 809; postura que ha encontrado cierto eco en nuestra doctrina más reciente al haber sido acogida expresamente, entre otros, por MARCHENA GÓMEZ, M. “Dimensión jurídico-penal del correo electrónico”, en LA LEY nº 6475 (2006) www.laley.net (ult.vis. 12-12-2007) o VELASCO NÚÑEZ, E. “Aspectos procesales de la investigación y defensa den los delitos informáticos”, en LA LEY nº 6506 (2006) www.laley.net (ult.vis. 9-12-2007) y que encuentra sus precedentes en aquella que ya defendió MORALES GARCÍA, O. con respecto a lo dispuesto por art. 14.1 b) de la DCE, un precepto que a su juicio establecía un deber de supresión o bloqueo del contenido ilícito para el proveedor de almacenamiento, que permitiría imputarle responsabilidades en comisión por omisión una vez que dicha prescripción normativa hubiese sido transpuesta a nuestro ordenamiento, aunque también se podría conseguir tal fin antes de que se produjese dicha transposición si se entendía, como él hacía, que dicho deber se integraría “...*en la injerencia, como fuente de equiparación entre acción y omisión; injerencia en todo caso, derivada de la asunción fáctica de la obligación de control en estos casos, en cuanto inherente a la prestación del servicio*” Op. cit. ant. Pg. 206, lo que fue aceptado, por ejemplo, por LÓPEZ ORTEGA, J. J. Op. cit. ant. Pg. 117 y ss, y llevaría a que se tuviese que considerar al vigente artículo 16.1 b) LSSI, como al precepto que abrirá la posibilidad de la responsabilidad omisiva de dichos sujetos, al ser el que ha transpuesto a nuestro ordenamiento jurídico el citado artículo comunitario.

<sup>33</sup> En concreto lo hace el artículos 16.2 cuando establece que “*la exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará.*”

<sup>34</sup> Así lo señalan RODRÍGUEZ SAU, C/ RUBIO VELÁZQUEZ, R., quienes ponen de manifiesto el hecho de que si lo determinante para la existencia o no de responsabilidad por parte del proveedor fuese su creencia subjetiva sobre el carácter lesivo o ilícito del contenido ajeno, se estaría poniendo a dicho sujeto en una posición tremendamente complicada, ya que si no bloqueaba, por entender que el contenido

era legal sin serlo, sería responsable por su actividad, mientras que si bloqueaba y, finalmente, el contenido no tenía tal cualidad, también podría ser responsable frente a aquel que vio bloqueada su información de forma injusta. En este sentido, resulta significativo el hecho de que, si bien en el proyecto de LSSI se planteó la posibilidad de establecer como posible fuente del conocimiento efectivo del proveedor, a la mera existencia de una comunicación de un particular dirigida al mismo, dicha posibilidad no fue finalmente acogida por el texto definitivo de la ley, por entenderse que la misma dejaría de nuevo en una situación de indefensión al proveedor, ya que no quedaba claro, si el conocimiento de tal comunicación le obligaría a comunicar el hecho a la autoridad competente o si, por el contrario, con su mera presencia ya debería de proceder a retirar cautelarmente el contenido en cuestión, para poder quedar exento de cualquier responsabilidad. Op. cit. ant. Pg. 70. Este mismo conflicto respecto al proveedor es puesto de manifiesto en la doctrina alemana, por HOEREN, T. “Unterlassungsansprüche gegen Host Provider- die Rechtslage nach dem Ricardo-/ Rolex Urteil des BGH”, en *Festschrift für Ulrich Eisendhardt zum 70 Geburtstag*. V. Beck. München, 2007. Pg. 247, entre otros. En cualquier caso, y pese a lo conveniente y acertado de la limitación de vías de conocimiento establecida finalmente por el art. 16.1 a) de la LSSI, resulta algo más que cuestionable que los mismos contemplen la posibilidad de que la declaración de ilicitud, cuyo conocimiento abriría las vías de la posible responsabilidad, incluso penal, de los proveedores pueda ser adoptada por un órgano administrativo y no sólo por uno judicial, sobretodo, teniendo en cuenta la importancia de los derechos e intereses que están en juego en dicha decisión, ya que, aunque la misma no tenga que suponer, por lo menos formalmente, el acuerdo de secuestro de la publicación realizada, si habrá de tener unos efectos prácticos muy similares a los que tendría dicha orden, por cuanto llevará a que la mayoría de los proveedores bloqueen o borren el contenido en cuestión, impidiendo así su difusión. Resulta destacable, en este sentido, el hecho de que el artículo 11.3 de la LSSI haya sido modificado por la Ley 56/2007, de 29 de diciembre, de medidas de impulso de la Sociedad de la Información, viniendo ahora a establecer, con respecto a las ordenes de interrupción de servicios de los proveedores o de retirada de contenidos que puedan emitir los órganos competentes para hacerlo que “...En todos los casos en que la Constitución, las normas reguladoras de los respectivos derechos y libertades o las que resulten aplicables a las diferentes materias atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales de forma excluyente para intervenir en el ejercicio de actividades o derechos, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo. En particular, la autorización del secuestro de páginas de Internet o de su restricción cuando ésta afecte a los derechos y libertades de expresión e información y demás amparados en los términos establecidos en el artículo 20 de la Constitución solo podrá ser decidida por los órganos jurisdiccionales competentes”, expresión que, a nuestro modo de ver, ha ampliado la exigencia de la autorización judicial a algunas de las ordenes de interrupciones de servicios que se pueden adoptar, pero que sigue siendo insuficiente para garantizar la legalidad de las restricciones de

las libertades de expresión y de información que se pueden ocasionar al declarar un contenido como ilícito.

<sup>35</sup> SIEBER, U. *Verantwortlichkeit (...)*. Pg. 171. En el mismo sentido, HILGENDORF, E./FRANK, T./VALERIUS, B. señalan que el modo de obtener el conocimiento es irrelevante, pudiendo derivarse de la comunicación realizada por un tercero. en “Computer- und Internetstrafrecht”. V. Springer. Berlin-Heidelberg, 2005. Pg. 86, STADLER, T. Op. cit. ant. Pg. 141. BLEISTEINER, S. *Rechtliche Verantwortlichkeit im Internet*. V. Carl Heymans. Köln, Berlin, Bonn, München, 1999. Pg. 181.

<sup>36</sup> Sobre la problemática actual que ocasiona la inexistencia de un procedimiento específico de obtención del conocimiento de la ilicitud del contenido al que alude la actual TMG, véase, por todos, HOEREN, T. “Unterlassungsansprüche gegen Host Provider- ...” cit. Ant. Pg. 246 y ss; autor que, precisamente recomienda el establecimiento de una regulación específica del proceso de obtención de dicho conocimiento, similar al americano de “notice and take down”, para acabar con todos estos problemas.

<sup>37</sup> Nos decantamos, por tanto, por una noción restrictiva del conocimiento efectivo exigido por los citados preceptos de la LSSI, conforme a la cual dicho conocimiento tiene que estar necesariamente referido a la existencia de una declaración administrativa o judicial de ilicitud del contenido en cuestión; noción que, por otra parte, ha sido acogida por algunas de las resoluciones judiciales aplicativas del comentado precepto, como la Sentencia de 20 de diciembre de 2005 de la Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 14ª) referida a una demanda por vulneración del derecho al honor, donde se afirma expresamente que dicha disposición normativa es clara muestra de que “...el legislador español, con el fin de no menoscabar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y otros valores ha optado por la no obligación de fiscalizar los contenidos por parte de los prestadores de servicios”. Ésta es, a nuestro juicio, la única interpretación factible de los comentados preceptos atendiendo a su tenor literal, ya que, en modo alguno se puede entender, como hace PEGUERA POCH, M., que la alusión legal al conocimiento de la declaración judicial o administrativa de legalidad de dichos preceptos pueda ser vista como unas “...una serie de presunciones legales de concurrencia de conocimiento efectivo”; en “«Sólo sé que no sé nada (efectivamente)»: la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI”, en IDP Número 5 (2007). <http://www.uoc.edu/idp/5/dt/esp/peguera.pdf> (últ. vis. 4-3-2008). Pg. 16 y 17; interpretación que si bien es harto discutible en relación a otras ramas del ordenamiento, resulta absolutamente insostenible respecto al Derecho penal al ser manifiestamente contraria al derecho a la presunción de inocencia y, por tanto, completamente inconstitucional. Cierto es, como señala este autor, que la LSSI se aleja de lo previamente dispuesto por la DCE en este concreto aspecto, pero este alejamiento se puede interpretar, a nuestro modo de ver, como un desarrollo lógico y necesario tendente a adaptar las prescripciones de dicha Directiva a las exigencias derivadas de los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información; derechos no sólo se reconocen y protegen por

nuestra constitución, sino que también se encuentran reconocidos con carácter prevalente en el Derecho originario comunitario (v., por ejemplo, art. F.2 TUE) y que precisamente por ello, permiten delimitar lo dispuesto por su Derecho derivado.

<sup>38</sup> Vid. lo ya señalado supra Nota al pie nº 32. Postura a la que también se incorporan FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. *Ciberdelitos. Los delitos cometidos a través de Internet*. Ed. CCC. 2007. Pg. 170 y MIRÓ LLINARES, F. *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*. Ed. Fundación autor, Madrid, 2005. Pg. 205 y, especialmente, en nota nº 70 en Pg. 213, entre otros.

<sup>39</sup> Comparte esta postura, MATA Y MARTÍN, R. quien considera que lo que trata esta norma es de excluir la posibilidad de atribuir responsabilidades jurídicas al proveedor que actúe de forma diligente. “Criminalidad informática; una introducción al cibercrimen” (...). Pg. 227 y 230.

# O REQUISITO DE TRÊS ANOS DE ATIVIDADE JURÍDICA AO INGRESSO NA CARREIRA DA MAGISTRATURA

**JOSÉ MAURÍCIO PINTO DE ALMEIDA\***

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

## EXCERTOS

*“A ideia de maturidade e de experiência profissional do magistrado não é nova, mas o concurso público bem elaborado e um estágio posterior ao ingresso – estruturado com zelo e sem improvisações – poderiam suprir essa visão prática, igualando os candidatos e atendendo aos anseios de uma realidade brasileira, em que, por muito tempo, a magistratura foi elitizada”*

*“A Emenda Constitucional 45/06, ao implantar a exigência de três anos de atividade jurídica àqueles que pretendem ingressar na magistratura, tentou, com notória improvisação, adotar medida paliativa a um problema tão relevante como o do recrutamento de magistrados e o de sua formação”*

*“Se o tempo (independentemente da atividade jurídica) afastar algum ‘futuro juiz’ do concurso, por certo nenhuma vocação possuía esse candidato, mas sim o intento de um bom emprego, sem se preocupar com os problemas que enfrentaria”*

*“Quanto mais se estreitam caminhos para o ingresso à magistratura, com exigências que não atendem à realidade social, mais e mais tomarão corpo a elitização e a insensibilidade no Poder Judiciário, malefício a uma sociedade que anseia por justiça”*

*“Havendo vontade política e planejamento, nada impediria que o modelo brasileiro se igualasse ao de outros países desenvolvidos, eliminando-se a exigência de atividade jurídica precedente ao concurso”*

### **\* Outras qualificações do autor**

*Professor da Escola da Magistratura do Paraná e do Centro de Estudos Jurídicos do Paraná. Professor Emérito da Faculdade de Direito de Curitiba. Membro do Centro de Letras do Paraná, do Instituto de Magistrados do Brasil e da Academia de Cultura de Curitiba. Realizou Curso de Formação de Magistrados, em 1992-93, no Centro de Estudos Judiciários de Portugal.*

## 1. Introdução

Das inovações trazidas pela Emenda Constitucional 45/04, de 08.12, publicada em 31.12.2004, se sobressai a exigência de três anos, no mínimo, de atividade jurídica do bacharel em direito candidato ao concurso da magistratura (art. 93, I, da CF).

Quanto ao critério utilizado pela EC 45/05, enaltece-o Manoel Antônio Teixeira Filho: “Um magistrado que tenha exercido a advocacia leva para a toga, a par dos conhecimentos jurídicos teóricos hauridos no período acadêmico, principalmente, a serenidade, a segurança e a vivência profissional indispensáveis ao exercício dessa relevante função. Magistrados assim não só possuem maior sensibilidade social, como se preocupam em respeitar os horários estabelecidos para as audiências, pois, não raro, já viveram o dissabor de aguardar, horas e horas, nos desconfortáveis corredores dos fóruns, o início de uma audiência.”<sup>1</sup>

Já Luciano Chaves de Farias<sup>2</sup> demonstra ceticismo (ou interpreta a realidade) quanto à exigência de três anos de atividade jurídica: “O que, provavelmente, poderia acontecer, caso se consolidasse a cobrança da atividade advocatícia com a participação mínima em processos judiciais, seria a inevitável troca de favores de colegas de profissão, que não teriam o mínimo prejuízo profissional ao permitir a colocação da assinatura de outros ‘advogados’ nas suas petições. [...] o candidato, para preencher o requisito, ficaria em casa estudando e pediria a um amigo advogado (de fato) para assinar suas petições. Assim, a nova exigência constitucional estaria, completamente, desprovida de efetividade, de eficácia social, pois não estaria sendo atendida a sua intenção primaz. Isso nos remete a um célebre pensamento manifestado na primeira metade do século XX, pelo mestre francês Ripert, que é tão bem aplicável ao caso: *‘quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vingará, ignorando o Direito* (RIPERT, Georges. *Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*. p. 33).”

De qualquer modo, das críticas e loas a respeito, pode-se extrair que a *maturidade* é o ponto forte para o ingresso na magistratura, e esses três anos servirão, minimamente, para a contínua reflexão sobre a carreira que o bacharel em direito pretende seguir, independentemente da prática jurídica.

O ideal nem sempre acompanha as mazelas do cotidiano, daí a exigência de atividade jurídica poder ser mascarada com artifícios já

comentados, privilegiando os bem-relacionados e com condições de se preparar com exclusividade ao concurso.

A ideia de maturidade e de experiência profissional do magistrado não é nova, mas o concurso público bem elaborado<sup>3</sup> e um estágio posterior ao ingresso – estruturado com zelo e sem improvisações – poderiam suprir essa visão prática, igualando os candidatos e atendendo aos anseios de uma realidade brasileira, em que, por muito tempo, a magistratura foi elitizada.

Mesmo juristas de escol, quando defendem a exigência de experiência profissional precedente ao concurso, distanciam-se da visão moderna da formação posterior ao ingresso na carreira, adotada em países desenvolvidos, sem se aperceber estarem indiretamente louvando a elitização do Judiciário e a desigualdade entre os pretensos juízes.

Dalmo Dallari<sup>4</sup>, dos mais respeitados juristas e humanistas de nossa história jurídica, afirma que “os concursos realizados pelos tribunais, com a participação obrigatória dos advogados, têm demonstrado ser um bom caminho, *sendo necessário enfatizar a exigência de maior experiência dos candidatos, o que poderia ser feito mediante a fixação de idade mínima de trinta anos, e de cinco anos, pelo menos, de prática efetiva de uma profissão jurídica*. Não há dúvida de que um bacharel com menos de trinta anos de idade pode, eventualmente, ter a experiência necessária, como também pode ocorrer que um juiz chegue aos setenta anos precisando de mais amadurecimento, mas esses casos seriam excepcionais e não justificariam uma regra diferente” (destacou-se).

Aliás, foi com o rompimento da longa tradição portuguesa de o Ministério Público ser a magistratura vestibular da judicial que tomou corpo a preocupação das autoridades lusas da área com a ação formativa de natureza prática profissionalizante<sup>5</sup>.

## **2. Improvisação substitutiva da formação institucionalizada de magistrados no Brasil**

A Emenda Constitucional 45/06, ao implantar a exigência de três anos de atividade jurídica àqueles que pretendem ingressar na magistratura, tentou, com notória improvisação, adotar medida paliativa a um problema tão relevante como o do recrutamento de magistrados e o de sua formação.

Andou para trás essa parcial reforma do Judiciário, pois a tendência mundial, baseada no modelo francês, é o da formação institucionalizada de magistrados: após sua aprovação em concurso público, submete-se o novo juiz a um período, às vezes longo, de preparação à carreira em todos os aspectos e vertentes, com ênfase à atividade teórico-prática<sup>6</sup>.

A implantação dessa sistemática, com observância de nossas peculiaridades, não seria nada complicada, mas dependeria de vontade política<sup>7</sup>. No mínimo, manter-se-ia o anterior sistema (sem a exigência dos três anos de atividade jurídica), com estágio probatório de dois anos, precedente ao vitaliciamento, regulamentado<sup>8</sup> uniformemente, no qual o acompanhamento do magistrado seria de extremo rigor, com eliminação, ao final, dos que não se mostrarem vocacionados e produtivos, ou os que denotarem conduta incondizente com o exercício da magistratura.

A maturidade  
vocacional é  
relevante àqueles  
que pretendem  
seguir a carreira da  
magistratura

Pode-se dizer que a EC 45/04, apesar da exigência de três anos de atividade jurídica, se preocupou com esse aspecto, todavia de forma aberta e genérica, prenúncio de que a norma se tornará programática – como já se observa, visto que apenas alguns estados da Federação ministram cursos, de curta duração (em média, de três meses), como etapa do concurso.

Diz o inc. IV do art. 93 da CF, em decorrência da EC 45: “Previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, *constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados*” (grifou-se).

A reforma, no fundo, trouxe implicitamente a ideia do magistrado mais maduro ao exercício da magistratura, independentemente da atividade jurídica (vaga exigência), vez que, posteriormente à aprovação, essa prática poderia ser ministrada com seriedade, bem assim o contato com advogados, promotores de justiça, delegados de polícia e auxiliares da justiça, com muito mais eficácia do que a comprovação de três anos de atividade jurídica<sup>9</sup>.

Por que, então, não limitou tão somente um período de carência para a inscrição nos concursos da magistratura, com investimento na fase posterior à aprovação do candidato, em que a prática seria

determinantemente direcionada ao futuro juiz? No Paraná, antes da Constituição Estadual de 1989, exigia-se dois anos de colação de grau em direito para se inscrever no concurso, o que proporcionava uma média de idade dos candidatos em torno de 25/26 anos, moços ainda, mas com dois anos para decidir acerca da profissão futura. Naturalmente, havia e há os candidatos mais maduros, com mais idade e vivência forense.

Ademais, um paradoxo é de ser mencionado: o modelo tradicional de concursos de ingresso à magistratura inclui, em vários tribunais, a fase de sentença. O candidato, que, via de regra, nunca fora juiz, deverá demonstrar à banca que *sabe* sentenciar, ou seja: demonstrará, à primeira vista, estar apto para praticar a judicatura criminal e a cível, posto que as provas de sentença tomam muito tempo de seu estudo preparatório.

Tem-se, assim, que a medida política necessária foi adiada: formação institucionalizada do magistrado posteriormente à sua aprovação no concurso.

Qualquer medida que tenda a suprir essa formação implicará um único resultado: a maturidade do verdadeiramente vocacionado, daquele que não vê a magistratura como seu “primeiro emprego”, como mera colocação “no mercado”, sem, porém, adquirir o preparo necessário à iniciação na carreira.

Não creio seja adequado dizer que esses três anos (ou qualquer período de carência, tal como os dois anos antes exigidos no Paraná) afastem bons candidatos da magistratura, porque, nesse interregno, poderão abraçar carreiras em que alcancem sucesso financeiro.

A maturidade vocacional é relevante àqueles que pretendem seguir a carreira da magistratura<sup>10</sup>. Merecem reflexões a dose de sacrifício (trabalho no interior do Estado), o estudo constante, o trabalho árduo (o excesso de serviço é ponto presente na magistratura, também por falta de vontade política!) e a compreensão da família.

Se o tempo (independentemente da atividade jurídica) afastar algum “futuro juiz” do concurso, por certo nenhuma vocação possuía esse candidato, mas sim o intento de um bom emprego, sem se preocupar com os problemas que enfrentaria<sup>11</sup>.

Ao focar as vantagens e desvantagens da profissionalização dos juizes, Dalmo Dallari<sup>12</sup> consigna que, nesse sistema, “há também o perigo de se ter o juiz-burocrata, que vê na magistratura apenas a possibilidade de um bom emprego, com remuneração elevada e propiciador de prestígio social”.

Assim sendo, o modelo ideal, e sem demasiado sonho, seria o de se exigir um período de carência (dois anos, p. ex.), em que o pretendente a juiz pudesse amadurecer a ideia de prestar jurisdição ao povo de seu país. Depois disso, realizar-se-ia um rigoroso concurso (com modelos modernos e eficazes<sup>13</sup>, sem prova de sentença e sem prova oral – ou oral meramente classificatória), incluindo o candidato em um sistema de formação posterior (institucionalizada), com sério acompanhamento no estágio probatório, em que não só os conhecimentos técnicos fossem avaliados, mas também sua aptidão, suas condições morais e sociais, exames esses realizados com cientificidade<sup>14</sup>.

### 3. As Resoluções 11 e 75 do Conselho Nacional de Justiça

Inicialmente, a Resolução 11/06, de 11 de janeiro, do Conselho Nacional de Justiça – revogada pela de n. 75/09, do mesmo CNJ –, *regulamentou* o critério de atividade jurídica para a inscrição em concurso público de ingresso na carreira da magistratura nacional, considerando, em suma, (i) a necessidade de se estabelecerem regras e critérios gerais e uniformes, enquanto não for editado o Estatuto da Magistratura; e (ii) a existência de vários procedimentos administrativos, no âmbito do CNJ, indicando ser mister a explicitação do alcance da norma constitucional, especialmente o que dispõe o inciso I do art. 93 da Constituição Federal e sua aplicação aos concursos públicos para ingresso na magistratura de carreira.

Surgiu, à partida, a primeira discussão: poderia o CNJ regulamentar matéria cuja iniciativa é do Supremo Tribunal Federal (Estatuto da Magistratura)?

Mais uma razão a reforçar a tese de que o inc. I do art. 93, no que toca à atividade jurídica, não é autoaplicável, tanto que o CNJ baixou resolução para regulamentá-la, quando o correto seria aguardar o Estatuto da Magistratura, de iniciativa do STF.

E desse ponto de vista não destoa Joel de Menezes Niebuhr: “Por tudo e em tudo, o inciso I do artigo 93 da Constituição Federal não é autoaplicável e os tribunais não agregam competência para regulamentá-lo de forma autônoma, independente de lei. Quem deve disciplinar o inciso I do artigo 93 da Constituição Federal é o Congresso Nacional, por meio da Lei Complementar referida no seu *caput*.”<sup>15</sup>

Para Danilo Andreato<sup>16</sup>, “o CNJ é tão ilegítimo para regulamentar o que se compreende por atividade jurídica quanto as comissões de

concurso da magistratura, que o fazem por intermédio de editais. Logo, trata-se de violação ao princípio da legalidade, vez que a Lei Maior não cometeu ao CNJ a função de regulamentar o seu artigo 93, I, mas sim, em caráter inicial, ao STF, por meio de lei complementar”.

No entanto, nenhuma entidade representativa arguiu essa inconstitucionalidade, passando a resolução, que poderia conter recomendações aos tribunais brasileiros, a normatizar<sup>17</sup> a matéria taxativamente, a começar pelo seu art. 1º, em que elidia qualquer interpretação voltada à aceitação de período de estágio acadêmico ao cômputo dos três anos de atividade jurídica: “*Para os efeitos do artigo 93, I, da Constituição Federal, somente será computada a atividade jurídica posterior à obtenção do grau de bacharel em Direito.*”

Induvidosamente, a redação do art. 1º da resolução desprestigiou o estágio acadêmico supervisionado existente no Ministério Público e na Magistratura, para além dos exercidos em escritórios de advocacia e em outras repartições, pois não é rara a percepção, pelo supervisor do estagiário, de sua evolução. Muitas vezes, esses jovens colam grau com notável experiência, tanto que, amiudamente, são convidados ou a permanecer no escritório advocatício ou a exercer um cargo em comissão em gabinetes de magistrados ou de membros do Ministério Público.

Por outro lado, presumir-se que os três anos de atividade jurídica posteriormente à colação de grau tornam apto o profissional do direito à magistratura é pura ilusão, como observa Celso Spitzcovsky: “O exercício da profissão pode tê-lo transformado em um especialista para uma determinada matéria, fazendo-o perder, por força desse aspecto, uma visão interdisciplinar imprescindível para o exercício de tal mister.”<sup>18</sup>

No art. 2º, a resolução explicitava provisoriamente o que considera *atividade jurídica* (isso até o advento do Estatuto da Magistratura – art. 93, *caput*, da CF): “*Considera-se atividade jurídica aquela exercida com exclusividade por bacharel em Direito, bem como o exercício de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico.*”

Ao revés do que deveria ocorrer, o dispositivo deu margem a dúvidas e diferentes interpretações, principalmente quando se refere a cargos, empregos ou funções que exijam preponderante utilização de conhecimento jurídico. Um escrivão de polícia se enquadra nessa situação? E um agente delegado do foro extrajudicial – um notário ou um registrador? E um oficial de justiça? E o diretor de uma biblioteca

jurídica? Todas essas pessoas, direta ou indiretamente, utilizam conhecimentos jurídicos para o exercício de suas profissões, muito embora possa haver flanco de subjetivismo a aceitar sua atividade como jurídica.

Partindo-se do raciocínio de que todas elas se amoldavam à definição do art. 2º da Resolução 11/06-CNJ, que utilidade essa circunstância teria no exercício da magistratura? Só isso bastaria para se considerar o candidato experiente juridicamente, a ponto de exercer com segurança a magistratura?

O que dizer do exercício do magistério superior? Compatibiliza-se essa atividade como espírito constitucional de se recrutar pessoas experientes à magistratura, que já enfrentaram situações concretas na área jurídica, que se relacionaram com o ambiente forense, que emitiram consultas e pareceres? Afinal, o que o magistério superior, por si só, acrescenta ao candidato ao concurso de ingresso na carreira da magistratura? Teria um professor de direito comercial toda a visão global do direito exigida do candidato e pela atividade jurisdicional, ou estaria mais apto a ingressar nos quadros do Judiciário o pretendente à judicatura que, com férrea determinação, se preparasse, em todas as matérias, para o certame?

Presumir-se que os três anos de atividade jurídica posteriormente à colação de grau tornam apto o profissional do direito à magistratura é pura ilusão

São indagações que evidenciam a falta de critérios práticos e de experiência, numa nítida demonstração de que seria melhor não regulamentar o texto constitucional antes de um exame percuente de todas as classes jurídicas.

Se a tecla de fundo é a maturidade, que se regulamentasse, por ora, que só poderiam inscrever-se em concursos públicos da magistratura aqueles que colaram grau há três anos, no mínimo.

Antes de o CNJ baixar a resolução comentada, Manoel Antônio Teixeira Filho pôs a realce o bom intuito da norma constitucional, podendo-se concluir ter o jurista paranaense procurado traçar a linha ideal para um candidato à magistratura: “Não estamos a afirmar que, sem um mínimo de experiência profissional como advogado, alguém estará condenado a ser um mau juiz. Nada disso. O que desejamos deixar claro é que, desprovido dessa experiência, o magistrado tenderá a ser arrogante, formalista e insensível. A sensibilidade é algo essencial

para o magistrado, bastando lembrar que o vocábulo ‘sentença’ deriva da forma latina ‘*sententia*’, que significa ‘sentir’. Para além disso, tais magistrados acabam por supor que a atividade jurisdicional traduz um favor, uma gentileza do Estado para com os indivíduos e as coletividades, esquecendo-se que ela constitui, mais do que um poder, um dever estatal, levando-se em conta o fato de o Estado proibir a autotutela de direitos – ou, como expressa o Código Penal, o ‘exercício arbitrário de suas próprias razões’ (art. 345).”<sup>19</sup>

O art. 3º da Resolução 11-CNJ tornava equivalente à atividade jurídica os cursos de pós-graduação na área jurídica “reconhecidos pelas Escolas Nacionais de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados de que tratam o art. 105, I, e o artigo 111-A, parágrafo 2º, I, da Constituição Federal ou pelo Ministério da Educação, desde que concluídos com aprovação”.

Excepcionados os que são reconhecidos pelo Ministério da Educação, os demais cursos de pós-graduação atrelados aos artigos da CF inscritos no art. 3º da resolução são os realizados pelas escolas da magistratura.

Como já mencionado na frase de introito deste tópico, a Resolução 11/06 foi revogada pela Resolução 75/09, do Conselho Nacional de Justiça, trazendo esta uma nova conceituação ao que o texto constitucional denomina “atividade jurídica”.

De acordo com o art. 59 da nova resolução regulamentadora, considera-se “atividade jurídica”: (i) aquela exercida com exclusividade por bacharel em direito; (ii) o efetivo exercício da advocacia, inclusive voluntária, mediante a participação anual mínima em cinco atos privativos de advogado em causas ou questões distintas; (iii) o exercício de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico; (iv) o exercício da função de conciliador junto aos tribunais judiciais, juizados especiais, varas especiais, anexos de juizados especiais ou varas judiciais, no mínimo dezesseis horas mensais e durante um ano; (v) o exercício da atividade de mediação ou de arbitragem na composição de litígios.

Note-se que o rol é taxativo e mais claro – e excluiu a pós-graduação.

Da Resolução 75/09, que dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura, é de se pôr a especial realce o que se contém em seu art. 5º, § 2º: “*Os tribunais poderão realizar, como etapa do certame, curso de formação inicial, de caráter eliminatório ou não.*”

Faculta-se aos tribunais o que deveria ser obrigatório, pois o juiz neófito deveria, sempre, receber conhecimentos específicos da

carreira, inclusive de relacionamento com as demais instituições. Seria a fase mais propícia para o treino de audiências (e os comportamentos recomendáveis em sua condução) e o contato com o cotidiano da magistratura.

No entanto, como, amiudamente, os novos juízes precisam assumir seus cargos com uma relativa pressa – em razão de vacâncias prejudiciais à prestação jurisdicional –, a falta de planejamento não tem permitido que todos os estados realizem esses cursos de formação da maneira correta e por um período razoável.

Quanto a ser de caráter eliminatório ou não o curso de formação inicial, atingir-se-ia o objetivo com mais igualdade de condições e com menos tensão se se adotasse o caráter não eliminatório. Todos os candidatos já provaram conhecimento nas etapas rigorosas do certame e estariam mais aptos a assimilar ensinamentos referentes à nova atividade.

#### **4. A exigência de três anos de atividade jurídica e o princípio da igualdade**

Levando-se em linha de consideração a realidade brasileira, pode-se mencionar, na condição de acadêmicos ou de bacharéis em direito, além dos bem-situados socialmente, os que necessitam trabalhar, os que foram estudar quando a idade já avançava, com família constituída, os policiais militares, os bancários, os comerciários, pessoas que, com seu emprego, sustentam outras. Enfim, a grande maioria provém da classe média baixa, e não podem simplesmente cessar repentinamente suas ocupações para que possam preencher o requisito de três anos de atividade jurídica.

Poder-se-ia argumentar, aquando em vigor a Resolução n. 11 do CNJ, que, para esses, o ato regulamentador criara a brecha dos cursos de pós-graduação, como se fosse fácil organizar suas vidas para iniciar projeto dessa espécie, às vezes em cidades distantes, ou mesmo com caras mensalidades (são notoriamente altas as mensalidades dos cursos de pós-graduação nas instituições particulares!)<sup>20</sup>.

Que chance teria um caixa de banco de uma agência do interior, casado e pai, de se atirar numa atividade jurídica, quando muita vez nem advogados existem na cidade? Que oportunidade teria um policial militar de carreira de se dedicar a uma atividade jurídica para o mesmo fim? Restar-lhes-ia o curso de pós-graduação, com todas as dificuldades

apontadas. E, ainda assim, o requisito seria ficticiamente preenchido, posto ser de conhecimento geral que esses cursos se aprofundam em matérias que exigem leitura de literatura estrangeira, bem assim que, de prática, nada se aprende. Contato com o direito teórico e aprofundado, sim; mas isso não atende à expectativa constitucional. Mas os cursos de pós-graduação foram excluídos do rol de atividades pela Resolução 75 do CNJ.

De conseguinte, o princípio da igualdade é arranhado por essa sistemática, porque se alijam da disputa por uma vaga na magistratura aqueles que mais dificuldades enfrentam em suas vidas.

A matéria é posta em discussão por Viviane Ruffeil Teixeira Pereira<sup>21</sup> :

*“É importante salientar, no entanto, que as restrições para o ingresso nas carreiras públicas, para que sejam válidas, precisam ser pautadas em motivos razoáveis. Isso porque vigora nessa seara o princípio da isonomia, ou seja, todos indistintamente podem disputar a vaga, e eventuais desequiparações só são autorizadas quando houver motivos suficientes que as justifiquem.*

[...]

*Assim, prima facie, qualquer restrição ao ingresso em uma carreira jurídica poderá ser tida como constitucional, desde que se trate de exigência razoável e que guarde correlação lógica com os princípios constitucionais. Do contrário, haverá violação ao princípio da isonomia.”*

Por essa razão, se disse antes que a Constituição procurou resolver o problema na contramão da história. Gerou entraves de adaptação, de interpretação e de injustiças com a norma que exige três anos, no mínimo, de atividade jurídica dos candidatos à magistratura, quando o papel do Estado seria o de aperfeiçoar o método de recrutamento e de formação de magistrados, com a realização de concursos eficazes e com base científico-metodológica, com objetivos claros de se selecionar um futuro juiz (e não um futuro jurista), com posterior formação institucionalizada.

Todos fariam o concurso em pé de igualdade, e, depois, seriam submetidos a um rigoroso estágio probatório, com curso de formação eficientemente preparado.

Não se olvide que, quanto mais se estreitam caminhos para o ingresso à magistratura, com exigências que não atendem à realidade social, mais e mais tomarão corpo a elitização e a insensibilidade no Poder Judiciário, malefício a uma sociedade que anseia por justiça.

Ou, alternativamente, se um dos escopos da CF é a maturidade, que se estabeleçam dois anos de carência depois da colação de grau para que possa o candidato inscrever-se no certame.

## 5. Considerações finais

Com a proliferação das faculdades de direito em nosso país (“*rectius*”: faculdades *particulares* de direito), o número de recém-formados semestralmente é elevadíssimo, e a maioria numa faixa etária que varia de 22 a 24 anos.

Com a nova regra constitucional de se exigir três anos de atividade jurídica, no mínimo, para a inscrição em concursos à magistratura, os candidatos mais jovens já estarão próximos de seus 25 a 27 anos quando preencherem o requisito, e, conseqüentemente, mais maduros para o enfrentamento de uma carreira judicante.

Na realidade, não se separam a ideia do candidato maduro e a dos três anos de atividade jurídica.

Antes da edição das normas regulamentadoras do CNJ, o magistrado trabalhista Manoel Antônio Teixeira Filho<sup>22</sup> vaticinava que “a EC 45/04 não exige que o candidato ao ingresso na magistratura tenha exercido a advocacia forense, e sim que se tenha dedicado, no mínimo por três anos, à ‘atividade jurídica’. Esta compreende não só a que é realizada nos fóruns, como a consultoria, a assessoria e a direção jurídicas, nos termos do inciso II, do art. 1º, da Lei 8.906/94. Mesmo assim, essa exigência se reveste de bons propósitos – conquanto o ideal seria que houvesse um mínimo de advocacia forense. Convém aos interesses do Judiciário e dos jurisdicionados que os candidatos ao cargo de juiz tenham passado pelas trincheiras da advocacia forense, mormente, em primeiro grau”.

No entanto, o CNJ, além de regulamentar provisoriamente matéria que não se insere em sua competência, tornando-a autoaplicável, percebeu a desigualdade com que seriam tratados os candidatos caso a atividade jurídica se resumisse em prática forense ou trabalho direto de consultoria ou assessoria, como se previa. O CNJ acabou por ampliar o conceito de “atividade jurídica”, dando mostras de que a maturidade se sobrepõe à experiência jurídica, até porque outra porta foi aberta pela Constituição Federal (EC 45/04), quando tornou obrigatória a participação do magistrado, até o vitaliciamento, em curso oficial de preparação (à carreira) e aperfeiçoamento (art. 93, IV, CF).

Se o vitaliciamento ocorre após dois anos de exercício na magistratura, poderia prever-se que, num próximo passo, o CNJ venha a regulamentar com rigor o período de formação, para que esses cursos não sejam apenas de finais de semana ou mensais, improvisados e sem resultado prático.

É preciso, porém, alterar a metodologia empírica e ultrapassada dos concursos públicos à magistratura, delegando-se a seleção a profissionais que conheçam técnicas de recrutamento, pois, ao revés, nem sempre a seleção será justa, com índices de reprovação que tão somente alimentam a vaidade intelectual dos examinadores.

Havendo vontade política e planejamento, nada impediria que o modelo brasileiro se igualasse ao de outros países desenvolvidos, eliminando-se a exigência de atividade jurídica precedente ao concurso, com estipulação de uma carência de dois anos após a graduação (maturidade), investindo-se na formação pós-aprovação<sup>23</sup>, esta sim de utilidade prática, desde que bem programada, e abandonando o modelo acadêmico de repetição de ensinamentos teóricos.

É preciso alterar a metodologia empírica e ultrapassada dos concursos públicos à magistratura

Com essa sistemática, a experiência jurídica anterior ao concurso não seria supervalorizada, até porque a preparação à carreira abordaria todos os prismas do desempenho jurisdicional, inclusive o administrativo (direção de fóruns, p. ex.).

Nesse ponto, com a autoridade de quem mais produz textos e obras sobre a matéria no Brasil, enfatiza José Renato Nalini<sup>24</sup>: “Missão do curso de preparação é também detectar características impeditivas de um adequado exercício funcional. A experiência terá cada vez menor valor. O amanhã precisa de pessoas com novos conhecimentos, novos conceitos e novas ideias. [...] Os cursos de iniciação funcional são importantes, mas desenvolvidos após a nomeação. Têm primado por uma reiterada transmissão de conhecimentos técnico-jurídicos, nos quais o candidato investiu bastante para ser aprovado no concurso.”

Torna-se irrefragável que o pano de fundo da norma constitucional é o de se evitar que ingressem na carreira da magistratura pessoas inexperientes *de vida*, que nunca trabalharam, que não vivenciam problemas de seu momento histórico, os que integram a *geração de sucesso*.

O jovem inexperiente não tem condições de resolver lides em que estão envolvidos patrimônios, liberdade, guarda de filhos, separação de corpos etc. Sentir-se-á inseguro, como expõe Manoel Antônio Teixeira Filho<sup>25</sup>: “A insegurança é filha da inexperiência e mãe da agressividade. Logo, um juiz inexperiente tende a ser inseguro e,

em razão disso, agressivo, descortês. Essa agressividade constitui um mecanismo de defesa contra a própria insegurança.”

E a demonstrar que a vontade política nunca se manifestou para aperfeiçoar o recrutamento e a formação inicial do novel juiz, mencione-se o trabalho histórico intitulado “Formação e Aperfeiçoamento de Juízes”, da lavra do professor paranaense Egas Dirceu Moniz de Aragão<sup>26</sup>, em que a temática é enfocada realista e criticamente – e isso no início da década de 60 do século passado. Moniz de Aragão, orgulho da comunidade jurídica do Paraná, foi o preconizador desse debate no Brasil, mas o conservadorismo das faculdades de direito e do Judiciário não permitiu que se abrissem novos rumos ao aperfeiçoamento da metodologia de recrutamento e de formação inicial. Uma lástima!

A ideia do processualista era a de submeter o candidato a juiz a dois estágios: 1) curso teórico sistematizado, pelo qual se ministrariam conhecimentos particularizados sobre as tarefas judicantes, com expedição de certificado de habilitação que autorizasse o portador a inscrever-se em concurso para juiz substituto; 2) após investido nas funções de juiz, seria ele submetido a um período de estágio probatório (dois anos) sob a orientação de um juiz titular.

Contudo, enquanto o inc. IV do art. 93 da CF não for minuciosamente regulamentado, tornando obrigatória a realização de cursos pós-aprovação, estar-se-á valorizando o critério da atividade jurídica, mitigado pela Resolução 75 do CNJ.

Ademais, o correto seria o Estatuto da Magistratura<sup>27</sup>, a seu tempo e modo, regulamentar a matéria, e, até isso ocorrer, investir-se-ia na aplicação vigorosa do dispositivo referido no parágrafo anterior, suprindo-se a ilusória experiência jurídica com os cursos de iniciação, com duração de, no mínimo, dois anos.

E para assegurar a maturidade dos candidatos, os tribunais, com a independência que possuem, poderiam, de comum acordo, aplicar apenas um período de carência de dois anos (ou três) para que o bacharel possa inscrever-se no certame.

Por fim, é de se esperar que, após tantos anos de preocupação e de engessamento do sistema de recrutamento e de formação inicial dos magistrados no Brasil, uma nova geração de administradores da Justiça aponte seus olhares para o perfil e conteúdo de quem exercerá o poder jurisdicional.

E que a Justiça seja real!

## Notas

<sup>1</sup> “Breves Comentários à Reforma do Poder Judiciário (com ênfase à Justiça do Trabalho)”, São Paulo: LTr, 2005, p. 39.

<sup>2</sup> “Análise crítica da exigência de três anos de atividade jurídica para o ingresso nas carreiras da Magistratura e do Ministério Público”. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7143>>. Acesso em: 07.09.06.

<sup>3</sup> Conforme José Renato Nalini, “os Tribunais continuam fazendo o seu recrutamento de forma empírica e obsoleta. As Comissões de concurso não são permanentes, mas fortuitas. A escolha de seus integrantes se faz quase sempre como homenagem a profissionais bem sucedidos na atuação, *nem sempre familiarizados com critérios modernos de seleção*. As provas privilegiam a memorização de doutrina e alguma jurisprudência localizada, mas não se incentiva a capacidade crítica do candidato. Dele se exige uma conformação com o perfil de juiz idealizado pelo examinador episódico e nenhuma criatividade. A reiteração de concursos iguais se manteve incólume durante décadas. Como se o mundo também não tivesse se alterado. Como se a população não tivesse crescido geometricamente e, com ela, as explosões de violência, de miséria, de desemprego e de acesso das grandes massas excluídas à realidade da comunicação. Despertando nelas o irrefreável desejo de fruir de uma cidadania prometida, não cumprida e operacionável apenas mediante atuação do Judiciário. Perplexo e atônito diante das novas reivindicações sociais” (“O Futuro das Profissões Jurídicas”, São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 105-6).

<sup>4</sup> “O Poder dos Juízes”, São Paulo: Saraiva, 196, p. 25.

<sup>5</sup> José Maurício Pinto de Almeida, “*A formação de magistrados em Portugal e a estrutura judicial portuguesa*”. Relatório à Presidência do TJPR, 1993. Disponível no Centro de Documentação do TJPR, donde se extrai também: “Em 02 de abril de 1976, a Assembleia Constituinte aprovou e decretou a democrática Constituição da República Portuguesa, que, em seu artigo 205, definia os tribunais como ‘órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo’, e separou as carreiras da magistratura judicial e do Ministério Público.

A magistratura portuguesa era, até então, estruturada em carreira única; o Ministério Público servia como magistratura preparatória da magistratura judicial. Ingressava-se na magistratura do Ministério Público mediante concurso meramente acadêmico após a licenciatura em Direito, e, depois de um número variável de anos como Delegado do Procurador da República (o equivalente, no Brasil, a Promotor de Justiça – na esfera estadual – e Procurador da República – na federal), realizava-se, perante uma banca (“júri”) constituída por professores universitários e magistrados judiciais, novo concurso, igualmente teórico e diante de banca identicamente composta.”

<sup>6</sup> Há quase cinquenta anos, Mário Guimarães defendia aos novos magistrados estágios junto a juízes e desembargadores, atuando como seus auxiliares, que os assistiriam e os fiscalizariam no início da carreira (“O Juiz e a Função Jurisdicional”, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 92).

<sup>7</sup> João Pedro Gebran Neto, em monografia intitulada “A Escola da Magistratura e a Formação do Juiz”, alertou a respeito: “Os diversos problemas que afligem o Brasil, sejam de que ordem for, saúde, ensino, cultura ou como a formação e recrutamento dos magistrados, nem sempre dependem de reformas legislativas, mas apenas de vontade político-administrativa de nossos dirigentes – de qualquer órgão ou Poder, para implementá-las” (“Escola da Magistratura e Formação do Juiz” (Concurso de Monografias promovido pela AJUFE)/ Centro de Estudos Judiciários. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995, p. 158).

<sup>8</sup> Sistema semelhante existe no Tribunal de Justiça do Paraná (ac. 7555, do Conselho da Magistratura). O acompanhamento é realizado por um juiz formador.

<sup>9</sup> A rigor, preparação o candidato demonstra no concurso, sendo que os aspectos práticos inerentes à magistratura são constatados na chamada fase de formação. Daí ser mais importante um período de amadurecimento (carência de dois anos, p. ex.) do que a experiência jurídica, que muitas vezes é específica e nada diz com o que o futuro juiz deve saber.

<sup>10</sup> Manoel Antônio Teixeira Filho aplaude a iniciativa dos três anos de atividade jurídica, ponderando: “A medida é salutar, pois se destina a fazer com que a pessoa ingresse na magistratura com um mínimo de experiência jurídica, ou seja, de contato com a realidade prática. Os fatos da vida têm demonstrado, com frequência, que quando o bacharel em direito ingressa na magistratura sem nenhuma experiência profissional tende a ser insensível, extremamente formalista, e a deixar-se dominar por uma certa soberba, que tem sido responsável, em grande medida, pela dificuldade de relacionamento com as partes, com os advogados, e até mesmo com os serventuários” (“Breves Comentários à Reforma do Poder Judiciário (com ênfase à Justiça do Trabalho)”, São Paulo: LTr, 2005, p. 38).

<sup>11</sup> Comenta Accácio Cambi: “Da exigência da comprovação do exercício da atividade jurídica, contudo, decorrem aspectos positivos e negativos. Quanto aos primeiros, porque, demonstrando o candidato que já atuou, como operador do direito, nas várias áreas disponíveis, este estará melhor orientado na prática do dia a dia no trato das coisas da justiça, sempre, porém, pela ótica do advogado. Com relação aos segundos, porque tal exigência não possibilitará ao vocacionado, ainda jovem e que, recentemente, concluiu o curso de direito, ingressar, desde logo, na carreira da magistratura, obrigando-o a cumprir o prazo mínimo de três anos de atividade jurídica, que poderá afastá-lo daquela vocação, quer porque, atuando como advogado, possa ele obter sucesso pessoal e econômico, quer porque, decorrido o prazo exigido por lei, não mais tenha interesse em retomar os estudos, preparando-se para o concurso. Poderá ocorrer, também, que somente aqueles candidatos que não obtiveram sucesso na advocacia – e não são vocacionados – venham a interessar-se pela magistratura com a finalidade tão somente de conseguir uma aposentadoria mais vantajosa” (“Reforma Constitucional do Judiciário. Exigência prévia de atividade jurídica para ingresso na magistratura. Considerações”, in “Reforma do Judiciário (primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional 45/2004”, coordenada por Teresa Arruda Alvim Wambier *et alii*, p. 14).

<sup>12</sup> Ob. cit., p. 24.

<sup>13</sup> José Renato Nalini, uma das maiores autoridades na matéria concurso público/formação de magistrados no Brasil, observa que “o concurso público, na fórmula consagrada de submissão do candidato a provas escritas, orais e exame psicotécnico, não tem comunicado eficácia ao recrutamento dos mais aptos. Verdade que a imensa maioria dos juízes se enquadra no contexto da razoabilidade. As exceções, contudo, podem existir, e, quando existem, causam malefício. Geram descrédito da instituição, levando à generalização de situações muito particulares e colocando sob suspeita a integridade dos juízes. Em havendo possibilidade de restringir os riscos no recrutamento, afeiçoando seus métodos às necessidades do país e do contexto histórico, seu exame há de merecer consideração”. E prossegue NALINI afirmando que “muitas das circunstâncias comprometedoras da realização de Justiça menos imperfeita, e que derivam de faltas pessoais dos juízes, somente no decurso da carreira e, muita vez, em virtude desta, é que se tornam visíveis. Outras são detectáveis mediante prazo maior de observação do candidato, hoje inviável diante do esquema de concurso e da urgência com que se pretende preencher os vazios no Judiciário” (*Recrutamento e preparo de juízes*, São Paulo: RT, 1992, p. 94-5).

<sup>14</sup> Sálvio de Figueiredo Teixeira, magistrado que sempre demonstrou preocupação com o tema do recrutamento e da formação dos juízes, já destacou: “Não mais se pode contentar com a aferição de conhecimento dos candidatos através do concurso de provas e títulos e das condições pessoais dos mesmos mediante simples informações, nem sempre prestadas com o necessário rigor, ou mesmo através de entrevistas do candidato no momento da argüição. Convenhamos que tal sistema é acientífico primário e de pouca eficiência, há muito superado nos países mais desenvolvidos” (“A Escola Judicial no Brasil”, in *Revista AJUFE* – edição nacional, n. 40, março de 1994, p. 111).

<sup>15</sup> “Aspectos destacados acerca da comprovação de três anos de atividade jurídica como requisito para o ingresso na magistratura.” Disponível em [http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao010/joel\\_niebuhr.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao010/joel_niebuhr.htm) acesso em 09.09.06.

<sup>16</sup> “Ingresso na magistratura – Não cabe ao CNJ regulamentar atividade jurídica”, disponível em <http://apamagi.lex.com.br>; acessado em 07.09.06.

<sup>17</sup> Para Marcus Vinícius Corrêa Bittencourt e Leandro J. Silva, “o CNJ realizou a sua função pública de controle da atividade administrativa, prevista constitucionalmente, ao dissipar as divergências a respeito do corrente entendimento da expressão ‘atividade jurídica’” (“Atividade jurídica para ingresso na Magistratura – Considerações sobre a Resolução 11 do Conselho Nacional de Justiça”, disponível em <http://www.advogado.adv.br/>, acesso em 09.09.06.

<sup>18</sup> “A Inconstitucionalidade do Critério de Prática de Atividade Jurídica para Concurso Público.” Disponível na internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em 06.09.06.

<sup>19</sup> Ob.cit., p. 39.

<sup>20</sup> Registre-se que, em algumas Escolas de Magistratura, o nível de desistência vem crescendo a cada ano, pois, apesar de as mensalidades beirarem um salário mínimo, os cursistas não têm condições de arcar com mais essa despesa.

<sup>21</sup> Artigo citado, p. 49-50.

<sup>22</sup> Ob. cit., p. 39.

<sup>23</sup> No período de 17 a 20 de setembro de 1986, realizou-se, em Recife, o X Congresso Brasileiro de Magistrados, em que apresentei o trabalho intitulado “CONCURSO PARA A MAGISTRATURA DE CARREIRA: INEXIGIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DE TÍTULO DE HABILITAÇÃO EM CURSO PREPARATÓRIO PARA INSCRIÇÃO”. Por unanimidade, a Sessão Plenária aprovou a proposição no sentido de, na Constituição então a se elaborar, se vedar expressamente a exigência de apresentação de título de habilitação em curso preparatório à magistratura como requisito para inscrição ao respectivo concurso, em que se defendia a desigualdade da exigência, propondo-se, já àquela época, a realização de curso de formação posterior à aprovação, com a seguinte argumentação: “E todos os colegas magistrados sabem que é nessa fase inicial que todos precisamos de mais orientação, pois qualquer experiência anterior não supre as pequenas dificuldades pelas quais passamos, quer nas primeiras audiências, quer nas primeiras decisões, ou mesmo no relacionamento social. Evidencia-se, assim, que os resultados desses cursos seriam *imediatos*, pois destinados a pessoas que, em breve, estariam *efetivamente* exercendo a judicatura, e, por isso, psicologicamente preparadas para absorver todos os ensinamentos e orientações, podendo, inclusive, estagiar com juízes mais experientes” – “Curso preparatório à carreira da Magistratura após a nomeação e assunção do candidato no cargo inicial: obrigatoriedade de sua realização”, in *Revista Jurídica* n. 05, editada pelo Diretório Acadêmico “Clotário Portugal”, da Faculdade de Direito de Curitiba, 1987, p. 42.

<sup>24</sup> “O juiz e o acesso à justiça”, p. 161-2.

<sup>25</sup> Ob. cit., p. 39.

<sup>26</sup> “Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná”, ano 08, n. 08, p. 114-23.

<sup>27</sup> A norma do art. 93, I, CF, não é autoaplicável.

## Referências

ALMEIDA, José Maurício Pinto de. *Concurso para a magistratura de carreira: inexistência de apresentação de título de habilitação em curso preparatório para inscrição*. Revista Jurídica, n. 5, Curitiba: DACP-Faculdade de Direito de Curitiba, 1987.

\_\_\_\_\_. *A formação de magistrados em Portugal e a estrutura judicial portuguesa*. Relatório à Presidência do TJPR, 1993. Disponível no Centro de Documentação do TJPR.

ANDREATO, Danilo. *Ingresso na magistratura – Não cabe ao CNJ regulamentar atividade jurídica*. Disponível em <http://apamagi.lex.com.br>. Acessado em 07.09.06.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Formação e Aperfeiçoamento de Juízes. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, ano 08, n. 08, p. 11.

BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa; SILVA, Leandro J. *Atividade jurídica para ingresso na magistratura – considerações sobre a Resolução nº 11 do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em <http://www.advogado.adv.br/>. Acesso em 09.09.06.

CAMBI, Accácio. *Reforma Constitucional do Judiciário. Exigência prévia de atividade jurídica para ingresso na magistratura. Considerações*. In: *Reforma do Judiciário: Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional 45/2004*, coordenada por Teresa Arruda Alvim Wambier ... [et al]. São Paulo: RT, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FARIAS, Luciano Chaves de. *Análise crítica da exigência de três anos de atividade jurídica para o ingresso nas carreiras da Magistratura e do Ministério Público*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7143>> Acesso em: 07.09.06.

FIÚZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Notícia sobre el ingreso en la carrera, perfeccionamiento y formación de la magistratura judicial en el estado de Minas Gerais, Brasil*. Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, vol. 18, 1989.

GEBRAN NETO, João Pedro. *A Escola da Magistratura e a Formação do Juiz*. Revista Escola da Magistratura e Formação do Juiz. Centro de Estudos Judiciários. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995.

GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

NALINI, José Renato. *O futuro das profissões jurídicas*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

\_\_\_\_\_. *Recrutamento e preparo de juízes*, São Paulo: RT, 1992.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Disponível em [http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao010/joel\\_niebuhr.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao010/joel_niebuhr.htm). Acesso em 09.09.06.

PEREIRA, Viviane Ruffeil Teixeira. *Mudanças no Estatuto Constitucional da Magistratura*. In: *Reforma do Judiciário Comentada*, coordenada por Zeno Veloso e Gustavo Vaz Salgado, São Paulo: Saraiva, 2005.

SPITZCOVSKY, Celso. *A inconstitucionalidade do critério de prática de atividade jurídica para concurso público*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 06.09.06.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A Escola Judicial no Brasil*. Revista AJUFE – edição nacional, n. 40, março de 1994.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Breves Comentários à Reforma do Poder Judiciário (com ênfase à Justiça do Trabalho)*. São Paulo: LTr, 2005.

# A JUDICIALIZAÇÃO DO DANO MORAL E AS RELAÇÕES JURÍDICAS COM O SISTEMA BANCÁRIO

**ANTÔNIO CARLOS EFING\***

Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUCSP

**GUILHERME MISUGI\*\***

Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia  
Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)

## RESUMO

*O presente estudo analisa a crescente judicialização do dano moral nas relações jurídicas dos consumidores com as instituições financeiras, repercutindo não somente na esfera particular destes jurisdicionados mas em todo o sistema judicial e, conseqüentemente, no mercado de consumo. Considerando que este fenômeno, em alguns momentos, pode ser acompanhado de uma reação que se aproxima da suposta banalização do dano moral, objetiva este estudo a sua compreensão crítica e jurídica. Desta forma, partindo de concepções essenciais da responsabilidade civil e da tutela constitucional do consumidor, e perpassando pela leitura jurisprudencial, busca-se a desmistificação desta banalização, também sob uma perspectiva coletiva e seus reflexos socioeconômicos e no poder judiciário.*

## ABSTRACT

*This study analyzes the increasing judicialization of moral damages in consumers' legal relations with financial institutions, reflecting not only in the individuals sphere of these litigants but throughout the judicial system and, consequently, in the consumer market. Whereas this phenomenon, sometimes, can be accompanied by a reaction approaching the supposed banality of moral damage, this study aims its critical and legal understanding. Thus, starting from essential concepts of tort and constitutional protection of the consumer, bypassing the jurisprudential reading, it seeks to demystify this trivialization, also under a collective perspective and their consequences in the jurisdictional and socio-economic areas.*

### \* Outras qualificações do autor

*Professor titular do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Advogado. Curitiba/PR, Brasil. E-mail: ace@eradv.com.br.*

### \*\* Outras qualificações do autor

*Pós-graduando em Master of Law, LLM em Direito Empresarial pelo Instituto Getúlio Vargas. Advogado. Curitiba/PR, Brasil. E-mail: gmi@eradv.com.br.*

## Introdução

A frequente judicialização do dano moral tem despertado a atenção dos envolvidos na administração da justiça, como da sociedade em geral, pois à primeira vista supostamente tratar-se-ia de uma banalização do instituto do dano moral, por meio de uma popularização de demandas artificiosas ajuizadas por consumidores, que beirando às raias da má-fé, poderiam buscar o enriquecimento sem causa.

Ocorre que dados empíricos apontam que este raciocínio, na grande maioria dos casos, demonstra-se carente de um fundamento jurídico, sendo utilizado por grandes litigantes na escusa tentativa de fazer com que o judiciário anua com práticas abusivas.

Partindo de uma compreensão da tutela jurídica do consumidor e da responsabilidade civil no direito das relações de consumo, contextualizam-se estes preceitos às práticas que têm motivado a judicialização de diversas demandas repetitivas requerendo a indenização por danos morais, notadamente nas relações jurídicas que envolvem o sistema bancário brasileiro.

### **A tutela jurídica do consumidor e a responsabilidade civil das instituições financeiras**

Entende-se por direito bancário a atual interpretação do sistema jurídico brasileiro que trata as relações jurídicas bancárias, de crédito e financeiras, como relações de consumo, sujeitas às normas do Código de Defesa do Consumidor e legislações complementares correlatas.

Sob esta perspectiva, objetiva-se a ampla compreensão da tutela judicial frente aos supostos casos de responsabilidade civil (extrapatrimonial) decorrentes da atividade bancária, financeira e de crédito, que podem ensejar a reparação civil ou indenização do consumidor, partindo esta análise da origem constitucional do CDC e a tutela do consumidor como marcos para o desenvolvimento socioeconômico do Brasil.

O consumidor brasileiro é visto pela Constituição Federal de 1988 de maneira especial – e como tal merece ser tratado pela sociedade e pelo setor econômico, já que se configura na parte frágil (vulnerável)

da relação com os fornecedores, sujeitando-se aos produtos e serviços oferecidos no mercado do consumo, bem como à, por vezes abusiva, vontade do fornecedor.

O Brasil, como estado democrático de direito, deve se fundamentar na dignidade humana (art. 1º, *caput*) e tem entre outros objetivos o de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). Pois são justamente os atos sociais e econômicos que violam estas diretrizes aqueles que configuram atos de indignidade, e que podem ensejar a imposição de reparação civil por perdas e danos, inclusive morais ou também chamados extrapatrimoniais.

Ainda segundo a carta magna de 1988, inserida no título de direitos e garantias fundamentais, encontra-se a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), corroborada na disposição sobre a ordem econômica, que deve propiciar uma existência digna, baseada na justiça social e, entre outros, também seguir o princípio da defesa do consumidor (art. 170, V).

Foi esta mesma CF-88 que, em seu artigo do ato das disposições constitucionais transitórias determinou: *O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor*. Tais normas denotam a especial origem do CDC e a sua sintonia com o texto constitucional que serve de fundamento para todo o sistema jurídico.

O Código brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) é composto por normas de ordem pública (art. 1º) e interesse social, o que faz com que as suas regras sejam aplicadas independentemente da vontade das partes. Consequentemente, as violações das regras de consumo representam ilícitos e não podem gerar condições contratuais válidas.

Ademais, o legislador preferiu não estabelecer no texto legal o conceito de *relação jurídica de consumo*, o que fez por reconhecer a *dinâmica* das relações de consumo, nas quais o consumidor poderá ser fornecedor e vice-versa em relações distintas. Ou seja, não existe uma vocação única ou estática para a posição ativa ou passiva da relação, podendo as pessoas (físicas e jurídicas) se alternarem nos polos das relações (ora consumidor, ora fornecedor, ora ambos simultaneamente).

E além de possuir um caráter preventivo e coletivo, o direito do consumidor brasileiro é principiológico, informando o sistema, entre outros, os princípios da boa-fé, da confiança, da garantia de segurança e prestabilidade, do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, da reparação integral e do acesso à justiça, inclusive com a inversão do ônus da prova em favor do consumidor.

Destaca-se, deste modo, que a efetiva tutela do consumidor jamais poderá ser ignorada no atual sistema jurídico, e como o princípio da reparação integral constitui também um dos direitos básicos do consumidor, eventuais violações aos direitos consumeristas devem ser reparados e coibidos.

O Código Civil vigente muito bem complementa as normas do CDC, ao dispor: “Art. 186. *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*” Em relação à responsabilidade objetiva, que não investiga a culpabilidade da parte ofensora, estabelece também: “Art. 927. *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.*”

O critério proposto para a diferenciação entre *fato* (produto/serviço) e *vício* (produto/serviço) é o da *repercussão dos danos*

O sistema de responsabilidade civil no CDC possui algumas particularidades e pode ser assim resumido: trata-se de responsabilidade objetiva (não absoluta ou mitigada) do fornecedor, com exceção da responsabilidade pessoal do profissional liberal que é subjetiva; é solidária (parágrafo único do art. 7º e parágrafo único do art. 25, CDC) entre os fornecedores – na qual cada um responde pelo todo perante o consumidor e tem a prerrogativa de, querendo, exercer o direito de regresso – e é distinta em se tratando de vício do produto e serviço, e fato do produto e serviço.

O critério proposto para a diferenciação entre *fato* (produto/serviço) e *vício* (produto/serviço) é o da *repercussão dos danos*, o que impõe a análise de cada caso. Desta forma, vício do produto são problemas com repercussões danosas intrínsecas, tais como qualidade; quantidade; disparidade (indicações do recipiente, embalagem, rotulagem e mensagem publicitária). Uma vez constatado *vício do produto*, o consumidor terá à sua livre escolha (art. 18, § 1º, do CDC): a substituição do produto; o desfazimento do negócio com a restituição imediata do preço (sem prejuízo de perdas e danos); o abatimento proporcional do preço.

Já em se tratando de *fato do produto*, que são problemas com repercussões danosas extrínsecas, os defeitos podem ser juridicamente relevantes (geram a responsabilidade civil do fornecedor), como defeitos de criação; defeitos de produção; defeitos de informação. Ou defeitos juridicamente irrelevantes (não geram a responsabilidade civil do fornecedor), tais como por exemplo culpa *exclusiva* do consumidor ou terceiro; risco de desenvolvimento; ação deletéria do tempo; caso fortuito ou força maior. Ocorrendo fato do produto, tratando-se de *acidente de consumo*, deve o fornecedor indenizar integralmente o consumidor ou terceiro vítima do evento (art. 17 do CDC), tanto pelos danos patrimoniais como pelos extrapatrimoniais.

Ocorrendo vícios do serviço, que se caracterizam como problemas com repercussões danosas intrínsecas, tais como qualidade; inadequação; disparidade da oferta ou mensagem publicitária, terá o consumidor à sua escolha (art. 20, do CDC): a reexecução do serviço; o desfazimento do negócio com a restituição do valor pago (perdas e danos); e o abatimento proporcional do preço.

Contudo, na maioria das vezes, em se tratando de serviço bancário, financeiro e de crédito, estaremos diante da ocorrência de fato do serviço, caracterizado pela manifestação de problemas com repercussões danosas extrínsecas, normalmente ligadas a defeitos de informação (insuficiente ou inadequada) e defeitos de segurança. Isso porque as atividades bancárias, de crédito e financeiras são revestidas por uma especial outorga de confiança e a quebra desta confiança gera inevitavelmente um abalo extrínseco à relação entre cliente consumidor e fornecedor.

Aproxima-se, desta feita, a conceituação de danos morais trazida pela doutrina de Yussef Said Cahali, segundo o qual “caracteriza-se o dano moral pela privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem (paz, liberdade individual, integridade física, honra, reputação...) e que geram dor, tristeza, saudade, cicatriz, entre outros”<sup>1</sup>. Portanto, ocorre o dano moral quando verificada a ofensa de valores subjetivos, o que demanda uma cuidadosa análise caso a caso.

Complementando este raciocínio, Milena Donato Oliva aponta que há duas vertentes na interpretação do dano moral, sendo a primeira caracterizada pela efetiva dor psicológica, enquanto a segunda é apreendida objetivamente. Em outras palavras, aquele entendimento considera os efeitos psíquicos do dano moral sobre a

vítima, e a interpretação objetiva “busca caracterizar o dano moral a partir da identificação de lesão a interesses extrapatrimoniais, independentemente do impacto que o dano tenha causado nos sentimentos da vítima”<sup>2</sup>.

Acerca desta dicotomia e sua interpretação judicial, Milena Donato Oliva ressalva que apesar de os tribunais, em diversas oportunidades, adentrarem nos aspectos subjetivos, em realidade tem-se verificado um movimento fortalecendo a vertente objetiva, não se limitando à repercussão psicológica, “para não se negar a proteção de valores extrapatrimoniais quando sua violação não vem necessariamente acompanhada de abalo psicológico”<sup>3</sup>.

Como se verificará adiante, referido argumento corrobora a fundamentação jurídica das repetitivas demandas envolvendo os danos morais ocasionados por práticas abusivas e reiteradas das instituições financeiras, afastando-se a sustentação de que estas práticas seriam apenas um mero dissabor cotidiano.

Assim, configurado o dano moral, para a sua escorreita reparação, segundo a doutrina de Yussef Said Cahali:

*“A sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente, já que a indenização significa eliminação do prejuízo e das suas consequências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento.”*<sup>4</sup>

Neste sentido, Milena Donato Oliva, ao reiterar a necessidade de tutela dos interesses extrapatrimoniais sempre que injustamente desrespeitados, compreende que o abalo psíquico não deve ser reputado da essência do dano extrapatrimonial, servindo, portanto, para auxiliar na quantificação de sua reparação<sup>5</sup>.

Se, por um lado, a reparação e indenização do consumidor são objetivos da responsabilização civil do fornecedor ofensor, há que se ter em mente também que o valor atribuído não poderá ser tal que deixe de desestimular a ocorrência de nova violação. Ou seja, a reparação e indenização devem ter caráter pedagógico e educador, conduzindo o fornecedor ofensor a repensar e adotar novas condutas para evitar a recorrência da agressão ou do dano.

Ainda que esta efetiva compensação demonstre-se tarefa complexa para o Poder Judiciário, trata-se de um dos fatores a serem considerados na presente discussão, tendo em vista a configuração tríplice da função do dano moral.

Amadurecendo a denominada função dupla do dano moral já consagrada pela doutrina e jurisprudência, que considerava o caráter compensatório e punitivo do instituto, acrescentou-se a estas duas vertentes a esfera preventiva que a ele deve ser atribuído, dimensão esta que se torna ainda mais evidente nas discussões consumeristas, em razão da natureza preventiva da tutela do consumidor, no sentido de se consolidar um mercado de consumo condizente à Política Nacional de Relações de Consumo.

Tendo em vista a natureza multifuncional do dano moral, Bruno Ponich Ruzon discorreu acerca do paradoxo na quantificação do dano moral nas relações de consumo, apontando a dificuldade na

### A reparação e indenização do consumidor são objetivos da responsabilização civil do fornecedor ofensor

mensuração de um ponto que efetivamente puna os ofensores e previna novas práticas sem enriquecer a vítima. Conclui, ainda, que em análise jurisprudencial visualizou que o Poder Judiciário tem primado por evitar o enriquecimento do consumidor e, desta forma, opta por não punir os fornecedores ofensores<sup>6</sup>.

Ocorre que, em muitos casos, como inclusive no fornecimento dos serviços bancários, financeiros e de crédito, constata-se uma reiterada e institucionalizada conduta dos fornecedores em manifesto desrespeito às normas consumeristas, gerando, conseqüentemente, uma crescente elevação dos índices de judicialização. Isto é, a sociedade brasileira tem buscado junto ao Poder Judiciário respostas aos atos que configuram a violação dos seus direitos de consumidores.

Neste sentido, o próprio CDC brasileiro orientou a criação dos juizados especiais (inicialmente chamados de juizados de pequenas causas). Hoje em dia se percebe que os juizados especiais representam o instrumento de realização da justiça mais próximo da população, permitindo um processo mais simplificado e célere, com a prestação jurisdicional que responde ao grande volume de demandas que, se dirigidas à justiça comum, certamente agravariam a demora e os altos custos na obtenção de uma resposta da justiça.

## A análise jurisprudencial dos danos morais provocados pelas instituições financeiras

Tendo em vista o crescente acréscimo nas demandas referentes aos danos morais provocados pelas instituições financeiras, passa-se a analisar os enunciados do Juizado Especial do Paraná que tratam da matéria do dano moral aplicável às atividades bancária, financeira e de crédito.

Ainda que não se faça referência expressa à legislação consumerista, os casos já consolidados reconhecem o dever de indenizar o consumidor bancário, financeiro ou de crédito, por violação das normas de proteção do CDC. Para tal verificação, podem-se sistematizar os casos nos seguintes grupos:

**a) Casos referentes à imposição de restrições de crédito:**

*a.1) Enunciado n. 2.5 – Solicitação de encerramento de conta corrente – cobrança de dívida com origem em data posterior – inscrição – dano moral: A inscrição, em órgãos de restrição ao crédito, de dívida com origem em data posterior à solicitação de encerramento da conta bancária acarreta dano moral. Neste caso, inverte-se o ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC), sem prejuízo da análise da verossimilhança da alegação do consumidor. Como regra, as restrições de crédito (negativação do nome) impostas ao consumidor (mesmo que não tenha relação direta com quem realizou o apontamento restritivo – arts. 17 e 29 do CDC) são ofensas aos direitos da personalidade (nome) e acarretam danos que não dependem de prova para serem indenizados (assim chamados de dano moral puro). É incontroverso o prejuízo que acarretam à marginalização das pessoas mediante a imposição de restrições de crédito, com a inscrição do seu nome em bancos de dados como Serasa, SPC, SCPC etc.*

*a.2) Enunciado n. 2.6 – Inexistência de contrato entre as partes – inscrição – dano moral: A pessoa que não celebrou o contrato com a instituição financeira não pode ser reputada devedora, nem penalizada com a inscrição de seu nome em órgãos de restrição ao crédito, em razão da vulnerabilidade do sistema de contratação da referida empresa, configurando dano moral a inscrição indevida. Mais uma vez verifica-se a ofensa aos direitos da personalidade (restrição de crédito indevida) tendo como causa a deficiência da segurança verificada na fraude na contratação do crédito.*

a.3) *Enunciado n. 12.15 – Dano moral – inscrição e/ou manutenção indevida: É presumida a existência de dano moral, nos casos de inscrição e/ou manutenção em órgão de restrição ao crédito, quando indevida. (Res. n. 0002/10, publicado em 29/12/2000, DJ n. 539)*

**b)** Casos de deficiência de qualidade, prestabilidade e segurança dos serviços prestados:

b.1) *Enunciado n. 2.1 – Extravio de talonário de cheques: A instituição financeira é responsável por danos causados por extravio de talonário de cheques havido antes de chegar às mãos do correntista, ainda que tal aconteça durante o transporte realizado por empresa contratada pelo banco, caso em que se dará a solidariedade. Trata-se de evidente constatação de falta de segurança na prestação do serviço que acarreta prejuízo ao consumidor.*

b.2) *Enunciado n. 2.7 – Fila de banco – dano moral: A espera em fila de agência bancária, em tempo excessivo, caracteriza falha na prestação de serviço e enseja reparação por danos morais. A legislação que trata de regulamentação da fila em banco deve ser municipal, para que atente aos detalhes da localidade onde está instalada a agência bancária. Ocorre que a espera por tempo excessivo representa falta de qualidade, adequação e prestabilidade do serviço.*

b.3) *Enunciado n. 2.8 – Furto/roubo/extravio de cartão – inexigibilidade da dívida – inscrição – dano moral: É inexigível a dívida contraída por terceiro em decorrência de furto/roubo/extravio de cartão de crédito, ainda que a comunicação à operadora tenha ocorrido posteriormente, configurando dano moral a inscrição do nome do titular do cartão em órgãos de restrição de crédito. Outro caso de deficiência do serviço prestado, por falta de segurança, qualidade e prestabilidade.*

b.4) *Enunciado n. 2.9 – Movimentação de conta bancária pela internet – prejuízo ao correntista: A movimentação de conta bancária pela internet, à revelia do titular, ensejadora de débitos e saques em desfavor deste, configura falha na prestação de serviço e acarreta o dever de reparar os danos (morais e materiais), invertendo-se o ônus da prova com relação à eventual culpa do consumidor pelo ocorrido (art. 6º, VIII, do CDC). É evidente neste caso a falta de segurança e qualidade do serviço.*

b.5) *Enunciado n. 12.16 – Inexistência de contrato entre as partes – inscrição – dano moral: A pessoa que não celebrou contrato não pode ser reputada devedora, nem penalizada com a inscrição de seu*

nome em órgãos de restrição ao crédito, em razão da vulnerabilidade do sistema de contratação, configurando dano moral a inscrição indevida (Res. n. 0002/10, publicado em 29/12/2000, DJ n. 539). Neste caso a vulnerabilidade do sistema de contratação significa falha de segurança.

b.6) *Enunciado n. 12.5 – Furto de veículo – instituição de ensino/ estabelecimento comercial: Havendo estacionamento na instituição de ensino ou no estabelecimento comercial, evidente o dever de vigilância e custódia sobre os automóveis, sendo tais entes responsáveis pelos danos (morais e materiais) causados.*

Também chamado de caso fortuito interno, configura-se a partir da falta de segurança do estabelecimento bancário que integra a sua atividade e portanto merece a devida guarda e vigilância, pois a casa bancária também assume entre os riscos da atividade o de reparar eventuais danos decorrentes de falha neste aspecto da segurança.

Os juizados especiais representam o instrumento de realização da justiça mais próximo da população

c) Além da falta de qualidade, segurança e prestabilidade, alguns casos se agravam com a deficiência de informação:

c.1) *Enunciado n. 2.2 – Cancelamento de limite de crédito – ausência de comunicação prévia e de motivação – dano moral: O cancelamento do limite de cheque especial, sem comunicação prévia ao consumidor e sem a devida motivação, acarreta dano moral.* Neste caso, a ausência de comunicação prévia gera a quebra de confiança e representa defeito de informação em prejuízo do consumidor.

d) *Flagrante violação de disposição legal, expondo o consumidor a prejuízos:*

d.1) *Enunciado n. 2.10 – Envio de cartão de crédito sem solicitação – inscrição – reparação dos danos: A inscrição de dívida oriunda de encargos de cartão de crédito não solicitado pelo consumidor constituiu prática abusiva vedada pelo art. 39, III, do CDC e enseja reparação por danos (morais e materiais).* Trata-se de flagrante caso de prática abusiva, ilícita, expressamente vetada pelo CDC e que expõe o consumidor a uma situação de risco pois é indutora do consumo de crédito, sem a devida análise de utilização responsável deste crédito.

e) *Constranger o consumidor:*

*e.1) Enunciado n. 12.9 – Disparo de alarme antifurto: Abordagem constrangedora por disparo de alarme antifurto provocado pela não retirada de dispositivo de segurança, após regular pagamento, enseja reparação por danos morais.* Aplicável também ao constrangimento do consumidor em relação ao uso abusivo das portas de segurança e das medidas excessivas dos vigilantes (prepostos) contratados pelas casas bancárias, produzindo negativa repercussão na esfera moral do consumidor submetido a tais medidas desnecessárias e abusivas.

Apenas nestes enunciados já consolidados pela Turma Recursal visualizam-se recorrentes práticas das instituições financeiras em desconformidade com o ordenamento jurídico pátrio.

### **A judicialização do dano moral nas relações jurídicas com o sistema bancário e seus reflexos socioeconômicos**

Em razão desta crescente litigiosidade envolvendo as instituições financeiras, em muitos casos pleiteando-se danos morais, e a conseqüente sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário, importa investigar e tentar esclarecer quais seus fatores e os reflexos socioeconômicos.

Restou demonstrado que a prática bancária, financeira e de crédito deve atender aos princípios do CDC, respeitar a dignidade humana do cidadão, atender à boa-fé (e seus deveres anexos, conexos ou também chamados de acessórios), ser baseada no solidarismo constitucional, revestir-se de informação e transparência, atender à prestabilidade e segurança legitimamente esperadas, não frustrar a confiança do consumidor e atender à função social (socioambiental) do contrato.

A responsabilidade das empresas no direito brasileiro assume proporções de regulação da ordem econômica e é meio de se permitir o desenvolvimento equilibrado da sociedade. Em que pese a notória importância da função social das empresas, constata-se que a boa-fé é princípio balizador e fundamental para as contratações e também para se concretizar os interesses das partes.

Possivelmente a elevação da judicialização e o conseqüente aumento do volume de litigiosidade dos conflitos envolvendo os prestadores de serviços bancários, financeiros e de crédito tenha como causa, entre outros diversos fatores, a amplificação da divulgação dos

direitos dos consumidores que repercutem na repulsa aos atos de violação do sistema jurídico (mesmo que violação a princípios), na busca de resposta pelo cidadão junto ao Poder Judiciário diante da ausência de informação ou decisão por parte do fornecedor, no pleito da sociedade de obter da Justiça a condenação (sanção) de atos de violação dos seus direitos.

Considera-se também o contexto socioeconômico brasileiro, no qual houve um grande acréscimo da classe média, que passou de 62 milhões de consumidores para 92 milhões (entre 2005 e 2010), e seguindo este movimento, a população “bancaizada” do país dobrou de tamanho entre 1995 e 2005, passando de 40 milhões para 80 milhões de pessoas<sup>7</sup>.

Todos estes fatores convergem para um acréscimo não somente da utilização dos serviços bancários, mas também de um consumo crítico e consciente, que exige uma segurança e adequabilidade no consumo.

A tendência verificada neste fenômeno é a efetivação, ainda que gradual, dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo e dos direitos básicos apontados no Código de Defesa do Consumidor, visto que impele os fornecedores à devida adequação de seus produtos e serviços, constata-se que, com o desenvolvimento socioeconômico, o acesso à justiça dos consumidores torna-se mais um instrumento para a persecução deste objetivo.

Em contrapartida, a título argumentativo, busca-se compreender as ressalvas e críticas realizadas em razão deste acréscimo nas demandas judiciais, como, por exemplo, o congestionamento do Poder Judiciário, piorando a morosidade na justiça cível, bem como a suposta criação de uma indústria do dano moral gerado por consumidores oportunistas que visariam o enriquecimento sem causa.

Neste sentido, conforme pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça acerca dos maiores litigantes de 2012, os bancos figuram como os principais litigantes da Justiça Estadual, em 12,95% de todas as demandas. Ao considerar as demais esferas – Justiça Federal e Justiça do Trabalho –, as instituições financeiras também figuram em 10,88% de todos os processos ajuizados no ano de 2011, aparecendo em 2º lugar neste infamado *ranking*<sup>8</sup>.

Em análise paralela, o CNJ encomendou um estudo junto a três instituições – Fundação Getúlio Vargas (FGV), Pontifícia Universidade

Católica do Paraná (PUC-PR) e Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS) – acerca das demandas repetitivas e morosidade na justiça cível brasileira. É interessante destacar que duas das três entidades pesquisadoras apontaram os contratos bancários e o sistema de concessão e tomada de crédito como fatores primordiais nesta problemática, corroborando os dados apontados anteriormente.

Atenta-se, deste modo, a uma possibilidade de algumas instituições financeiras interiorizarem estes custos e institucionalizarem práticas que não se encontram plenamente em conformidade ao ordenamento jurídico, mormente ao se considerar que “de acordo com o IPEA no documento ‘Sistema de Informações sobre Percepção Social – Suplemento Justiça (2010)’, dos brasileiros que acreditam ter tido um direito subjetivo lesado em 2009, 63% não procuraram o Judiciário”<sup>9</sup>.

O referido estudo concluiu:

*“De fato, por mais que o Judiciário identifique e solucione gargalos que prejudicam o funcionamento da máquina judicial, a Justiça precisa estar atenta aos fenômenos externos ao sistema judicial, sob pena de permanecer sempre defasada diante de novos desafios e realidades. Daí a importância de se estudar e esmiuçar como surgem as demandas massivas, de como são processadas no Poder Judiciário e quais os seus efeitos futuros.”*<sup>10</sup>

Evidentemente o volume de litígios levados ao Poder Judiciário assusta a todos, menos aos grandes demandados, que não têm demonstrado que efetivamente pretendem alterar a conduta para evitar a causação de danos à sociedade.

Contudo, o que a sociedade brasileira não pode admitir é que a banalização dos pleitos justos por reparação e indenização de danos causados por violação das regras de consumo (prestabilidade, qualidade, segurança, informação, boa-fé etc.) sejam rotulados maldosamente como pleitos indevidos ou decorrentes de meros aborrecimentos da via cotidiana, ou ainda que o pleno exercício da cidadania seja censurado.

As conquistas da sociedade brasileira verificadas ao longo de mais de duas décadas não podem ser menosprezadas por segmentos da economia que relutam em admitir a realidade atual, de que o cidadão tem todo o direito de exigir o respeito às leis, especialmente ao CDC, que lhe garante o acesso adequado a produtos e serviços disponibilizados na nossa sociedade de consumo.

## Considerações finais

Segundo o que se pode concluir, a suposta banalização do dano moral não encontra respaldos jurídicos, posto que, na grande maioria dos casos, a tutela efetiva do consumidor e a responsabilidade civil das instituições financeiras exigem uma adequada reparação a danos vivenciados rotineiramente pelos consumidores.

O ordenamento jurídico brasileiro é inequívoco no sentido de responsabilização por danos, patrimoniais ou extrapatrimoniais, causados mormente nas relações de consumo, posto que a proteção do consumidor, prevista constitucionalmente, torna-se matéria de ordem pública e reflete em toda a ordem econômica, tornando-se essencial a concretização de seus direitos básicos e princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, como o princípio da reparação integral.

Assim, ao se analisar alguns entendimentos sedimentados no âmbito dos juizados especiais cíveis do Estado do Paraná, constatou-se que diversas práticas das instituições financeiras que têm motivado a judicialização de medidas indenizatórias possuem fundamentos suficientes para sua procedência, já que não condizem com a adequação na prestação de serviços, carecendo de segurança ou informação.

Ademais, na necessária harmonização destes casos à dignidade da pessoa humana, à solidariedade e à boa-fé, que devem balizar as relações privadas no atual ordenamento jurídico, critica-se esta institucionalização de práticas abusivas pelos fornecedores bancários, o que implica não somente um desrespeito reiterado aos consumidores, mas infla o Poder Judiciário em razão de sua desconformidade com o mercado de consumo previsto pelo CDC.

## Notas

<sup>1</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. ver. ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 22.

<sup>2</sup> OLIVA, Milena Donato. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 13-28, maio 2014, p. 15.

<sup>3</sup> Idem.

<sup>4</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. ver. ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 44.

<sup>5</sup> OLIVA, Milena Donato. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.23, n. 93, p. 13-28, maio 2014, p. 18.

<sup>6</sup> RUZON, Bruno Ponich. Paradoxo na quantificação do dano moral nas relações de consumo, O / 2011. O paradoxo na quantificação do dano moral nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 78, p. 149-160, abr. 2011, p. 158.

<sup>7</sup> BRASIL. CNJ. *Demandas repetitivas e a morosidade na justiça cível brasileira*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de pesquisas judiciárias, 2011. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq\\_sintese\\_morosidade\\_dpj.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq_sintese_morosidade_dpj.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2014. p. 08.

<sup>8</sup> BRASIL. CNJ. *100 maiores litigantes*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de pesquisas judiciárias, 2011. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2014. p. 08.

<sup>9</sup> BRASIL. CNJ. *Demandas repetitivas e a morosidade na justiça cível brasileira*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de pesquisas judiciárias, 2011. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq\\_sintese\\_morosidade\\_dpj.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq_sintese_morosidade_dpj.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2014. p. 19-20.

<sup>10</sup> BRASIL. CNJ. *Demandas repetitivas e a morosidade na justiça cível brasileira*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de pesquisas judiciárias, 2011. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq\\_sintese\\_morosidade\\_dpj.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq_sintese_morosidade_dpj.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2014. p. 19.

## Referências

BRASIL. CNJ. *Demandas repetitivas e a morosidade na justiça cível brasileira*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de pesquisas judiciárias, 2011. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq\\_sintese\\_morosidade\\_dpj.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq_sintese_morosidade_dpj.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2014.

BRASIL. CNJ. *100 maiores litigantes*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de pesquisas judiciárias, 2011. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2014.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. ver. ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVA, Milena Donato. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 13-28, maio 2014.

RUZON, Bruno Ponich. Paradoxo na quantificação do dano moral nas relações de consumo, O / 2011 O paradoxo na quantificação do dano moral nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 78, p. 149-60, abr. 2011.

# INTERESSE DE AGIR NA AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS EM FACE DE CONTA-CORRENTE BANCÁRIA

**EDGARD FERNANDO BARBOSA**  
Desembargador do TJ/PR

## EXCERTOS

*“O direito material não pode se confundir com o direito constitucional de ação, tampouco com o direito à obtenção de uma decisão definitiva de mérito”*

*“A ação, através da petição, se mostra como instrumento hábil a quem pretende, através da tutela jurisdicional, solucionar litígios nos quais se envolva como parte ou interessada”*

*“A ausência de qualquer das condições da ação (legitimidade de parte; interesse de agir; possibilidade jurídica do pedido) implica, essencialmente, uma resolução do processo sem julgamento do mérito”*

*“As condições da ação são, portanto, condições para um exercício regular, no âmbito processual, da ação, possibilitando, se preenchidas, o exame do mérito pelo juiz, desde que exista uma relação jurídica processual válida, não se podendo dizer que tais condições sejam requisitos para a existência ou não existência da ação ou da jurisdição”*

*“Na relação entre correntista e instituição financeira com relação ao dever de prestar contas, pelo menos a princípio não se vislumbra a existência de lide, tampouco sua presunção, capaz de ensejar uma decisão de mérito”*

*“Em que pese o envio regular de extratos bancários aos correntistas não eximir a instituição financeira de prestar contas, na forma da lei, o correntista pode servir-se de tal instrumento para conferir toda a movimentação em sua conta”*

Sobre o tema da ação de prestação de contas em face de conta-corrente bancária, em outras ocasiões em que tive a oportunidade de me manifestar sobre a questão no ambiente da Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, sustentei que, devidamente comprovada a relação jurídica entre a parte autora e a instituição financeira, teria o autor, como depositante, o direito a exigir, judicialmente, prestação de contas, e o réu, como depositário, a obrigação de prestá-la, à luz da obrigatoriedade decorrente da própria lei (art. 668, CC<sup>1</sup>, e art. 914, CPC<sup>2</sup>).

Nesse aspecto, defendi que permaneceria hígida a obrigação do banco de prestar contas, independentemente da disponibilização de extratos a seus clientes, bem como da ausência de requerimento administrativo de esclarecimentos.

Todavia, o referido posicionamento vem sendo reiteradamente questionado, culminando com decisões em sentidos diversos nos tribunais pátrios. Baseados em decisão proferida pelo ministro Aldir Passarinho Junior, ainda no ano de 2004<sup>3</sup>, os mais recentes precedentes do Superior Tribunal de Justiça seguem nova orientação, no sentido de reconhecer a falta de interesse de agir nas ações de prestação de contas quando o correntista não determina o período sobre o qual almeja esclarecimentos, bem como não expõe motivos concretos que justifiquem a movimentação do judiciário.

Nesse sentido, apresentam-se, dentre outros, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: AgRg no REsp 1170520/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 07/11/2013, DJe 19/11/2013<sup>4</sup>; EDcl no AREsp 155376/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 10/09/2013, DJe 16/09/2013<sup>5</sup>; REsp nº 1.318.826/SP Rel.Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 19/02/13, DJe 26/02/13<sup>6</sup>; REsp nº 1.231.027/PR Min. Maria Isabel Gallotti, Segunda Turma, julgado em 12/12/12, DJe 18/12/12<sup>7</sup>.

E do tribunal paranaense, mais especificamente desta 14ª Câmara Cível: AC 1079895-7, de Cascavel – Rel.: Gil Francisco de Paula Xavier F Guerra – Por maioria – J. 12.02.2014<sup>8</sup>; AC 1090770-5, de Cianorte – Rel.: Octavio Campos Fischer – Por maioria – J. 29.01.2014<sup>9</sup>; AC 1064366-8, de Pato Branco – Rel.: José Hipólito Xavier da Silva – Por maioria – J. 18.12.2013<sup>10</sup>.

Sendo assim, diante da reapreciação da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça – inclusive com a publicação do informativo nº

0505, da Quarta Turma, do STJ, em 2012<sup>11</sup> – e por este Tribunal, face ao identificado abuso de tal direito e instrumento processual, ressaltando o meu anterior posicionamento a respeito desta questão, passo doravante a me posicionar em sentido diverso.

Assim faço pelas seguintes razões.

A ação de prestação de contas está enraizada no art. 914 do CPC e na Súmula 259 do STJ, que preveem, respectivamente:

*Art. 914. A ação de prestação de contas competirá a quem tiver:*

*I – o direito de exigí-las;*

*II – a obrigação de prestá-las.*

*Súmula 259: A ação de prestação de contas pode ser proposta pelo titular de conta-corrente bancária.*

Nota-se que citados preceitos apenas indicam a possibilidade de propositura de ação de prestação de contas pelo titular de conta-corrente bancária, hipótese em que o supracitado art. 914 relaciona a legitimidade ativa e passiva da demanda. Contudo, delas é excêntrico extrair-se a ideia de ser o interesse de agir intrínseco e indissociável à ação de prestação de contas proposta pelo correntista.

Para tal compreensão, é imperioso que se contraponha e individualize o direito material de obter a prestação de contas e o instrumento processual da ação de prestação de contas. O direito material não pode se confundir com o direito constitucional de ação, tampouco com o direito à obtenção de uma decisão definitiva de mérito.

O debate não questiona ou mitiga o direito à prestação de contas, tampouco o direito constitucional de ação, sobre os quais não há qualquer dúvida ou restrição. O objeto da discussão cinge-se às condições para exercício, por completo, da ação e da jurisdição, ou seja, o que ora se analisa, mais profundamente, é o direito da parte autora de obter uma decisão definitiva, que resolva o mérito, e não apenas uma decisão terminativa, quando na propositura da demanda de prestação de contas.

Primeiramente insta esclarecer que o princípio que impera em nosso ornamento jurídico do amplo acesso à jurisdição, consagrado através das garantias constitucionais do direito de petição, bem como do direito de ação, face à indeclinabilidade da prestação jurisdicional, positivados nos incisos XXXIV, alínea “a”, e XXXV do art. 5º da CF/88<sup>12</sup>, respectivamente, surge como consequência da proibição da autotutela

e com a conseqüente avocação deste poder tutelar pelo Estado, materializando-se no Poder Judiciário, o qual detém a legitimidade e o dever de solucionar os litígios a ele trazidos, aplicando, pois, tutela jurisdicional aos casos concretos.

Desta sorte, a ação, através da petição, se mostra como instrumento hábil a quem pretende, através da tutela jurisdicional, solucionar litígios nos quais se envolva como parte ou interessada. Todavia, o exercício desse princípio constitucional através da efetivação do direito de petição e de ação não gera, necessariamente, uma decisão definitiva. A análise do mérito da questão carece, necessariamente, da observância de alguns requisitos, entre eles o preenchimento das condições da ação.

A ausência de qualquer das condições da ação (legitimidade de parte; interesse de agir; possibilidade jurídica do pedido) implica, essencialmente, uma resolução do processo sem julgamento do mérito, conforme dispõe o art. 267, VI, do CPC<sup>13</sup>. Entretanto, a falta de uma resolução de mérito não sugere o amainar do princípio do amplo acesso à jurisdição, através da mitigação do direito de ação. Mesmo nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o direito de petição e de ação foram devidamente exercidos.

Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o direito de petição e de ação foram devidamente exercidos

Sendo assim, balizar as condições da ação não fere o direito constitucional de ação e o próprio direito material à prestação de contas, haja vista que o primeiro não depreca necessariamente de decisão favorável ao autor. Constatada a falta de interesse de agir, conseqüentemente proferir-se-á decisão terminativa, o que, por óbvio, não causa afronta à garantia constitucional de agir. Por outro lado, o reconhecimento de falta de interesse de agir por parte do correntista em ação de prestação de contas não retira, afasta, ou limita seu direito de ter as contas prestadas, podendo, inclusive, a parte autora intentar de novo a ação, conforme dispõe a primeira parte do *caput* do art. 268 do CPC, que dispõe: “Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação.”

Corroboram tal inteligência os doutrinadores Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Arruda Alvim, Rodrigo da Cunha Lima Freire e Luiz Guilherme Marinoni, respectivamente:

*Com sede constitucional no art. 5º, XXXV, o referido princípio impede que o legislador restrinja o acesso à ordem jurídica ou ao ordenamento justo, bem como impõe ao juiz o dever de prestar a jurisdição, insto é garantir a tutela efetiva a quem detenha uma posição jurídica de vantagem. (...)*

*Não se tratar, portanto, de mera garantia de acesso ao juízo (direito à ação), mas da própria tutela (proteção) jurisdicional (adequada, tempestiva e, principalmente, efetiva) a quem tiver razão. Em outras palavras, significa o próprio acesso à Justiça. Frise-se, no entanto, que este direito à prestação jurisdicional não é incondicional e genérico, sujeitando-se a condições da legislação processual e do direito substantivo (legitimidade, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido)<sup>14</sup>.*

*Como outro princípio de relevância atinente à jurisdição, devemos mencionar a indeclinabilidade da prestação jurisdicional (v. art. 5º, da CF/1988, e art. 126 do CPC), já referida, correspondente ao direito de ação como direito público subjetivo que é, atribuído a toda e qualquer pessoa. Se o inciso XXXV do art. 5º da CF/1988 enseja a todos os que estão sob a égide da jurisdição brasileira o direito de a ela terem acesso, segue-se que esta há sempre de manifestar-se sobre os pedidos que lhe sejam endereçados, embora este direito não se confunda com a outorga da proteção pleiteada por aquele que teve a iniciativa de propor a ação.*

*Este princípio manifesta-se expressa e inequivocamente, também no nível da lei ordinária, no art. 126 do CPC, que prescreve: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei (...)” Verifica-se, pois, que, embora não se possa assegurar direito a sentença favorável, existe o direito a uma sentença, mesmo que desfavorável, ou, então, que inadmita mesmo a ação (= carência de ação – arts. 267, VI, e 301, X, do CPC), ou, ainda, que dê pela invalidade do processo (v.g. art. 267, IV, do CPC)<sup>15</sup>.*

*As condições da ação são, portanto, condições para um exercício regular, no âmbito processual, da ação, possibilitando, se preenchidas, o exame do mérito pelo juiz, desde que exista uma relação jurídica processual válida, não se podendo dizer que tais condições sejam requisitos para a existência ou não existência da ação ou da jurisdição<sup>16</sup>.*

*É intuitivo que a ação não se confunde com o direito material. (...) Portanto, mesmo verificada a ausência de uma das chamadas “condições da ação”, é inegável que a jurisdição atuou e a ação foi*

*exercida. Aliás, a jurisdição atuou porque a ação foi proposta, o que se dá no momento em que a petição inicial é despachada pelo juiz ou distribuída (quando há mais de uma vara), conforme afirma o próprio CPC (art. 263). Isso significa que não é correto dizer que só existe ação e jurisdição quando estão presentes as chamadas “condições da ação”<sup>17</sup>.*

Inúmeros são os julgados nesse sentido em nossas cortes superiores, dentre os quais aludo ao Agravo Regimental na Petição nº 4.556/DF, julgado em 25/06/2009, de relatoria do ministro Eros Grau, em que o plenário afirmou:

*“As garantias constitucionais do direito de petição e da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário, quando se trata de lesão ou ameaça a direito, reclamam, para o seu exercício, a observância do que preceitua o direito processual (art. 5º, XXXIV, ‘a’, e XXXV da CB/88).”<sup>18</sup>*

Como consequência prática, pois, da diferenciação entre o direito material do correntista de ter as contas prestadas pela instituição financeira que administra seus bens e o direito deste de ingressar com ação de prestação de contas no judiciário, tem-se que não necessariamente possuirá este interesse de agir. Isto é, o fato de poder exigir a prestação de contas não significa que esteja escusada a demonstração da necessidade da tutela jurisdicional.

Conforme supramencionado, a jurisdição e, conseqüentemente, o direito de ação surgem a fim de garantir a paz social, devendo o Estado atuar na resolução de conflitos em que se apresente necessária a sua intervenção, ou seja, nos casos em que haja efetivamente uma lide ou nos casos em que haja, ao menos, uma presunção de lide, ordinariamente definida como conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida.

Nesse diapasão, na relação entre correntista e instituição financeira com relação ao dever de prestar contas, pelo menos a princípio não se vislumbra a existência de lide, tampouco sua presunção, capaz de ensejar uma decisão de mérito.

Destarte, é cogente a demonstração de interesse de agir pelo correntista que propõe ação de prestação de contas em face da instituição financeira, mesmo diante do disposto nas normas supracitadas e nos enunciados nº 7<sup>19</sup> e nº 8<sup>20</sup>, aprovados pelas Câmaras de Direito Bancário e Execução de Título Executivo Extrajudicial – 13ª, 14ª, 15ª e 16ª Câmaras Cíveis – do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

É forçoso, pois, tecer comentário acerca do interesse de agir.

Pois bem. Diante das diversas concepções comportáveis ao interesse de agir, para fins didáticos utilizo-me dos ensinamentos do doutrinador Rodrigo da Cunha Lima Freire, em seu livro “Condições da Ação – Enfoque sobre o interesse de agir”. A fim de delimitar o interesse de agir no direito processual civil brasileiro, o autor afirma:

*Impõe-se, desde logo, uma causa de pedir e um pedido aptos a provocar uma atuação objetivamente útil da jurisdição, o que implica na adequação do provimento desejado e do procedimento escolhido pelo autor, segundo o sistema jurídico vigente.*

Por outro lado, impede-se o exercício regular das ações propostas com abuso de direito, fins subalternos ou ilícitos.

*Ademais, exige-se a ausência de quaisquer impedimentos fáticos jurídicos ao exercício da ação, tais como “pressupostos processuais negativos”.*

Outrossim, deve ser a jurisdição indispensável ou necessária para que não se desenvolva uma atividade inútil, o que não implica em uma causa de pedir fundada em alegação de lesão a direito. (*grifos nossos*)<sup>21</sup>.

O citado autor ainda indica que “a utilidade potencial da jurisdição exige que esta seja imprescindível, conforme a situação concreta trazida a juízo pelo autor, segundo as suas afirmações, bem como os documentos que acompanham a inicial”<sup>22</sup>, e completa:

*Sendo a jurisdição dispensável para que o autor obtenha a proteção ao direito que afirma possuir, encontrar-se-á este, ao exercer a ação, realizando uma atividade inútil não só para ele, mas principalmente, para o Estado.*

*Assim, a ausência da necessidade da tutela jurisdicional, traduzida esta na sua indispensabilidade, resultará na carência do interesse de agir.*

*Conforme expõe Arruda Alvim, “uma vez proposta ação, deverá ficar evidenciado, desde logo, que o processo é – possivelmente – o único caminho juridicamente idôneo à pretensão do direito substancial afirmado”*

[...]

*Por outras palavras, para ser considerada necessária a jurisdição, não haverá o autor de comprovar, documentalmente, que possui o direito substancial afirmado, mas, conforme o caso concreto, poderá*

*ser fundamental a presença de determinados documentos para que o juiz verifique a imprescindibilidade da jurisdição, consoante a causa de pedir remota descrita na inicial*<sup>23</sup>.

Nesse mesmo sentido:

*Alguns autores entendem que o interesse de agir deve vir representado pelo binômio necessidade-adequação do provimento judicial solicitado. Nesse sentido, a necessidade decorreria da impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a atuação do Estado (já que o ordenamento veda a autotutela), e a adequação, da relação existente entre os meios processuais escolhidos e o fim desejado*<sup>24</sup>.

Outrossim, não se pode negar que, em que pese o envio regular de extratos bancários aos correntistas não eximir a instituição financeira de prestar contas, na forma da lei, o correntista pode servir-se de tal instrumento para conferir toda a movimentação em sua conta.

Sendo assim, a ação de prestação de contas convém, apenas, a quem possui fundado interesse de ver comprovada a legalidade das movimentações realizadas pela instituição financeira, administradora de seu dinheiro, diante da existência de alguma desconfiança.

Nesse ponto, deve-se destacar que em nosso ordenamento jurídico a boa-fé é presumida, até que se prove o contrário. A instituição financeira, administradora de bens alheios não pode, pois, ser vítima da completa inversão da presunção da boa-fé. Configurando-se a ação de prestação de contas justamente como instrumento processual apto a questionar tal presunção, não basta a presença de uma relação jurídica entre as partes. Para lançar mão da referenciada medida é preciso a demonstração de suas razões. E mais, faz-se também necessário caracterizar a indispensabilidade da movimentação do judiciário para se elucidar as cobranças desconhecidas pelo correntista. Sendo o judiciário dispensável, é supérflua sua atuação.

Destarte, o interesse de agir só estaria presente diante da discórdia ou ignorância aos termos apresentados via extrato, bem como da ausência de resposta satisfatória do banco à consulta prévia

Balizar as condições da ação não fere o direito constitucional de ação e o próprio direito material à prestação de contas

do correntista, posto que penso ser indispensável a demonstração da existência de lide a fim de se comprovar o verdadeiro interesse de agir da parte autora. É somente através desta cizânia que o correntista poderá almejar prestação jurisdicional com deslinde em uma decisão de mérito.

A respeito do tema dissertam os doutrinadores Arruda Alvim e Humberto Theodoro Junior:

*Vincula-se ao direito de ação o indeclinável dever de prestação jurisdicional; conseqüentemente, constituem-se – um e outro – em verdadeiras condições de funcionamento e eficiência de um ordenamento jurídico, desde que ocorrentes conflitos de interesse, traduzidos em lide e levados ao Judiciário para solução<sup>25</sup>.*

*Quanto ao interesse que justifica o procedimento judicial, na espécie, é bom lembrar que não decorre pura e simplesmente de uma relação jurídica material de gestão de bens ou interesses alheios. Aqui, como diante de qualquer ação, torna-se necessário apurar se há necessidade da intervenção judicial para compor um litigio real entre as partes.*

*Quem, de fato, administra bens de outrem fica obrigado a prestar contas de sua administração, o que, entretanto, não quer dizer que essa prestação tenha que ser invariavelmente feita em juízo.*

*Se a parte se dispõe ao acerto direto ou extrajudicial, não pode a outra, por puro capricho, impor o acerto de contas em juízo. Falta-lhes interesse legítimo para tanto, porque o mesmo resultado seria facilmente atingível sem a intervenção do Judiciário e sem os incômodos e ônus da sucumbência processual. O caso é, portanto, de carência de ação, por desrespeito ao art. 2º do CPC, que condiciona a prestação jurisdicional tanto à legitimidade como ao interesse.*

*Interesse, na hipótese de ação de prestação de contas, existe quando haja recusa na dação ou aceitação das contas particulares ou quando ocorra controvérsia quanto à composição das verbas que hajam de integrar ao certo de contas<sup>26</sup>.*

Tal lição já fora, inclusive, acolhida em sua íntegra em decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, quando no julgamento do Recurso Especial nº 703.390/MS, realizado no dia 3 de dezembro de 2009, de relatoria do ministro João Otávio de Noronha.

Deve-se deixar claro, todavia, que não se pretende o esgotamento da via administrativa, mas tão somente a demonstração da existência

de lide, configurando a ausência de prestação administrativa (seja através da recusa em oferecer resposta, seja pela demora ou pelo fornecimento de resposta vazia ou insatisfatória) forma de demonstrar a efetividade do litígio.

Tal inteligência não afronta o princípio do amplo acesso ao judiciário, pois, conforme acima explanado, o direito de ação não implica decisão de mérito e este, bem como o direito de petição, prescinde de tal. Ademais, o art. 5º, XXXV, da CF assegura que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. No caso das ações de prestação de contas, presumida a boa-fé do banco, não há que se falar em lesão ou ameaça a direito. Esta só se configuraria a partir da tentativa frustrada em obter tal direito administrativamente.

Ademais, a jurisprudência pátria já consignou entendimento de que nas ações previdenciárias, que visam à obtenção de algum benefício, leia-se aqui direito, a ausência de pedido administrativo caracteriza carência de ação pela inexistência de lide. Apesar de distintas, inclusive com relação à natureza dos réus, a motivação utilizada nestas ações também pode ser aplicada nas ações de prestação de contas em face de conta-corrente bancária, como se denota do seguinte julgado:

*PROCESSUAL CIVIL. CARENCIA DE AÇÃO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. PREVIDENCIARIO. PENSÃO POR MORTE. FALTA DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. DISSIDIO COM A SUM. 89/STJ NÃO OCORRENTE.*

*1 – SE A INTERESSADA, SEM NENHUM PEDIDO ADMINISTRATIVO, PLEITEIA DIRETAMENTE EM JUÍZO BENEFÍCIO NÃO ACIDENTÁRIO (PENSÃO POR MORTE), INEXISTE DISSÍDIO COM A SUM. 89/STJ ANTE A DESSEMELHANÇA ENTRE AS SITUAÇÕES EM COTEJO, SENDO, POIS, CORRETO O JULGADO RECORRIDO AO FIXAR A AUSÊNCIA DE UMA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO – INTERESSE DE AGIR – PORQUANTO, A MINGUA DE QUALQUER OBSTÁCULO IMPOSTO PELA AUTARQUIA FEDERAL (INSS), NÃO SE APERFEIÇA A LIDE, DOUTRINARIAMENTE CONCEITUADA COMO UM CONFLITO DE INTERESSES CARACTERIZADOS POR UMA PRETENSÃO RESISTIDA.*

*2 – RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.*

*(Resp 147408/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/1997, DJ 02/02/1998, p. 156)*

No mencionado voto, o ministro Fernando Gonçalves abona seu posicionamento citando entendimento de José Frederico Marques, nos seguintes termos:

“A LIDE RESULTA DE UMA PRETENSÃO INSATISFEITA. PRETENSÃO É ATO JURÍDICO, ISTO É, DECLARAÇÃO DE VONTADE EM QUE SE FORMULA, CONTRA OUTRO SUJEITO, DETERMINADA EXIGÊNCIA, E A PRETENSÃO SE TORNA INSATISFEITA, QUANDO, POR QUALQUER MOTIVO, A EXIGÊNCIA FICA SEM ATENDIMENTO.” (Manual de Direito Processual Civil – 1º vol. – Saraiva – 1974 – pág. 123.) (Grifei e destaquei) (fls. 46-47).

Este, atualmente, me parece ser o juízo mais adequado, haja vista que pensar de forma diversa contribuiria ainda mais para a crise do Judiciário.

Outrossim, não se deve olvidar que a utilização do Poder Judiciário custa volumosa quantia aos cofres públicos<sup>27</sup>. Significa dizer que o ajuizamento e processamento de ações desnecessárias determina, diretamente, a aplicação do dinheiro público no Poder Judiciário, em detrimento de outras áreas também indispensáveis à vida digna em sociedade.

Nesse mesmo diapasão, é necessário sopesar que o crescente acervo de ações provoca franca demora na finalização dos demais processos judiciais.

No caso específico das ações de prestação de contas, verifica-se o aumento injustificado do seu ajuizamento, com iniciais genéricas, sem qualquer fundamento capaz de abonar a movimentação da máquina judiciária, demonstrando, muitas vezes, o desvio de finalidade e sua utilização desnecessária. Assim, parece-me desproporcional, e até inadequado, o consumo de dinheiro público e mesmo de energia com tais ações.

Destarte, reporto-me ao trecho do artigo “A súmula, como entendimento que deve ser compreendido à luz dos casos de que se originou (especialmente a Súmula 259 do STJ)”, de autoria de Larissa L. Piaciski:

*“Na prática forense, há muito se vinha observando um aumento exacerbado de ações de prestação de contas movidas contra instituições financeiras. E esse aumento, se deve, dentre outros motivos, à edição da Súmula 259 do STJ, em 2001, que cristalizou o entendimento de que o titular de conta-corrente bancária poderia propor ação de prestação de contas contra instituição financeira.*

*Assim, nas ações de prestação de contas, propostas em desfavor das instituições financeiras, a discussão referente à primeira fase do procedimento praticamente deixou de existir, pois o entendimento*

*preponderante era de que as instituições bancárias sempre teriam que prestar contas ao titular da conta-corrente, independentemente da comprovação do interesse de agir e da adequação do procedimento, existindo, portanto, um dever incondicional daquelas de prestar contas a qualquer correntista que iniciasse uma ação de prestação de contas em que o pedido fosse absolutamente genérico.*

*Este entendimento, a nosso ver, favoreceu o aumento do número das ações de prestação de contas, de forma massificada, tendo-se multiplicado os escritórios de advocacia especializados apenas em ações de prestação de contas. Além disso, dentre as inúmeras petições iniciais protocoladas a todo momento, havia petições iniciais tão genéricas, que sequer mencionavam o número da conta-corrente, ou o período, no qual se pretendia a prestação de contas.”<sup>28</sup>*

Os doutrinadores Luiz Fernando Tomasi Keppen e Nadia Bevilaquia Martins, (o primeiro, ilustre desembargador componente desta corte), já elencavam no ano de 2009 o “individualismo” como uma das causas filosóficas da crise do processo de resolução de conflitos, nos seguintes termos:

*O individualismo é a marca característica dos operadores do Direito. Imaginam que o processo civil lhes pertence, na medida que esses foram os titulares do pedido, promoveram a ação, pagaram as custas... Pensam que tudo podem fazer e que não têm de dar satisfação a ninguém mais do que ao seu cliente.*

*Se, por hipótese, entende que deve promover a ação antes de tentar o acordo extrajudicial, o advogado o faz sem o menos constrangimento. (...)*

*O que se constata é que se pensa individualmente o processo. Como se fosse algo que somente interessa a duas partes. (...)*

*Ademais, cada processo alimenta as estatísticas da prestação jurisdicional. Essas são tão importantes que até definem o investimento ou não numa determinada região. (...)*

*O processo de resolução de conflitos não é assunto de interesse exclusivo de duas partes e os atores processuais precisam estar bem cientes de que toda a sociedade se interessa por aquele processo<sup>29</sup>.*

É imperioso que se contraponha e individualize o direito material de obter a prestação de contas e o instrumento processual da ação de prestação de contas

Desta feita, penso que é indispensável a demonstração da existência de lide e da imprescindibilidade do Judiciário, a fim de se comprovar o verdadeiro interesse de agir da parte autora, até mesmo como medida capaz de controlar o exacerbado “individualismo” frente à proliferação de ajuizamento de ações sem motivação plausível de apreciação por este órgão, situação esta que acaba por gerar um aumento descomedido do custo para manutenção do Poder Judiciário, o que implica perda a toda sociedade ao se mensurar que, assim como o próprio Poder Judiciário, outras áreas igualmente imprescindíveis deixam de receber recursos públicos que acabam sendo consumidos pela máquina judiciária no julgamento das aludidas ações dispensáveis.

## Notas

<sup>1</sup> Art. 668. O mandatário é obrigado a dar contas de sua gerência ao mandante, transferindo-lhe as vantagens provenientes do mandato, por qualquer título que seja.

<sup>2</sup> Art. 914. A ação de prestação de contas competirá a quem tiver: I – o direito de exigi-las; II – a obrigação de prestá-las.

<sup>3</sup> CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. MOVIMENTAÇÃO DE CONTA-CORRENTE. POSTULAÇÃO GENÉRICA NA INICIAL, SEM MAIOR EXPLICITAÇÃO DE MOTIVOS CONCRETOS AO EMBASAMENTO DA DEMANDA. EXORDIAL INDEFERIDA. I Conquanto seja direito do cliente de entidade bancária obter a prestação de contas sobre os lançamentos efetuados em sua conta-corrente, independentemente do fornecimento de extratos pelo réu, imprescindível se faz concreta indicação e fundamentação, na inicial, das irregularidades detectadas, sendo imprestável a mera referência genérica e vazia a respeito, na interpretação do Tribunal estadual sobre os fatos narrados, que não é possível rever em sede especial, ao teor da Súmula n. 7 do STJ” (STJ-4ªT REsp nº 98.626 Rel. Min. Aldir Passarinho Junior julg. 18/05/04 DJ 23/08/04).

<sup>4</sup> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA-CORRENTE. CABIMENTO DA AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS (SÚMULA 259). INTERESSE DE AGIR. (...) 3. Hipótese em que a padronizada inicial, a qual poderia servir para qualquer contrato de conta-corrente, bastando a mudança do nome das partes e do número da conta, não indica exemplos concretos de lançamentos não autorizados ou de origem desconhecida e sequer delimita o período em relação ao qual há necessidade de prestação de contas, postulando sejam prestadas contas, em formato mercantil, no prazo legal de cinco dias, de todos os lançamentos desde a abertura da conta-corrente, vinte anos antes do ajuizamento da ação. Tal pedido, conforme voto do ministro Aldir Passarinho Junior, acompanhado pela unanimidade da 4ª Turma no REsp. 98.626-

SC, “soa absurdo, posto que não é crível que desde o início, em tudo, tenha havido erro ou suspeita de equívoco dos extratos já apresentados.” 4. Embora cabível a ação de prestação de contas pelo titular da conta-corrente, independentemente do fornecimento extrajudicial de extratos detalhados, tal instrumento processual não se destina à revisão de cláusulas contratuais e não prescinde da indicação, na inicial, ao menos de período determinado em relação ao qual busca esclarecimentos o correntista, com a exposição de motivos consistentes, ocorrências duvidosas em sua conta-corrente, que justificam a provocação do Poder Judiciário mediante ação de prestação de contas. (...) (AgRg no REsp 1170520/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 07/11/2013, DJe 19/11/2013).

<sup>5</sup> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. PEDIDO GENÉRICO. REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA n. 83/STJ. (...) 2. Descabe a ação de prestação de contas quando formulado pedido genérico, em que não foram indicados os períodos em relação aos quais se buscam esclarecimentos, com a exposição de motivos que justifiquem a dúvida, sendo incabível também quando se pretende discutir cláusulas contratuais. Súmula n. 83/STJ (EDcl no AREsp 155376/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/09/2013, DJe 16/09/2013).

<sup>6</sup> RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. LEGITIMIDADE E INTERESSE DE AGIR. SÚMULA Nº 259/STJ. SOCIEDADE EMPRESÁRIA. DEZENOVE CONTAS-CORRENTES. PEDIDO GENÉRICO NA INICIAL. OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO. 1. O STJ firmou entendimento de que, mesmo havendo o fornecimento de extratos bancários periódicos, o correntista tem interesse e legitimidade para propor ação de prestação de contas quando discorde dos lançamentos deles constantes (Súmula nº 259/STJ). 2. Não obstante, a petição inicial deve, no mínimo, apontar o vínculo jurídico existente com o réu e especificar o período de esclarecimentos, sendo imprestável a mera referência genérica e vazia a respeito. Precedentes. 3. Na hipótese, além de não explicitar, fundamentada e concretamente, as razões para a prestação de contas, não apresentar nenhum exemplo concreto de lançamento não autorizado, não indicar o período de tempo que deseja ter os lançamentos esclarecidos nem quais seriam os lançamentos contestados por qualquer outra maneira, a autora, sociedade empresária, indicou 19 (dezenove) contas-correntes para a prestação de contas. 4. Diante das peculiaridades da causa, dou provimento ao recurso especial (STJ-3ªT REsp nº 1.318.826/SP Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva julg. 19/02/13 DJe 26/02/13).

<sup>7</sup> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA-CORRENTE. CABIMENTO DA AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS SÚMULA 259). INTERESSE DE AGIR. REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA, JUROS, MULTA, CAPITALIZAÇÃO, TARIFAS. IMPOSSIBILIDADE. (...) 5. Embora cabível a ação de prestação de contas pelo titular da conta-corrente, independentemente do fornecimento extrajudicial de extratos detalhados, tal

instrumento processual não se destina à revisão de cláusulas contratuais e não prescinde da indicação, na inicial, ao menos de período determinado em relação ao qual busca esclarecimentos o correntista, com a exposição de motivos consistentes, ocorrências duvidosas em sua conta-corrente, que justificam a provocação do Poder Judiciário mediante ação de prestação de contas.” (STJ-2ª T REsp nº 1.231.027/PR Min. Maria Isabel Gallotti julg. 12/12/12 DJe 18/12/12).

<sup>8</sup> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS – PRIMEIRA FASE – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – APELAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – QUESTÃO PRELIMINAR – AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR – PEDIDO GENÉRICO – FALTA DE INDICAÇÃO CONCRETA DE LANÇAMENTOS DUVIDOSOS – REFERÊNCIA, NO BOJO DA PETIÇÃO INICIAL, A CÓDIGOS INDECIFRÁVEIS – AUSÊNCIA DE EXTRATOS A DEMONSTRÁ-LOS MINIMAMENTE – NOVA INTERPRETAÇÃO DO STJ SOBRE O TEMA – NECESSIDADE DE INDICAÇÃO DE MOTIVOS CONSISTENTES QUE JUSTIFIQUEM A PROVOCAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO – CARÊNCIA DE AÇÃO CARACTERIZADA PELA FALTA DE INTERESSE DE AGIR – EXTINÇÃO O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO – ARTIGO 267, VI DO CPC.- RECURSO ADESIVO PREJUDICADO RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO- RECURSO ADESIVO PREJUDICADO (TJPR – 14ª C. Cível – AC – 1079895-7 – Cascavel – Rel.: Gil Francisco de Paula Xavier F Guerra – Por maioria – J. 12.02.2014).

<sup>9</sup> APELAÇÃO CÍVEL – PRESTAÇÃO DE CONTAS – PRETENSÃO DE QUE A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PRESTE CONTAS DE TODOS OS LANÇAMENTOS EFETUADOS EM CONTA CORRENTE, DESDE O INÍCIO DA CONTRATAÇÃO – INVIABILIDADE – AUSÊNCIA DE EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS QUE JUSTIFIQUEM A PROPOSITURA DA AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS – PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – INÉPCIA DA INICIAL – SENTENÇA REFORMADA, PARA EXTINGUIR O FEITO – CONSEQUENTE INVERSÃO DO ÔNUS SUCUMBENCIAL, COM REDUÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. O mero pedido de prestação de contas relativo a toda movimentação bancária desde sua existência, sem nenhum embasamento, bem como a falta de exposição de motivos consistentes que justifiquem a provocação do Poder Judiciário, inviabilizam a prestação de contas nos moldes pretendidos pela parte autora. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (TJPR – 14ª C. Cível – AC – 1090770-5 – Cianorte – Rel.: Octavio Campos Fischer – Por maioria – J. 29.01.2014).

<sup>10</sup> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS – PRIMEIRA FASE – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – IRRESIGNAÇÃO DO RÉU – PEDIDO GENÉRICO – FALTA DE INTERESSE DE AGIR – CONFIGURAÇÃO – EXTINÇÃO DO FEITO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART.267, VI, DO CPC – RECURSO PREJUDICADO (TJPR – 14ª C. Cível – AC – 1064366-8 – Pato Branco – Rel.: José Hipólito Xavier da Silva – Por maioria – J. 18.12.2013).

<sup>11</sup> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. CORRENTISTA CONTRA BANCO. INADEQUAÇÃO DE PEDIDO GENÉRICO.

*É obrigação do correntista que ajuíza ação de prestação de contas contra a instituição financeira a indicação do período em relação ao qual busca esclarecimentos, com a exposição de motivos consistentes acerca das ocorrências*

*duvidosas em sua conta-corrente*. A jurisprudência do STJ reconhece a legitimidade do titular da conta bancária para a propositura de ação de prestação de contas (Sum. n. 259/STJ), independentemente do fornecimento extrajudicial de extratos detalhados. O interesse do correntista nesses casos é decorrente da relação contratual em si, pois o titular da conta entrega seus recursos financeiros ao banco e, a partir de então, ocorrem sucessivos créditos e débitos na conta-corrente. Contudo, *o enunciado sumular não exige o correntista de indicar, na inicial, ao menos período determinado em relação ao qual busca esclarecimentos, com a exposição de ocorrências duvidosas em sua conta corrente, que justificam a provocação do Poder Judiciário mediante ação de prestação de contas, instrumento processual que não se destina à revisão de cláusulas contratuais*. Precedentes citados: REsp 12.393-SP, DJ 28/3/1994; REsp 68.575-RS, DJ 15/9/1997; REsp 264.506-ES, DJ 26/3/2001; REsp 198.071-SP, DJ 24/5/1999; REsp 184.283-SP, DJ 22/3/1999, e REsp 98.626-SC, DJ 23/8/2004. AgRg no REsp 1.203.021-PR, Rel. originário Min. Luis Felipe Salomão, Rel. para acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 25/9/2012. (Grifos nossos)

<sup>12</sup> XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

<sup>13</sup> Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

<sup>14</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*: introdução ao processo civil, São Paulo; Saraiva, 2012, v. 1, p. 98-9.

<sup>15</sup> ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil* – primeira parte. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 207.

<sup>16</sup> FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação*: enfoque sobre o interesse de agir. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 174.

<sup>17</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo* (Curso de processo civil; v. 1). 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 178 e 184.

<sup>18</sup> STF – Pet: 4556 DF, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-02 PP-00345.

<sup>19</sup> “O envio regular de extratos bancários aos correntistas não exige a instituição financeira de prestar contas, na forma da lei.”

<sup>20</sup> “O interesse de agir na ação de prestação de contas está caracterizado pela demonstração do liame jurídico entre as partes e indicação do período desta relação, sendo desnecessária, na primeira fase, a impugnação específica aos lançamentos.”

<sup>21</sup> FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação*: enfoque sobre o interesse de agir. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 176-7.

<sup>22</sup> Idem, *ibidem*, p. 151.

<sup>23</sup> FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação*: enfoque sobre o interesse de agir. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 151-2.

<sup>24</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*: introdução ao processo civil, São Paulo; Saraiva, 2012, v. 1, p. 190.

<sup>25</sup> ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 213.

<sup>26</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – procedimentos especiais*. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 96.

<sup>27</sup> Segundo informação postada no portal de transparência do site do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, somente no ano de 2013 a despesa empenhada somou a importância de R\$1.846.433.681,46 (um bilhão oitocentos e quarenta e seis milhões, quatrocentos e trinta e três mil, seiscentos e oitenta e um reais e quarenta e seis centavos), quase dois bilhões de reais, portanto. Se fizéssemos uma média simples dividindo tal quantia pelos 365 dias do ano, teríamos a média de R\$5.058.722,41 (cinco milhões, cinquenta e oito mil, setecentos e vinte e dois reais e quarenta e um centavos), isso desconsiderando finais semanas feriados e recessos em que não houve expediente nos órgãos judiciários.

Disponível em: <http://www.tjpr.jus.br/resolucao-102/2009-conselho-nacional-de-justica>

<sup>28</sup> PIACESKI, Larissa L. *A súmula, como entendimento que deve ser compreendido à luz dos casos de que se originou (especialmente a Súmula 259 do STJ)*. In: Revista de Processo, n. 220, p. 323.

<sup>29</sup> KEPPEM, Luiz Fernando Tomasi; MARTINS, Nadia Bevilaqua. *Introdução à resolução alternativa de conflitos*: negociação, mediação, levantamento de fatos, avaliação técnica independente. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2009, p. 55/56.

# **VIOLENCIA CONTRA LA MUJER: VICTIMOLOGÍA, PERSPECTIVAS NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES COMPARADAS DEL DERECHO BRASILEÑO Y DEL DERECHO ESPAÑOL**

**RAPHAELLA BENETTI DA CUNHA RIOS\***

Alumna de doctorado en Criminología, Política Criminal y Sociología  
Jurídico Penal en la Universitat de Barcelona

## RESUMEN

*En este trabajo se planteará un breve análisis sobre algunos conceptos de victimología y su evolución hasta la actualidad, relacionando con la violencia de género contra las mujeres. Además, se expondrá un caso concreto de Brasil, que culminó con la promulgación de La Ley n. 11.340/06 (llamada “Ley Maria da Penha”). Esta ley y la jurisprudencia brasileña respecto a su aplicación serán objeto de un análisis comparada con la realidad en España, con el objetivo de intentar conocer hasta que punto los desarrollos doctrinarios, legales y jurisprudenciales han contribuido para la prevención y la represión de la violencia contra la mujer en los dos países.*

### **\* Outras qualificações da autora**

*Maestra en Derecho Empresarial y Ciudadanía por el Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba. Profesora de la Escola da Magistratura do Paraná – Londrina. Jueza de Derecho en Araçongas – PR.*

## 1. Introducción

La violencia de género es un problema que acompaña la evolución de la humanidad y que, hasta hoy, existe incluso en las sociedades modernas y avanzadas. Refleja la eterna dominación del más fuerte sobre el débil. Las víctimas de este tipo de violencia suelen ser grupos marginalizados y discriminados, como son los casos de los homosexuales, los afro descendientes y, específicamente, de las mujeres, que constituyen el tema central de este trabajo.

En ese sentido, el primer error que se suele cometer es pensar que la violencia contra la mujer es exclusiva de países de tercer mundo. No es verdad. La problemática no tiene fronteras y afecta, en mayor o menor medida, a todas las naciones, incluso a las más desarrolladas<sup>1</sup>.

En Brasil hay una expresión popular que expresa: *em briga de marido e mulher ninguém mete a colher*, es decir, en peleas de parejas nadie debe acercarse. Como bien ha sido observado por la profesora titular de Derecho Penal de la Universitat de Barcelona, Carolina Bolea Bardon, la violencia contra la mujer, especialmente la doméstica, ha dejado de verse como un problema privado que deba resolverse en el seno de la propia familia para ser considerado un problema social, que toca a todos<sup>2</sup>. Es decir, una sociedad que tolera la violencia y el machismo no puede ser capaz de evolucionar adecuadamente, porque no habrá espacio para que la mujer desarrolle todas sus potencialidades.

En este trabajo se planteará un análisis de forma breve sobre algunos conceptos de victimología y su evolución hasta la actualidad. Luego de ello, se expondrá un caso concreto de Brasil, que culminó con la promulgación de La Ley 11.340/06 (llamada “Ley Maria da Penha”). Aquel precepto legal ha traído muchas evoluciones en el tratamiento de la violencia contra las mujeres, que van a ser rápidamente estudiadas, en una perspectiva comparada con el derecho español. Al final y previo a las conclusiones haremos un análisis de la jurisprudencia de aquellos países sobre la violencia contra la mujer.

Lo que se pretende es conocer hasta que punto los desarrollos doctrinarios, legales y jurisprudenciales han contribuido para la prevención y la represión de la violencia contra la mujer. En ese sentido, la comparación entre dos ordenamientos jurídicamente diversos – Brasil y España – ayudará a poner algunas luces sobre el problema.

## 2. Preámbulo: victimología y derecho penal

En este capítulo se analizará brevemente el concepto de victimología y su evolución hasta la actualidad. Hay un contrapunto entre los planos del “deber ser” – evolución de la victimología y de las normas que protegen a la mujer – con el “ser”. Es decir, aún cuando la víctima haya *renacido*<sup>3</sup> como una parte significativa de la relación procesal penal, la realidad sigue siendo violenta y extremadamente marginalizada con las mujeres.

La importancia de esta mirada en la victimología es intentar entender el porqué de la violencia de género sigue siendo un grave problema en nuestra sociedad actual, incluso a nivel mundial. El empezar a estudiar un poco la víctima y su tratamiento por la ciencia victimológica nos ayudará a comprender mejor porque las víctimas de delitos relacionados con la violencia de género, especialmente las que sufren mayor maltrato, siguen aún escondidas y sin protección por parte del Derecho Penal. Este importante antecedente queda de manifiesto para un marco teórico a considerar.

Inicialmente, es necesario hacer referencia a la obra de Luis Rodríguez Manzanera (2005) titulada *Victimología Estudio de la Víctima*; y la manera en que llama la atención por el desinterés general que las ciencias penales han tenido por la víctima<sup>4</sup>. Y este olvido tuvo, entre otras razones, el cambio de objeto de protección del Derecho Penal.

Como es sabido, el protagonismo de la víctima en el proceso penal sea formal –actualmente – o informal, cambió con la evolución histórica. Como narra el estudio de Lyvia Ramos Sales Mendes de Barros y Giordana Bruno Leite de Olivera<sup>5</sup>, profesoras de la Universidad Federal de Alagoas (Brasil), en la antigüedad – Derecho Romano primitivo hasta la época medieval – la víctima tuvo su esplendor, en la llamada *edad de oro*. En este período era permitida – además de incentivada – la venganza particular o privada. La punición no era una función del Estado, mas sí del particular, que incluso buscaba punir al infractor con miedo de sufrir la *ira de los dioses*. En efecto, el crimen no sólo era una violación a la víctima humanizada, sino también consistía en una infracción que se dirigía a la divinidad.

Con la evolución del concepto de bien jurídico y la función del Estado en su papel de monopolizador de la represión penal (*Ius Puniendi*), la víctima pasó a tener un papel secundario en el proceso

penal. Ese fenómeno ocurrió porque un delito pasó a violar no sólo los derechos de la persona o los dioses, sino también bienes jurídicos (vida, patrimonio y otros). Asimismo, teniendo en cuenta que para el Derecho Penal los intereses de la víctima “supuestamente” han desaparecido, la misma pasó a ser como un *convidado de piedra*, alejada de todo tipo de proceso. Por supuesto que, cuanto más alejada, más olvidada sería.

En la modernidad, se ha ido desarrollando un proceso llamado *blaming the victim* que, incluso, se sostiene hasta la actualidad. Mucho se ha dicho de los derechos de los criminales, pero en el caso de las víctimas además de padecer un sufrimiento, suelen ser olvidadas como así también desacreditadas. Aquello, obviamente, es un factor que incrementa la llamada *cifra negra* de los crímenes, como los cometidos contra la mujer. Toda vez que el Estado no ofrece la protección necesaria, ni las garantías, nadie va a denunciar a los agresores.

La supuesta culpa de la víctima es normalmente utilizada como defensa en los crímenes contra la mujer en general

Teniendo en cuenta el olvido sistemático de la víctima, empezaron a surgir teorías para intentar rescatar su protagonismo en la persecución penal. Pero lo que sucedió fue todo lo contrario: la situación de la víctima – que lejos de ser buena – quedó aún en una situación más crítica.

Como destaca el profesor peruano Luis Miguel Reyna Alfaro, ha empezado en el siglo XX un intento por dar mayor relevancia al comportamiento de la víctima en sede de imputación. Específicamente a finales de la segunda guerra mundial (con la reconstrucción de las sociedades destruidas) fue el momento exacto para hablar de una mayor protección de la víctima, y de la emergencia de una disciplina para explicar mejor su papel e, incluso, defenderla.

Por una coincidencia del destino, el llamado *padre de la victimología* es un criminólogo rumano posteriormente nacionalizado israelí, llamado Benjamín Mendelsohn, que participó en el movimiento victimológico después de la segunda guerra mundial. Según Mendelsohn, sería imposible hacer justicia con el olvido de las víctimas, o sea, sin tomarlas en cuenta. Ocorre que el autor incluso propuso una especie de clasificación de la víctima, considerando

su mayor o menor concurrencia en la consumación del delito. Nuevamente la víctima pasa de sujeto pasivo para ser parte integral del contexto criminal, pero con posibilidad de asumir incluso la parte activa de la relación jurídico-penal, justamente por su supuesta “influencia” en el acto criminal. Trátese de una teoría que, en lugar de enaltecer a la víctima, termina por neutralizarla<sup>6</sup>. La supuesta culpa de la víctima es normalmente utilizada como defensa en los crímenes contra la mujer en general, especialmente en los delitos sexuales.

En esa misma línea el profesor Luis Miguel Reyna Alfaro hace mención al llamado *principio victimológico* como un criterio de interpretación de los tipos penales, para excluir del ámbito de lo penalmente relevante aquellos casos en que la víctima, por su “intervención” en la situación que ha dado origen al delito, no merecería, ni necesitaría de protección por parte del Derecho Penal<sup>7</sup>. Es la llamada *concurrency de culpa*, una teoría que, aún no ha surtido el efecto deseado, igualmente logró que la víctima tuviera más relevancia en el Derecho Penal.

También merecen mención los principios de fragmentariedad y del Derecho Penal como *ultima ratio*, cuya aplicación, si no fuera hecha con cuidado, puede contribuir para una mayor neutralización de la víctima. Según dichos principios, el Derecho Penal sólo debería intervenir: (i) cuando haya una lesión relevante o peligro de lesión a un bien jurídico; (ii) si no hay otras formas de resolver una cuestión. La consecuencia de este raciocinio es que, depende del caso, las víctimas quedarán sin ninguna reparación en el caso de que se concluya que la lesión sufrida no es relevante a punto de generar la intervención del sistema penal. Ese punto asume especial relevancia en los casos de violencia continua y reiterada (como las psicológicas, por ejemplo), sin daños individuales relevantes, pero que en conjunto representan un enorme daño en la intimidad de la mujer.

Aquella situación empezó a cambiar con las normativas internacionales repudiando todas las formas de violencia contra la mujer, que pasó a ser considerada como violación a los derechos humanos. Ese movimiento ha generado muchos cambios legislativos alrededor del mundo, que han avanzado en ese tema, pero no aquellos necesarios para hacer cesar la escalada de violencia contra la mujer. Como se ha dicho al comenzar el trabajo, su énfasis será puesto en el análisis de la legislación y de la jurisprudencia tanto de Brasil como de España, incluso se estudiará la Ley Federal brasileña

11.340/06, generada tras la decisión de un tribunal internacional (la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

Asimismo, resulta importante la aproximación del derecho y de la victimología con saberes como la sociología, la psicología y otros. Es un intento de explicar cómo la violencia contra la mujer sigue creciendo a pesar del desarrollo de leyes y normas – incluso a nivel internacional –, contra ese proceso de violencia<sup>8</sup>. Conceptos como *afectividad* y *sumisión machista* (violencia gratuita contra la mujer por el hecho de serla) son llaves para entender los casos presentados a juzgamiento, incluso como un *guideline* para saber si una situación demanda – o no – intervención por parte del Estado o si es un caso que debe ser resuelto entre la pareja. Estos conceptos serán retomados en el análisis jurisprudencial que se presentará posteriormente.

### 3. Violencia de género versus violencia doméstica

Continuando con la parte introductoria del presente trabajo, resulta necesario fijar el concepto de *violencia de género* y su distinción de la *violencia doméstica*.

La expresión *violencia de género* deriva de una traducción inadecuada del término anglosajón *gender-based violence* o *gender violence*, que es una expresión difundida con motivo del Congreso sobre la Mujer celebrado en Pekín en 1995. Durante los años sesenta del siglo XX se fue utilizando el término *gender* en el sentido de “sexo de un ser humano”, desde el punto de vista específico de las diferencias sociales y culturales. Pero aquella expresión fue criticada por la Real Academia Española al considerar que se hace un mal uso de la palabra “género” al traducirla literalmente. Afirman que en castellano el término “género” no es utilizado como sinónimo de sexo y concluyen que el término sexo designa una categoría meramente orgánica y biológica, y que en cambio, el término “género” hace referencia a una categoría sociocultural que implica diferencias o desigualdades de ámbito social, económico, político, laboral, entre otros.

Así pues, sería más adecuado utilizar las expresiones de violencia doméstica o violencia por razón de sexo para referirse a la violencia contra las mujeres.

Luego de aquella aclaración, puede decirse que es un tipo de violencia física o psicológica que se ejerce contra mujeres de cualquier

edad, y hacia las mujeres por el mero hecho de ser mujeres, incluyendo los maltratos de la pareja, agresiones físicas o sexuales de extraños. Por lo tanto, es todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, incluyendo las amenazas de estos actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad; tanto si se producen en la vida pública o privada de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de las Naciones Unidas de 1994.

Ahora bien, no toda la violencia contra la mujer puede identificarse como violencia de género, dado que tan sólo hace referencia a la violencia que se da en las relaciones y definiciones de género dominantes existentes en una sociedad, por lo cual es habitual que haya cierta confusión al respecto. Es preciso tener en cuenta que la violencia contra la mujer por parte de su pareja se da en cualquier grupo social, independientemente de su nivel económico, cultural o de cualquier otra consideración. La mayoría de las víctimas ocultan la existencia de estos problemas por miedo a ser juzgadas y marcadas por la sociedad.

Por otro lado, la violencia doméstica es aquella que se produce en el interior del hogar, y se dirige tanto del marido/compañero hacia su mujer/compañera, como de las madres a los hijos, excluyendo aquellas relaciones en las cuales no habría convivencia.

En definitiva, la relación entre violencia de género y violencia doméstica se da de género a especie, es por ello que en este trabajo también utiliza la expresión violencia de género para denominar la violencia contra las mujeres.

#### **4. Ley Federal 11.340/06 – *Caso Maria da Penha Fernandes***

El caso concreto que desencadenó la ley de Brasil sobre violencia contra las mujeres es el de Maria da Penha Fernandes, una biofarmacéutica brasileña, que aún sigue luchando para la punición de los agresores de mujeres. En 1983 su ex marido intentó matarla en dos oportunidades, causando su paraplejía. Tuvieron que transcurrir nueve años para que su agresor fuera condenado a ocho años de prisión, aunque permaneció privado de su libertad solamente dos años.

Aquel episodio fue llevado por la propia Maria da Penha a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos (OEA). En una decisión sin precedentes, el Estado brasileño fue condenado a adoptar medidas para reducir la violencia contra la mujer, lo que generó la creación de la Ley 11.340/06.

*Las recomendaciones de la decisión de 13.03.2001 fueran las siguientes (traducción libre):*

*“VIII. RECOMENDACIONES*

*61. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos reitera al Estado las siguientes recomendaciones:*

*1. Rápida y eficaz tramitación de la acusación penal de asalto e intento de asesinato de la señora Maria da Penha Maia Fernandes.*

*2. Llevar a cabo una investigación seria, imparcial y exhaustiva para determinar la responsabilidad de las irregularidades y retrasos injustificados que impidieron el procesamiento rápido y efectivo del responsable y tomar las medidas legislativas, administrativas y judiciales.*

*3. Adoptar, sin perjuicio de las acciones que puedan iniciar contra el responsable civil, las medidas necesarias para que el Estado asegure a la víctima una reparación adecuada simbólica y material para las violaciones establecidas en este documento, sobre todo por falta de un recurso rápido y eficaz, por mantener el caso en la impunidad por más de quince años. Aquella recomendación a fin de evitar la posibilidad de que haya más demora para la reparación civil.*

*4. Continuar y profundizar el proceso de reforma del Estado para evitar el tratamiento discriminatorio con respecto a la violencia doméstica contra las mujeres en Brasil. El Comité recomienda en particular lo siguiente:*

*a) formación de los funcionarios judiciales y policiales especializados para que comprendan la importancia de no tolerar la violencia doméstica;*

*b) Simplificar los procedimientos judiciales penales a fin de que se pueda reducir el tiempo del procedimiento, sin perjuicio de los derechos y garantías del debido proceso;*

*c) El establecimiento de alternativas a los tribunales, la solución rápida y eficaz de los conflictos familiares, así como de sensibilización respecto a su gravedad y las consecuencias penales;*

*d) Multiplicar el número de comisarías especiales de policía para los derechos de las mujeres y proporcionarles las características*

*especiales que se necesitan para la efectiva tramitación e investigación de todas las denuncias de violencia doméstica, así como prestar apoyo a los fiscales/Ministerio Público en la preparación de sus informes judiciales.*

*e) Incluir en sus planes cursos de formación dirigidos a la comprensión de la importancia de respetar a la mujer y sus derechos reconocidos en la Convención de Belém do Pará, así como el manejo de los conflictos intrafamiliares.*

*5. Presentar a la Comisión de Derechos Humanos, dentro de los 60 días siguientes a la presentación del informe al Estado un informe sobre la aplicación de estas recomendaciones para los fines establecidos en el artículo 51 (1) de la Convención Americana.”<sup>9</sup>*

La Ley Federal n. 11.340/06 es un claro ejemplo de *acción afirmativa*, una medida que intenta alcanzar una situación de *igualdad real*, es decir, tratar de forma desigual a los que están en situación de desigualdad<sup>10</sup>. Es necesario a veces privilegiar un grupo de personas para garantizar su dignidad. Dicho de otro modo, las acciones afirmativas tienen como objetivo materializar el principio fundamental de la dignidad de la persona humana.

Fundamentalmente, las medidas inauguradas con la Ley 11.340/06 son las siguientes:

- establecer prohibiciones de aproximación y comunicación con la víctima y sus familiares (medidas cautelares de alejamiento);
- establecer que la acción es pública indisponible y su titular es el Ministerio Fiscal (Ministerio Público en Brasil);
- posibilidad de inclusión de la víctima, del agresor y de los familiares de ambos en programas asistenciales;
- prohibición de aplicación de los institutos “despenalizadores” de la Ley 9.099/95 (Juzgados Especiales);
- los crímenes contra las mujeres deben ser juzgados por una justicia especializada;
- previsión de políticas públicas en beneficio de la mujer víctima de violencia;
- la violencia contra la mujer expresamente viola los derechos humanos;
- tipos de violencia castigables: física, psicológica, sexual, patrimonial y moral;
- aplicación de la Ley en relaciones homoafectivas entre mujeres;
- previsión de servicios especializados de atendimento a las mujeres víctimas de violencia: comisarías y promotorías especializadas;

- hipótesis de prisión de los agresores en flagrante o por incumplimiento de la medida de alejamiento;
- las víctimas son solamente las mujeres. Incluso la Ley ha planteado algunas discusiones, como su posible aplicación a los transexuales<sup>11</sup>. En el caso de España los sujetos pasivos de los crímenes de los artículos 153 y 173.2 del Código Penal Español pueden ser a su vez hombres, aunque esa posibilidad no sea frecuente en la jurisprudencia. Estos artículos serán objeto de estudio en el apartado siguiente bajo solamente la perspectiva de la violencia contra la mujer.

## 5. Análisis legislativa: Brasil y España

Tal como establece el artículo 5º de la Ley 11.340/06, aunque la referencia sea a la *violencia doméstica y familiar contra la mujer*, la legislación brasileña se refiere a la violencia contra la mujer de forma general, porque no restringe la aplicación de la legislación protectora a los supuestos ocurridos solamente en el hogar, pero cubre los sucesos ocurridos en la familia o en cualquier relación íntima de afecto. En España ocurre lo mismo, o sea, la palabra clave para definir un caso de violencia contra la mujer es la *afectividad* (cf. artículo 153 del Código Penal Español).

Asimismo, resulta importante señalar que la ley brasileña contiene reglas para el juzgamiento de los crímenes cuando una mujer sea víctima en situación de violencia doméstica y familiar, pero no tipifica las conductas, que están puestas en el Código Penal.

Los artículos del Código Penal Español (CPE) relacionados con el tema de violencia de género son:

- 48: establece como penalidad las medidas de alejamiento y prohibición de comunicación de agresor con la víctima. Incluso la violación de ese artículo, además de generar el crimen de quebrantamiento de condena (artículo 468 del CPE), puede imponer la pena del artículo 153, del CPE en su mitad superior y, además desencadenar la prisión del acusado. Pero en la análisis jurisprudencial objeto del capítulo siguiente si expondrá un caso que demuestra que la jurisprudencia española es más rígida en el análisis de los requisitos para la concesión de las órdenes de alejamiento.

En ese tema la comparación con el derecho brasileño es inevitable: las órdenes de alejamiento normalmente son cautelares y, si se quebrantan, imponen prisión inmediata (art. 20, Ley

11.340/06). Sólo en determinadas situaciones las medidas de alejamiento no son consideradas efectos de la condena, como en el ordenamiento español. De manera contraria, en España el alejamiento es considerado efecto necesario de la condena y los problemas que se plantean son muchísimos, pues será posible generar situaciones de indebida interferencia del Estado en el ámbito privado.

– 153: tipifica los casos de violencia puntual contra las víctimas que señala, incluso la esposa o la mujer que esté o haya estado ligada al presunto agresor por una *análoga relación de afectividad aun sin convivencia*. Además, el artículo 153 del CPE transforma las faltas de amenazas, lesiones (aquellas que no requieren objetivamente tratamiento médico o quirúrgico para su curación), coacciones leves o maltrato de obra (empujón o bofetón, por ejemplo) en delitos, si aquellos fueron practicados en un contexto de violencia doméstica. Carolina Bolea explica en su artículo que hay un mayor desvalor de los actos de violencia en el ámbito doméstico, pues derivados de las relaciones de confianza mutua que se establecen entre las personas que componen un núcleo familiar. Además, el concepto de *peligro futuro* (o sea, el peligro de una situación mas sencilla de iniciar una escalada de la violencia) sería para la profesora la única base para castigar más severamente los malos tratos en un contexto de violencia doméstica contra la mujer<sup>12</sup>.

En Brasil sucede un fenómeno similar en el artículo 41 de la Ley 11.340/06, o sea, en los crímenes practicados en situación de violencia doméstica y familiar contra la mujer no son aplicados los “institutos despenalizadores y descarcerizadores” de la Ley Federal 9.099/95, que define los “Juzgados Especiales” y su competencia. Eso quiere decir que la ley no autoriza la aplicación a los casos de violencia doméstica y familiar de beneficios como la transacción penal y la suspensión del proceso, que son acuerdos pre procesales que no generan condena o reincidencia, sino solamente obligan el cumplimiento de medidas o pago de multa<sup>13</sup>.

El art. 153 del CPE no requiere la demostración de la *habitualidad* en la acción violenta. Entonces, la prueba suele ser más fácil, razón por la cual este aparece más a menudo en las denuncias de violencia contra la mujer.

– 173.2: aquí la pena es más severa porque el artículo exige la prueba de *habitualidad* de la violencia, ya que describe un delito contra la integridad moral (así como la tortura). Por eso las denuncias

con base en el art. 173.2 no son tan frecuentes pues su éxito exige una prueba más fuerte. El concepto de habitualidad está señalado en el art. 173.3., del CPE, pero es demasiado abierto. En ese sentido, había una corriente interpretativa que entendía que la exigencia de habitualidad se satisfacía a partir de la tercera acción violenta (analogía con el concepto de habitualidad del art. 94, del CPE – el llamado *automatismo numérico*). Pero la jurisprudencia española del Tribunal Supremo ha presentado otra interpretación (más correcta en nuestra comprensión) del concepto de habitualidad:

*“más que a la pluralidad de acciones violentas, a la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión física o moral permanente. La habitualidad no se concreta en un determinado número de agresiones, sino en una situación de dominio provocada por la reiteración de una conducta que estatuye una situación de hecho en la que la violencia es empleada como método de establecimiento de las relaciones familiares, subyugando a quien las padece por el capricho del dominador (S. 181/06, de 22 de febrero).”<sup>14</sup>*

Resulta importante la aproximación del derecho y de la victimología con saberes como la sociología, la psicología y otros

En Brasil no tenemos esa figura de la violencia habitual como delito autónomo, pero hay una regla de agravamiento de la pena por multiplicidad de lesiones: concurso material (más de una acción y más de un crimen – penas acumuladas – art. 69, Código Penal Brasileño – CPB), concurso formal (una acción que desencadena dos o más crímenes – penas hasta mitad superior – art. 70 del CPB) y crimen continuado (más de una acción, más de un crimen y conexión entre ellos bajo semejantes condiciones de tiempo, lugar y modo de ejecución – penas aumentadas hasta 2/3 – art. 71, CP). Esas reglas de concurso pueden ser aplicadas a la mayoría de los crímenes.

– 148, 4º: lesiones agravadas contra mujer relacionada al agresor por una *análoga relación de afectividad*. En el Código Penal Brasileño hay una agravante en el art. 129, párrafo 9º, cuando la lesión ocurra en un escenario de violencia doméstica.

–171.4: amenaza contra mujer relacionada con el agresor por una *análoga relación de afectividad*.

– 172.2: coacciones contra mujer relacionada con el agresor por una *análoga relación de afectividad*.

– 468: no hay correspondencia en el derecho brasileño para este delito. Entonces, en España tanto la víctima como el agresor pueden ser privados de libertad por el quebrantamiento de condena. Este es un caso de delito contra la administración de la justicia y tiene por objetivo asegurar la credibilidad de las órdenes judiciales. En ese sentido, entendemos que no hay forma que el Estado pueda involucrarse en el ámbito privado, aunque la violencia contra la mujer tenga asumido carácter público<sup>15</sup>.

Si la pareja desea una reconciliación durante el período de la condena el Estado no puede quitar este derecho. Es un caso de exceso de protección. De forma contraria, en Brasil los mandatos de alejamiento son prácticamente un “deber ser”, o sea, no son fiscalizados por las autoridades competentes, lo que frecuentemente genera el quebrantamiento de las condiciones establecidas en las medidas cautelares impuestas por el juez en la fase policial y en la instrucción judicial. En ese sentido Brasil tiene un deber de evolucionar. Entonces, los extremos de protección (España) y de no protección (Brasil) deben ser necesariamente corregidos.

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española los artículos relevantes en la temática de violencia contra la mujer son los siguientes:

– 416: en España la víctima es un testigo y tiene la obligación de decir la verdad y, si no la decir, puede ser condenada por falso testimonio<sup>16</sup>. En Brasil la víctima no carga con esa obligación, pero si no habla la verdad podrá ser acusada de crimen de “Denunciação Caluniosa” (artículo 339 del Código Penal Brasileño).

– 502 y 503, párrafo 3º, c: prisión provisional posible en los supuestos de violencia contra la mujer (referencia al artículo 173.2, CPE), para evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima. En ese caso ya no se necesita el requisito general de que el delito tenga una pena igual o superior a dos años de prisión.

En Brasil las hipótesis de prisión preventiva están indicadas en los artículos 312 y 313, de Código de Proceso Penal y el art. 20, Ley 11.340/06. En ese sentido el art. 313, III también excluye el requisito general de que el delito tenga una pena máxima igual o superior a cuatro años de prisión.

– 544, ter: establece las “órdenes de protección” para las víctimas de violencia doméstica en los casos que existan indicios fundados de

la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad contra la mujer y otras víctimas mencionadas en el artículo 173.2 del CPE. Esta orden puede ser desencadenada por la víctima, por el juez de oficio o por el Ministerio Fiscal. En Brasil la Ley 11.340/06 establece órdenes de protección que obligan al agresor (art. 22) y otras que son destinadas a las víctimas (arts. 23 y 24).

Con el recorrido legislativo ya es posible hacer el análisis jurisprudencial que se propone en el capítulo siguiente.

## 6. Análisis jurisprudencial: Brasil y España

Como este artículo fue redactado por la autora en relación a un máster y doctorado dictados en la Universidad de Barcelona serán apuntados precedentes jurisprudenciales de violencia contra la mujer en Brasil y en España. El objetivo es ver hasta que punto los dos ordenamientos jurídicos han evolucionado en la lucha para la prevención y represión de este tipo de violencia.

### **Orden de alejamiento:**

Este es un punto muy sensible en la jurisprudencia brasileña. Como se ha señalado en los capítulos anteriores, la Ley 11.340/06 (art. 22) establece que el juez, cuando conozca algún caso de violencia contra la mujer, puede aplicar inmediatamente medidas cautelares, como las órdenes de alejamiento.

En ese sentido, los magistrados han concedido estos mandatos de alejamiento sin que la mujer aporte prueba de violencia practicada en una relación dominación-sumisión. En la mayoría de los casos basta la palabra de la víctima y la medida es concedida. La explicación para esa permisividad es un miedo generalizado de que un rechazo pueda generar una situación de peligro a las mujeres. Entonces, la protección cautelar es generada simplemente por el hecho de ser mujer<sup>17</sup>.

En España, la víctima debe aportar mayor cantidad de prueba, debiendo ser analizada, con más detalle, la *situación objetiva de riesgo*. En ese sentido, la Sesión Segunda de la Audiencia Provincial de Castellón ha revocado una sentencia del Tribunal Superior de Justicia Valenciano (hecha pública en 10 de agosto de 2011) ya que no hubo constatación de una situación de riesgo a la mujer<sup>18</sup>.

Una buena salida en Brasil para intentar racionalizar la concesión de mandatos de alejamiento es llamar al agresor para ser oído y dar su versión. En muchos casos el contacto personal con las partes ayuda a saber la extensión de la urgencia y la pertinencia de mantenimiento de una orden de alejamiento.

### **Noviazgo:**

La palabra clave para detectar si hay en una pareja señales de dominación-sumisión es la *afectividad*. En ese sentido, no hace falta que una relación sea corta o larga. Siempre que se encuentre presente la afectividad, el agresor se convierte en sujeto pasivo de un supuesto de violencia contra la mujer.

El Tribunal Supremo de España decidió que la intensidad – y no el tiempo – es lo que determina una finalidad de permanencia de la pareja a efectos de asimilarse a la relación de *afectividad* establecida en el precepto penal de amenaza (art. 171.4, CPE) en un contexto de violencia doméstica<sup>19</sup>. Además, si hay prueba que la conducta es reflejo de una *visión sesgada de la relación de pareja viciada por un contexto de dominación masculina* habrá delito de amenaza.

En ese mismo sentido, el Superior Tribunal de Justiça brasileño<sup>20</sup> reconoció la necesidad de aplicación de la Ley 11.340/06 a un ex-novio, que no si conformara con el final del relacionamiento. Según el Tribunal, *“configura violência contra a mulher, ensejando a aplicação da Lei nº 11.340/06, a agressão cometida por ex-namorado que não se conformou com o fim de relação de namoro, restando demonstrado nos autos o nexo causal entre a conduta agressiva do agente e a relação de intimidade que existia com a vítima”*<sup>21</sup>.

### **Quebrantamiento de condena:**

Como se ha señalado, en España las órdenes de alejamiento son consecuencia de la sentencia de condena. Y el consentimiento de la víctima permitiendo al acusado acercarse a su domicilio no excluye la punibilidad, pero solo puede atenuar la pena<sup>22</sup>.

En esos supuestos, los tribunales españoles analizan si el quebrantamiento ha sido originado a partir de un error de prohibición vencible o invencible. En el primero caso la pena es aplicable<sup>23</sup>.

Criticamos ese entendimiento por la indebida interferencia en las relaciones privadas, además de ser un desincentivo en la reconciliación de la pareja.

En Brasil no hay delito semejante. El quebrantamiento de condena puede generar la regresión del régimen de cumplimiento de la pena<sup>24</sup>.

## 7. Consideraciones finales

Como se ha visto precedentemente, las leyes brasileña y española han traído una evolución en materia de defensa de las mujeres víctimas de violencia. Sin embargo, ambos cuerpos normativos parten de una presunción general de que la mujer está siempre involucrada en una relación de dominación-sometimiento, lo que no es verdad. Esa *discriminación positiva* excesiva generaliza el problema, cambia su enfoque y, por eso, la escalada de violencia sigue siendo alarmante. Por eso, la lucha contra la violencia de género, especialmente contra mujeres, permanece siendo necesaria. Hay muchísimo para hacer, especialmente con el desarrollo de políticas de prevención y concientización de la población, especialmente en la femenina.

A partir del análisis jurisprudencial es posible percibir que los actos violentos más graves (sea violencia física, psicológica u otras) siguen sin ser perseguidos. En ese sentido, la victimología necesita desarrollarse para intentar dar voz a las víctimas de los delitos sumamente graves, detectando el momento de una intervención en el ámbito privado. Es importante mirar a la víctima, su entorno, sus necesidades, incluso con la participación de un equipo multidisciplinar. Muchas mujeres que sufren a manos de sus parejas aún tienen miedo de delatar sus compañeros, sea para preservar la unidad familiar, sea porque necesitan de sus maridos para sobrevivir. Particularmente el Estado, sobretodo el brasileño, no les da seguridad para que puedan denunciar lo que ocurre en su hogar. En cambio, la ley es a menudo utilizada por muchas mujeres para resolver cuestiones familiares, de Derecho de Familia, fenómeno que también es responsable por desviar la atención de las cuestiones realmente importantes.

Además, el intercambio entre las distintas ciencias es necesario para identificar cuales casos necesitan una intervención más severa por parte del Poder Judicial. Una buena alternativa que se plantea es proporcionar, a través de la mediación, un entendimiento para los casos menos graves, pues hay muchas situaciones en las que el problema es la falta de comunicación entre la pareja. La mediación incentiva que ambos – agresor y víctima – encuentren la solución que

les convenga, y ese proceso de búsqueda conjunta es lo mejor y lo más efectivo para prevenir futuros hechos violentos. Además, con la adopción de soluciones alternativas en ciertos sucesos, los jueces podrían concentrarse en los casos realmente graves, dándoles la atención necesaria<sup>25</sup>.

Otro problema grave – especialmente en la realidad brasileña – son los mandatos de alejamiento, cuya eficacia aún flota en el plan del “deber ser”, justamente porque no son debidamente fiscalizados por las autoridades, especialmente por la policía. En la vida real – plano del “ser” – lo que ocurre es lo siguiente: los compañeros amenazan sus mujeres y ellas niegan toda la violencia cuando son oídas por un juez. Al final, el agresor logra, en muchos casos, ser absueltos por falta de pruebas. En España, como se ha analizado, los mandatos siguen activos después de la condena, existiendo, incluso, el delito de “quebrantamiento de condena” (artículo 468.2, del Código Penal Español), en el que tanto el agresor como la víctima pueden ser sujetos activos. En ese punto el Estado brasileño necesita desarrollar su actuación para que los mandatos de alejamiento y otras medidas cautelares sean más efectivas.

Para finalizar traigo una reflexión sobre el papel de los medios de comunicación en la problemática que se está analizando. Si bien es cierto que ellos han contribuido para poner este problema en la agenda pública, llamando la atención de las personas y de las autoridades para una toma de conciencia general sobre la multitud de casos graves de agresión contra la mujer, por el hecho de ser mujer<sup>26</sup>. Pero hay un lado sombrío en la actuación de los medios de comunicación, porque muchas veces no sólo no ponen la debida atención en el problema, sino también contribuyen para la “trivialización” de la violencia contra la mujer. Un buen ejemplo – y aquí respetamos las opiniones en contrario – es el contenido del libro *Cincuenta Tonos de Gris*, de E.L. James, que en cierto aspecto alimenta la violencia contra la mujer y colabora para que sea considerada “normal” por la sociedad<sup>27</sup>.

Una cosa es cierta: las leyes, aunque contribuyan para reprimir los delitos, jamás van a cambiar una realidad que ha sido históricamente machista y violenta contra las mujeres. Es necesario ir más al fondo del problema, o sea, desarrollar cambios educacionales desde la familia a la escuela, para que nuevas masculinidades y nuevas feminidades aparezcan. Nuevos hombres y nuevas mujeres son socialmente construidos. En ese sentido, es necesario hacer una conexión con la teoría del *socio constructivismo*, en la que la violencia es definida

por estímulos externos, direccionados por la sociedad<sup>28</sup>. Por eso, hay que romper un paradigma y reconstruir el entendimiento de la sociedad sobre los hombres y sobre las mujeres. Y es justamente la educación – familiar y institucional – que hará el cambio en la mente de las personas, para que no más confundan “amor” con una relación dominación-sumisión, cesando la reproducción de una doble moral, que solamente genera más violencia.

## Notas

<sup>1</sup> En ese sentido cf. reportaje del Euronews sobre la violencia contra la mujer en Suecia: Violencia Doméstica: a face silenciada no país da igualdade de gênero. Disponible en: <http://pt.euronews.com/2013/02/22/violencia-domestica-a-face-silenciada-no-pais-da-igualdade-de-genero/> (acceso el 25.01.2014).

<sup>2</sup> Cf. BOLEA BARDON, Carolina. En los Límites del Derecho Penal Frente a la Violencia Doméstica y de Género, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 2007. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc09-02.pdf> (acceso el 24.01.2014).

<sup>3</sup> La palabra *rebirth* fue empleada en la obra de MAWBY, R. I.; WALKLATE, S. *Critical Victimology*. London: Sage Publications (reprint), 1998, p. 69.

<sup>4</sup> MANZANERA, L. (2005), p. 3.

<sup>5</sup> Cf. A vitimologia e os novos institutos de proteção à mulher vítima de crimes. In <http://www.ufpb.br/evento/liti/ocs/index.php/17redor/17redor/paper/view/195> (acceso el 25.01.2014).

<sup>6</sup> Cf. MANZANERA (2005), p. 92. MENDELSONH introduce la siguiente clasificación de la víctima: 1. Víctima completamente inocente, 2. víctima de culpabilidad menor-víctima por ignorancia, 3. víctima tan culpable como el infractor, 4. Víctima más culpable que el infractor y, 5. Víctima más culpable o únicamente culpable. No se va a desarrollar esas categorías, pero son de importante mención, pues confirman lo que fue dicho anteriormente, o sea, la víctima pasó a poder incluso ser responsable única por un delito.

<sup>7</sup> Según las palabras de B. SCHÜNEMANN, citadas por Reyna Alfaro: “*si el daño social resulta de la conducta de la víctima que desatiende sus propios intereses, entonces, de hecho, la víctima, no el ofensor, debe ser disuadido de comportarse de una forma socialmente dañosa. Y esta intimidación puede ser mejor lograda negándole la protección del Derecho Penal si ella descuido sus propios interés*” (apud. REYNA ALFARO, Luis Miguel. Las víctimas en el Derecho Penal Latinoamericano: presente y perspectivas al futuro. In [http://www.ivac.ehu.es/p278-content/es/contenidos/boletin\\_revista/eguzkilore\\_numero22/es\\_numero22/adjuntos/06%20Reyna.indd.pdf](http://www.ivac.ehu.es/p278-content/es/contenidos/boletin_revista/eguzkilore_numero22/es_numero22/adjuntos/06%20Reyna.indd.pdf), acceso el 25.01.2014).

<sup>8</sup> Hay muchas explicaciones sociológicas sobre la permanencia de la violencia aunque tengamos leyes y medios para reprimirla. Son teorías que bajan a la raíz del los problemas, especialmente considerando que los modelos de masculinidades y

feminidades existentes perpetúan la violencia. Cf., por todos, el excelente artículo de FLECHA, Ramon; PUIGVERT, Lidia; RÍOS, Oriol. *The New Alternative Masculinities and the Overcoming of Gender Violence, in International and Multidisciplinary Journal of Social Sciences* (RIMCIS), 2013. Disponible en: <http://rimcis.hipatiapress.com> (acceso el 25.01.2014). Como este es un trabajo más jurídico, no adentraremos en los planteamientos propuestos por los autores.

<sup>9</sup> <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm> (acceso el 25.01.2014).

<sup>10</sup> El principio de la igualdad está bien puesto en el documento llamado *Oração aos Moços*, un famoso discurso hecho por RUI BARBOSA para los alumnos de la turma de Derecho de 1920 de la Facultad de Derecho del Largo del San Francisco (<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/aosmoccos.html>, acceso el 25.01.2014).

<sup>11</sup> Hay jurisprudencia en Brasil señalando esa posibilidad: decisión de la jueza Ana Claudia Veloso Magalhães de la 1ª Vara Criminal de Anápolis (GO) en el proceso n. 201103873908 (23.09.2011). Disponible en: <http://s.conjur.com.br/dl/homologacao-flagrante-resolucao-cnj.pdf> (acceso el 25.01.2014).

<sup>12</sup> BOLEA BARDON, Carolina. En los Límites del Derecho Penal Frente a la Violencia Doméstica y de Genero, *in Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 2007. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc09-02.pdf> (acceso el 24.01.2014). La profesora critica esa pena diferenciada para los hechos en contexto doméstico (con la conversión de falta en delito) con un interesante ejemplo:

“un único empujón sobre una persona especialmente protegida ya no recibe el mismo tratamiento que sobre cualquier persona (consistente en faltas), sino que se convierte automáticamente en delito de lesiones (del art. 153 CP): esto es, si la víctima es, por ejemplo, una expareja la pena por el maltrato de obra es de 3 meses a 1 año de prisión y, en cambio, si se trata de la vecina, multa de 10 a 20 días”.

<sup>13</sup> Enhorabuena la jurisprudencia brasileña ha autorizado en ciertos casos la aplicación de la *suspensión condicional del proceso*. Cf. Juzgado del Superior Tribunal de Justiça, HC 154801/MS, 6ª Turma, Rel. Min. Celso Limongi, j. 14.12.2010.

<sup>14</sup> Tribunal Supremo, Sentencia 1044/2009, de 3 noviembre. Disponible en: <https://wikipenal.wikispaces.com/09Nov-+Concepto+habitualidad> (acceso en 25.01.2014).

<sup>15</sup> Uno de los problemas que se plantean en relación con las peticiones y concesiones de órdenes de alejamiento, es que no solo se aleja a las personas sino que se aleja a la vida real, y a los problemas prácticos de las relaciones familiares. No es infrecuente que ambos de mutuo acuerdo decidan saltarse la orden de alejamiento, o que exista una reconciliación personal o incluso una convivencia que vulnera la orden. Lo que se convierte en un peligro para el condenado puesto que, en caso de conflicto lo que era un consentimiento de la víctima puede convertirse en un procedimiento penal por quebrantamiento de condena. Recientemente el Tribunal constitucional español ha anulado un par de sentencias que recondenaban a una persona por quebrantamiento de condena (sentencia del Tribunal Constitucional 3531, sala primera, sentencia 16/2012, de 13 de Febrero de 2012, recurso de amparo 2477-2009). Más una prueba de que es exagerado el intento de la ley de interferir demasiado en asuntos privados.

<sup>16</sup> Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª, Sentencia núm. 640/2012 de 6 julio, RJ/2012/8628.

<sup>17</sup> Esa opinión es fruto de mi experiencia profesional como jueza criminal en Arapongás (Paraná). Normalmente, los cuerpos policiales no logran instruir adecuadamente los pedidos de alejamiento. Por eso, en el caso concreto es más difícil detectar si una situación merece o no la tutela judicial.

<sup>18</sup> <http://www.abc.es/agencias/noticia.asp?noticia=1387526>, acceso el 25.01.2014.

<sup>19</sup> Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª, Sentencia núm. 1376/2011 de 23 diciembre, RJ/2012/1932. Tocante a la *intensidad* el Tribunal Supremo señaló que:

*“... Sin embargo, no pueden quedar al margen de los tipos previstos en los arts. 153 y 173 del CP situaciones afectivas en las que la nota de la convivencia no se dé en su estricta significación gramatical – vivir en compañía de otro u otros.*

*–. De lo contrario, excluiríamos del tipo supuestos perfectamente imaginables en los que, pese a la existencia de un proyecto de vida en común, los miembros de la pareja deciden de forma voluntaria, ya sea por razones personales, profesionales o familiares, vivir en distintos domicilios. Lo decisivo para que la equiparación se produzca es que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro. Quedarían, eso sí, excluidas relaciones puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar lo móviles del agresor. En definitiva, la protección penal reforzada que dispensan aquellos preceptos no puede excluir a parejas que, pese a su formato no convencional, viven una relación caracterizada por su intensidad emocional, sobre todo, cuando esa intensidad, aun entendida de forma patológica, está en el origen de las agresiones”.*

<sup>20</sup> El Superior Tribunal de Justiça tiene una competencia semejante al Tribunal Supremo de España.

<sup>21</sup> STJ, CC 103813/MG, 3ª Seção, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 24.06.2009. En el mismo sentido STJ, HC 181217/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 20.10.2011.

<sup>22</sup> En ese sentido cf. sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 1ª, Sentencia núm. 58/2013 de 7 febrero, JUR/2013/105607.

<sup>23</sup> Cf. Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1ª, Sentencia núm. 6/2013 de 25 enero, JUR/2013/93299.

<sup>24</sup> Artículo 118, Ley 7.210/1984 (*Lei de Execução Penal*).

<sup>25</sup> Sobre la experiencia de justicia restaurativa y mediación en Brasil cf. artículo de ANA PAULA FARIA FELIPE, que actúa desde 2010 como mediadora del *Núcleo de Mediação da Fundação Nacional de Mediação de Conflitos Sociais (FNMCS)*. En marzo de 2012 este Núcleo ha empezado una actuación conjunta con la comisaría de crímenes contra la mujer de Contagem (MG) para la prevención y resolución de supuestos de violencia contra la mujer (*Mediação Penal – Um Novo Modelo de Justiça, in Congresso Internacional Interdisciplinar em Sociais e Humanidades, 2012*. Disponible en: <http://www.aninter.com.br/ANAIS%20%20CONITER/GT18%20Acesso%20+%E1%20justi+%BAa,%20direitos%20humanos%20e%20cidadania/>

MEDIA+%E7+%E2O%20PENAL%20%D4%C7%F4%20UM%20NOVO%20MODELO%20DE%20JUSTI+%E7A%20-%20Trabalho%20completo.pdf acceso el 25.01.2014).

<sup>26</sup> En ese sentido CAROLINA BOLEA señala que hay que reconocer la importante labor de los medios de comunicación a la hora de sacar a la luz pública un problema de tanta transcendencia, aunque éstos no siempre contribuyen a formar una correcta percepción de la realidad (En los Límites del Derecho Penal Frente a la Violencia Doméstica y de Género, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2007. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc09-02.pdf> acceso el 24.01.2014).

<sup>27</sup> Esa misma crítica fue desarrollada por AMY BONOMI, del *Department of Human Development Chair, Michigan State University* en el artículo *is Fifty Shades Triumphant for Women? Or Further Entrapping Them?* ([http://www.huffingtonpost.com/amy-e-bonomi/is-fifty-shades-triumphan\\_b\\_3743022.html](http://www.huffingtonpost.com/amy-e-bonomi/is-fifty-shades-triumphan_b_3743022.html), acceso el 25.01.2014).

<sup>28</sup> BERGER, Peter L.; LUCKMANN, T. *La Construcción Social de la Realidad* (título original: *The Social Construcccion of Reality*, traducción de Silvia Zuleta). Buenos Aires: Amorrortu Editores, 2001 y FLECHA, Ramon; PUIGVERT, Lidia; RÍOS, Oriol. *The New Alternative Masculinities and the Overcoming of Gender Violence*, in *International and Multidisciplinary Journal of Social Sciences* (RIMCIS), 2013. Disponible en: <http://rimcis.hipatiapress.com> (acceso el 25.01.2014).

## Referencias

ÁLVAREZ, Carmen Delgado et. al. Patrones de Masculinidad y Femenidad Asociados al Ciclo de La Violencia de Género. *Revista de Investigación Educativa*, Salamanca, 2007, n. 1, p. 187-217.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/aosmoccos.html> (acceso el 25.01.2014).

BARROS, Lyvia Ramos Sales Mendes de. OLIVEIRA, Giordana Bruno Leite de. A vitimologia e os novos institutos de proteção à mulher vítima de crimes. In <http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/17redor/17redor/paper/view/195> (acceso el 25.01.2014).

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, T. *La Construcción Social de la Realidad* (título original: *The Social Construcccion of Reality*, traducción de Silvia Zuleta). Buenos Aires: Amorrortu Editores, 2001.

BOLEA BARDON, Carolina. En los Límites del Derecho Penal Frente a la Violencia Doméstica y de Género, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 2007. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc09-02.pdf> (acceso el 24.01.2014).

BONOMI, Amy. *Fifty Shades Triumphant for Women? Or Further Entrapping Them?* ([http://www.huffingtonpost.com/amy-e-bonomi/is-fifty-shades-triumphan\\_b\\_3743022.html](http://www.huffingtonpost.com/amy-e-bonomi/is-fifty-shades-triumphan_b_3743022.html) (acceso el 25.01.2014).

FARIA FELIPE, Ana Paula. VELOSO, Leticia. *Mediação Penal – Um Novo Modelo de Justiça*, in *Congresso Internacional Interdisciplinar em Sociais e Humanidades*, 2012. Disponible en: <http://www.aninter.com.br/ANAIS%20I%20CONITER/GT18%20>

Acesso%20+%E1%20justi+%BAa,%20direitos%20humanos%20e%20cidadania/MEDIA+%E7+%E2O%20PENAL%20%D4%C7%F4%20UM%20NOVO%20MODELO%20DE%20JUSTI+%E7A%20-%20Trabalho%20completo.pdf acceso el 25.01.2014.

FLECHA, Ramon; PUIGVERT, Lidia; RÍOS, Oriol. The New Alternative Masculinities and the Overcoming of Gender Violence, in *International and Multidisciplinary Journal of Social Sciences* (RIMCIS), 2013. Disponible en: <http://rimcis.hipatiapress.com> (acceso el 25.01.2014).

GONZÁLEZ-BALLESTEROS. Alejandra Mera. *Justicia Restaurativas y Proceso Penal. Garantías Procesales: Límites y Possibilidades*. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v15n2/art06.pdf> (acceso el 25.01.2014).

MANZANERA, Luis Rodríguez. *Victimología – Estudio de la Víctima*. Novena Edición, C. México: Editorial Porrúa, 2005.

MAWBY, R. I.; WALKLATE, S. *Critical victimology*. London: Sage Publications (reprint), 1998.

MELGAR ALCANTUD, Patricia. VALLS CAROL, Rosa. “Estar Enamorada de la Persona que me Maltrata”: Socialización en las Relaciones Afectivas y Sexuales de las Mujeres Víctimas de Violencia de Género (2010). *Trabajo Social Global*, 1 (2), p. 149-161.

MESTRE I MESTRE, Ruth (coord.). *Mujeres, derechos y ciudadanías*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

REYNA ALFARO, Luis Miguel. Las víctimas en el Derecho Penal Latinoamericano: presente y perspectivas al futuro. In [http://www.ivac.ehu.es/p278-content/es/contenidos/boletin\\_revista/eguzkilore\\_numero22/es\\_numero22/adjuntos/06%20Reyna.indd.pdf](http://www.ivac.ehu.es/p278-content/es/contenidos/boletin_revista/eguzkilore_numero22/es_numero22/adjuntos/06%20Reyna.indd.pdf) (acceso el 25.01.2014).

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Crítica da Razão indolente: Contra o Desperdício da Experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 3. ed., São Paulo: Cortez, 2001, vol. 1.

VARELA FERNÁNDEZ, Julia. *Nacimiento de la mujer burguesa: el cambiante desequilibrio de poder entre los sexos*. Madrid: La Piqueta, 1997.



# **DAS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO E A MORAL – UM ENSAIO SOBRE O PENSAMENTO DE KANT**

**FABIANA SILVEIRA KARAM\***

Juíza de Direito Substituta em 2º Grau do TJPR

## RESUMO

*As relações do direito com a moral continuam sendo um dos temas mais agudos da jusfilosofia. No atual estágio do direito positivo, como nunca antes ocorrera, a eticidade está presente radicando estas duas categorias. Mas impõe-se uma retrospectiva histórica para acompanhar e compreender toda esta evolução. O tema mostra-se desafiador em Kant, porquanto inserido em seu sistema, o que lhe dá completude. E, a partir daí, os questionamentos sobre o imperativo categórico revelado pela razão prática, a autonomia da moral e a heteronomia do direito, a aparente antinomia entre liberdade e coatividade, a justiça como a medida da liberdade. A grande indagação a se fazer é até onde e como se dá uma possível interação de moralidade e legalidade em Kant.*

**\* Outra qualificação da autora**

*Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.*

## 1. Breve introdução ao tema

**A**s relações entre o direito e a moral constituem dos mais instigantes assuntos de que se ocupa a filosofia do direito. A filosofia do direito não é uma disciplina jurídica ao lado de outras; não é sequer rigorosamente uma disciplina *jurídica*. É um ramo da filosofia que se ocupa do direito. A filosofia como disciplina e forma de atividade mental do homem não é aplicada somente a certos e limitados setores da realidade.

Pode-se dizer que a filosofia é um certo prisma de visão das coisas, um certo modo de olhar para elas e para a realidade e de sobre estas interrogar. Por ela vemos levantarem-se determinados problemas e dúvidas com que não se preocupam as ciências ou que as ciências já os pressupõem resolvidos.

Esta visão ou contemplação, ainda que das coisas do direito, é precisamente a *filosófica* – nos termos em que foi definida. É uma transposição do jurídico para o campo daquelas interrogações fundamentais que se impõem a respeito de tudo o que possa ser objeto do pensamento – numa palavra, para o campo das preocupações habituais da filosofia.

A filosofia do direito não pode ser cultivada, em harmonia com o que fica exposto, por homens que sejam apenas juristas. Terá de ser cultivada por homens que, tendo alguma coisa de juristas, sejam sobretudo filósofos. E um dos grandes desafios aos jusfilósofos sempre foi o das relações entre direito e moral.

Escreveu Jellinek que ele era o Cabo Horn da ciência jurídica: *perigoso escolho contra o qual muitos sistemas têm naufragado*.

O mundo antigo não conheceu a perfeita separação entre os domínios da moral, do direito e da religião. Entre os preceitos jurídicos de Ulpianus, por exemplo, achamos *honeste vivere*, que é antes um preceito moral. Celso define o direito como *ars boni et aequi*. Mas o grande jurisconsulto Paulus nos legou uma distinção: *non omne quod licet honestum est* (nem tudo o que o direito permite é conforme a moral).

Apenas em época recente encontramos uma teoria genuína desta distinção. Thomasius, em 1705, foi o primeiro a encarar a questão. Para ele, a moral respeitava apenas ao *forum internum*, à vida interior; o direito, ao *forum externum*, à vida exterior. Daí resultava que a *moral não é coercível e o direito é coercível*. O seu pensamento foi levado a

extremos e J. A. Fichte chegou a cavar um valo quase intransponível entre o direito e a moral.

Kant salientou o aspecto da exterioridade do direito, de modo especial. Realçou os motivos da ação e o seu aspecto físico. Os motivos constituem as *ações internas*, campo da moral. O aspecto físico é *foro externo*, campo do direito. Mas o direito também leva em consideração a vida interior do homem quando, por exemplo, procura discernir a boa-fé, o dolo ou a culpa.

Hegel não separa – como Kant – o *ser* da moral do *dever-ser* do direito. Ambos partem da mesma premissa, que é a *liberdade*. Mas, para Hegel, a liberdade é o signo do direito: *o sistema do direito é o reino da liberdade realizada*.

Esta liberdade, porém, não pode ser plena ou perfeita. Entra ela em conflito consigo mesma e se supera pelo conceito oposto (antítese), que a depura e a aperfeiçoa: faz-se então *moralidade*. O direito se manifesta no mundo do espírito objetivo, a moral é o momento subjetivo do dever. Deste conflito entre a *tese* (causa livre) e a *antítese* (dever moral) surge a *síntese*: os costumes.

Ao sistema dos costumes pertencem três formas de organização: família (espírito natural), sociedade (espírito fenomenal) e Estado (espírito orgânico).

Certas tendências filosóficas quase acabaram por cavar verdadeiro abismo entre a moral e o direito.

Mais recentemente, tem tido ampla aceitação a tese do *mínimo ético*, formulada por Jellinek e desenvolvida, entre outros, por Bentham.

O direito seria *parte* da moral. Um conjunto de normas éticas necessárias à vida social e, por isso, dotado de certas características formais. O direito deve ser precisamente determinado. A moral, porém, vive principalmente na consciência individual. Por este motivo, os elementos essenciais da ética adquirem consistência jurídica; os não essenciais permanecem na forma moral.

Bentham deu formas geométricas às ideias de Jellinek. Representou a moral e o direito por dois círculos concêntricos. *O direito teria o mesmo centro que a moral, mas não a mesma circunferência. O círculo menor representaria o campo do direito e o maior o campo da moral*.

Contudo, a inclusão de todo o direito no campo da moral é desarrazoada. Como dizia Paulus, *nem tudo o que é permitido pelo direito está de acordo com a moral*. O direito, *verbi gratia*, nega

*execução* à dívida prescrita. Mas o devedor tem a *obrigação moral* de pagá-la.

Mais perfeita que a figura de Bentham parece a imagem do Du Pasquier, que *representa o direito e a moral como dois círculos secantes*: a área comum contém as regras que, concomitantemente, apresentam qualidade jurídica e caráter moral.

As primeiras codificações deram primazia à letra da lei, que haveria de ser interpretada e aplicada na sua quase literalidade. Os novos códigos, porém, abriram largos espaços à eticidade, porquanto a aplicação da norma não deve prescindir de certos valores que a flexibilizem, ao invés de pretender uniformizar a realidade.

A *norma* não é mais um comando estático no tempo. Quando nela se fala, faz-se referência àquela interpretada, vivente, expressão do processo cultural do qual nasceu e sobre o qual é destinada a incidir. Singular é o seu destino: ela exprime uma realidade historicamente passada e é chamada, ao contrário, a intervir em uma realidade presente, às vezes muito diversa daquela originária.

Com esta nova perspectiva, sem dúvida o direito codificado em seu todo passou a ser permeado pela moral. Apesar da variação também da moral no tempo e no espaço, os grandes preceitos morais se transformaram em normas jurídicas: os bons costumes, a boa-fé, a lealdade comercial, a equidade foram consagrados pelo direito de quase todos os povos, sem discrepância.

O objeto deste ensaio é estudar o tema das relações entre o direito e a moral no pensamento de um dos mais geniais filósofos que a humanidade conheceu: Immanuel Kant (1724 – 1804).

A sua concepção está inserida nas premissas de um sistema filosófico, o que torna atraente o desafio, pois não se trata apenas de buscar diferenciações pontuais e alguns pontos de conexão entre as duas categorias, senão a de entendê-las dentro de um universo muito mais amplo.

## **2. As premissas inovadoras da filosofia kantiana**

Se Kant não pode ser reputado como o fundador da filosofia moderna – que se inicia com Descartes e Bacon –, merece ao menos ser considerado como seu grande renovador. Com ele, a filosofia conhece nova fase. Para o seu pensamento convergiram diversas correntes filosóficas, inclusive antagônicas entre si, como o idealismo, o empirismo

e o positivismo. Ele procurou conciliar o materialismo e o idealismo em um único sistema, embora de direções filosóficas heterogêneas e opostas. Os materialistas históricos acusam o pensamento de Kant de ser usado como arma poderosa pelos seus críticos, ao fazerem considerar a matéria como *coisa em si (noumenon)* e pois de todo incognoscível. Mas, apesar das inevitáveis discordâncias, Kant é, sem dúvida, um dos maiores filósofos de todos os tempos.

A grandeza de sua obra excede em muito os limites deste ensaio. Mas não se pode falar nas relações entre direito e moral sem se destacar a inegável contribuição que Kant deu ao tema.

Convém situar algumas de suas premissas, para entender a lógica com que abordou a questão.

Kant se propusera a indagar sobre as condições, os limites e a validade do conhecimento. Antes dele, a filosofia cuidava mais da *ontologia*. Com Kant, passou do estudo do *ser* para o do *conhecer*. Para ele, não conhecemos a *coisa em si (noumenon)*, senão pela *forma* pela qual ela é apreendida (*fenomenon*). O conhecimento é pois *relativo*, pois não se conhece a *realidade*, apenas a sua *aparência*.

Se isso se passa no campo da filosofia teorética, especialmente no campo da gnoseologia, no campo da *prática* (no mundo da *ação*) o homem já se encontra em melhores condições de chegar à certeza absoluta, o que o conhecimento teorético não lhe pode dar.

Kant expõe os problemas fundamentais do direito na *Metafísica dos Costumes* (1797), obra dividida em duas partes, intituladas *Doutrina do Direito* e *Doutrina da Virtude*. Torna-se também necessário o conhecimento da *Crítica da Razão Prática* (1788) e da *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (1785), onde Kant expõe a sua famosa teoria da moral do dever. Para melhor conhecimento das relações entre direito e Estado, é importante a leitura do apêndice *Sobre a Paz Perpétua* (1795), no qual Kant apresenta o seu projeto para a solução de controvérsias internacionais.

### 3. A lei do dever moral: o imperativo categórico

No mundo prático, temos consciência de um dado *apriorístico*, fruto de uma revelação, que não cabe propriamente dentro do conhecimento científico, *que nos ensina o que devemos e o que não devemos fazer*. Kant, assim, afirma o primado da razão prática sobre a teorética.

Para Kant, existem certas concepções *a priori*, anteriores à própria experiência e cuja existência é admitida sem necessidade de comprovação. Uma dessas concepções apriorísticas é a *liberdade*, noção metafísica da qual não se pode dar uma demonstração teórica.

A liberdade é, pois, um postulado. Mas esta liberdade não pode ser incondicional. Quais são então os limites da liberdade? Para Kant, se a *causa livre*, inerente à razão humana, obedecesse a alguma lei, *livre já não seria*. A causa – *para ser livre* – não pode estar sujeita a coação. Kant encontra os limites da liberdade em uma lei que não constanja, em uma lei que é acatada porque querida e compreendida por um *ser livre*. Qual seria esta lei? É a *lei do dever moral*. A lei do dever moral está no foro íntimo de cada ser.

Kant chama esta lei de *imperativo categórico*. Trata-se de uma máxima da vontade, que o próprio indivíduo elege em princípio de legislação universal e que *ordena incondicionalmente a prática do bem*.

Existem certas concepções *a priori*, anteriores à própria experiência e cuja existência é admitida sem necessidade de comprovação

São imperativos categóricos aqueles que, de maneira imediata, prescrevem que uma *ação* em si mesma contingente torna-se por si mesma objetivamente *necessária* e não um simples *meio* para atingir certo fim<sup>1</sup>. Quando um imperativo vale por si só, objetivamente, sem precisar de qualquer fim exterior, dizemos que é autônomo. E aqui a grande contribuição de Kant, ao introduzir critério de grande significado, destacando a *autonomia* da moral em contraposição à *heteronomia* jurídica. A autonomia indica a exigência suprema que existe no plano moral de uma adequação ou de uma conformidade absoluta entre a regra e a vontade pura do sujeito obrigado<sup>2</sup>. Vontade pura que não significa *isenta de impureza*, mas sim *independente da experiência*.

Eis como Kant enuncia no § 7º da *Crítica da Razão Prática* a sua lei fundamental: “Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa sempre valer ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal.”<sup>3</sup>

E eis o corolário que Kant tira do enunciado: “A razão pura é por si só prática e dá [ao homem] uma lei universal, que chamamos de lei moral.”<sup>4</sup>

No § 8º da referida obra, Kant apresenta o *Teorema IV*, no qual destaca a autonomia da vontade como princípio da lei moral: “A autonomia da vontade é o único princípio de todas as leis morais e dos deveres conforme a elas: contrariamente, toda a heteronomia do arbítrio não só não funda obrigação alguma mas, antes, contraria o princípio da mesma e da moralidade da vontade.”<sup>5</sup>

O princípio da moralidade consiste na independência de toda a matéria de lei e, ao mesmo tempo, na determinação do arbítrio pela simples forma legislativa universal.

Pode-se então concluir que a moral é autônoma, desde que por autonomia se entenda a faculdade ou a qualidade que a vontade tem *de ser lei para si mesma*. É, em outras palavras, o dever e a possibilidade que a vontade tem de impor a si mesma a sua lei. É a identificação entre a vontade *pura* e o enunciado da regra moral.

A moral distingue-se radicalmente do sentido de utilidade e do prazer da ação. Em se atuando com a vontade de obter um resultado útil ou prazeroso, a ação perde logo o caráter moral. O dever moral nos comanda de modo absoluto. É como uma voz sublime, que impõe o respeito, que nos adverte ainda quando não a desejemos escutar. A moral quer que os nossos atos tenham caráter universal.

A isso se reduz a lei moral que Kant designa como “imperativo categórico”: “*Atua de tal modo que a máxima de teus atos possa valer como princípio de uma legislação universal.*”<sup>6</sup>

Para Miguel Reale, no comum da ação moral, vive-se a regra em seu sentido pleno e espontâneo. Ninguém pode praticar um ato *moral* pela força ou pela coação. Neste ponto, a vontade jurídica, porque sujeita à coação, é heterônoma, uma vez que é muito claro que a ação mais honesta, quando cumprida pelo sentimento de não ser punido, não é mais uma ação moral.

Falando da espontaneidade do ato moral, Reale nos dá uma lição de vida, prelecionando que “*a educação para o Bem tem de ser sempre uma transmissibilidade espontânea de valores, uma adesão ao valioso, que não implica nenhuma subordinação que violenta a vontade ou a personalidade*”, o que foi muito bem visto por Kant, quando pôs em evidência o elemento da espontaneidade no mundo moral<sup>7</sup>.

Um dos problemas consiste em saber como a lei moral pode ter um caráter *universal* em termos gerais, qual seja, totalmente universal, sendo condicionada pelos acontecimentos históricos e concepções dos diferentes povos e raças que compõem o universo. A resposta

está na compreensão de que a lei moral é, *ilustrativamente*, como uma *fôrma*. Como tal, é universal e imutável. Porém, seu *conteúdo* é permeado e influenciado por contingências históricas e pelas peculiaridades dos povos, das etnias. Isto não faz por descaracterizar a lei moral.

Há *preceitos morais* que são, de fato, constantes. Outros, assim considerados, podem fazer parte do *conteúdo mutável* da moralidade considerada como lei. Não que sejam obra da vontade *individual* do homem, afetada pelas concepções pessoais de cada qual, pois aí já não estaríamos nos referindo à lei moral.

Trata-se de compreender à perfeição que este caráter de universalidade é *conceitual*, mas que o *conteúdo* dos ditames morais pode mostrar diferentes faces ao longo dos séculos e do contexto geográfico.

Quer dizer que um determinado homem, em um determinado referencial tempo-espaço, pode propor-se, livremente, ao cumprimento de um dever moral reconhecido universalmente.

Na Tailândia, por exemplo, na região mais ao norte, próxima à cidade de Chiang Mai, e outras cidadezinhas como Mae Hong Song, há diversas tribos, chamadas minorias étnicas. De acordo com a literatura sobre tais tribos, na hierarquia *Karen* há muitas peculiaridades, tanto nas vestimentas como nos *costumes*. É o que observa a professora Eva Paulino Bueno, em edição mensal da *Revista Espaço Acadêmico*, datada de junho de 2003.

O grupo conhecido pelos turistas como *Long Neck Karen* vive em Mae Hong Song. Quando a menina atinge os cinco anos de idade, são colocadas argolas de bronze em volta de seu pescoço. Quando cresce, aumenta o número de argolas. São chamadas mulheres girafa. O alongamento chega a 25 centímetros. O fenômeno diz mais com um padrão estético. Mas os documentários a respeito mostram que há uma grande deformação da clavícula, pressionando os ombros para baixo. As crianças brincam em grupos, e é fácil perceber as feridas que se formam, decorrentes de tal técnica.

Estas mulheres sofrem uma lenta e dolorosa deformação do corpo para atingir um ideal de beleza que só tem validade dentro de seu grupo. É uma questão ligada não somente à estética, repita-se, mas aos costumes.

Já as africanas do Congo, através de incrustações de objetos na cartilagem do nariz, lóbulo da orelha e lábios, distorcem radicalmente o formato original de suas feições criando furos gigantescos, e

também é muito comum que produzam queimaduras na pele, criando múltiplas erupções, o que constitui propósito absolutamente cultural, com rituais significativos para estes povos.

Pois bem.

Ao observar meninas de tenra idade, cinco anos, com argolas de bronze em volta de seu pescoço, sentadas em roda, e ver as feridas que se formam e as deformações que cedo se denotam, podemos afirmar que dentro do contexto em que vivem nada há em tal fato que afronte a moral.

Já, se tomássemos o mesmo exemplo ocorrendo em outro contexto, outro país, não seriam considerados os ferimentos propositais causados na criança como algo moralmente aceito.

Assim é, analogicamente, que o conteúdo da moral pode ser mais ou menos variável, dentro de certos fatores temporais e espaciais.

Tal ilustração tem o propósito de que se compreenda melhor o tema do qual tratamos.

Posto isto, temos que Kant, coerentemente, nunca hesitou em assentar a pedra angular de seu sistema no imperativo categórico. Duas coisas – escreveu ele – me encham sempre de novo a alma de admiração e reverência: “*o céu estrelado sobre mim e a lei moral dentro de mim*”.

Para Kant, a *lei do dever moral* é a maior certeza que temos; de tudo podemos duvidar, menos dela. As nossas ações, portanto, não devem ser movidas por impulsos particulares; não deve existir contradição entre as nossas ações individuais e o que deve ser possível a *todos*. É um princípio formal, não diz o que se deve fazer, mas o modo do dever atuar, subordinado à máxima universal.

Deve-se agir com a consciência do dever e pela consciência do dever moral, de modo a tornar possível uma legislação universal, à qual se subsume uma ação particular. O furto, por exemplo, contravém a lei moral e não pode ser *princípio universal*, porque quem furta tende a adquirir uma propriedade ao mesmo tempo em que contraditoriamente a nega.

Não se trata, na verdade, de uma nova moral, porquanto desde Thomasius já se falava do *foro interno* como algo autônomo, mas sim no modo original de se conceber o *imperativo categórico*.

O imperativo categórico é como que um sinal vivo da certeza absoluta, superior a qualquer conhecimento *fenomênico*. Por ele, Kant chega a admitir a existência de Deus e a imortalidade da alma, pois a razão exige necessariamente prêmio ou pena por nossas ações.

Bobbio assim resume os três requisitos fundamentais da ação moral: a) deve ser praticada não para atender a um sentimento ou interesse material, apenas para obedecer à lei do dever. Se um comerciante não abusa de um cliente ingênuo, não porque seja do seu dever, mas para atender seu interesse, não estará praticando uma ação moral; b) a ação moral também não busca um fim, como a felicidade ou a saúde, mas aquela ação cumprida pela máxima que a determina; c) a ação moral é movida apenas pelo respeito à lei do dever moral, sem qualquer outra inclinação<sup>8</sup>.

#### 4. O direito: o mundo do dever-ser

Os homens não vivem isolados, convivem com os seus semelhantes. Como conciliar a *minha* liberdade, com a liberdade alheia? É precisamente esta, segundo Kant, a função do direito.

Kant estabelece uma nítida separação entre dois mundos: o mundo do dever (moral) e o mundo do dever-ser. Parte, para isto, de uma diferença entre os modos de agir. a) *ação interna* (os motivos do agir), b) *ação externa* (o aspecto físico da ação).

Para a moral o importante é apenas o *motivo da ação* (uma ação é boa quando tem por *motivo o respeito à lei moral*). O aspecto físico lhe é indiferente.

Uma ação é boa quando tem por motivo o respeito à lei moral. Deve-se *atuar* com perfeita consciência do dever moral (princípio formal). A mesma ação, praticada contudo em obediência a outro motivo, como por paixão, por sentimento, por impulso, é imoral ou amoral. A ação não pode ter qualquer outra referibilidade que não seja o cumprimento do dever moral. Cite-se, a propósito, este trecho de Kant: “*O fundamento da possibilidade dos imperativos categóricos é o seguinte: não se referem a nenhuma outra possibilidade de escolha, salvo simplesmente a sua liberdade.*”<sup>9</sup>

Veja-se que é possível pensar em um *dever* que seja comum tanto à moral quanto ao direito. O que vai distingui-lo não é o seu conteúdo, mas a *forma* ou o modo de obrigar-se. Se a ação se subordina ao dever, sem qualquer outro impulso, estará no campo da moralidade. Se objetiva uma vantagem ou um interesse, estará na esfera da legalidade.

Retorne-se a Kant, para quem “*obrigação é a necessidade de uma ação livre sob um imperativo categórico da razão*”, e “*dever é a ação*

à qual alguém está obrigado. É, portanto, a matéria da obrigação, e pode haver um único e mesmo dever, embora possamos estar obrigados a ele de diferentes maneiras”<sup>10</sup>.

No entanto, mesmo que em princípio possa parecer contraditório, podemos afirmar que, em Kant, *não há uma separação absoluta entre direito e moral*. Ou seja, não seriam estes representados por esferas que não se tocam. Uma ação válida do ponto de vista jurídico pode ter validade também sob o prisma da moral. É que Kant trata de uma ação à qual o indivíduo está obrigado de diferentes

A moral é autônoma, desde que por autonomia se entenda a faculdade ou a qualidade que a vontade tem de ser lei para si mesma

maneiras, sem porém pregar uma total intangibilidade de instâncias.

Na sequência, observemos que Kant repele qualquer forma de paixão ou de sentimento que possa arvorar-se em regra matriz do agir moral. Não faz distinção entre princípios superiores e inferiores, altruístas ou egoístas. A moral exige a superação de todas as afeições sensíveis; exige a autonomia, ou seja, determinar-se em harmonia com a lei universal do dever.

Kant atingiu com a lei do dever moral um extremo rigorismo, ao qual não foram poupadas críticas. Radicou-se na separação absoluta entre o bem e o mal, sem considerar graus intermediários, sem mencionar a relatividade do valor moral, na distinção de paixões que podem ser mais ou menos egoístas.

Segundo Kant, o direito considera apenas o *aspecto físico do agir*, a ação externa. Os motivos que determinaram a ação seriam desinfluentes. Esta visão kantiana também é criticada, porque ignora a importância e o alcance do *animus* em todos os ramos do direito, não bastando tal premissa para distingui-lo da moral. O direito também investiga a vontade ou a intenção do agente em sua conduta. Ele considera a boa e a má-fé, a ignorância e o erro, os vícios do consentimento, a simulação, o dolo e a imputabilidade. Não se pode desconhecer que a *interioridade* foi uma das mais belas conquistas do direito. O direito penal era puramente objetivo. O *exitus* era o fundamento e a medida da pena. De nada mais se cogitava. Hoje, as apreciações jurídicas passam rapidamente do aspecto exterior ao aspecto interior ou psíquico, pois que sem atentar nele jamais poderão conhecer-se integralmente as ações.

A verdade é que a moral parte da ponderação dos motivos para chegar à consideração do aspecto físico ou externo, ao passo que o direito adota o procedimento inverso.

Para Kant, a lei moral é *interior* e a lei jurídica é *exterior*<sup>11</sup>. Daí estabelecer outra diferença: o direito é coercível, a moral é incoercível (sobre as intenções não se pode exercer violência, a consciência é algo de inacessível).

## 5. Elementos conceituais do direito

Sem perder de vista (a) que o homem é um ser *livre* na ordem prática; (b) que a liberdade é um corolário do imperativo categórico (da ciência do dever moral); (c) que o homem é um *ser social* (nasce e vive para conviver com o próximo), Kant conclui que o direito se reduz a disciplinar as ações externas dos homens para tornar possível a sua coexistência, e assim o conceitua: “O direito é a soma das condições sob as quais o livre uso do arbítrio de cada um possa coexistir com o arbítrio de todos, segundo uma lei universal de liberdade.”<sup>12</sup>

Para Bobbio, vislumbram-se três elementos constitutivos neste conceito. Há, primeiramente, uma *relação externa intersubjetiva* dos homens entre si. Para além disto, trata-se da conciliação de uma relação entre dois *arbítrios*. E o arbítrio diz respeito à capacidade de se autodeterminar, a consciência de que a ação pode produzir um objeto determinado. Em terceiro lugar, esse arbítrio não está referido ao fim pretendido, mas para prescrever a forma pela qual o fim pode ser alcançado. O direito não prescreve o *que* se deve fazer, mas *como* se deve fazer<sup>13</sup>.

Finalmente, nesta definição, ou *máxima da coexistência*, reafirma-se o conceito de liberdade como valor ético supremo. A liberdade coloca o homem acima do mundo *fenomênico*. O homem não é determinado ou pautado pela natureza, mas traz em si um modo superior de se autodeterminar. O homem é livre só enquanto pode se determinar segundo a lei moral, que é imanente ao seu próprio ser. Kant chega a colocar a liberdade e a moralidade acima da própria inteligência e do conhecimento. O direito é o que possibilita a *livre* coexistência dos homens, a coexistência em nome da liberdade, onde cada um pode usufruir da liberdade que lhe é concedida pelo direito de todos os outros de serem tão livres quanto ele.

Pode-se pensar que Kant estivesse a embaralhar as categorias de moral e de direito ao radicá-las na liberdade. Mas a *liberdade* adquire uma relevância diversa, conforme entendida como corolário da lei do dever moral ou como lei universal que permite ao direito a coexistência do livre-arbítrio na vida social.

Assim a liberdade também adquire uma dupla conotação, de liberdade *interna* ou *externa*, conforme referida à moral ou ao direito. Mais precisamente, a liberdade interna inserida no conceito de moral diz respeito a uma relação unilateral *de mim comigo mesmo*. No conceito de direito, entendido como liberdade externa, é evidente uma relação bilateral entre minha pessoa e os outros.

Diz-se que o direito é *heterônomo*, ao contrário da moral, que é *autônoma*. Toda a norma jurídica é instrumento de fins, que não se situam na órbita da norma mesma (segurança geral ordem pública etc.). No mundo jurídico não é indispensável a *fidelidade integral a nós mesmos* que é a nota essencial da vida moral (heterônomo = a norma de conduta nos é ditada de fora). Mas há também que se considerar a influência do meio social que muita vez forma o fundo da moralidade e acaba se impondo ao indivíduo. O homem nasce para viver em sociedade e nem sempre pode evitar a atuação reflexa do meio sobre a sua consciência.

Na ação moral, somos responsáveis somente perante nós próprios. Na ação jurídica, há um dever que nos torna responsáveis perante os outros, há uma relação intersubjetiva. O imperativo categórico se revela desde as primeiras idades no espírito do homem, não assim o dever jurídico. O imperativo categórico guia o homem em todas as suas atitudes diante da vida, inclusive naquelas onde inexistente relação, não assim o dever jurídico.

Como preleciona José M. Vilanova, vê-se uma diferença significativa entre o imperativo categórico pertencente à moral e o imperativo categórico correspondente ao direito: *“En el principio supremo de la moral no aparecen para nada (el uso del arbitrio de) los demás, en cambio en el principio del derecho está involucrada la existencia de los otros.”*<sup>14</sup>

Diga-se, porém, que nem toda a regra de direito tem por efeito necessário o nascimento de uma relação jurídica. A relação jurídica não é onipresente no direito. Claude Du Pasquier cita em especial certas regras de organização que determinam essencialmente as competências dos poderes como as funções legislativas, administrativas e judiciárias. No direito privado, as regras que organizam a família, a tutela ou dispõem sobre a personalidade<sup>15</sup>.

## 6. Liberdade versus coatividade

A maioria dos jusfilósofos entendem a coação como elemento constitutivo do direito. Kant pode incluir-se entre eles. Para Del Vecchio – para quem Kant acolheu o conceito de coação na sua doutrina de direito e, nunca mais, depois dele, se rejeitou tal conceito –, *“aí onde a coercibilidade faltar, faltará o direito. O direito é sempre a determinação de uma relação entre várias pessoas, correspondendo a uma delas a exigibilidade e, portanto, também a coercibilidade. Lógica e realmente, são inseparáveis os conceitos de direito e de coercibilidade”*<sup>16</sup>.

Mas, se o direito pode ser entendido como meio de livre coexistência do arbítrio humano, como ligar a coação ao seu conceito? Há uma aparente antinomia entre a liberdade para cumprir a lei jurídica com a sua coatividade implícita. Kant procura conciliar estes dois termos antitéticos.

Admite Kant que a coação é um obstáculo à liberdade. Mas, se *“um certo uso da liberdade é ele próprio um obstáculo à liberdade de acordo com as leis universais, a coerção que a isso se opõe é conforme à liberdade, de acordo com leis universais. Portanto, ligada ao direito pelo princípio da contradição, há uma competência de exercer coerção sobre alguém que o viola”*<sup>17</sup>.

Bobbio procura desenvolver um raciocínio pelo qual as negativas do não uso devido da minha liberdade, que pode ocasionar a *não liberdade* alheia, converte-se em afirmação autorizadora da coação, que passa a ser preceito consoante a lei universal.

É verdade que o direito é liberdade, mas a liberdade limitada pela presença da liberdade dos outros. Sendo a liberdade limitada e sendo eu um *ser livre*, pode acontecer que alguém *transgrida os limites* que me foram dados. Mas, uma vez que eu transgrida os limites, invadindo com minha liberdade a esfera de liberdade do outro, torno-me uma *não liberdade* para o outro.

No dizer de Kant, *“qualquer um pode ser livre, enquanto eu não prejudicar sua liberdade mediante minha ação externa”*<sup>18</sup>. O outro tem o direito de resistir ao meu ato, que representa um obstáculo à sua liberdade, que resulta pois em sua *não liberdade*<sup>19</sup>. Pelo fato de que não pode repeli-lo a não ser por meio da coação, esta apresenta-se como *um ato de não liberdade* (que reprime o uso incorreto de minha liberdade, cerceando-a), *cumprido para repelir o ato de não liberdade do outro* e, portanto – uma vez que duas negações afirmam –, como um ato restaurador de liberdade.

Bobbio acredita encontrar a solução para o problema no texto kantiano: “A coação é, pois, um conceito antitético com relação à liberdade, mas enquanto surge como remédio contra uma não liberdade anterior, é negação da negação e, então, afirmação. Portanto, ainda que seja antitética com relação à liberdade, a coação é necessária para a conservação da liberdade.”<sup>20</sup>

Kant, pois, considera a coação como um meio indispensável para a atuação do direito e expressa este conceito de maneira drástica: “Qualquer direito em sentido estrito (*ius strictum*) inclui a possibilidade de um uso inteiramente recíproco de coação, que é compatível com a liberdade de todos de acordo com leis universais.”<sup>21</sup>

Admite, entretanto, duas situações excepcionais: a *equidade*, que é um caso de *direito sem coação*, e o *estado de necessidade*, que é a hipótese de uma *coação sem direito*<sup>22</sup>.

## 7. A justiça como liberdade

O conceito de justiça foi sempre controvertido, desde os romanos, que chegavam a confundi-la com a própria moral. O preceito de Celsus, pelo qual o direito é *a arte do bom e do justo* (*Ius est ars boni et aequi*), não deixa de ter um fundamento moral: a arte de distinguir o bom [do mau] e o justo [do injusto].

Kant procurou extrair o sentido do *justo* como uma dedução do modelo binário por ele proposto, ao distinguir direito e moral. Na esfera da *legalidade*, não haveria como desvincular o *justo* da noção de direito, de arbítrio e de liberdade. Não haveria como se buscar a justiça na moralidade kantiana, que, em certo sentido, é um preceito neutro, desprovido de sentimentos e fins. Haveríamos então de indagar onde está a justiça no direito, que Kant resume a um ordenamento regido pela liberdade, dispondo sobre as condições para conciliar o livre-arbítrio dos homens entre si.

E esta indagação leva a outros questionamentos. O conceito kantiano de direito se refere ao que o *direito é* ou ao que o *direito deve ser*? Estamos diante de duas vias: a do indicativo (*sein*) e a do imperativo (*sollen*). O que Kant nos dá: o *conceito* de direito ou a *ideia* de direito? O *conceito* de justiça ou a *ideia* de justiça?

O direito não está no mundo do ser. O direito não diz com quem devo me casar, de quem ou o que devo comprar, ou locar, ou emprestar. O direito é formal, diz *como* se deve contratar, *como* nos

devemos conduzir na vida em sociedade. Está pois no mundo do *dever-ser*.

Então, como resolver o problema da *justiça* em Kant? O jurista pode dizer o que é *válido* do ponto de vista jurídico. Mas nem sempre o que *vale*, o que tem eficácia, é *justo*.

Para se compreender o direito como *valor*, para se chegar à ideia de justiça, tem-se que partir de princípios *racionais* apriorísticos, abandonando o terreno empírico. Eis como Kant aborda esta questão: “[O jurisconsulto] *pode, certamente, conhecer e declarar o que venha a ser o direito (quid sit iuris), ou seja, o que as leis, num certo lugar e numa certa época, prescrevem ou prescreveram*, mas se é justo o que estas leis prescrevem e o *critério universal por meio do qual é possível reconhecer em geral o que é justo ou injusto (iustum et iniustum) permanece-lhe completamente obscuro, a menos que abandone por um certo tempo esses princípios empíricos, e (ainda que possa servir-se daquelas leis como excelentes fins condutores)* busque as origens desses juízos na razão pura, como único fundamento de qualquer legislação positiva possível.”<sup>23</sup>

Kant não pretende estabelecer *o que é o direito* na realidade histórica, mas *o que o direito deve ser*, para corresponder ao ideal de justiça. O que Kant busca é o ideal do direito, ao qual qualquer legislação deve adequar-se para poder ser considerada como justa. A justiça estará realizada em um ordenamento que possibilite a coexistência dos arbítrios, consoante uma lei universal de liberdade.

A justiça representa o conjunto de garantias pelas quais posso expressar a minha liberdade externa, não impedida pela ação de *não liberdade* dos outros.

Como muito bem resume Daniel Omar Peres: “*Una noción de justicia debe, necesariamente, tener un dominio en la cual pueda tener algún sentido. Así pues, es en el espacio de la ley que me encuentro con el otro como sujeto moral o jurídico. En esa relación lo justo o la justicia no son anteriores a la ley ni se derivan simplemente de análisis del derecho positivo. El derecho es el ámbito en el cual las proposiciones jurídicas tienen sentido, por lo tanto, la justicia es un concepto que pertenece a ese campo de significación. La noción kantiana de justicia construye su significación en los mecanismos del lenguaje, de la ley e de la coerción.*”<sup>24</sup>

E o que significa para Kant a injustiça? Significa interferir na esfera de liberdade dos outros, ou seja, impedir que os outros – com os quais devo conviver – possam exercer sua liberdade na própria esfera

de liceidade. O direito é concebido como um conjunto de *limites* às liberdades individuais, de modo que cada um tenha a segurança de não ser lesado na própria esfera de liceidade até o momento em que também não lese a esfera de liceidade dos outros. No mundo jurídico, o homem é primeiramente livre para cumprir o seu dever. Se não usa da liberdade para cumprir o seu dever, autoriza o uso da resistência para recompor o equilíbrio perdido e afastar o impedimento, o que se considera *justo* de acordo com as leis universais<sup>25</sup>.

Para Kant, *uma ação é justa quando, por meio dela, ou segundo a sua máxima, a liberdade do arbítrio de um pode continuar com a liberdade de qualquer outro, segundo uma lei universal*<sup>26</sup>.

Todo o pensamento de Kant conflui para teorizar a justiça como liberdade. A teoria da justiça como liberdade é aquela da qual nasce a inspiração para o Estado liberal. Kant chega mesmo a identificar o *direito inato* como o direito à liberdade externa<sup>27</sup>.

Kant não distingue uma ação jurídica de uma ação antijurídica. Mas entre o justo e o injusto, considera que a ação será *injusta* se impedir o livre arbítrio do outro, segundo a máxima da coexistência. Como se verifica, a noção de justiça em Kant está coerente com o seu sistema.

Para que a justiça brilhe com toda a intensidade, é necessário que os membros da associação usufruam da mais ampla liberdade compatível com a existência da própria associação.

Justo seria apenas o ordenamento no qual fosse estabelecida uma ordem na liberdade. Ordenamento jurídico para assegurar a coexistência das liberdades. Liberdade como postulado.

## Notas

<sup>1</sup> KANT, Immanuel – *A metafísica dos costumes*, p. 65.

<sup>2</sup> KANT, Immanuel – *A metafísica dos costumes*, p. 65.

<sup>3</sup> KANT, Immanuel – *Crítica da razão pura*, p. 51.

<sup>4</sup> KANT, Immanuel – *Crítica da razão pura*, p. 52.

<sup>5</sup> KANT, *Crítica da razão pura*, p. 55.

<sup>6</sup> KANT, Immanuel – *A metafísica dos costumes*, p. 67-8.

<sup>7</sup> REALE, Miguel – *Filosofia do direito*, 2<sup>ª</sup> v., p. 393.

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*, p. 54.

<sup>9</sup> KANT, Immanuel – *A metafísica dos costumes*, p. 65.

<sup>10</sup> KANT, Immanuel – *A metafísica dos costumes*, p. 65.

<sup>11</sup> KANT, Immanuel – *A metafísica dos costumes*, p. 73.

<sup>12</sup> KANT, Immanuel – *A metafísica dos costumes*, p. 76.

- <sup>13</sup> BOBBIO, Norberto – *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*, p. 67-8.
- <sup>14</sup> VILANOVA M, José – *Filosofia del derecho y fenomenologia existencial*, p. 136.
- <sup>15</sup> DU PASQUIER, Claude – *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, p. 102.
- <sup>16</sup> DEL VECCHIO, Giorgio – *Lições de filosofia do direito*, p. 277 e 283.
- <sup>17</sup> KANT, Immanuel – *A metafísica dos costumes*, p. 77-8.
- <sup>18</sup> KANT, Immanuel – *A metafísica dos costumes*, p. 77.
- <sup>19</sup> KANT, Immanuel – *A metafísica dos costumes*, p. 77.
- <sup>20</sup> BOBBIO, Norberto – *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*, p. 78.
- <sup>21</sup> KANT, Immanuel – *A metafísica dos costumes*, p. 78.
- <sup>22</sup> KANT, Immanuel – *A metafísica dos costumes*, p. 80.
- <sup>23</sup> KANT, Immanuel – *A metafísica dos costumes*, p. 76.
- <sup>24</sup> PEREZ, Daniel Omar – *Justicia y derecho: Derrida, Kant*.
- <sup>25</sup> KANT, Immanuel – *A metafísica dos costumes*, p. 77.
- <sup>26</sup> KANT, Immanuel – *A metafísica dos costumes*, p. 76-7.
- <sup>27</sup> KANT, Immanuel – *A metafísica dos costumes*, p. 83.

## Referências

- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1969.
- BUENO, Eva Paulino. As feias que me perdoem, mas... *Revista Espaço Acadêmico*, ano III, n. 25, junho de 2003.
- CRETELLA Júnior, J. *Novíssima história da filosofia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado, Editor, 1951.
- DU PASQUIER, Claude. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*. 4. ed. Neuchatel/Suisse: Delachaux & Niestlé, 1967.
- KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes (A doutrina do Direito e a Doutrina da Virtude)*. São Paulo: Edições Profissionais Ltda., 2003.
- Crítica da razão prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith; Gerson BRANCO. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Contribuição ao personalismo jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1954.
- M. ROSENTHAL; P. PUDIN. *Pequeno dicionário filosófico*. São Paulo: Livraria Exposição do Livro, 1959.
- NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- PEREZ, Daniel Omar. *Justicia y derecho: Derrida, Kant*. Curitiba: PUC.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil (Introdução ao Direito Civil Constitucional)*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

RODRIGUEZ-ARIAS, Lino. *Filosofía y filosofía del derecho*. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1985.

SICHES, Luis Recaséns. *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Editorial Porrúa S/A, 1981.

VILANOVA M. José. *Filosofía del derecho y fenomenología existencial*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.

WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho*. 2. ed. Madrid: Aguilar, 1977.

# A FUNÇÃO NORMATIVA DA COERÊNCIA

**FERNANDO ANDREONI VASCONCELLOS\***

Juiz de Direito no Estado do Paraná

## EXCERTOS

*“De um modo geral, o caminho fornecido pela coerência para resolver os problemas normativos é formado pelos seguintes elementos: i) a indução de princípios subjacentes e sua verificação; ii) a determinação da relação de coerência entre os casos delimitados e iii) a determinação da norma mais coerente para o caso problemático”*

*“Impende frisar que o desenvolvimento de raciocínios baseados na coerência exige a tomada de posições – acerca das crenças que serão encampadas –, a partir das quais são desenvolvidas as interpretações coerentistas”*

*“Conforme a área do direito que se está tratando, a coerência poderá ter maior ou menor aplicabilidade, dependendo dos rigores, sobretudo frente à legalidade que determinada matéria impõe”*

### **\* Outras qualificações do autor**

*Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná.*

## 1. Introdução

No estudo da coerência, afirma Juan Pablo Alonso, é possível verificar duas funções básicas, quais sejam, a função “explicativa” e a “normativa”. Enquanto a “função explicativa” implica a descrição das relações de coerência entre um conjunto vasto de regras – um sistema normativo – e um conjunto reduzido de princípios, na “função normativa” os princípios pretendem incidir sobre o conjunto de regras jurídicas, passando a fazer parte das razões que autorizam a justificação no âmbito do direito<sup>1</sup>.

A função explicativa aproxima-se da visão de MacCormick, para quem um conjunto de regras será coerente se todas elas satisfizerem, ou forem concretização, de um princípio mais geral<sup>2</sup>. Em nosso recente *Interpretação do direito tributário: entre a coerência e a consistência*, além de expor as duas funções da coerência já citadas, incluímos uma terceira, chamada de “função estabilizadora de interpretações”<sup>3</sup>.

Todavia, no presente artigo, será apresentada somente a função normativa da coerência, a qual, como se verá, pode ser subdividida em dois aspectos.

## 2. A função normativa da coerência

Para Juan Pablo Alonso, a coerência possui uma primeira função normativa (primeiro aspecto), que constitui uma ferramenta capaz de solucionar situações jurídicas defeituosas – casos jurídicos difíceis –, com ambiguidades, contradições normativas ou lacunas normativas; há também uma segunda função normativa (segundo aspecto), dentro da qual a coerência autoriza que certos princípios que regem um ordenamento possam derrotar determinadas regras do sistema – é chamada de função “princípios que derrotam regras” (*principios que derrotan a reglas*)<sup>4</sup>.

Segundo entendemos, as contradições tratadas pelo primeiro aspecto da função normativa são aquelas que ocorrem somente nos casos difíceis, para os quais as regras tradicionais de resolução de antinomias – por exemplo, *lex superior derogat legi inferiori*, *lex posterior derogat legi priori*, ou *lex specialis derogat legi generali* – não dão conta. Estas formas de solução de antinomias são chamadas de metarregras [*meta-rules*], utilizadas para chegar a uma solução

quando a simples subsunção não é suficiente, mas, por meio de uma segunda subsunção, sob o crivo dessas metarregras e mediante um procedimento chamado de metassubsunção [*meta-subsumption*], é possível obter-se a solução/conclusão<sup>5</sup>.

Assim, os casos difíceis, aludidos no tratamento da primeira função normativa, são aqueles que ensejam maior divergência interpretativa, não raras vezes envolvendo a incidência de princípios jurídicos. De um modo geral, o caminho fornecido pela coerência para resolver os problemas normativos é formado pelos seguintes elementos: i) a indução de princípios subjacentes e sua verificação;

A coerência poderá possuir uma função normativa com maior ou menor cunho criativo

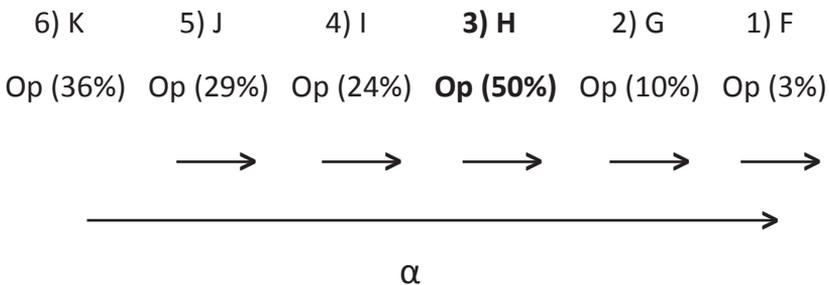
ii) a determinação da relação de coerência entre os casos delimitados e iii) a determinação da norma mais coerente para o caso problemático<sup>6</sup>.

Buscando a síntese, à luz do primeiro aspecto da função normativa da coerência, deve-se definir – ou encontrar – o princípio ou os princípios que se encontram por detrás da celeuma normativa e, através de uma relação de coerência, deve-se procurar a solução mais coerente com o arcabouço axiológico. Tal aspecto da função normativa pode ser inferido a partir da lição de Robert Alexy sobre a coerência, nos itens “ii” e “iii” a seguir descritos, dentro de sua definição de coerência, que pressupõe a conjugação dos seguintes elementos: i) a consistência, enquanto pressuposto mínimo, dentro do qual se exige que um conjunto coerente de proposições não possua nenhuma contradição; ii) a compreensão, cuja exigência se refere à necessidade de que um conjunto coerente de proposições compreenda tantas proposições diferentes quanto possível e, ainda, que elas se encontrem subsumidas sob um conjunto de princípios compatíveis e unificados; iii) a conexão, pela qual se exige a maior quantidade possível de relações positivas de apoio – de justificação ou substanciação – entre os elementos do sistema, de modo que um conjunto de proposições será mais coerente quanto maior for o número de proposições que sejam razão para outras proposições e quanto mais proposições sejam substanciadas por outras<sup>7</sup>.

Por outro lado, a segunda função normativa é demonstrada por Juan Pablo Alonso através de um imaginário sistema progressivo de imposto de renda, a partir das seguintes previsões<sup>8</sup>:

- N1: As rendas anuais até \$ 1.000 (F), pagam 3% [Op(3%)];
- N2: As rendas anuais superiores a \$1.000 e até \$5.000 (G), pagam 10% [Op(10%)];
- N3: As rendas anuais superiores a \$5.000 e até \$25.000 (H), pagam 20% [Op(20%)];
- N4: As rendas anuais superiores a \$25.000 e até \$65.000 (I), pagam 24% [Op(24%)];
- N5: As rendas anuais superiores a \$65.000 e até \$100.000 (J), pagam 29% [Op(29%)];
- N6: As rendas anuais superiores a \$100.000 (K) pagam 36% [OP(36%)].

Tal sistema progressivo é coerente e consistente, com efeito, observando-se uma escala numérica. Analisando-se o quadro abaixo criado por Juan Pablo Alonso, pode-se afirmar que o grupo 3, “Op (50%)”, é incoerente com o conjunto de previsões legais, levando-se em conta o princípio a (princípio da progressividade), porquanto tal grupo deveria ser inferior a 24% (grupo 4) e superior a 10% (grupo 2)<sup>9</sup>.



Com efeito, a coerência demonstra que o princípio “a” pode derrotar, afastar, a norma “H”, justamente em razão de sua incoerência<sup>10</sup>. É interessante notar que Juliano Maranhão subdivide os casos de incoerência entre: i) “casos de inconsistência”, em que normas distintas do ordenamento indicam soluções opostas para determinada ação; ii) “casos difíceis”, dentro dos quais há conflito entre a norma e o princípio subjacente que justifica a própria criação da norma, ou ainda, quando há conflito entre princípios subjacentes de distintas normas igualmente aplicáveis<sup>11</sup>.

Compulsando o quadro acima, após a constatação da incoerência, surge o questionamento acerca de qual norma deve, com base na coerência, tomar o lugar da norma “H”. A resposta a tal pergunta depende dos limites do direito positivo, o que será visto a seguir.

### 3. Os limites da função normativa da coerência

Seria possível adequar, à luz da coerência e da progressividade, o grupo “H” para que a incoerência seja expurgada? Quais seriam os limites? E os parâmetros, seguindo o sistema constitucional brasileiro? Ou ainda, caso o dispositivo que estabeleça a alíquota para o grupo “H” não seja definido pela legislação, ocorrendo verdadeira lacuna, seria possível estipular por meio da interpretação aquilo que é devido? Dessarte, é certo que o Supremo Tribunal Federal já entendeu que não cabe ao Poder Judiciário autorizar a correção monetária da tabela progressiva do imposto de renda, à mingua de previsão legal nesse sentido, em razão da própria tripartição dos poderes<sup>12</sup>.

Nada obstante, em relação à lacuna na definição da alíquota do grupo “H”, Juan Pablo Alonso sustenta que a coerência oferece a possibilidade de estabelecer limites máximos e mínimos da alíquota, para os casos de lacuna normativa, da seguinte maneira<sup>13</sup>:

Norma máxima		Norma mínima	
1) $I \Rightarrow Op(24\%)$	-N4-	1) $G \Rightarrow Op(10\%)$	-N2-
2) $I > H$	- $\alpha$ -	2) $H \Rightarrow G$	- $\alpha$ -
$H \Rightarrow Op (p \Rightarrow 24\%) (1,2)$	-N3 max-	$H \Rightarrow Op (p \Rightarrow 10\%) (1,2)$	-N3 min-

Assim, em razão da coerência, surge um panorama de soluções admissíveis, à luz do princípio a, de modo que a alíquota deve ser maior que 10% e menor que 24%, de sorte que: N3 -max- & N3 -min- =  $H \Rightarrow Op (24\% > p > 10\%)$ <sup>14</sup>. Juan Pablo Alonso vai além e questiona se seria possível, por intermédio da coerência, definir uma alíquota média entre 10% e 24%, seguindo a porcentagem de toda a cadeia de progressividade, para alcançar uma alíquota de 17%. A resposta é negativa, o que, segundo ele, não retira a potencialidade da coerência, seja para descartar soluções incoerentes [como “Op(30%)” ou “Fp”] e, ainda, para servir como instrumento capaz de delimitar soluções coerentes com o ordenamento<sup>15</sup>.

De certo modo, a experiência jurisprudencial brasileira já enfrentou situações análogas, sobretudo nos casos de declaração de inconstitucionalidade, quando o órgão julgador se depara com a necessidade de, além de reconhecer a inconstitucionalidade de determinado preceito tributário, ter que definir qual será a norma

jurídica aplicável, em virtude da inconstitucionalidade da previsão então incidente. Esse é um problema de direito material e, não raras vezes, toca em pontos nevrálgicos, que envolvem a tripartição dos poderes, exatamente quando se discute a força criativa entabulada na decisão judicial. Como regra, inclusive de maneira positivada no direito positivo brasileiro, a declaração de inconstitucionalidade torna aplicável a legislação anterior, acaso existente, conforme previsão do artigo 11, § 2º, da Lei 9.868, de 1999. Entretanto, nem sempre existe legislação anterior, ou ainda, nem sempre é possível aplicar a legislação anterior; por exemplo, quando ela apresenta a mesma mácula que gerou a inconstitucionalidade. Para esses casos, discute-se qual seria o parâmetro a ser adotado pelo julgador, a fim de determinar a legislação aplicável.

Os tribunais brasileiros enfrentaram a questão referente à inconstitucionalidade da progressividade do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana – IPTU, antes da vigência da Emenda Constitucional 29, de 2000, fato que, inclusive, gerou a edição da Súmula 668, pelo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “é inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana”. Uma importante controvérsia, então, surgiu, no momento em que se deveria definir qual a alíquota a ser aplicada ao IPTU, após o reconhecimento da inconstitucionalidade da progressividade então prevista. Isso porque, em alguns municípios, a legislação anterior também previa a progressividade, de forma igualmente inconstitucional.

No caso do Município de Curitiba, por exemplo, entendeu-se que a legislação anterior também padecia de inconstitucionalidade, de modo que, na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal, determinou-se a aplicação da alíquota mínima prevista na legislação maculada, sob o fundamento de que o reconhecimento da inconstitucionalidade da progressividade não implicaria a nulidade do lançamento ou a dispensa do pagamento do tributo<sup>16</sup>.

Vê-se, pois, que se trata de uma tomada de posição acerca da legislação aplicável, em um cenário de lacuna normativa, em que

Um conjunto de regras será coerente se todas elas satisfizerem, ou forem concretização, de um princípio mais geral

a legislação anterior não poderia ser aplicada. Para assumir tal posicionamento, foi necessário encampar a premissa segundo a qual a declaração de inconstitucionalidade da progressividade não atingiria a alíquota básica do tributo.

Dessarte, impende frisar que o desenvolvimento de raciocínios baseados na coerência exige a tomada de posições – acerca das crenças que serão encampadas –, a partir das quais são desenvolvidas as interpretações coerentistas.

#### 4. Síntese final

Apresentou-se no presente artigo a função normativa da coerência, as suas potenciais aplicações e seus limites. Verifica-se que a coerência, a depender das peculiaridades do ordenamento jurídico, poderá possuir uma função normativa com maior ou menor cunho criativo. Da mesma forma, conforme a área do direito que se está tratando, a coerência poderá ter maior ou menor aplicabilidade, dependendo dos rigores, sobretudo frente à legalidade que determinada matéria impõe.

#### Notas

<sup>1</sup> ALONSO, Juan Pablo. *Interpretación de las normas y derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Del Puerto, 2006. p. 188-9.

<sup>2</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 247.

<sup>3</sup> VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Interpretação do direito tributário: entre a coerência e a consistência*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 59-66.

<sup>4</sup> ALONSO, Juan Pablo. *Interpretación de las normas y derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Del Puerto, 2006. p. 188-9.

<sup>5</sup> Cfr. ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: a structural comparison. *Ratio Juris*. Oxford, v.16, n. 4, p. 434, 2003.

<sup>6</sup> ALONSO, Juan Pablo. *Interpretación de las normas y derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Del Puerto, 2006. p. 237.

<sup>7</sup> Cfr. ALONSO, Juan Pablo. *Interpretación de las normas y derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Del Puerto, 2006. p. 152. Tal visão também se aproxima da ideia de melhor explicação, tratada por Amalia Amaya: “Na busca da melhor explicação, diz Amalia Amaya, são percorridos três passos: (i) a geração ou o descobrimento dos elementos relevantes, no âmbito fático (hipóteses fáticas e provas) e no âmbito jurídico (hipóteses interpretativas e elementos normativos); (ii) a procura, a elaboração e o refinamento de um conjunto de alternativas de

decisão que, prima facie, apresentam-se plausíveis; (iii) finalmente, a avaliação e a comparação das alternativas de decisão, visando a seleção de uma delas como justificada. Nessa perspectiva, a inferência da melhor explicação ocorre não somente no contexto do descobrimento, mas também na justificação das conclusões, sobretudo neste último caso, por ser um mecanismo de maximização da coerência, de tal modo que as conclusões de uma inferência da melhor explicação estão justificadas em virtude de se apresentarem como mais coerentes entre o conjunto de alternativas relevantes. Juliano Maranhão traz um exemplo que ilustra bem a questão. A partir de uma placa inserida no parque da cidade, com o comando ‘proibida a entrada de veículos’, é possível verificar que, na base dessa determinação, encontra-se a crença de que ‘os veículos trazem risco de acidente no parque’; a generalização ocorrida entre a entrada de veículos e o risco de acidentes é uma forma utilizada pelo legislador para evitar acidentes, sendo que, na óptica da ‘melhor explicação’, infere-se, abduktivamente, que a base da intelecção é formada pelo princípio de que é proibido entrar no parque com qualquer coisa que cause risco de acidente. Nesse exemplo, as bicicletas não geram perigo de acidente, de modo que o direito de andar de bicicleta, no parque, prevalece sobre a placa segundo a qual é proibido entrar de veículo” (VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Interpretação do direito tributário: entre a coerência e a consistência*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 38-9).

<sup>8</sup> ALONSO, Juan Pablo. *Interpretación de las normas y derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Del Puerto, 2006. p. 189-93.

<sup>9</sup> ALONSO, Juan Pablo. *Interpretación de las normas y derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Del Puerto, 2006. p. 253.

<sup>10</sup> Sobre o tema da derrotabilidade, v.: SERBENA, Cesar. (coord.) *Teoria da derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2012; PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. The three faces of defeasibility in the law. *Ratio Juris*, v.17, p. 118-139, 2004; BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. *Isonomía – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 13, p. 90 e ss., 2000; PAZOS, María Inés. Derrotabilidad sin indeterminación. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 25, p. 441 e ss., 2002; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010.

<sup>11</sup> MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 123.

<sup>12</sup> “3. Conforme jurisprudência reiterada deste Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário autorizar a correção monetária da tabela progressiva do imposto de renda na ausência de previsão legal nesse sentido. Entendimento cujo fundamento é o uso regular do poder estatal de organizar a vida econômica e financeira do país no espaço próprio das competências dos Poderes Executivo e Legislativo” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal – RE 388312 – Rel. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia – Tribunal Pleno – j. em 01.08.2011).

<sup>13</sup> ALONSO, Juan Pablo. *Interpretación de las normas y derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Del Puerto, 2006. p. 239.

<sup>14</sup> ALONSO, Juan Pablo. *Interpretación de las normas y derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Del Puerto, 2006. p. 239.

<sup>15</sup> *Idem*.

<sup>16</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná – Agravo de Instrumento 671590-6 – Rel. Fernando Antonio Prazeres – j. em 12.07.2010 – DJ 20.07.2010.

## Referências

ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: a structural comparison. *Ratio Juris*, Oxford, v. 16, n. 4, p. 433-49, 2003.

ALONSO, Juan Pablo. *Interpretación de las normas y derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Del Puerto, 2006.

BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. *Isonomía – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 13, p. 87-117, 2000.

PAZOS, María Inés. Derrotabilidad sin indeterminación. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 25, p. 441-70, 2002.

PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. The three faces of defeasibility in the law. *Ratio Juris*, v. 17, p. 118-39, 2004.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo Rio de Janeiro: Campus, 2008.

MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

SERBENA, Cesar. (coord.) *Teoria da derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2012.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010.

\_\_\_\_\_. *Interpretação do direito tributário: entre a coerência e a consistência*. Curitiba: Juruá, 2014.

# EXISTE ILÍCITO PENAL TRIBUTÁRIO DECORRENTE DA GUERRA FISCAL?

**ALESSANDRO SILVERIO\***

Professor de Direito Penal da Universidade Positivo

## EXCERTOS

*“A compreensão do conteúdo formal e material da Lei 8.137/90 revela que referido texto legislativo define duas espécies de crimes contra a ordem tributária, a saber: (i) os crimes praticados por particulares (artigos 1º e 2º) e (ii) os crimes praticados por funcionários públicos (art. 3º)”*

*“A declaração de inconstitucionalidade das leis estaduais poderia retroagir para determinar a incidência, desde que os tributos pagos a menor no período de vigência de referidas leis fossem lançados em dívida ativa, da hipótese típica prevista no artigo 1º da Lei 8.137/90?”*

*“Os contribuintes beneficiados com as normas estaduais declaradas inconstitucionais pelo Supremo, e que pagaram tributo a menor durante o período de vigência de tais normativas, não podem ser responsabilizados criminalmente”*

*“Se o lançamento do tributo devido vincula-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação, sendo este regido pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada, torna-se nítido que o lançamento do tributo deveria basear-se nas leis vigentes à época do fato gerador, independentemente da superveniente declaração de inconstitucionalidade dessas leis por parte do Supremo, não cabendo ao estado reivindicar o pagamento da diferença na própria via administrativa”*

*“Como o comportamento perpetrado pelos contribuintes beneficiados pelas normativas estaduais declaradas inconstitucionais não foi praticado mediante fraude, torna-se ausente o dolo caracterizador do ilícito, o que afasta a tipicidade do delito previsto no artigo 1º da Lei 8.137/90”*

**\* Outra qualificação do autor**

*Advogado criminalista.*

## 1. Introdução

O Estado do Paraná, por intermédio das leis estaduais 13.212/01 e 13.214/01, concedeu benefícios tributários às empresas que fabricassem seus produtos dentro do território paranaense, naquilo que se convencionou chamar guerra fiscal.

Como esse tratamento tributário diferido prejudicava a arrecadação de outros entes federados, o Estado de São Paulo aviou, perante o Supremo Tribunal Federal, ação direta de inconstitucionalidade, pugnando pela declaração de inconstitucionalidade das leis tributárias paranaenses.

A suprema corte brasileira, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2548, ocorrido em 10 de novembro de 2006, à unanimidade, julgou procedente a ação, declarando, portanto, inconstitucionais as leis 13.212/01 e 13.214/01 do Estado do Paraná. Segundo o voto condutor, as leis paranaenses declaradas inconstitucionais infringiam o conteúdo do artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea g, da Constituição Federal.

Referido julgado encontra-se assim ementado:

*“EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Leis nº 13.212/01 e 13.214/01, do Estado do Paraná, que concederam benefícios fiscais de ICMS de várias espécies (isenção, redução de base de cálculo, créditos presumidos e dispensa de pagamento), sem a observância de lei complementar federal e sem a existência de convênio entre os Estados e o Distrito Federal. 3. Violação ao art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade. Precedentes. 4. Ação direta julgada procedente.”*

Pois bem. Após a declaração de inconstitucionalidade das normas tributárias editadas pelo Estado do Paraná, o fisco paulista passou a autuar as empresas paranaenses que se valeram destas leis, declaradas inconstitucionais pelo Supremo, para recolher tributos a menor.

Como se não bastasse, após o encerramento do procedimento administrativo fiscal, o fisco paulista passou a remeter cópia dos autos para o Ministério Público bandeirante a fim de que a eventual responsabilidade penal fosse apurada. Como consequência, houve a instauração de inúmeros inquéritos policiais.

Resta saber, contudo, se existe ilícito penal de índole tributária no comportamento dos administradores das empresas que,

durante o período de vigência das normas tributárias declaradas inconstitucionais, recolheram tributo a menor com base em tais normativas.

## **2. Dos ilícitos penais tributários previstos na Lei 8.137/90**

A compreensão do conteúdo formal e material da Lei 8.137/90 revela que referido texto legislativo define duas espécies de crimes contra a ordem tributária, a saber: (i) os crimes praticados por particulares (artigos 1º e 2º) e (ii) os crimes praticados por funcionários públicos (art. 3º)<sup>1</sup>.

Com o objetivo de tornar o presente artigo o mais didático possível, esclarece-se, também, que a primeira dessas espécies está subdividida em duas subespécies, uma relacionada à hipótese de crime de resultado (artigo 1º) e outra relacionada à hipótese de crime de mera conduta (artigo 2º).

De igual forma, antecipa-se que a hipótese prevista no artigo 3º da Lei 8.137/90, por óbvio, foge do escopo do presente trabalho, uma vez que referido comportamento típico, como anteriormente esclarecido, apenas pode ser praticado por funcionário público no exercício de sua função.

Portanto, o objeto que será tratado no presente artigo circunscreve-se à seguinte questão: saber se os contribuintes beneficiados com as leis estaduais declaradas inconstitucionais pelo Supremo poderiam ser responsabilizados criminalmente pela prática do crime previsto no artigo 1º da Lei 8.137/90, em virtude dos benefícios obtidos no período em que tais leis estaduais vigeram.

### **2.1. A esfera penal, no que concerne às hipóteses típicas previstas no artigo 1º da Lei 8.137/90, é autônoma ou vinculada à esfera administrativa?**

É assente na doutrina que o crime previsto no artigo 1º da Lei 8.137/90 é um crime material, exigindo a efetiva supressão ou redução de tributo<sup>2</sup>. Aliás, o escólio doutrinário é claro nesse sentido:

*“O sujeito ativo, quando comete alguma das condutas descritas no art. 1º da Lei 8.137/90, o faz com o intuito de suprimir ou reduzir tributo, de modo que sem a redução ou ausência de pagamento do tributo o delito não existe, tratando-se de crime material.”<sup>3</sup>*

Nesse contexto, a partir de tal posicionamento doutrinário, estabeleceu-se uma controvérsia no seio da jurisprudência referente à autonomia da instância penal em relação à instância administrativa.

Em outras palavras, indagou-se à jurisprudência se o prévio exaurimento da via administrativa constituía condição objetiva de punibilidade, ou se o juízo positivo de tipicidade, no que concerne às hipóteses previstas no artigo 1º da Lei 8.137/90, independia do exaurimento da esfera administrativa.

A jurisprudência, em um primeiro momento, entendeu que a instância penal era autônoma, razão pela qual compreendia que o prévio exaurimento da via administrativa não constituía condição objetiva de punibilidade.

Aluda-se que esse entendimento ficou estampado quando o ministro Néri da Silveira, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ao despachar o pleito liminar formulado na ADI 1.571, em que se pretendia a declaração de inconstitucionalidade do artigo 83 da Lei 9.430/96, assim se pronunciou:

*“Não define o art. 83 da Lei nº 9.430/96, desse modo, condição de procedibilidade para a ação penal pública, pelo Ministério Público, que poderá, na forma de direito, mesmo antes de encerrar a instância administrativa, que é autônoma, iniciar a instância penal, com a propositura da ação correspondente.”*

Vale lembrar que referida decisão liminar foi referendada pelo Pleno do Supremo, de modo que foi prolatado acórdão assim ementado:

*“EMENTA: – Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei nº 9430, de 27.12.1996, art. 83. 3. Arguição de inconstitucionalidade da norma impugnada por ofensa ao art. 129, I, da Constituição, ao condicionar a notitia criminis contra a ordem tributária “a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário”, do que resultaria limitar o exercício da função institucional do Ministério Público para promover a ação penal pública pela prática de crimes contra a ordem tributária. 4. Lei nº 8137/1990, arts. 1º e 2º. 5. Dispondo o art. 83, da Lei nº 9430/1996, sobre a representação fiscal, há de ser compreendido nos limites da competência do Poder Executivo, o que significa dizer, no caso, rege atos da administração fazendária, prevendo o momento em que as autoridades competentes dessa área da Administração Federal deverão encaminhar ao Ministério Público Federal os expedientes contendo notitia criminis, acerca de*

*delitos contra a ordem tributária, previstos nos arts. 1º e 2º, da Lei nº 8137/1990. 6. Não cabe entender que a norma do art. 83, da Lei nº 9430/1996, coarcte a ação do Ministério Público Federal, tal como prevista no art. 129, I, da Constituição, no que concerne à propositura da ação penal, pois, tomando o MPF, pelos mais diversificados meios de sua ação, conhecimento de atos criminosos na ordem tributária, não fica impedido de agir, desde logo, utilizando-se, para isso, dos meios de prova a que tiver acesso. 7. O art. 83, da Lei nº 9430/1996, não define condição de procedibilidade para a instauração da ação penal pública, pelo Ministério Público. 8. Relevância dos fundamentos do pedido não caracterizada, o que é bastante ao indeferimento da cautelar. 9. Medida cautelar indeferida.”*

Na mesma alheta, pode-se citar o que decidiu a 1ª Turma do Supremo no julgamento do HC nº 80.764, relatado pela ministra Ellen Gracie:

*“EMENTA: Habeas corpus – Crime capitulado no art. 1º, II da Lei nº 8.137/90 – Acórdão do STJ que, ao dar provimento a recurso ordinário do MPF, analisando o único fundamento em que se baseou o acórdão do TRF da 3ª Região, assentou não ter criado o art. 83 da Lei nº 9.430/96 condição de procedibilidade para o exercício da ação penal – Precedente do STF no mesmo sentido: ADIn nº 1571/DF-Liminar – Habeas corpus indeferido.”*

Contudo, posteriormente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal modificou esse entendimento, passando a compreender que o exaurimento da instância administrativa era condição objetiva de punibilidade, vinculando a instância penal à instância administrativa.

Esse giro na jurisprudência da suprema corte restou consubstanciado no julgamento do HC nº 81.611, relatado pelo ministro Sepúlveda Pertence. A ementa desse julgado apresenta o seguinte teor:

*“EMENTA: I. Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo. 1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 – que é material ou de resultado –,*

*enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo. 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. 9249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal. 3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo.”*

O crime previsto no artigo 1º da Lei 8.137/90 é um crime material, exigindo a efetiva supressão ou redução de tributo

Diga-se, ainda, que esse entendimento fez com que o Supremo Tribunal Federal sufragasse o verbete sumular vinculante n. 24, assim redigido:

*“Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.”*

Reside aqui, nesse ponto, o cerne da questão tratada neste trabalho. Observe-se que, em tese, as leis estaduais declaradas inconstitucionais pelo Supremo não teriam o condão de repercutir na esfera criminal, o que poderia tornar o objeto aqui recorrido despropositado. Gize-se, *em tese*.

Faz-se essa afirmação porque, após a modificação da orientação jurisprudencial do Supremo, verifica-se que a suprema corte retirou a autonomia da instância penal, vinculando-a com a instância administrativa.

Desse modo, leis estaduais que, aprioristicamente, não influenciariam no juízo positivo de tipicidade, no que diz respeito às condutas previstas no artigo 1º da Lei 8.137/90, passaram a condicionar objetivamente tais incidências típicas.

Daí a necessidade do enfrentamento do tema, uma vez que os contribuintes beneficiados com as leis estaduais declaradas

inconstitucionais pelo Supremo poderiam responder criminalmente pelo pagamento a menor de tributos, na medida em que foram beneficiados mediante a isenção de tributos, redução da base de cálculo, concessão de créditos tributários ou permissão de dispensa de pagamento de imposto diferido (leis estaduais n. 13.212/01 e 13.214/01), no período de vigência dos referidos textos normativos declarados inconstitucionais.

Esclareça-se, assim, que o enfrentamento do tema será desenvolvido a partir de três argumentos.

## **2.2. Da atipia dos comportamentos perpetrados pelos contribuintes que se beneficiaram das normas declaradas inconstitucionais**

Como já adiantado, a norma prevista no artigo 1º da Lei 8.137/90 trata de um crime material que exige como condição objetiva de punibilidade – *nos termos da jurisprudência do Supremo*<sup>4</sup> – o lançamento definitivo do tributo devido em dívida ativa.

Esse entendimento assentado pela jurisprudência do Supremo deve ser analisado a partir de dois ângulos. Primeiro: a instância administrativa repercute diretamente na esfera penal, vinculando-a. Segundo: o juízo positivo de tipicidade, no alusivo às práticas delitivas previstas no artigo 1º da Lei 8.137/90, depende necessariamente que haja um tributo – não pago, ou recolhido a menor, ao fisco – lançado de forma definitiva em dívida ativa.

O primeiro vértice demonstra que leis estaduais podem, no que diz respeito aos tributos estaduais, influenciar diretamente a instância penal, condicionando objetivamente a punibilidade dos ilícitos tributários previstos no artigo 1º da Lei 8.137/90. Em outras palavras, as leis paranaenses de índole tributária, declaradas inconstitucionais pelo Supremo, também eram leis de natureza penal, na medida em que as instâncias, administrativa e penal, pelo teor da súmula 24 do STF, passaram a estar vinculadas.

Logo, a declaração de inconstitucionalidade das leis paranaenses (declaradas inconstitucionais pelo Supremo no julgamento da ADI 2.548) poderia repercutir, como de fato tem repercutido (inúmeros inquéritos policiais tramitam no Estado de São Paulo para apurar a existência de crime tributário decorrente da chamada guerra fiscal), na esfera criminal.

Contudo, o princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República, exige uma indagação:

a declaração de inconstitucionalidade das leis estaduais poderia retroagir para determinar a incidência, desde que os tributos pagos a menor no período de vigência de referidas leis fossem lançados em dívida ativa, da hipótese típica prevista no artigo 1º da Lei 8.137/90?

A resposta deve ser negativa, porquanto o princípio da legalidade impõe que a lei penal, de qualquer natureza – e aqui as leis declaradas inconstitucionais projetavam efeitos penais de natureza tributária – não pode retroagir, salvo para beneficiar o acusado. Esse mesmo princípio entende que a lei penal benéfica, retirada do mundo jurídico – revogada por exemplo –, deve ultra-agir para beneficiar o acusado, desde que o fato tenha sido praticado durante o período de sua vigência.

Sobre a irretroatividade da lei penal, vale citar a lição de Claus Roxin:

*“La prohibición de la retroactividad rige respecto de todos los presupuestos de la punibilidad del Derecho material; y tampoco es admisible una supresión o restricción retroactiva de las causas de justificación. Además rige también respecto de la pena y sus consecuencias accesorias.”<sup>5</sup>*

Na mesma senda são os ensinamentos de Francisco de Assis Toledo:

*“Em suma, a norma de direito material mais severa só se aplica, enquanto vigente, aos fatos ocorridos durante sua vigência, vedada em caráter absoluto a sua retroatividade. Tal princípio aplica-se a todas as normas de direito material, pertençam elas à Parte Geral ou à Especial, sejam normas incriminadoras (tipos legais de crime), sejam normas reguladoras da imputabilidade, da dosimetria da pena, das causas de justificação ou de outros institutos de direito penal.”<sup>6</sup>*

Portanto, os contribuintes beneficiados com as normas estaduais declaradas inconstitucionais pelo Supremo, e que pagaram tributo a menor durante o período de vigência de tais normativas, não podem ser responsabilizados criminalmente, sendo certo sustentar, dado o vínculo existente entre as instâncias penal e administrativa, que a declaração de inconstitucionalidade das leis estaduais por parte do Supremo não pode fazer com que os efeitos dessa decisão declaratória de inconstitucionalidade, na esfera penal, retroajam para atingir criminalmente fatos pretéritos, mesmo que após a declaração de

inconstitucionalidade destas normas exista o lançamento definitivo dos tributos em dívida ativa.

Assim, embora, em regra, a decisão declaratória de inconstitucionalidade tenha efeito *ex tunc*, no caso de declaração de inconstitucionalidade de norma penal mais benéfica tal decisão deve ter efeito *ex nunc*.

Aliás, a respeito da declaração de inconstitucionalidade de norma penal mais benéfica, com muita propriedade manifesta-se Guilherme de Souza Nucci, frisando que nesta situação o controle de constitucionalidade deve surtir efeito *ex nunc*:

*“A lei penal inconstitucional pode servir para beneficiar o réu, desde que o juiz entenda correta a sua aplicação. Em verdade, o controle de constitucionalidade feito pelo magistrado, quando aplica a lei ao caso concreto, é cabível e efetivado de forma independente, ou seja, caso entenda ser a norma constitucional, certamente poderá o juiz aplicá-la à situação vivenciada pelo réu. Assim, até que seja considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, parágrafo 2º, da Constituição), em decisão que produza eficácia contra todos e efeito vinculante, deixando o sistema jurídico, está em pleno vigor, de modo que é capaz de produzir efeitos benéficos ao réu. Por outro lado, não há como obrigar o juiz, que considere inconstitucional uma determinada norma, a aplicá-la, ainda que beneficie o acusado ou condenado. Mas quando o Supremo Tribunal Federal exercer o controle de constitucionalidade direto, declarando inconstitucional uma norma penal benéfica, já utilizada por vários magistrados, por exemplo, deve aplicar o efeito ex nunc (produz efeitos somente a partir da decisão de inconstitucionalidade) à sua decisão, sob pena de gerar prejuízos incalculáveis à segurança jurídica e ao indivíduo, que culpa não teve quando o Estado gerou uma norma em desacordo com a Constituição Federal. Note-se que os arts. 102, I, a, e parágrafo 2º, c/c art.52, X, tratando do tema, não se referem expressamente ao efeito da declaração de inconstitucionalidade, se ex tunc (desde a data de sua edição) ou se ex nunc (a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal). Ora, em se tratando de norma penal (ou processual penal material), diretamente relacionada a direito individual, que é a liberdade, não há de prevalecer interesse coletivo sobre o individual. Imagine-se alguém que tenha sido beneficiado pela lei penal, tempos depois considerada inconstitucional, estando em liberdade, com a vida*

*refeita. Não se pode considerar a hipótese de ter de retornar ao cárcere porque a lei que o retirou de lá foi declarada inconstitucional. Conforme lição precisa de Cernicchiaro, o homem comum acredita na lei penal publicada e, se o Estado errou ao elaborar a norma, não pode haver prejuízo para o indivíduo (cf. Direito penal na Constituição, p. 87).”<sup>7</sup>*

De tal sorte, embora as normas estaduais declaradas inconstitucionais não sejam de natureza penal, têm-se, em virtude da orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no sentido de que as instâncias penal e administrativa estão vinculadas, que tais normas projetavam também efeitos criminais, na medida em que possibilitavam a determinados contribuintes um recolhimento tributário a menor. E nesse aspecto, sem quaisquer dúvidas, as normas declaradas inconstitucionais eram mais favoráveis aos contribuintes que delas se beneficiavam, de modo que a declaração de inconstitucionalidade dessas normas, no alcance penal, não poderia produzir efeito *ex tunc*.

A norma de direito material mais severa só se aplica, enquanto vigente, aos fatos ocorridos durante sua vigência, vedada em caráter absoluto a sua retroatividade

Sob o outro vértice, também é possível sustentar a atipia do comportamento perpetrado pelos contribuintes que, beneficiados com o conteúdo de tais normas, recolheram tributos a menor.

Note-se: nos termos da jurisprudência do Supremo, a hipótese típica prevista no artigo 1º da Lei 8.137/90 tem como condição objetiva de punibilidade o lançamento definitivo do tributo em dívida ativa.

Ora, é certo que no período de vigência de tais normas os contribuintes que delas se beneficiaram recolheram tributos a menor, motivo pelo qual poder-se-ia indagar se o Estado poderia, após a declaração de inconstitucionalidade de tais leis, reivindicar o pagamento integral dos tributos, sem quaisquer dos benefícios concedidos.

Todavia, a resposta deve ser negativa. O artigo 144 do Código Tributário Nacional resolve a controvérsia:

*“O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.”*

Destarte, se o lançamento do tributo devido vincula-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação, sendo este regido pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada, torna-se nítido que o lançamento do tributo deveria basear-se nas leis vigentes à época do fato gerador, independentemente da superveniente declaração de inconstitucionalidade dessas leis por parte do Supremo, não cabendo ao estado reivindicar o pagamento da diferença na própria via administrativa.

Deste modo, não haveria como o estado, em procedimento administrativo próprio, lançar a diferença não paga em dívida ativa, o que também afastaria, por consequência, a incidência da hipótese típica prevista no artigo 1º da Lei 8.137/90.

Fosse insuficiente este argumento, deve-se ressaltar que o juízo positivo de tipicidade do delito previsto no artigo 1º da Lei 8.137/90 pressupõe a fraude, isto é, o comportamento dos agentes beneficiados com as leis estaduais declaradas inconstitucionais pelo Supremo deveria objetivar iludir, através do engodo ou do ardid, a receita do estado.

Quanto à necessidade da fraude para caracterização do crime previsto no artigo 1º da Lei 8.137/90, cita-se precedente jurisprudencial da 1ª turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 72.584, relatado pelo ministro Marco Aurélio:

*“CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTARIA – ICMS – ALIQUOTAS DIFERENCIADAS – CREDITAMENTO – FRAUDE. A fraude pressupõe vontade livre e consciente. Longe fica de configurá-la, tal como tipificada no inciso II do artigo 1.º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o lançamento de crédito, considerada a diferença das alíquotas praticadas no Estado de destino e no de origem. Descabe confundir interpretação errônea de normas tributárias, passível de ocorrer quer por parte do contribuinte ou da Fazenda, com o ato penalmente glosado, em que sempre se presume o consentimento viciado e o objetivo de alcançar proveito sabidamente ilícito.”*

A própria jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem entendido que eventual prejuízo tributário oriundo da chamada guerra fiscal, mesmo que lançado posteriormente em dívida ativa, não deve repercutir na esfera penal:

*“Denúncia. Rejeição. Crime contra a ordem tributária. Artigo 1º, inciso II, da Lei n. 8.137/90. Realização de operação com lastro*

*em benefício fiscal concedido pelo Distrito Federal e não ratificado pelo CONFAZ. Redução de tributo apurada na via administrativa, com inscrição do débito na dívida ativa. Conduta, todavia, que não caracteriza crime. Ausência de dolo de fraudar a fiscalização tributária, na medida em que a operação foi baseada em ato oficial emanado de ente federado, daí decorrendo a ausência de justa causa para a ação penal. Recurso improvido.”<sup>8</sup>*

Ou seja, como o comportamento perpetrado pelos contribuintes beneficiados pelas normativas estaduais declaradas inconstitucionais não foi praticado mediante fraude, torna-se ausente o dolo caracterizador do ilícito, o que afasta a tipicidade do delito previsto no artigo 1º da Lei 8.137/90.

### 3. Conclusão

Conclui-se, desta forma, que os contribuintes beneficiados com as leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal não podem ser responsabilizados criminalmente, seja porque a declaração de inconstitucionalidade, no que concerne aos efeitos penais, não pode produzir efeitos *ex tunc*, seja porque o lançamento do tributo devido é regido pela lei vigente à época da ocorrência do fato gerador, seja porque inexistente fraude em seus comportamentos.

### Notas

<sup>1</sup> Brito Machado, Hugo de, *Temas de direito penal econômico* / organizador Roberto Podval. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 347.

<sup>2</sup> Delmanto, Roberto, Delmanto Jr., Roberto, Almeida Delmanto, Fábio Machado de Almeida – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 242.

<sup>3</sup> El Tasse, Adel, *Legislação Criminal Especial*. 2. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 965.

<sup>4</sup> Súmula vinculante n. 24.

<sup>5</sup> Roxin, Claus, *Derecho penal*, parte general, tomo I, trad. Diego-Manuel Luzón Peña e outros, Madri: Civitas, 2003. No mesmo sentido: ZAFFARONI, Eugênio Raul, *Derecho penal*, parte general, 2. ed., Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 121; JESCHECK, Hans-Heinrich e outro, *Tratado de derecho penal*, parte general, trad. Miguel Olmedo Cardenete, 5. ed., Granada: Comares, 2002, p. 148; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal*, parte general, 7. ed., Buenos Aires: Julio Cesar Faire, 2005, p. 116.

<sup>6</sup> Toledo, Francisco de Assis, *Princípios básicos de direito penal*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 31/32. No mesmo sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de direito penal*, vol. 1, 12. ed., São Paulo: Atlas, 1997, p. 58; BATISTA, Nilo, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 10. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 69.

<sup>7</sup> Nucci, Guilherme de Souza, *Código penal comentado – Versão compacta* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 49.

<sup>8</sup> TJSP, RSE 0035465-39.2011.8.26.0405, 5ª Câmara Criminal, rel. Pinheiro Franco, j. 25.10.2012.

# A EXCLUSÃO DO CONDÔMINO ANTISSOCIAL É UM PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO?

LEONARDO AGOSTINI\*

Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia

## EXCERTOS

*“A propriedade condominial, ao mesmo tempo que faculta ao proprietário da unidade autônoma o poder de utilizar seu bem sem ingerências externas, também estabelece deveres a serem observados por este mesmo proprietário”*

*“A expressão condômino antissocial é conceito jurídico indeterminado que deixa ao juiz espaço para o preenchimento de seu significado no caso concreto”*

*“Verifica-se o comportamento antissocial do condômino quando sua conduta foge aos padrões da normalidade e afronta os convencionalismos sociais, os princípios éticos, chegando, não raramente, às raiais da prática contravencional ou delituosa”*

*“Não se pode esquecer, igualmente, que na maioria dos casos estão em conflito dois ou mais direitos fundamentais dos partícipes do processo: o direito fundamental à propriedade do ofensor (art. 5º, XXII, CF/1988) versus o direito fundamental à propriedade dos moradores ofendidos”*

*“Destaque-se que em uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial se verifica a tendência cada vez maior de se admitir o pedido de exclusão do condômino nocivo ou antissocial”*

### **\* Outras qualificações do autor**

*Pós-Graduado em Direito Constitucional. Professor de Direito Civil na Escola da Magistratura do Estado do Paraná, Núcleo Curitiba. Professor da graduação e pós-graduação, lecionando as disciplinas: Teoria Geral das Obrigações; Teoria Geral dos Contratos; Contratos em Espécie e Direitos Reais. Autor do Livro “Intimidade e Vida Privada como Expressões da Liberdade Humana”. Advogado militante na cidade de Curitiba. Contato: leonardo@cgaadvogados.com.br*

## Introdução

O condomínio residencial é uma invenção de longa data<sup>1</sup> que ganhou corpo na arquitetura das grandes, médias e até pequenas cidades brasileiras. Esse microcosmo social reúne pessoas dos mais variados tipos, que, aliás, na maior parte das vezes, sequer se conhecem quando da aquisição da unidade, mas que estão unidas por um fim comum: dividir despesas de manutenção de áreas comuns e, assim, usufruir de benefícios que isoladamente não poderiam gozar, seja pela dificuldade de seu custeio, seja pela dificuldade de seu gerenciamento (portaria 24 horas; segurança armada; academia de ginástica; espaço gourmet; piscina etc.).

Contudo, na medida em que os condomínios residenciais se popularizaram, começaram a surgir cada vez mais atritos entre os condôminos. São reclamações de moradores acerca da criação de animais domésticos nas unidades, discussões sobre o uso indevido de vagas de garagens, a inadimplência contumaz, o barulho constante na unidade, a realização de festas estrondosas que acabam por perturbar o sossego dos demais habitantes, enfim, uma série infinita de reclamações que afetam o ambiente social e provocam atritos entre os moradores.

Em muitas destas situações, uma simples conversa da administração do condomínio com o morador acusado de desrespeito às normas internas do edifício faz cessar o problema. Em outros casos, o morador indigitado não admite as acusações que lhe são imputadas e a administração acaba por ter que recorrer às penalidades previstas na convenção e no regimento interno do edifício, bem como na Lei 4.591/64 e no Código Civil.

As penalidades mais usuais aplicadas pelas administrações dos condomínios são a advertência e o pagamento de multa. A multa geralmente obedece a uma gradação conforme a gravidade da conduta. No entanto, nos termos do que dispõe o § 2º do art. 1.336 do Código Civil, não pode superar cinco vezes o valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais.

Verificando que a infringência aos deveres poderia ser grave, o Código Civil de 2002 inovou ao criar penalidade mais rigorosa para o denominado “condômino antissocial”, também chamado por parte da doutrina de “condômino nocivo”. Nessa hipótese, previu o art. 1.337 da Lei 10.406/02 que, caso o condômino ou possuidor não cumpra reiteradamente com seus deveres perante a coletividade, poderá,

por decisão de três quartos dos demais moradores, ser constrangido a pagar multa correspondente até ao quántuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade das faltas e a sua reiteração. E foi além o artigo em comento. Estatuí que se o comportamento do morador se mostrar reiterado e capaz de provocar desequilíbrio nas relações sociais, a multa poderá ser elevada até o “décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembleia” (parágrafo único, art. 1.337).

Diante disso, surgiu intenso debate na doutrina. A aplicação de multa até o valor de dez contribuições seria a penalidade máxima prevista em nosso ordenamento para o condômino antissocial ou, então, haveria a possibilidade de que, em caso de falta grave, a exclusão do condômino fosse possível?

O debate se justifica na medida em que se verifica na vida social que, às vezes, as faltas cometidas pelo condômino podem se mostrar tão graves que transbordam os limites admissíveis para a convivência harmônica em sociedade a ponto de seus moradores não desejarem aplicar multa como forma de coibição do comportamento nocivo. Nesses casos, os moradores preferem ir direto para a tentativa de exclusão<sup>2</sup>. Em outros, o poder econômico do ofensor é tão grande que a multa é manifestamente insuficiente para coibir o comportamento dito antissocial<sup>3</sup>. Nessas situações, como se disse, surge o questionamento: seria possível, diante da gravidade das faltas cometidas pelo condômino, ou diante da insuficiência da imposição das multas previstas nos § 2º do art. 1.336 e parágrafo único do art. 1.337, requerer a exclusão do condômino nocivo como forma de coibição dos comportamentos ditos antissociais? Ou tal medida, por não estar expressamente prevista no Código Civil, se mostraria como um pedido juridicamente impossível aos olhos da legislação processual (art. 267, VI, cumulado com o art. 295, parágrafo único, inc. III, CPC), inadmissível, portanto, de ser analisado pelo Poder Judiciário?

Tendo em vista a celeuma que gira sobre o assunto, pretende-se, nesta oportunidade, apresentar as posições existentes sobre o tema com vistas a fomentar o debate acerca da possibilidade (ou não) de analisarem-se pedidos dessa natureza. Espera-se que, ao final, soluções apresentadas com vistas ao aprimoramento da atividade jurisdicional sejam alcançadas.

Passe-se então ao intento perseguido.

## 1. A natureza do condomínio edilício residencial – os direitos e deveres dos condôminos

O condomínio edilício, figura mais do que natural na arquitetura das cidades modernas, é aquele empreendimento unitário dividido em apartamentos, escritórios, salas, lojas, sobrelotas ou abrigos de veículos, cujo objetivo dos que ali convivem pode ser residir, trabalhar ou usufruir uma vantagem econômica (locação, p. ex.).

Esse tipo de empreendimento se caracteriza por agregar a coexistência de dois tipos de propriedades de qualidades distintas<sup>4</sup>: a propriedade individual e a propriedade coletiva<sup>5</sup>. A propriedade individual é aquela exercida pelo proprietário da unidade autônoma sobre seu bem (apartamento, sala comercial, garagem etc.). Já a propriedade coletiva é aquela cujo exercício se dá pelo conjunto de proprietários sobre as partes comuns do prédio (elevadores, playground, hall de entrada etc.).

A natureza jurídica desta forma de associação de pessoas é controversa na doutrina. Enquanto alguns entendem que o condomínio detém personalidade jurídica, qualificando-se como uma pessoa jurídica de direito privado na medida em que obtém CNPJ, outros defendem que ele é uma associação sem fins lucrativos. A polêmica permanece acesa uma vez que o Código Civil não reconheceu-lhe expressamente capacidade jurídica<sup>6</sup>. Nada obstante a polêmica, o Conselho da Justiça Federal opinou pelo reconhecimento de sua personalidade jurídica por meio dos enunciados 90<sup>7</sup> e 246<sup>8</sup>, o que é um alento na matéria.

### *a) Direitos do condômino*

Nos termos do que dispõe o art. 1.335 do Código Civil, o proprietário da unidade autônoma tem o direito de usar, gozar e dispor do bem da forma que melhor lhe aprouver<sup>9</sup>. Conseqüentemente, o proprietário da unidade autônoma possui a disponibilidade de ceder, alugar, emprestar, ocupar (ou deixar de ocupar) o seu bem<sup>10</sup>. O uso, é claro, deve se dar conforme a destinação do prédio e nos limites da normalidade tal como será exposto adiante.

Na qualidade de condômino, além de exercer seus direitos de forma exclusiva sobre a sua unidade imobiliária, pode também utilizar-se das partes comuns do edifício tais como elevadores, corredores, parques, playgrounds, piscina, salão de festas etc.

O uso das partes comuns condiciona-se a igual direito dos outros condôminos, motivo pelo qual não é admissível que um deles o exerça de forma exclusiva, embaraçando a utilização pelos demais. Excepcionalmente verifica-se o uso exclusivo de parte da área comum quando este uso for autorizado pela assembleia de condôminos<sup>11</sup>.

### ***b) Deveres do condômino e penalidades previstas no Código Civil de 2002***

A par dos direitos encontram-se os deveres dos condôminos, expostos no art. 1.336 do Código Civil.

Com efeito, é princípio mais do que assente nas ordens jurídicas em geral que correlato a todo direito tem-se um dever<sup>12</sup>. Em se tratando de relação condominial, isso não é diferente. A propriedade condominial, ao mesmo tempo que faculta ao proprietário da unidade autônoma o poder de utilizar seu bem sem ingerências externas, também estabelece deveres a serem observados por este mesmo proprietário. Em outras palavras: se a lei autoriza o titular da unidade autônoma a usufruir plenamente o seu bem, ela também fixa limites a essa utilização<sup>13</sup>. Alguns destes limites foram chamados pelo legislador de 2002 como “deveres do condômino” (art. 1.336).

O mencionado art. 1.336 determina que são deveres do condômino: contribuir para as despesas do condomínio, na proporção de suas frações ideais; não realizar obras que comprometam a segurança da edificação; não alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas; dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.

Além destes deveres específicos, encontram-se também os deveres gerais impostos a qualquer tipo de proprietário, tais como o de não utilizar o bem de forma a prejudicar o sossego, a salubridade e a segurança de terceiros<sup>14</sup>. Em outras palavras: o dever do proprietário de não utilizar de forma anormal ou nocivamente a propriedade<sup>15</sup>. Essa é uma regra geral estabelecida pelo artigo 1.277 do Código Civil que deve ser observada por todos os proprietários de bem imóvel.

Com efeito, o objetivo dessa norma é proteger o proprietário vizinho de interferências graves<sup>16</sup> e prejudiciais<sup>17</sup> em sua propriedade. Nas palavras de Clóvis Beviláqua, “tudo quanto possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos vizinhos, segundo a fórmula do nosso Código Civil, constitui uso nocivo da propriedade, e autoriza o

proprietário ou morador do prédio a pedir que cesse o dano ou seja reparado se já foi produzido”<sup>18</sup>.

Vê-se então que qualquer ato do proprietário que fuja da normalidade e produza no imóvel vizinho um “incômodo insólito”<sup>19</sup> deve ser considerado proibido<sup>20</sup>. Essa regra geral prevista no artigo 1.277 do Código Civil brasileiro, defendem alguns autores, é ainda mais rígida em se tratando de relação condominial<sup>21</sup>.

A desobediência dos deveres previstos nos incs. II a IV do art. 1.336 sujeita o condômino infringente à multa prevista no ato constitutivo ou na convenção, não podendo ela ser superior a cinco vezes o valor de suas contribuições mensais, independentemente das perdas e danos que se apurarem. Caso não haja disposição expressa na convenção ou no regimento interno do condomínio, caberá à assembleia geral, por dois terços no mínimo dos condôminos restantes, deliberar sobre a cobrança da multa (§ 2º, art. 1.336, CC).

As penalidades mais usuais aplicadas pelas administrações dos condomínios são a advertência e o pagamento de multa

No entanto, antevedendo que em algumas hipóteses a penalidade prevista no § 2º do art. 1.336 seria insuficiente, o Código Civil de 2002 inovou e criou penalidade mais rigorosa para o denominado “condômino antissocial ou nocivo”. Para tais hipóteses, o art. 1.337 da Lei 10.406/02 dita que o condômino ou possuidor pode ficar sujeito a multa correspondente até ao quádruplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade das faltas e a sua reiteração. E que, caso o comportamento seja reiterado e provoque desequilíbrio nas relações sociais, a multa pode ser elevada até o “décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembleia” (parágrafo único, art. 1.337).

O que seria, porém, um condômino nocivo ou antissocial? Marco Aurélio S. Viana informa que a expressão condômino antissocial é conceito jurídico indeterminado que deixa ao juiz espaço para o preenchimento de seu significado no caso concreto<sup>22</sup>. Para tal autor, verifica-se o comportamento antissocial do condômino quando sua conduta foge aos padrões da normalidade e afronta os convencionalismos sociais, os princípios éticos, chegando, não raramente, às raias da prática contravençional ou delituosa. Ainda segundo Marco Aurélio, o condômino nocivo ou antissocial “é a pessoa que age de forma abusiva, deseducada, desrespeitosa,

egoísta, indisciplinada, provocadora de constrangimento, violadora das normas regulamentares do condomínio”<sup>23</sup>.

Em sua tese de doutoramento na Universidade de São Paulo, Maria Regina Pagetti Moran, uma das primeiras profissionais a defender abertamente a possibilidade de exclusão do condômino nocivo, informa que o condômino nocivo é o “coproprietário de um imóvel constituído em regime de Condomínio em Edifícios, cuja conduta, por ação ou omissão, prejudica a tranquilidade, o sossego, a saúde e o equilíbrio psíquico, social e econômico dos demais”<sup>24</sup>. Para a autora, “considera-se nocivo não apenas o condômino que usa sua unidade autônoma e partes comuns de forma prejudicial ou danosa, mas também aquele cuja conduta perniciososa põe em risco o sossego, a salubridade e a segurança do condomínio, intranquilizando com seu comportamento os ocupantes das demais unidades autônomas”<sup>25</sup>.

Dos conceitos ora elencados, verifica-se que a mazela combatida pelo art. 1.337 é a daquele morador que descumpre reiteradamente os deveres de convivência e provoca, com sua conduta, um grave desarranjo no seio da sociedade condominial.

Esclarecido o sentido da expressão condômino nocivo ou antissocial, retorna-se à redação do parágrafo único do art. 1.337. Como se viu linhas atrás, tal parágrafo apontou que a multa poderia ser elevada ao “décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembleia” (parágrafo único, art. 1.337), caso o comportamento do condômino fosse reiteradamente antissocial. E é aqui que se inicia o intenso debate doutrinário e jurisprudencial. Diante do silêncio do legislador no que toca à possibilidade de exclusão do condomínio, a única medida jurídica prevista no ordenamento para o caso de faltas graves seria a imposição de multa – ou poderiam os moradores, reunidos em assembleia, ir além disso e deliberar pela exclusão do condômino nocivo ou antissocial?

## **2. O debate jurídico acerca da admissibilidade (ou não) do pedido de exclusão do condômino nocivo**

Diante do silêncio da norma, duas teses diametralmente opostas surgiram na doutrina e na jurisprudência: a primeira, defendida por aqueles que entenderam que no silêncio da norma a exclusão do condômino nocivo seria manifestamente impossível do ponto de vista jurídico, e a segunda, que caminha em sentido diverso: mesmo diante

do silêncio do legislador seria possível, sim, aos condôminos reunidos em assembleia pleitear a possibilidade de exclusão do condômino dito antissocial.

Aqueles que defendem a impossibilidade de exclusão do condômino nocivo entendem que o direito de propriedade é um direito fundamental inviolável e absoluto e, por tal motivo, inadmissível se mostraria a hipótese de restrição a tal direito, mesmo diante da conduta nociva do proprietário. Também entendem que autorizar a exclusão do condômino antissocial violaria a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988), a solidariedade social (art. 3º, I, da CF/1988), bem como a concreção da tutela da moradia (art. 6º da CF/1988)<sup>26</sup>. Alguns argumentam, ainda, que não caberia ao Poder Judiciário substituir a vontade do legislador e “criar” medida restritiva de direito que não foi prevista pelo legislador ordinário<sup>27</sup>.

Já para os defensores da exclusão, ela se mostraria como única solução hábil para conter os abusos no exercício do direito de propriedade (art. 187, CC). Da mesma forma, a exclusão reforçaria a ideia de que a propriedade deve cumprir a sua função social<sup>28</sup>. Além disso, os poderes dos proprietários estariam limitados por outros interesses: os interesses proprietários e não proprietários. Também, a propriedade não poderia ser mais vista de forma absoluta e individualista tal como foi concebida durante a Revolução Francesa.

Apresentadas as teses conflitantes, analise-se o problema sob a ótica da legislação processual civil brasileira.

### **3. O sentido de impossibilidade jurídica prevista no art. 295, parágrafo único, inc. III, do CPC e o pedido de exclusão do condômino nocivo**

Como consabido, somente surge para o Estado-juiz o poder-dever de dirimir o mérito de uma causa quando presentes os pressupostos de existência e validade do processo e as condições de admissibilidade da ação.

Em verdade, a existência de uma esfera preliminar ao exame do mérito é o resultado da atuação de princípios que buscam a economia processual. Com isso se objetiva impedir que processos oriundos de exercício irregular de um direito de ação cheguem a se prolongar.

Liebman, o processualista inspirador do atual Código de Processo Civil, refere-se às condições da ação como “condição de

admissibilidade” e mais, como “condição essencial para o exercício da função jurisdicional”<sup>29</sup>.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 1973, em seu art. 3º, estabelece que “para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”. Aqui, então, as duas primeiras condições da ação: interesse e legitimidade.

Contudo, o direito brasileiro acolheu a chamada corrente tripartite das condições da ação<sup>30</sup>, incluindo, além do interesse de agir e da legitimidade das partes, a possibilidade jurídica do pedido.

Calamandrei explica a possibilidade jurídica do pedido como sendo a correlação entre o fato concretamente ocorrido e os fatos considerados como possíveis por determinada norma jurídica<sup>31</sup>. O que se exige, portanto, é que haja uma relação positiva ou negativa entre o fato e a norma substancial. Positiva quando a providência pretendida estiver em conformidade com a lei, e negativa quando se pretende, por exemplo, a declaração de inexistência de uma relação jurídica, devendo-se demonstrar, nesse caso, que não existe uma correspondência entre o fato e a norma invocada pela outra parte<sup>32</sup>.

Liebman entende por possibilidade jurídica do pedido a admissibilidade em abstrato do provimento demandado, isto é, para que o pedido seja possível, o provimento demandado não pode ser expressamente vedado pelo ordenamento jurídico e deve se situar entre aqueles que podem ser determinados pelo órgão jurisdicional<sup>33</sup>. Ou seja, ocorrerá a impossibilidade jurídica do pedido quando houver vedação expressa da legislação ao acolhimento da pretensão do autor da demanda<sup>34</sup>.

Nesse sentido, seria de se perguntar: mesmo que o legislador de 2002 não tenha previsto expressamente a possibilidade de exclusão do condômino nocivo, seria tal pedido vedado pelo ordenamento? Em outras palavras: diante da omissão estatal, o ordenamento jurídico brasileiro proibiria que tal lesão fosse apreciada pelo Poder Judiciário?

Com todo o respeito àqueles que pensam o contrário, crê-se que não.

De fato, com base no princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXV, CF/1988)<sup>35</sup>, parece ser difícil a defesa de que uma lesão grave aos direitos de propriedade e de personalidade dos coproprietários não possa ser analisada pelo Poder Judiciário.

Deixar desassistidos aqueles que se comportam adequadamente, que respeitam as regras ordinárias de convivência e se esforçam em cumprir a lei, quando vizinho seu descumpra reiteradamente com seus deveres legais, seria privilegiar a ilegalidade e um convite às partes para que resolvam os problemas por conta própria.

Não fosse isso, por mais que não haja previsão expressa no art. 1.337 acerca da possibilidade de exclusão do condômino nocivo, deve se atentar para o fato de que, se é certo que o direito à propriedade é um direito fundamental (art. 5º, XXII, CF/1988), também é certo que esta mesma propriedade não pode deixar de atender a sua função social (art. 5º, XXII, CF/1988; art. 1.228, CC). Assim, apesar da reconhecida dificuldade em delimitar o que seria a função social da propriedade, haja vista a sua inegável fluidez, a ideia predominante na doutrina é de que a função social da propriedade representa o princípio harmonizador do direito individual com o direito coletivo. O princípio da função social molda a propriedade, fazendo com que esta só possa ser exercida segundo os fins do direito, não se admitindo, portanto, que o seu exercício contrarie o interesse social. Nesse sentido, como adverte Celso Ribeiro Bastos “a função social [da propriedade] visa a coibir as deformidades, o teratológico, os aleijões [...] da ordem jurídica”<sup>36</sup>, o que indica dizer que “todos os atos jurídicos através dos quais se contraria a função social dos direitos reais devem ser já considerados ilícitos”<sup>37</sup>. Até porque, como relembra Roberto Ruggiero, “o direito não dá a sua proteção senão aos atos humanos que tenham qualquer utilidade, não se protegendo o domínio pelo simples capricho de cada um”<sup>38</sup>. Nesse diapasão, ao usar de forma manifestamente contrária aos interesses sociais a sua unidade, justificada se mostra a intervenção do Poder Judiciário como forma de correção das coisas e obediência ao princípio da função social.

Também parece adequado destacar que, por mais que o art. 1.337 do Código Civil não preveja expressamente a possibilidade de exclusão do condômino nocivo, a própria legislação processual estabelece que o juiz poderá, com vistas a assegurar o resultado prático equivalente, utilizar-se de medidas que visem impedir o réu

Se a lei autoriza o titular da unidade autônoma a usufruir plenamente o seu bem, ela também fixa limites a essa utilização

da prática de atividades nocivas (art. 461, § 5º, CPC). Assim, parece perfeitamente adequada a possibilidade de que o juiz, diante da gravidade dos fatos, defira medida consistente em obrigação de não fazer (obrigação de não habitar a unidade), sem que, com isso, esteja ultrapassando os limites previstos em sua alçada.

Por fim, não se pode esquecer, igualmente, que na maioria dos casos estão em conflito dois ou mais direitos fundamentais dos partícipes do processo: o direito fundamental à propriedade do ofensor (art. 5º, XXII, CF/1988) *versus* o direito fundamental à

A exclusão  
reforçaria a ideia  
de que a  
propriedade deve  
cumprir a sua  
função social

propriedade dos moradores ofendidos. Além do conflito entre tais direitos fundamentais (propriedade), também encontram-se em conflito os direitos fundamentais à segurança, à liberdade, ao livre desenvolvimento da personalidade e, em última instância, à própria dignidade dos moradores ofendidos, o que indica

que tal litígio merece ser analisado pelo Poder Judiciário.

Destaque-se que em uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial se verifica a tendência cada vez maior de se admitir o pedido de exclusão do condômino nocivo ou antissocial.

Na doutrina, mostram-se favoráveis à possibilidade de exclusão do condômino nocivo Álvaro Villaça de Azevedo<sup>39</sup>, Silvio Venosa<sup>40</sup>, Maria Regina Pagetti Moran<sup>41</sup>, Américo Angélico<sup>42</sup>, entre outros.

Ainda em sede doutrinária, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal na sua V Jornada editou verbete (Enunciado 508<sup>43</sup>) pelo qual reconheceu a possibilidade de exclusão do condômino nocivo quando a sanção pecuniária mostrar-se ineficaz. No entanto, o mesmo Conselho da Justiça Federal adverte que a medida só é válida quando assegurado ao condômino ou possuidor acusado a ampla defesa das acusações que pesam sobre ele<sup>44</sup>.

Na jurisprudência, encontram-se cada vez mais decisões admitindo-se a discussão acerca da exclusão do condômino nocivo<sup>45</sup>. Uma delas, talvez a mais importante porque recente, é aquela proferida pela 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que não só afastou a argumentação da impossibilidade jurídica do pedido como também acolheu o pedido de exclusão do condômino nocivo<sup>46</sup>. Assim, vê-se um crescimento cada vez maior da análise de casos dessa natureza pelo Poder Judiciário, o que é vivificante.

## Considerações finais

Após todo o percurso doutrinário e jurisprudencial apresentado, acredita-se possível afirmar que, por mais que o legislador ordinário não tenha previsto expressamente no art. 1.337 do Código Civil a possibilidade de exclusão do condômino antissocial ou nocivo da sua unidade, tal pedido não é juridicamente impossível aos olhos do sistema jurídico brasileiro. Isto porque o conflito entre os moradores vai além das normas ordinárias previstas; apresenta-se como verdadeiro conflito entre direitos fundamentais. E, nesse sentido, se a falta é grave e ofende os direitos fundamentais dos demais moradores do condomínio, admissível e necessária se mostra a intervenção do Estado por meio da prestação jurisdicional.

## Notas

<sup>1</sup> Notícia Eduardo Espínola que a divisão horizontal de casas entre proprietários diferentes já era vista em cidades como Grenoble, Rennes, Lyon, Chambéry e Auxerre, França, nos idos de 1561 (ESPÍNOLA, Eduardo. *Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais*. Atual. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2002. p. 423.).

<sup>2</sup> Imaginem-se os casos em que morador molesta sexualmente crianças que moram no condomínio.

<sup>3</sup> Vide o exemplo ilustrativo do jogador de futebol conhecido como “Ronaldinho Gaúcho”. Tal atleta é conhecido por ser ativo na realização de festas em suas propriedades. Em uma delas, na cidade do Rio de Janeiro, o barulho era ensurdecedor e entrou madrugada adentro, o que levou o representante do condomínio em que tal morador morava a ameaçar multá-lo em R\$ 2.000,00. Após ouvir a ameaça, o jogador teria respondido: “Manda a multa que eu pago”, o que, parece, ilustra a hipótese que estamos mencionando (vide reportagem publicada no Jornal “Extra” do Rio de Janeiro em sua edição de 15.03.2014):

“Acabou com polícia na porta a festinha que Ronaldinho Gaúcho deu em sua mansão, na madrugada de quinta-feira para sexta-feira, na Barra, na Zona Oeste do Rio. Normal. A surpresa foi o grito ouvido do outro lado do muro quando um representante do condomínio ameaçou multá-lo em R\$ 2 mil. ‘Manda a multa que eu pago’, berrou o jogador.

A festa durou até altas horas, com vários amigos do jogador e muitas convidadas. Mesmo morando atualmente em Belo Horizonte, o craque mantém sua residência no Rio. Ronaldinho também tem uma casa em Salvador, cenário da famosa foto em que o jogador aparece ao lado de cinco mulheres, com o bumbum para o alto, dentro da piscina.” Acessível em: <http://extra.globo.com/famosos/retratos-da-bola/festa-de-ronaldinho-gaicho-termina-com-policia-na-porta-multa-11888375.html>. Capturado em 24.9.2014 às 16:18 horas.

<sup>4</sup> GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. Atual. Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 249. No mesmo sentido: AZEVEDO, Álvaro Vilaça. O condomínio no novo Código Civil – arts. 1.314 a 1.358. In *O novo Código Civil – estudos em homenagem a Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003. p. 1.025.

<sup>5</sup> Esclarece Caio Mário da Silva Pereira:

“No deslindar o problema de sua natureza jurídica, é essencial ter em vista que dois tipos de propriedade aí coexistem: a *propriedade individual* e a *propriedade coletiva*, que aqui mais uma vez reclamam a atenção do especialista para a circunstância envolvente de sua simbiose. O edifício representa uma *unidade*. Unidade sob todos os aspectos. Unidade arquitetônica. Unidade técnico-material de sua construção. Unidade orgânica de convivência. Unidade econômica na expressão de sua harmonia externa. Unidade ética, na sua dupla configuração, moral e jurídica” (*Propriedade horizontal*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 48).

<sup>6</sup> Sobre a polêmica acerca da personalidade jurídica do condomínio e de outros entes despersonalizados ver o estudo de LEONARDO. Rodrigo Xavier. *Sujeito de direito e capacidade*: contribuição para uma revisão da teoria geral do direito civil à luz do pensamento de Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>7</sup> 90 – Art. 1.331: Deve ser reconhecida personalidade jurídica ao condomínio edilício nas relações jurídicas inerentes às atividades de seu peculiar interesse. (Alterado pelo En. 246 da III Jornada).

<sup>8</sup> 246 – Art. 1.331: Fica alterado o Enunciado n. 90, com supressão da parte final: “nas relações jurídicas inerentes às atividades de seu peculiar interesse”. Prevalece o texto: “Deve ser reconhecida personalidade jurídica ao condomínio edilício.”

<sup>9</sup> Inteligência do § 3º do art. 1.331, cumulado com o art. 1.228 do Código Civil brasileiro.

<sup>10</sup> Nesse sentido: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. IV. Direitos reais. 20. ed. Atual. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 165; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. V. Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 378.

<sup>11</sup> Nesse sentido já teve a oportunidade de decidir o STJ:

“CIVIL. CONDOMÍNIO. É POSSÍVEL A UTILIZAÇÃO, PELOS CONDÔMINOS, EM CARÁTER EXCLUSIVO, DE PARTE DE ÁREA COMUM, QUANDO AUTORIZADOS POR ASSEMBLÉIA GERAL, NOS TERMOS DO ART. 9º, § 2º, DA LEI Nº 4.591/64. A DECISÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM, BASEADA NO CONJUNTO PROBATÓRIO, NÃO PODE SER REEXAMINADA, EM FACE DA SÚMULA 7/STJ.

1. (...).

2. O alcance da regra do art. 3º, da Lei nº 4.591/64, que em sua parte final dispõe que as áreas de uso comum são insuscetíveis de utilização exclusiva por qualquer condômino”, esbarra na determinação da própria lei de que a convenção de condomínio deve estabelecer o “modo de usar as coisas e serviços comuns”, art. 3º, § 3º, “c”, da mencionada Lei. Obedecido o quórum prescrito no art. 9º, § 2º da Lei de Condomínio, não há falar em nulidade da convenção.

3. Consoante precedentes desta Casa: ‘O princípio da boa-fé objetiva tempera a regra do art. 3º da Lei n. 4.591/64’ e recomenda a manutenção das situações consolidadas há vários anos (REsp n. 214680/SP e 356.821/RJ, dentre outros).

Recurso especial não conhecido” (STJ. REsp 281.290/RJ. 4ª Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJe 13.10.2008)

<sup>12</sup> Daí porque Vicente Ráo, um dos ministros mais respeitados na história do Supremo Tribunal Federal, afirmar que “o direito equaciona a vida social, atribuindo aos seres humanos, que a constituem, uma reciprocidade de poderes, ou faculdades, e de deveres, ou obrigações.

Por este modo, o limite do direito de cada um é o direito dos outros e todos estes direitos são respeitados, por força dos deveres que lhes correspondem.

É assim que o direito confere harmonia à vida e assim é que só com o direito dignamente se vive” (RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. anotada e atual. com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 53.).

<sup>13</sup> Conforme ensina Carlos Alberto Bittar:

“Caracteriza-se o sistema como de propriedade limitada, ou seja, de propriedade individual circunscrita a uso que se tem de conciliar com os objetivos gerais do condomínio e com as normas regulamentares expedidas para a convivência em seu interior. Ora, é exatamente em razão da necessidade de ajuste dos interesses individuais aos da coletividade, que restrições várias sofrem os titulares, as quais não existem na propriedade individual estrita (assim como as de livre uso do bem, de livre aproveitamento de áreas comuns, e outras).

É, pois, propriedade limitada, havendo, para o interessado, titularidade apenas quanto às unidades autônomas; sujeição do uso às regras determinadas para o relacionamento condominial; observância de mecanismos próprios em sua constituição; administração própria e submissão aos interesses do conjunto, na harmonização dos direitos de todos os partícipes” (BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. 2, 1994. p. 938).

<sup>14</sup> Inteligência do artigo 1.277 do Código Civil Brasileiro.

<sup>15</sup> Orlando Gomes. *Direitos reais ...*, p. 223; Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições ...*, v. IV, p. 181-2.

<sup>16</sup> É de bom alvitre mencionar que não só os atos de interferência positiva estão fora da abrangência da norma contida no art. 1.277 do CC como também aqueles atos de mínima interferência ou que digam respeito a própria utilização do bem por seu proprietário.

Nesse sentido é elucidativo o comentário de San Thiago Dantas: “O simples uso que um proprietário faz de seu imóvel pode incomodar o sossego do dono do prédio confinante, mas se o direito fosse proibir todos esses incômodos, a propriedade estaria economicamente aniquilada, além de ferir o outro aspecto do direito de propriedade, que é aquela faculdade de dispor da coisa como queira, a condição principal da plenitude do domínio” (DANTAS, San Thiago. *Programa de Direito Civil*. v. III. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1981. p. 248.).

<sup>17</sup> Relembre-se que os indivíduos têm o direito de gozar seus direitos; entretanto, o gozo desses direitos não se mostra ilimitado uma vez que conectado indissociavelmente ao usufruto do direito está o dever de não prejudicar terceiros. Decorre daí um princípio geral de direito muito conhecido: o dever de não prejudicar a outrem. É a regra antiga do direito romano representada pelo adágio latino *neminem laedere*.

<sup>18</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Direitos das coisas*. v. I. 5. ed. Atual. José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 163.

<sup>19</sup> Palavras de Roberto de Ruggiero.

<sup>20</sup> RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. v. II. Trad. da 6. ed. italiana por Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1934. p. 332.

<sup>21</sup> Como explicam Caio Mário e Luiz Edson Fachin, a proximidade ou a circunstância dos condôminos de viver no mesmo prédio sujeita-os à observância de regras de comportamento mais inflexíveis do que as normalmente visualizadas na sociedade (Caio Mário da Silva Pereira. *Propriedade horizontal*. p. 96; FACHIN, Luís Edson. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 15, p. 252.).

<sup>22</sup> VIANA, Marco Aurélio S. *Manual do Condomínio Edifício*. Arts. 1.331 a 1.358 do Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 61-2.

<sup>23</sup> Idem, ibidem, p. 62.

<sup>24</sup> MORAN, Maria Regina Pagetti. *Exclusão do condômino nocivo*. Teoria, prática e jurisprudência. São Paulo: LED Editora, 1996. p. 268.

<sup>25</sup> Idem, ibidem, p. 269.

<sup>26</sup> Nesse sentido: TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. Volume Único. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: GEN, 2014. Versão Eletrônica. Item 7.6.4.2.

<sup>27</sup> Esta tese, inclusive, foi acolhida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no julgamento da Apelação Cível n. 2008.001.11091. A 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro afirmou que diante do silêncio do legislador haveria a impossibilidade de conhecimento de ação em que se pretendia a exclusão do condômino antissocial uma vez que o Poder Judiciário não poderia afastar a vontade expressa dos “representantes do povo”. Eis a ementa do julgamento em comento:

“CONDÔMINO COM COMPORTAMENTO CONSIDERADO ANTISSOCIAL – PRETENSÃO DE SUA EXCLUSÃO DA COMUNIDADE CONDOMINIAL – SANÇÃO NÃO PREVISTA EM LEI – APLICAÇÃO DE MULTA PELO PRÓPRIO CONDOMÍNIO – FALTA DE NECESSIDADE DE SUPLENÇA JUDICIAL. O ordenamento jurídico pátrio não prevê a sanção de exclusão do condômino de sua unidade residencial, ainda que pratique, reiteradamente, atos denominados pela lei como antissociais. Inexistência de lacuna legislativa na hipótese, eis que o Código Civil prevê sanção de multa para o condômino que apresente incompatibilidade de convivência com os demais moradores. Impossibilidade de exclusão do condômino pela via judicial. Afasta-se qualquer argumentação no sentido de que o magistrado, à luz do princípio da função social, por si só, tenha o poder de mitigar o direito fundamental à moradia resguardado na Constituição Federal e criar sanção diversa da eleita como a ideal pelos “representantes do povo”, transmudando nosso “Estado Constitucional de Direito” em um “Estado Judicial de Direito”. A multa pode ser aplicada pela Assembleia Condominial sem a necessidade de tutela jurisdicional, não sendo demonstrado no processo qualquer fato que impeça a deliberação pelo referido órgão em tal sentido. Improvimento do recurso.” Acessível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003F9B57B95A658327CCB9181D8DA7E60AF658FC3601D13>. Capturado em 24.9.2014 às 19:54 hs.

À mesma conclusão acerca da impossibilidade jurídica do pedido chegou a 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação Cível n. 0318734-14.2009.8.26.0000.

<sup>28</sup> AZEVEDO, Álvaro Vilaça de. O Condomínio. No novo Código Civil – arts. 1.314 a 1.358. In *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. Coords.: Domingos Franciulli Neto *et ali*. São Paulo: LTr, 2003. p. 1.033.

<sup>29</sup> Tradução live: “Condizioni di ammissibilità del provvedimento sulla domanda, ossia come condizioni essenziali per l’esercizio della funzione giurisdizionale nei riguardi di una concreta fattispecie dedotta in giudizio” (LIEBMAN. Erico Tullio. *Manuale de diritto processuale civile*. vol. 1, 3. ed. Milão: Giuffrè, 1972, p. 122.).

<sup>30</sup> Adverte ARRUDA ALVIM “ser inútil a categoria de impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que o autor somente exercerá o direito de ação se tiver interesse legítimo, isso é decorrente de lei; ora, se o interesse decorre de lei, sempre que ele existir, teremos possibilidade jurídica do pedido. Bastaria aludir a interesse de agir” (ALVIM NETO, José Manoel Arruda. *Manual de direito processual civil*. v. 2. São Paulo : RT, 1997, p. 236).

<sup>31</sup> CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil segun el nuevo codigo*. v. I. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1962. p. 259.

<sup>32</sup> Idem, *ibidem*, p. 260.

<sup>33</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto ptoessuale civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1968. p. 45.

<sup>34</sup> Nesse sentido, interessante julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PRAZO. DECADÊNCIA. ART. 18 DA LEI 1.533/51. PRESTAÇÕES DE TRATO SUCESSIVO. LEGITIMIDADE PASSIVA. ATO OMISSIVO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

I – [...]

III – A possibilidade jurídica do pedido, a que se refere o artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, é a inexistência, no direito positivo, de vedação explícita ao pleito contido na demanda.

Recurso provido” (STJ. RMS n. 13.684. 5ª Turma. Rel. Min. Felix Fischer. Publ. 25.2.2002)

<sup>35</sup> 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:

(...)

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

<sup>36</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 210.

<sup>37</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: reais*. 5. ed., rev. e ampl. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 201.

<sup>38</sup> RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil* (Volume II). São Paulo: Saraiva. 1934. p. 322.

<sup>39</sup> Eis o pensamento de Villaça:

“Se esse descumprimento obrigacional do condômino reiterado caracterizar comportamento antissocial, gerando incompatibilidade convivencial com os demais

condôminos ou possuidores, poderá ser-lhe exigida multa correspondente ao décuplo do valor da contribuição condominial, até ulterior deliberação da assembleia (parágrafo único, do art. 1.337).

Consagra-se, nesse dispositivo legal, regra das mais importantes, pois até o advento do atual Código Civil, ao condômino de comportamento antissocial, a ponto de gerar incompatibilidade convivencial, não havia punição mais severa. Atualmente, a penalidade não para no décuplo do valor da despesa condominial, podendo, além, existir agravamento dessa punição.

Não me parece que possa a assembleia geral agravar o valor dessa multa, mas poderá exigir o afastamento desse condômino de comportamento nocivo, que não perderá seu direito de propriedade sobre sua unidade autônoma, mas sim o direito de usá-la, de habitar nela.

A exclusão do condômino nocivo é a única solução para conter os aludidos abusos no direito de propriedade, que tem seu fundamento, principalmente constitucional, na ideia de função social. A propriedade há de exercer-se, sempre, segundo sua função social. A lei civil, assim, dá um passo adiante na complementação desse significado importante, do condicionamento do uso da propriedade de forma harmônica, pacífica, nos moldes legais, preservando o bem-estar dos condôminos, dos vizinhos e o meio ambiente” (AZEVEDO, Álvaro Vilaça de. O Condomínio. No novo Código Civil – arts. 1.314 a 1.358. In *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. Coords.: Domingos Franciulli Neto *et alii*. São Paulo: LTr, 2003. p. 1.033.).

<sup>40</sup> Eis o pensamento de Venosa: “A permanência abusiva ou potencialmente perigosa de qualquer pessoa no condomínio deve possibilitar sua exclusão mediante decisão assemblear [...]. Entender-se diferentemente na atualidade é fechar os olhos à realidade e desatender ao sentido social dado à propriedade pela própria Constituição. A decisão não atinge todo o direito de propriedade do condômino em questão, como se poderia objetar; ela apenas o limita, tolhendo o seu direito de habitar e usar da coisa em prol de toda uma coletividade. Quem opta por residir ou trabalhar em um condomínio de edifícios ou comunhão condominial assemelhada deve amoldar-se e estar apto para a vida coletiva. Do contrário, deve estabelecer-se ou residir em local apropriado conforme sua condição, estado e personalidade” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 304-5.).

<sup>41</sup> In Tutela Da Exclusão Do Condômino Nocivo. Proposta de Emenda ao Projeto de Lei do Novo Código Civil. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, número 6.

<sup>42</sup> Limitação social ao direito de propriedade edilício. *Revista Consultor Jurídico*. [http://www.conjur.com.br/2006-dez-02/limitacao\\_social\\_direito\\_propriedade\\_edilicio](http://www.conjur.com.br/2006-dez-02/limitacao_social_direito_propriedade_edilicio) Capturado em 14.10.2009 às 12:35 hs.

<sup>43</sup> Enunciado 508 – Verificando-se que a sanção pecuniária mostrou-se ineficaz, a garantia fundamental da função social da propriedade (arts. 5º, XXIII, da CRFB e 1.228, § 1º, do CC) e a vedação ao abuso do direito (arts. 187 e 1.228, § 2º, do CC) justificam a exclusão do condômino antissocial, desde que a ulterior assembleia prevista na parte final do parágrafo único do art. 1.337 do Código Civil delibere a propositura de ação judicial com esse fim, asseguradas todas as garantias inerentes ao devido processo legal.

<sup>44</sup> I Jornada – 92 – Art. 1.337: As sanções do art. 1.337 do novo Código Civil não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo.

<sup>45</sup> Nesse sentido a Apelação n. 0003122-32.2010.8.26.0079, julgada pela 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Do mesmo Tribunal, ainda, as apelações n. 0066319-24.2012.8.26.0100, da 2ª Câmara de Direito Privado; a Apelação n. 0036157-42.2012.8.26.0554, da 1ª Câmara de Direito Privado; a Apelação n. 9158729-59.2009.8.26.0000 e a Apelação n. 0003122-32.2010.8.26.0079. Destaque-se que estas últimas quatro apelações não reconheceram o direito dos condôminos à exclusão, mas admitiram a discussão jurídica sobre o tema reconhecendo a possibilidade jurídica do pedido. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também admitiu a discussão e, inclusive, excluiu o condômino nocivo de sua propriedade na Apelação Cível n. 70036235224, julgada pela 17ª Câmara Cível daquele Tribunal.

<sup>46</sup> Esta é a ementa do julgamento mencionado:

“APELAÇÃO CÍVEL. CONDOMÍNIO EDILÍCIO VERTICAL. (...). EXCLUSÃO DE CONDÔMINO NOCIVO. LIMITAÇÃO DO DIREITO DE USO/HABITAÇÃO, TÃO-SOMENTE. POSSIBILIDADE, APÓS ESGOTADA A VIA ADMINISTRATIVA. ASSEMBLÉIA GERAL REALIZADA. NOTIFICAÇÕES COM OPORTUNIZAÇÃO DO CONTRADITÓRIO. QUORUM MÍNIMO RESPEITADO (3/4 DOS CONDÔMINOS). MULTA REFERENTE AO DÉCUPLO DO VALOR DO CONDOMÍNIO. MEDIDA INSUFICIENTE. CONDUTA ANTISSOCIAL CONTUMAZ REITERADA. GRAVES INDÍCIOS DE CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL, REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA A DE ESCRAVO. CONDÔMINO QUE ALICIAVA CANDIDATAS A EMPREGO DE DOMÉSTICAS COM SALÁRIOS ACIMA DO MERCADO, MANTENDO-AS PRESAS E INCOMUNICÁVEIS NA UNIDADE CONDOMINIAL. ALTA ROTATIVIDADE DE FUNCIONÁRIAS QUE, INVARIAVELMENTE SAIAM DO EMPREGO NOTICIANDO MAUS TRATOS, AGRESSÕES FÍSICAS E VERBAIS, ALÉM DE ASSEDIOS SEXUAIS ENTRE OUTRAS ACUSAÇÕES. RETENÇÃO DE DOCUMENTOS. ESCÂNDALOS REITERADOS DENTRO E FORA DO CONDOMÍNIO. PRÁTICAS QUE EVOLUIRAM PARA INVESTIDA EM MORADORA MENOR DO CONDOMÍNIO, CONDUTA ANTISSOCIAL INADMISSÍVEL QUE IMPÕE PROVIMENTO JURISDICIONAL EFETIVO. CABIMENTO. CLÁUSULA GERAL. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. MITIGAÇÃO DO DIREITO DE USO/HABITAÇÃO” (TJPR. Apelação cível n. 957743-1. 10ª Câmara Cível. Rel.: Arquelau Araujo Ribas. J. 13.12.2012).

## Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*: Reais. 5. ed. rev. e ampl. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. O condomínio no novo Código Civil – arts. 1.314 a 1.358. In *O novo Código Civil – estudos em homenagem a Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direitos das coisas*. v. I. 5. ed. Atual. José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. 2, 1994.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil segun el nuevo codigo*. v. I. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1962.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais*. Atual. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2002.

FACHIN, Luís Edson. *Comentários ao Código Civil*. v. 15. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEONARDO. Rodrigo Xavier. *Sujeito de direito e capacidade: contribuição para uma revisão da teoria geral do direito civil à luz do pensamento de Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva: São Paulo, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1968.

MORAN, Maria Regina Pagetti. *Exclusão do condômino nocivo*. Teoria, prática e jurisprudência. São Paulo: LED Editora, 1996.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. Atual. Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. V. Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 2006.

LIEBMAN. Erico Tullio. *Manuale de diritto processuale civile*. v. 1, 3. ed. Milão: Giuffrè, 1972.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Propriedade horizontal*. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil*. Vol. IV. Direitos Reais. 20. ed. Atual. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. anotada e atual. com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. v. II. Trad. da 6. ed. italiana por Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1934.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. Volume Único. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: GEN, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VIANA, Marco Aurélio S. *Manual do Condomínio Edilício*. Arts. 1.331 a 1.358 do Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

EM  
DESTAQUE



**O JUIZ MÚLTIPLO  
– SOCIÓLOGO,  
PSICÓLOGO, GESTOR,  
COMUNICADOR,  
CIDADÃO, MEMBRO  
DE FAMÍLIA,  
CONCILIADOR E  
AGENTE DE PODER**

**DIRCEU GOMES MACHADO FILHO**

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

## EXCERTOS

*“O juiz ético não deve temer a vida em sociedade; pelo contrário, deve conhecer – e bem – a sociedade à qual pertence, para que na solução dos casos que lhe são submetidos, ao aplicar a norma ao caso concreto, consiga não somente resolver a lide processual, mas também a lide social”*

*“O magistrado que possui conhecimentos mínimos das ciências humanas saberá exatamente o momento em que deve prosseguir sozinho ou socorrer-se da ajuda de um profissional da psicologia”*

*“É de conhecimento notório o grande volume de trabalho que espera os magistrados em seus gabinetes, e para empregar maior agilidade na prestação jurisdicional e desafogar o Poder Judiciário, o perfil do juiz necessitou sofrer profundas transformações, passando ele a ser um verdadeiro juiz administrador”*

*“É certo que os tribunais de justiça necessitam prestar integral apoio aos magistrados nessa nova função, fornecendo informações atualizadas sobre a estrutura administrativa, cursos com especialistas desta área, e principalmente inserir na grade dos cursos iniciais de formação de magistrados disciplina relativa à gestão de pessoas na administração judiciária”*

*“A linguagem jurídica é rebuscada e a divulgação de uma decisão pela imprensa na maioria das vezes causa dúvida aos destinatários, que não compreendem o desfecho do feito somente pela leitura daquela sentença, o que por sua vez clama que o juiz dê explicações sobre o caso, informando o que o levou a decidir daquele modo, pois quanto mais a realidade da atividade jurisdicional for conhecida pelos jurisdicionados, maior será a compreensão e o respeito pelo Poder Judiciário”*

## 1. Introdução

O novo juiz brasileiro deixou de ser somente um solucionador de lides recluso em seu gabinete e assumiu um papel ativo e fundamental na transformação da sociedade.

No desempenho de sua função jurisdicional e no cenário político-social, por exigência da sociedade moderna, o magistrado a cada dia depende mais de conhecimentos interdisciplinares para a resolução das lides que lhe são submetidas, fazendo uma interconexão com outras disciplinas para que seja obtida a sempre almejada pacificação social.

## 2. Desenvolvimento

### *O juiz sociólogo*

O direito encontra campo fértil para seu desenvolvimento nas sociedades humanas, que possuem um pacto de valores que desencadeia no equilíbrio entre direitos e deveres, formando o chamado '*pacto social*' e impedindo a instauração da anarquia.

É a própria sociedade que inicialmente estabelece, por meio de normas, o que é considerado correto ou incorreto nas relações sociais, e os indivíduos baseiam seus atos nos valores estabelecidos pela sociedade, e sendo esses conceitos subjetivos, ocorre o choque de interesses que é levado ao Poder Judiciário.

A sociologia, assim como o direito, é uma ciência humana, e quando aliadas proporcionam uma melhor visão da realidade social, permitindo assim uma aplicação mais justa do direito.

O magistrado, socorrendo-se da sociologia, consegue uma visão panorâmica dos problemas que a sociedade enfrenta em determinado momento e observa de forma contínua os efeitos desses problemas no campo jurídico.

Nos últimos anos, a globalização e os avanços tecnológicos refletiram de forma direta nas relações sociais, pois a comunicação tornou-se mais rápida, possibilitando transformações sociais, econômicas e principalmente políticas, e a sociedade mudou o seu perfil, passando a consumir em massa e com maior acesso à informação para defesa de seus direitos, o que aumentou a demanda judicial e as expectativas sobre o Poder Judiciário e consequentemente sobre seu ator principal, o juiz.

Com tanta mudança, o magistrado também necessita de certas adaptações no seu modo de agir e pensar, com o fim de atender satisfatoriamente os anseios sociais, e só assim conseguir mudar a realidade na qual também está inserido.

O juiz ético não deve temer a vida em sociedade; pelo contrário, deve conhecer – e bem – a sociedade à qual pertence, para que na solução dos casos que lhe são submetidos, ao aplicar a norma ao caso concreto, consiga não somente resolver a lide processual, mas também a lide social.

### **O juiz psicólogo**

O sentido humanista deve permear a função de julgar, levando o juiz a criar soluções que busquem sempre a promoção humana, e para isso o juiz deve entender e conhecer os anseios dos jurisdicionados.

Fato incontroverso é o invencível volume de trabalho que os juízes brasileiros encontram todos os dias em seus gabinetes, mas, entre aqueles muitos processos que estão por julgar, um deles é a coisa mais importante na vida de um jurisdicionado, pois pode ser a sua história pessoal, projetos e sonhos de uma vida inteira que estão em jogo nos autos. Por isso o juiz, ao analisar um processo, deve sempre ter em mente que este traz em seu bojo uma carga significativa de expectativas.

O juiz como ser humano é sensível na missão de distribuir justiça e acaba experimentando das angústias que as partes muitas vezes expõem no processo, e na busca de amenizar estas angústias e aliviar os conflitos sociais, o magistrado socorre-se da psicologia, transformando-se em *juiz psicólogo*.

Não se está defendendo que o conhecimento do magistrado na área da psicologia é suficiente para dispensar a atuação de um profissional desta área. Pelo contrário, o magistrado deve conhecer regras mínimas da psicologia forense, até mesmo para saber quando a presença de um profissional da área se torna indispensável para o prosseguimento dos trabalhos de prestação jurisdicional.

Certamente, em algum momento da carreira, o magistrado vai se deparar com situações nas quais é impossível a realização de um ato sem a presença de um psicólogo na sala de audiências. Basta pensarmos na oitiva de uma criança de tenra idade vítima de abusos sexuais.

O magistrado que possui conhecimentos mínimos das ciências humanas saberá exatamente o momento em que deve prosseguir sozinho ou socorrer-se da ajuda de um profissional da psicologia. E, com a interconexão entre as ciências, a prestação jurisdicional seguramente será menos traumática para as partes envolvidas no litígio e, por via de consequência, mais efetiva e concreta.

### **O juiz gestor**

Como dito linhas acima, nos últimos anos, com a globalização e avanços tecnológicos aliados ao acesso à justiça em massa, o crescente número de demandas assoberbou o Poder Judiciário, causando quase que um colapso.

É de conhecimento notório o grande volume de trabalho que espera os magistrados em seus gabinetes, e para empregar maior agilidade na prestação jurisdicional e desafogar o Poder Judiciário, o perfil do juiz necessitou sofrer profundas transformações, passando ele a ser um verdadeiro *juiz administrador*.

Assim como nas empresas privadas, no Poder Judiciário o gerenciamento de pessoal é hoje um mister visando eficiência e resultados excelentes, tudo com o escopo de atender às expectativas e necessidades dos jurisdicionados.

Como é sabido, a prestação jurisdicional no Brasil é taxada de morosa, seja pela insuficiência de juízes, servidores e legislação processual inadequada, seja pelo número excessivo de demandas, o que por via oblíqua viola um princípio insculpido na Constituição Federal: a eficiência. Tal fato levou o Conselho Nacional de Justiça a exigir maior eficiência dos tribunais, o que por sua vez agregou aos magistrados a função de administrar e gerir servidores na esfera da administração dos tribunais e fóruns.

Diante de tal realidade, o juiz passou a ter que dar ênfase à valorização do capital humano e à modernização dos processos de produção, fazendo com que melhores resultados fossem alcançados com a maior economia de esforços, tempo e com proteção ao meio ambiente.

Sem conhecimentos aprofundados na área da administração judiciária, o juiz divide a atividade judicante com a de administrador,

O juiz, ao analisar um processo, deve sempre ter em mente que este traz em seu bojo uma carga significativa de expectativas

fiscalizando o fundo rotativo, realocando servidores, inspecionando obras no interior dos fóruns etc.

Todavia, é certo que os tribunais de justiça necessitam prestar integral apoio aos magistrados nessa nova função, fornecendo informações atualizadas sobre a estrutura administrativa, cursos com especialistas desta área, e principalmente inserir na grade dos cursos iniciais de formação de magistrados disciplina relativa à gestão de pessoas na administração judiciária.

### **O juiz comunicador**

Os meios de comunicação estão em constante busca por fatos, informações e notícias, e em especial nos últimos dez anos, as informações oriundas do Poder Judiciário granjearam lugar de destaque na imprensa, pois, além de grande repercussão social, têm incidência direta no cotidiano dos cidadãos.

Neste cenário, conforme salienta Marcone Gonçalves<sup>1</sup>, o juiz necessita estar preparado para conceder entrevistas para jornalistas, que por força de sua profissão procuram sempre divulgar a matéria de forma que atinja o maior público, ou seja, de forma *bombástica*.

É fato que a informação deve ser prestada pelo juiz com senso de responsabilidade, sempre se pautando nos princípios inculpidos no Código de Ética, evitando dar informações sobre processos ainda pendentes de julgamento que possam antecipar a sua decisão e sobre processos que estão cobertos pelo manto do segredo de justiça.

Muitos magistrados temem a imprensa, pois certamente já experimentaram agruras com o impacto de uma entrevista ou até mesmo com comentários em *blogs* e *redes sociais*. Todavia, entende-se que o juiz deve identificar a imprensa como um importante meio de divulgação dos resultados positivos da prestação jurisdicional, por isso o magistrado deve estar atento à repercussão concreta de suas decisões.

A linguagem jurídica é rebuscada e a divulgação de uma decisão pela imprensa na maioria das vezes causa dúvida aos destinatários, que não compreendem o desfecho do feito somente pela leitura daquela sentença, o que por sua vez clama que o juiz dê explicações sobre o caso, informando o que o levou a decidir daquele modo, pois quanto mais a realidade da atividade jurisdicional for conhecida pelos jurisdicionados, maior será a compreensão e o respeito pelo Poder Judiciário.

### ***O juiz cidadão e membro de família***

O juiz é mais um cidadão integrante da sociedade, sujeito ativo de múltiplas relações sociais, e observa os seus problemas, mas não de forma passiva, porquanto tenta constantemente mudar a realidade social, seja em suas decisões, seja no agir cotidiano, espelhando condutas benéficas ao aprimoramento social.

Contudo, o juiz deve pautar sua conduta social na ética, na polidez e no respeito às normas impostas pela sociedade, pois quem julga o semelhante deve estar escoimado de certas falhas, que se cometidas por outros profissionais seriam perfeitamente compreendidas e toleráveis.

O próprio Código de Ética da Magistratura Nacional direciona a atuação do juiz como cidadão, ao prever em seu artigo 37 que ao magistrado é vedado procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções, pois o seu modo de conduzir sua vida pessoal pode refletir na dignidade de sua função judicante.

Outrossim, como membro de família, o magistrado não se diferencia das demais pessoas. Todos os dias, após horas de dignificante labor, o magistrado chega à sua residência e encontra afago nos braços de seus entes queridos.

A família é o esteio do homem, e é no seio familiar, na companhia dos filhos e dos demais entes familiares, que o juiz encontra abrigo e soma forças para continuar a sua incessante batalha pela justiça social.

### ***O juiz conciliador***

O objetivo principal do juiz em sua função judicante é a pacificação social. Entretanto, essa tão sonhada pacificação social, na maioria das vezes, não passa de uma ficção jurídica, pois resolve-se o processo mas não se resolve o conflito real existente entre as partes.

Diante de tal realidade, operadores do direito sensibilizados e incomodados com a permanência desse conflito social *pós-processo* buscam aperfeiçoar suas abordagens na resolução dos conflitos processuais, investigando a origem da discórdia, e com isso solucionam a lide social juntamente com a lide processual, de forma que as partes se sintam verdadeiramente pacificadas.

Conforme ensina Roberto Portugal Bacellar<sup>2</sup>, o direito é um importante instrumento para a identificação e prevenção de litígios, e a conciliação aproxima as partes adversas e evita que a vontade do Estado seja exarada mediante uma sentença a elas imposta.

O artigo 125, IV, do Código de Processo Civil é expresso em dizer que o juiz, na condução do processo, deve a qualquer tempo tentar conciliar as partes. Nessa missão, dentre os diversos meios de resolução do conflito, o magistrado deve lançar mão daquele que mais se amolde à *fattispecie*, para que as partes possam realizar perante o Poder Judiciário a autocomposição, o que os auxiliará na resolução e prevenção de conflitos futuros, resolvendo não só a pendência processual, mas também o desajuste social.

Portanto, o juiz deve ter conhecimentos mínimos dos mecanismos autocompositivos de conflitos, pois de acordo com o objeto da demanda ou matéria central debatida, nem sempre a solução do processo mediante prolação de sentença pacificará as partes, pois ainda permanecerá a desavença entre elas, tornando a resolução do processo um ato estéril perante a sociedade.

### ***O juiz agente de poder***

O juiz contemporâneo deve ter uma visão privilegiada não só do sistema judicial, mas também do sistema político do país. Tal visão é necessária pelo fato de o magistrado ser um *agente de poder*, que deve pautar a sua atuação na harmonia com os demais poderes da República.

A ministra Eliana Calmon<sup>3</sup>, com a clareza que lhe é peculiar, em palestra ministrada no Curso de Iniciação Funcional para Magistrados – Módulo Nacional, exaltou o papel do juiz como agente de poder ao afirmar: *“O juiz não é mais apenas um fazedor de processos. Ele é um agente político, um agente de poder, que deve atuar em harmonia com os outros poderes, mas que deve ser parceiro prioritário da sociedade a que serve.”*

Essa afirmação demonstra que a atuação do magistrado extrapola a sua competência jurisdicional e deve sempre buscar o aprimoramento social com a interação política de poderes, pois as instituições jurídicas também fazem parte da organização política de uma sociedade.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais foram alçados a posição de destaque no novo ordenamento jurídico. Ocorre que, para que as normas constitucionais programáticas tenham eficácia plena e efetiva, exige-se do juiz um papel ativo, como agente de poder, para promover a concretização dos direitos fundamentais estabelecidos na carta constitucional.

O comprometimento do juiz com a defesa da Constituição Federal desembocou no *ativismo judicial*, pois, sem adentrar na celeuma sobre sua legitimidade, inquestionável é que o Poder Judiciário tem que cumprir uma função social e assegurar o cumprimento da carta constitucional pelos demais poderes, e para tanto o juiz deve conhecer e bem a intrincada estrutura política do Estado.

Há de se ressaltar que o caráter político é intrínseco ao novo perfil do juiz, face à imperiosa necessidade de mostrar-se e atuar como agente de mudança em prol da concretização da justiça social.

### 3. Conclusão

Após análise dos argumentos expendidos, conclui-se que a atividade do juiz, para que seja efetiva e se adapte aos anseios sociais, necessita de uma nova vertente, uma nova ótica, exigindo do juiz que seja vocacionado para enfrentar os desafios e responsabilidades inerentes à profissão judicante.

Para vencer tais obstáculos e responsabilidades, o magistrado deve tomar uma posição proativa, pois sua atividade é múltipla, o que exige permanente aperfeiçoamento e estudo, não só do direito mas também de disciplinas humanísticas, revelando a face interdisciplinar da atividade judicante.

O juiz deve se fortalecer como agente político, tornando-se polivalente para melhor resguardar os direitos da sociedade, e esta, por sua vez, conhecendo melhor a função judicante, passará a valorizar o magistrado, reconhecendo-o como invulgar instrumento de concretização dos direitos fundamentais e combativo aliado no aprimoramento social.

### Notas

<sup>1</sup> Assessor de Comunicação Institucional da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM.

<sup>2</sup> Magistrado do Tribunal de Justiça do Paraná e Diretor da Escola Nacional da Magistratura-ENM.

<sup>3</sup> Ministra do Superior Tribunal de Justiça e Diretora-Geral da Enfam.



# «DATÍSSIMA VENIA»



**ALBINO FREIRE**

Juiz aposentado e membro da Academia Paranaense de Letras

## EXCERTOS

*“Data venia é uma forma estereotipada, que não pode ser mutilada ou degustada ao sabor do freguês”*

*“Não acentue os prefixos: «super», «hiper», «semi», na formação de palavras compostas em português. Você incorreria numa ultracorreção gráfica, ou seja, iria tentar corrigir uma forma que está correta”*

*“O uso de expressões latinas deve ser discreto e módico e restringir-se aos casos em que tais locuções contenham aquela concisão e expressividade que só a língua latina possui. Caso contrário, não se justifica”*

Que me perdoem suas excelências, os doutos. Mas não tenho culpa de ser talvez um pouco mais sensível do que outras pessoas a certos tipos de sons. Se assim não fosse, passar-me-iam despercebidos, a mim, como a tanta gente, heresias latinas, bobagens gramaticais que fariam Cícero estremecer e César descabelar-se, e que devem fazer remexerem-se no túmulo os grandes poetas Vergílio e Ovídio. Venho de um tempo em que se estudava o latim. Belo idioma que nos foi ensinado através de majestosos textos e inesquecíveis poemas e interessantíssimas fábulas: *De Bello Gallico*, *as Catilinárias*, *Verrinas*, *Eneida*, *Rana Rupta et Bos...* Ah! Que saudades! Hoje as coisas mudaram. Ninguém estuda nem sabe mais latim. E o que é pior: têm surgido, nos últimos tempos, vindas não se sabe de onde, verdadeiras falanges de pseudolatinistas que se aventuram por seus caminhos sinuosos e enigmáticos, brandindo latinismos por todos os lados. Não sei por que, mas é principalmente no meio forense que se encontram com maior frequência esses incautos delinquentes. Sim, os bacharéis do latinorum, os latinistas militantes... Mas *quousque, tandem, doctores, abutere patientia nostra?!*

Certa feita, procurei, gentilmente, corrigir um ilustre amigo meu, jurista de renome, que escrevera: *mutatis mutandi*. Eu lhe falei que a forma correta é: *mutatis mutandis*. – Mas por quê? – Porque, disse-lhe eu, trata-se de ablativo absoluto e, assim sendo, ambas as palavras... – Chega, disse ele. Não me complique a vida. Latim, eu toco de ouvido... Esse é o problema! Tocar de ouvido! Você passa anos a fio estudando uma língua morta, difícilíssima e, apesar disso, procura usá-la modestamente, até com certa parcimônia. E de repente, aparecem, por aí, esses «músicos latinistas», atacando de latinorum a torto e a direito. É *data maxima venia* pra lá; é *datissima venia* pra cá; *venia concessa* pra acolá. *Fiscos legis* por *custos legis*! Não dá para aguentar! *Data venia* é uma forma estereotipada, que não pode ser mutilada ou degustada ao sabor do freguês. Outras preciosidades: *inaudita altera pars* está errado. O certo é: *inaudita altera parte*, porque com o ablativo absoluto, todos os termos vão para o caso ablativo. E o ablativo singular de *pars*: *partis* (3ª declinação) é *parte*. Não confundir com esta outra forma: *audiatur et altera pars* (que a outra parte seja ouvida). Correta, porque “pars” aí é sujeito, caso nominativo. Também errônea a forma: *ad iudicia*. O correto é: *ad iudicia*. Deve-se o equívoco provavelmente à analogia que se faz com a palavra *justitia* (correta). *Homo hominis lupus* – errado. O certo é:

*homo homini lupus. Homini*, por causa da regência do caso dativo. O engano se deve ao fato de que, em português, a tradução é: «... do homem», levando a crer que seja o caso genitivo (: do homem). A tradução *ad litteram* (ao pé da letra) é: «o homem lobo para o homem». E numa versão *ad sensum* (livre, pelo sentido): «o homem é lobo do próprio homem».

Já que estamos falando nisso, não acentue os prefixos: «super», «hiper», «semi», na formação de palavras compostas em português. Você incorreria numa ultracorreção gráfica, ou seja, iria tentar corrigir uma forma que está correta. Mas, já que você tanto gosta de

*Data venia é  
uma forma  
estereotipada,  
que não pode  
ser mutilada ou  
degustada ao  
sabor do freguês*

latim, vou deixar-lhe algumas expressões selecionadas, bonitas, corretas, que você poderá usar à vontade. Ei-las: *verbo ad verbum* – palavra por palavra. *Verbo* é ablativo; *verbum* é acusativo regido pela preposição «ad». *Verbum pro verbo* também significa «palavra por palavra». Nesta segunda forma, *verbum* é nominativo singular neutro da 2ª declinação; *verbo* é ablativo singular regido pela preposição

*pro*. Olhe que primor: *omnia munda mundis* – tudo é puro para os puros! E esta: *quandoque bonus dormitat Homerus* – até o bom Homero às vezes cochila... Finalmente: *nemo dat quod non habet* – ninguém pode dar o que não tem. Aliás, é bom que se diga, o uso de expressões latinas deve ser discreto e módico e restringir-se aos casos em que tais locuções contenham aquela concisão e expressividade que só a língua latina possui. Caso contrário, não se justifica. Em suma, eu não quero ser esnobe, mas quem não pode não se estabelece. Quem não sabe latim que se contente com o português. Ou se preferirem, *ne sutor ultra crepidam* (não vá o sapateiro além da sandália)!

# POR UMA APAC PARANAENSE

**BRANCA BERNARDI**

Juíza de Direito na Comarca de Barracão, PR

## EXCERTOS

*“O custo para manter cada recuperando não passava de um salário mínimo por mês, contra a média de quatro”*

*“A volta à liberdade, depois de cumprida a pena na APAC, continuava a ser um grande desafio. No coração de cada recuperando, as lições e o amor que aprenderam nessa grande escola de restauração da dignidade”*

*“A sentença condenatória passa a ser a pronta e necessária resposta à vítima e, ao mesmo tempo, a grande oportunidade para o infrator reconhecer o erro, aprender, refletir, amar ao próximo e mudar de vida, ser um ser humano decente, que volta ao meio social para ajudar a ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’”*

*“Uma nova forma de encarar a execução penal está sendo a alavanca propulsora de uma sensível diferença na forma de tratar o preso, quer dizer, o recuperando”*

**T**omei conhecimento da APAC (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados) quando assisti em Barracão, no Sudoeste do Paraná, a um DVD que retratava um cenário de execução da pena que, até então, em dez anos de carreira, eu jamais havia imaginado. Dignidade, fé, trabalho, família, comunidade, amor ao próximo. Não havia policiais. Não havia armas. O índice de recuperação das pessoas era de 91%, enquanto a média nacional mal chegava a 14%. O custo para manter cada recuperando não passava de um salário mínimo por mês, contra a média de quatro.

Posteriormente, estive no admirável Estado de Minas Gerais, na acolhedora cidade de Itaúna, para conferir a veracidade do método APAC. A primeira impressão foi a melhor possível: um local bonito, limpo, bem decorado, com mensagens de incentivo, de apoio, de acolhimento, edificantes: *“Ninguém é irrecuperável”*; *“Todo homem é maior do que o seu erro”*; *“Aqui entra o homem, o erro fica lá fora”*; *“Estamos juntos”*. Os recuperandos, de cabeça erguida, respeitosos, felizes com os visitantes. O juiz que acompanhou nossa visita conversava tranquilamente, em total proximidade com os recuperandos que o rodeavam. As progressões de regime eram verdadeiras conquistas, comemoradas por todos. A volta à liberdade, depois de cumprida a pena na APAC, continuava a ser um grande desafio. No coração de cada recuperando, as lições e o amor que aprenderam nessa grande escola de restauração da dignidade.

Lá, a Lei de Execução Penal é, como em nenhum outro regime, cumprida à risca. A pena dispõe de um valor verdadeiro, e o juiz criminal não sofre ao condenar o culpado. A sentença condenatória passa a ser a pronta e necessária resposta à vítima e, ao mesmo tempo, a grande oportunidade para o infrator reconhecer o erro, aprender, refletir, amar ao próximo e mudar de vida, ser um ser humano decente, que volta ao meio social para ajudar a “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (CF, art. 3º, I).

Mesmo depois de dois anos de estudo da metodologia da APAC, só descobri do que se tratava, realmente, com a especial visita, à Comarca de Barracão, de duas pessoas extraordinárias, vindas de Minas Gerais: Beto e Wellington. Eles nos ensinaram os efeitos do método sobre cada recuperando e nos relataram a história de Quina (que, após uma fuga da APAC, não conseguiu mais furtar carros, porque se sensibilizava ao pensar na história de vida de cada proprietário dos veículos que pensava em abordar e voltou espontaneamente à APAC) e o feito de Robson (que, infelizmente, fora preso por homicídio, mas

que depois, durante o período na APAC, tornou-se o único doador espontâneo de um rim para uma pessoa que estava à beira da morte e, assim, conseguiu salvar uma vida). Esclareceram ainda a profunda reflexão que inspiram em cada recuperando para que, em primeiro lugar, se reconheça como um filho de Deus, dotado da sublime força da superação pessoal.

A Associação de Proteção e Assistência aos Condenados representa a grande possibilidade de mudança, uma transformação silenciosa, que começou em 1972 em São José dos Campos, São Paulo, e que já existe em Minas Gerais há mais de trinta anos, tendo em Itaúna seu melhor modelo. No Paraná, a cidade de Barracão sensibilizou-se com essa proposta excepcional e extremamente simples de implementar. Com o apoio das autoridades locais (promotores de justiça, prefeito, vereadores, delegados de polícia) e, em especial, com o indispensável suporte de uma comunidade sensível, apta a receber esse método tão revolucionário, chegamos ao governo do Estado na pessoa da secretária de justiça, Maria Tereza Uille Gomes, que, desde o início, buscava outras formas de sadia inclusão social, apostando corajosamente nesse novo meio de execução penal.

“Estamos Juntos.” Autoridades, comunidades, voluntários, recuperandos. Uma nova forma de encarar a execução penal está sendo a alavanca propulsora de uma sensível diferença na forma de tratar o preso, quer dizer, o recuperando.

Na APAC, quando o juiz condena a oito anos de perda de liberdade, não condena a oito anos de perda da dignidade, não condena a oito anos de perda da educação, não condena a oito anos de perda da saúde. Na APAC, a condenação alcança exclusivamente a liberdade, porque o recuperando mantém seus demais direitos. Assim, quando cumpre pena na APAC, sua mãe não é condenada, seu pai não é condenado, seus filhos não são condenados, porque a família inteira tem a certeza de que ele receberá adequado e humano tratamento. A pena não passa da pessoa do condenado.

Em Barracão, estamos instalando agora uma unidade da APAC, seguindo passo a passo as orientações da Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados (FBAC), contando com o valioso apoio de Valdeci Antônio Ferreira e do Dr. Paulo Antônio de Carvalho, juiz de Itaúna/MG, que nos encorajam desde a primeira visita àquela

cidade. Nosso propósito é proporcionar um tratamento digno aos recuperandos e manter a entidade como uma autêntica escola (em substituição à que não foi cursada na época certa), que surge agora como a melhor alternativa para uma verdadeira e sólida ressocialização.

Dizem que quando um preso se recupera ocorre um verdadeiro milagre. Pois queremos ver esses milagres caminhando pelas ruas das cidades, trabalhando, constituindo suas famílias e contribuindo para que mais milagres se tornem realidade através deste revolucionário, humano e simples programa.

Neste ano, o Conselho Nacional de Justiça está incentivando a implantação do método APAC (presente em dezessete estados), em centenas de comarcas do país. Para tanto, nos colocamos à disposição de magistrados, promotores de justiça, defensores públicos e advogados que queiram seguir este objetivo em sua região: [solemel@uol.com.br](mailto:solemel@uol.com.br).

# ÚLTIMAS SÚMULAS DO TJPR\*

## Súmula nº 54

Nas ações de cobrança de servidores públicos em que se discute progressão, promoção ou reclassificação, a competência é das Câmaras de Direito Público, exceto se o ente público já reconheceu o direito do servidor administrativamente ou exista decisão judicial reconhecendo-a, pleiteando o servidor apenas as diferenças retroativas àquele benefício, quando então a competência será das Câmaras de Direito Tributário (atuais 1ª, 2ª e 3ª).

## Súmula nº 53

Nas ações relativas a ensino público ou particular, que tenham como causa de pedir a irregularidade de atos comissivos, omissivos e cobrança, a competência é das Câmaras de Ensino, ainda que figure ente público na relação jurídico-processual.

## Súmula nº 51

Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 910.334-2/01, ação de competência originária da Sessão Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, julgado em 17 de maio de 2013, incidente suscitado no julgamento do Mandado de Segurança nº 910.334-2.

## Súmula nº 50

É inepta a petição inicial de ação revisional de contrato bancário que não vem acompanhada de cópia do contrato objeto de revisão.

## Súmula nº 49

No concurso público para escrivão da polícia civil o exame de aptidão física tem amparo legal e sua exigência é razoável e compatível com as atribuições do cargo.

## Súmula nº 48

A data do trânsito em julgado da sentença é o termo inicial do prazo prescricional para a execução individual de sentença proferida em ações coletivas.

\* Para consultar o original, com suas fontes, acesse [www.tjpr.jus.br](http://www.tjpr.jus.br).