REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ

REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ

Diretor
Joatan Marcos de Carvalho

Editor Responsável
Luiz Fernando de Queiroz

6

AMAPAR

FICHA TÉCNICA

Revista Judiciária do Paraná
Ano VIII, n. 6, Novembro 2013
Amapar – Associação dos Magistrados do Paraná

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 Elizabethe 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

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

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
Fernando Swain Ganem

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
Ives Gandra da Silva Martins
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Jorge de Oliveira Vargas
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

Apoio

ABRAPP
(Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar)

Instituto San Tiago Dantas de Direito e Economia

AMAPAR
Associação dos Magistrados do Paraná

Diretoria

Presidente Fernando Swain Ganem, *1º Vice-Presidente* Frederico Mendes Júnior, *2º Vice-Presidente* Hélio César Engelhardt, *3º Vice-Presidente* Marcos José Vieira, *4º Vice-Presidente* Carmen Lúcia Rodrigues Ramajo, *5º Vice-Presidente* Haroldo Bernardo da Silva Wolff, *6º Vice-Presidente* Sérgio Luiz Kreuz, 1º *Secretário* Diego Santos Teixeira, *2º Secretário* Cristina Trento, *1º Tesoureiro* Luiz Cezar Nicolau, *2º Tesoureiro* Léo Henrique Furtado Araujo, *Diretores Executivos* Fábio Ribeiro Brandão, Noeli Salete Reback, João Luís Manassés de Albuquerque, Geraldo Dutra de Andrade Neto, Antônio José Carvalho da Silva Filho, Jurema Carolina da Silveira Gomes, Luiz Fernando Tomasi Keppen, Lídia Munhoz Mattos Guedes, *Apoio e Valorização ao Magistrado* Ronaldo Sansone Guerra

Departamentos

Segurança Carlos Henrique Licheski Klein, *Boas Práticas* Joeci Machado Camargo, Suzana Massaki Hiramal L. de Oliveira, Vanessa Aparecida Pelhe Gimenez, Diego Santos Teixeira, *Aposentados* Wagner José Coltro, *Assuntos Legislativos* Fábio Bergamin Capela, *Assuntos Previdenciários* Marco Antonio da Cunha Araújo, *Comunicação Social* Rogério Ribas, *Vice-Diretor* Marcelo Pimentel Bertasso, *Convênio* Francisco Carlos Jorge, *Cultural – Diretor* Evandro Portugal, *Membros* Mariana Gluszcynski Fowler Gusso, Flávia da Costa Viana, Fernanda Karam de Chueiri Sanches, *Divulgação e Revista* Joatan Marcos de Carvalho, *Esportes* Luiz Taro Oyama, *Atletismo* Roger Vinicius Pires de Camargo Oliveira, *Futebol* Davi Pinto de Almeida, *Informática* Rui Portugal Bacellar, *Integração – Curitiba, RMC e Litoral* Nilce Regina Lima, *Integração – Interior* Laryssa Angélica Copack Muniz, *Direitos Humanos* Oswaldo Soares Neto, *Memória e Arquivo* Chloris Elaine Justen de Oliveira, *Motociclismo* Edgard Fernando Barbosa, *Mútua* Themis Almeida Furquim Cortes, *Obras – Diretor* Alexandre Barbosa Fabiani, *Obras – Vice-Diretor* Horácio Ribas Teixeira, *Ouvidoria* Rosicler Maria Miguel Vigna Mandorlo, *Patrimônio* Fernando Ferreira de Moraes, *Pensionistas* Marília de Oliveira Viel, *Planejamento Estratégico* Fábio André Santos Muniz, *Recursos Humanos* Maria Roseli Guiessmann, *Sersocial – Diretor* Joel Pugsley, *Sersocial – Membros* José Luiz Dosciatti, Gilberto Ferreira, Raul Luiz Gutmann, *Social* Fabiane Pieruccini, *Vices* Ana Paula Kaled Accioly Rodrigues da Costa, Andréa Fabiane Groth Busato, *Tênis – Diretor* Wilson José de Freitas Junior, *Vice-Diretor* André Carias de Araújo

Sedes

Colombo – Vice-Diretor José Luiz Dosciatti, *Foz do Iguaçu – Diretor* Geraldo Dutra de Andrade Neto, *Vice-Diretor* Nicola Frascati, *Guaratuba – Diretor* Ricardo Henrique Ferreira Jentzsch *Vice-Diretor* Giovanna de Sá Rechia, *Londrina – Diretor* Ademir Ribeiro Richter, *Maringá – Diretor* Antônio Mansano Neto, *Maringá – Vice-Diretor* José Camacho Santos, *Pilarzinho – Diretor* Sílvio Binhara, *Vice-Diretor* Romero Tadeu Machado, *Piraquara – Diretor* Marcos Vinícius Schiebel, *Vice-Diretor* Vitor Roberto Silva, *Ponta Grossa – Diretor* Fábio Marcondes Leite, *Vice-Diretor* João Campos Fischer

EMAP

Diretor Geral Luciano Campos de Albuquerque, *Coord. Geral de Cursos* Rodrigo Otávio Rodrigues Gomes do Amaral, *Supervisor Pedagógico* José Laurindo de Souza Netto, *Curitiba – Diretor* Daniel Surdi de Avelar, *Londrina – Diretor* Rodrigo Afonso Bressan, *Maringá – Diretor* Kétbi Astir José, *Ponta Grossa – Diretor* Hélio César Engelhardt, *Jacarezinho – Diretor* Roberto Arthur David, *Umuarama – Diretora* Maira Junqueira Moretto Garcia, *Cascavel – Diretor* Leonardo Ribas Tavares, *Foz do Iguaçu – Diretor* Marcos Antonio de Souza Lima, *Pato Branco/Francisco Beltrão – Diretora* Franciele Estela Albergoni de Souza

JUDICEMED

Presidente Fernando Swain Ganem, *Vice-Presidente* Luciano Carrasco Falavinha Souza, *Diretor Financeiro* Luís Carlos Xavier, *Conselho Fiscal – Presidente* Valter Ressel, *Membros* Marco Antônio Massaneiro, Raul Vaz da Silva Portugal, *Suplente* Michela Vechi Saviato, *Conselho Gestor* Antônio Renato Strapasson, Hayton Lee Swain Filho, Shiroshi Yendo, Fabiane Pieruccini.

Associação dos Magistrados do Paraná
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**
Um Projeto Ambicioso
JOATAN MARCOS DE CARVALHO

ANÁLISE

17 **Perspectiva de Construção da Cidadania e da Socialidade: Um Estudo a Partir da Ética da Magistratura**
FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA

DOUTRINA

41 **Os Discursos sobre Crime e Criminalidade**
JUAREZ CIRINO DOS SANTOS

63 **Direito e Cidadania: Uma Análise Preliminar das ManifeZtações de Rua no Brasil**
LIER PIRES FERREIRA

79 **Matérias não Sujeitas a Preclusão para o Estado-Juiz**
FERNANDO RUBIN

127 **O que Abunda Pode Prejudicar!**
EDSON LUIZ PETERS

133 **Natureza Jurídica das *Stock Options* no Direito do Trabalho**
JOSÉ GERALDO DA FONSECA

141 **O Desafio da Magistratura ante as Mudanças Sociais e Econômicas**
ORIANA PISKE

165 **Acolhimento Institucional de Crianças e Adolescentes (Abrigos): Até Quando?**
SERGIO LUIZ KREUZ

173 **Sentenças que não Passam em Julgado**
GELSON AMARO DE SOUZA
GELSON AMARO DE SOUZA FILHO

215 **A Desjudicialização dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Voluntária: Nova Onda Reformista?**
ALEXIA BROTTO CESSETTI

231 **Una Mirada al Mercosur desde la Corte Suprema de Justicia de la Nación – Comentario al Fallo *Bio Sidus***
MARIANA PEÑA DE PINON

EM DESTAQUE

249 **Captação, Intermediação e Aplicação no Financiamento Bancário do Agronegócio**

RENATO M. BURANELLO

287 **Linguagem Forense**

ALBINO BRITO FREIRE

JURISPRUDÊNCIA

289 **Enunciados do TJPR**

Enunciados da 1a., 2a. e 3a. Câmaras Cíveis, p. 291

Enunciados da 4a. e 5a. Câmaras Cíveis, p. 293

Enunciados da 6a. e 7a. Câmaras Cíveis, p. 297

Enunciados da 13a., 14a., 15a. e 16a. Câmaras Cíveis, p. 303

APRESENTAÇÃO

Um Projeto Ambicioso

A Revista Judiciária do Paraná chega ao seu sexto número, buscando se estabelecer como a revista judiciária paranaense, ou seja, uma publicação de referência na área jurídica.

É sem dúvida um projeto ambicioso, mas certamente exequível. E qual seria a magnitude deste projeto? É compensador o esforço e o custo de sua execução?

Como em todos os assuntos e áreas em que se indague, haverá opiniões divergentes e, em muitos casos, conflitantes.

Alguns dirão que sim. E, efetivamente, é compensador para os que entendem a importância de uma publicação, mas não somente da publicação em si. A publicação ocorre como forma de se levar a um número mais amplo de interessados o resultado do estudo que é desenvolvido por aqueles que se debruçam sobre determinadas matérias.

Em outras palavras, vale a pena publicar se há quem cometa artigos e quem queira lê-los, e não haveria de ser diferente no meio jurídico paranaense. Temos vivido a experiência da busca que os colegas juízes, promotores, advogados, enfim, todos os que se dedicam ao estudo jurídico, empreendem no afã de conquistar um espaço para divulgar sua produção intelectual.

E, naturalmente, é preciso que parte do espaço seja democratizado e estendido àquelas contribuições especiais e, até mesmo, a assuntos que se façam oportunos, ocasionalmente.

Uma questão que vale a pena considerar é a da "qualificação" de nossa revista. É verdade que opiniões respeitáveis, tanto na área editorial como na acadêmica, entendem que seria irrelevante trilhar

este caminho, porque mais significativo é manter um espaço para que se expressem aqueles que não estão ligados à *Academia*, já que os *scholars* têm acesso a generoso espaço nas publicações científicas. Outros, diferentemente, defendem que as opiniões de juristas devem ser sempre "qualificadas".

O tempo haverá de indicar qual o melhor caminho: aquele que atenda mais apropriadamente aos associados da Amapar, que são os principais destinatários da RJP.

Ao encerrar, quero agradecer à nossa editora Bonijuris, na pessoa do seu diretor, doutor Luiz Fernando de Queiroz, que nos possibilitou o salto editorial que tivemos a oportunidade de constatar, dotando a RJP de uma qualidade superior em termos de projeto gráfico, e que foi fundamental para que a publicação ganhasse estabilidade, regularidade e consistência editorial.

Por fim, é preciso agradecer ao presidente Fernando Ganem, que não só tem emprestado todo o seu apoio ao Departamento da Revista, como assumido o compromisso de não deixar que a publicação sofra empecilhos ou descontinuidade, na certeza de seu alcance e de que sua edição é desejo dos nossos associados.

Joatan Marcos de Carvalho

Diretor da RJP

ANÁLISE

PERSPECTIVA DE CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA E DA SOCIALIDADE:
UM ESTUDO A PARTIR DA ÉTICA DA MAGISTRATURA

FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA*
Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Paraná

EXCERTOS

"Um código de ética da magistratura também se justifica por razões econômicas porque permite uniformizar procedimentos e avaliar resultados e, ao mesmo tempo, ajuda a garantir uma certa segurança jurídica das decisões judiciais"

"O problema da vinculação aos princípios éticos deve ser visto em duas perspectivas: uma que diz respeito aos fundamentos de justiça no ato de julgar e outra que diz respeito ao caráter sancionador da regra ética para a pessoa do juiz"

"A perda da confiança e da autoridade moral dos julgadores pode estar relacionada à própria insegurança constitutiva da sociedade pós-moderna para o que a existência de um código de ética da magistratura poderia não ser remédio suficiente para os seus males"

"O Código de Ética da Magistratura pretendeu suplantar a insegurança e a desorientação característica da falta de valores da sociedade brasileira contemporânea em nome de um compromisso objetivo com a profissionalização e a produtividade dos juízes. Onde o ideal de justiça não é mais uma promessa, o trabalho e a produtividade mensuráveis podem significar o alívio provocado pelas tensões derivadas dos bloqueios de evolução social"

"É certo que o juiz não deve sofrer influências externas como, por exemplo, a de submeter sua vontade a imperativos de grupos econômicos, de facções ideológicas, de credos religiosos etc. Mas é preciso considerar também que a interpretação da lei não ocorre em um ambiente desprovido de valores e de finalidades"

"A questão da imparcialidade do juiz, embora diga respeito mais diretamente à equidistância em relação aos interesses das partes, não significa um simultâneo desinteresse pela realidade do processo e mesmo pela realidade social que lhe é subjacente"

*** Outras qualificações do autor**

Professor do mestrado e na graduação em Direito no UNICURITIBA e de Direito Civil na Escola da Magistratura do Paraná. Mestre e doutor em Direito pela UFPR .

Introdução

Um código de ética da magistratura não se restringe a um catálogo de deveres ou de modelos de comportamento socialmente esperados: em torno de normas éticas para a atividade dos juízes desenvolve-se todo um sentido de realização de justiça. Capturar este sentido constitui o objetivo da reflexão desenvolvida no artigo, que começa traçando um quadro da compreensão e do lugar da ética profissional na realidade brasileira e evolui, por meio de um pensar dialético, em busca de fixar a razão de ser do Código de Ética da Magistratura brasileira até um ponto de chegada, e ao mesmo tempo de partida e de abertura, diante da questão do quanto o código está de fato comprometido com o que deveria ser essencial para o trabalho do juiz, que é a construção da cidadania e da socialidade. O objetivo é o de, mediante uma análise crítica, verificar o quanto o Código de Ética da Magistratura está engajado com uma premissa ética da presença do *outro*, fundamental para o resgate da ética e da moral na contemporaneidade de hegemonia da técnica e de valores mercantis, considerada a realidade social brasileira.

1. Compreensão da ética e o lugar da ética profissional na realidade brasileira

No contexto de busca de um fundamento pós-positivista para o direito, tornou-se inevitável o confronto com a ética e a moral. Pode-se estabelecer pelo menos dois caminhos no debate acerca do papel da ética e da moral no direito; um deles de resgate da ética e da moral numa perspectiva metafísica, que se aproxima de posições jusnaturalistas, e outro da dialética de valores éticos e morais inseridos nos usos da linguagem, considerado, neste caso, a virada linguístico-pragmática de uma tentativa de superação do caráter solipsista no pensamento jurídico. A questão central do papel da ética e da moral no direito pode ser objetivada pelo que Manuel Atienza enfatiza no sentido da possibilidade ou não da cognoscibilidade ética ou moral no confronto com uma perspectiva puramente descritiva das normas integrantes do sistema jurídico[1]; ou seja, ele coloca em causa o papel que os valores jogam na compreensão do fenômeno jurídico. Assim, uma vez considerado que na contemporaneidade pode não ser

suficiente pensar o direito como ciência descritiva, a compreensão do lugar da ética, para o efeito de situar o sentido do Código de Ética da Magistratura, precisa assumir um sentido pragmático e crítico, de situar o problema dos valores inseridos na linguagem do mundo da vida, o que significa, em última instância, tratar da questão da ética e da moral na realidade de construção da socialidade no Brasil.

Segundo Gilberto Dupas, existe um paradoxo nas sociedades pós-modernas: ao mesmo tempo em que repudiam valores, cresce a demanda por ética e preceitos morais; ele assinala que a ética desconstrói a moral e seus juízos de bem e de mal porque geralmente está baseada numa **metamoral,** sem relação direta com a cultura. Mas, de acordo com o autor, a demanda por ética decorre do vazio de valores provocado pelo incremento da tecnologia e da informação que fizeram desaparecer os fundamentos ontológicos, metafísicos e religiosos; não é mais possível estabelecer o que seja uma lei justa ou uma decisão justa; Dupas assinala que se tornou necessário reencontrar o **dever-ser** em meio à incerteza e à deslegitimação[2].

Em torno da incerteza e da deslegitimação, Daniel Hirata mostra como a cultura da periferia, por exemplo, repensa o problema da responsabilização e da ética confrontada com a luta pela sobrevivência que contrapõe o mercado e a vida. Diz ele:

"*Este é o território que circulam os guerreiros, a figura dos que conseguem 'sobreviver na adversidade', sabendo circular em um universo incerto, violento, de realidades fugazes, que muda a cada instante, também da informalidade, de relações ambíguas entre o lícito e o ilícito, espaços onde é difícil construir medidas precisas, cálculos exatos ou uma razão rigorosa. Poderíamos então esboça a segunda caracterização: a inversão dos valores e dos equilíbrios das polaridades tradicionais da inteligibilidade, porque busca uma explicação pelo mais confuso, mais obscuro, mais desordenado, mais condenado ao acaso, pois o princípio de decifração dadas as relações sociais e de sua ordem visível é a confusão da violência, das paixões, dos ódios, das cóleras, dos rancores, dos amargores, é a obscuridade dos acasos, das contingências, de todas as circunstâncias miúdas que produzem os conflitos com desfechos violentos...*"

"A importância do valor da palavra se encontra no valor ético da responsabilidade, ou seja, da capacidade de responder sobre si no futuro. Esta é a maneira de desafiar a essência aleatória deste futuro incerto e de suas circunstâncias imprevisíveis. Trata-se de uma capacidade de construir o tempo futuro, portanto,

procedimento quase inverso do enquadramento jurídico moral da responsabilidade, sob o qual se responde pelo que se fez no passado. Aqui, a responsabilidade se constrói a partir da capacidade de realizar inteiramente uma promessa no futuro a partir de uma certa conduta, de um proceder. Qual futuro? Impossível responder, este é um mundo sem transcendência nenhuma, pura imanência inscrita na mais radical contingência das situações da vida 'loka' um mundo que não promete nada, a não ser a incerteza e a imprevisibilidade..."[3]

A mesma premissa que coloca a necessidade de uma ética para o mundo incerto e violento das cidades pode estar na base dos fundamentos de um código de ética da magistratura; também a responsabilização do juiz não pode mais ser mensurada pelos atos passados, pela história de vida; a responsabilização dos atos do juiz depende de um proceder futuro para o qual não existem parâmetros certos e confiáveis, ou seja, a configuração socioeconômica que pode bloquear a evolução social faz surgir a necessidade de "códigos de ética", para o juiz e para a sobrevivência na vida em sociedade.

A mesma premissa que coloca a necessidade de uma ética para o mundo incerto e violento das cidades pode estar na base dos fundamentos de um código de ética da magistratura

Um código de ética da magistratura também se justifica por razões econômicas porque permite uniformizar procedimentos e avaliar resultados e, ao mesmo tempo, ajuda a garantir uma certa segurança jurídica das decisões judiciais, que esteja de acordo com modelos econômicos institucionalizados. O dever-ser da ética da magistratura precisa ser pensado numa perspectiva dialética que, nos termos do pensamento de Alaôr Caffé Alves, não envolve apenas a norma ou a conduta tomadas de forma isolada, mas o que na conduta é manifestação do normativo e vice-versa[4].

Torna-se necessário compreender o compromisso com a ética em um mundo dominado pela tecnologia e pela falta de referência a valores. O sentido do compromisso com a ética pode ser aquele formulado por Jurandir Freire Costa; diz ele que:

"a fé que suporta a prova da dívida é a dos que aceitam a condição da falta. O que não significa lamento vitimatório ou melancolia inativa. Dúvida não é convite à inação. É o que nos faz reconhecer a dignidade do outro, pois só a igualdade diante da dúvida nos define como seres

capazes de agir eticamente. É na desproporção entre a fragilidade do saber e a magnitude do fazer que reside a grandeza do ato de justiça."[5]

O compromisso com a ética exige dúvida na fé e, ao mesmo tempo, remete para a necessidade de construção de uma moralidade que não está limitada ao plano puramente individual, mas diz respeito à presença do outro e à socialidade.

A emergência de códigos de ética nos dias de hoje pode sugerir dificuldades para a evolução social, porque está bloqueada a construção de uma moralidade pelo atual estágio da tecnologia e de configuração da vida social e econômica. Nesse sentido, conforme lembra André Duarte, na *Carta sobre o humanismo* Heidegger chamava a atenção para a crescente demanda por ética como sintoma da desorientação que advém quando "*só se pode confiar na estabilidade do homem da técnica, entregue à massificação, planejando e organizando o todo de seus planos e ações em conformidade apenas com a técnica*", a ponto de não saber mais como se comportar senão seguindo à risca preceitos e regras; daí a proposta de Heidegger de possibilidade de uma relação ética que envolve o cuidado de si e o cuidado do outro, ou seja, como diz André Duarte, a escuta do chamado do outro que sou como possibilidade do encontro de outrem em sua alteridade, sem o que a relação ética não é possível[6].

Assim, a observância de um código de ética somente faz sentido no comportamento aberto para a alteridade, o que, evidentemente, não se reduz a uma perspectiva de normas éticas estritamente disciplinares e punitivas ou mesmo de cunho profissionalizante e produtivo.

2. O sentido do Código de Ética da Magistratura

A responsabilidade administrativa, civil e criminal dos magistrados está integrada por disciplina normativa desde o texto da Constituição da República, passando pela Lei Orgânica da Magistratura, até disposições integrantes de leis processuais civis e penais.

A Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar 35/1979) regula as garantias da magistratura consistentes na vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. O juiz perde o cargo em virtude da prática de crime comum ou de responsabilidade, com sentença transitada em julgado, ou em processo administrativo,

quando comprovado o exercício de outra função, salvo o magistério, recebimento de valores em processos em julgamento ou o exercício de atividade político-partidária. A Lei Orgânica da Magistratura disciplina ainda as prerrogativas dos magistrados, entre elas o direito de portar arma, prisão especial, prisão por ordem escrita do presidente do tribunal, salvo prisão em flagrante, com imediata comunicação ao presidente do tribunal.

Entre os deveres do juiz, a Lei Orgânica da Magistratura trata expressamente do dever de cumprir e fazer cumprir as disposições legais e os atos de ofício; não exceder prazos para decisão ou sentença de forma injustificada; tratar com urbanidade as partes, membros do Ministério Público, advogados e demais pessoas envolvidas no processo; residir na comarca; comparecer ao local de trabalho e respeitar horários; fiscalizar subordinados; e manter conduta irrepreensível na vida pública e particular. O juiz está proibido de exercer comércio ou participar de sociedade comercial, salvo como acionista ou cotista; exercer cargo de direção em sociedade, associação ou fundação; manifestar por qualquer meio de comunicação opinião sobre processo pendente de julgamento.

O dever-ser da ética da magistratura precisa ser pensado numa perspectiva dialética

Como se observa, antes mesmo da edição do Código de Ética da Magistratura já estavam integrados ao ordenamento jurídico brasileiro inúmeras normas reguladoras do comportamento e da atuação do juiz, que recebiam unificação sistematizadora desde a Constituição e a Lei Orgânica da Magistratura. As normas integradas à legislação ao longo do tempo não impediram a punição de atos de infração disciplinar bem como a prática de crimes.

O conjunto de normas regulador do comportamento e da atuação do juiz, contudo, parece não ter sido suficiente para dispensar a edição de um código de ética da magistratura. É neste contexto que deve ser pensada também a necessidade de normas éticas para regular o comportamento do juiz.

O problema da vinculação aos princípios éticos deve ser visto em duas perspectivas: uma que diz respeito aos fundamentos de justiça no ato de julgar e outra que diz respeito ao caráter sancionador da regra ética para a pessoa do juiz.

No primeiro aspecto, considerados os fundamentos de justiça, na perspectiva do positivismo jurídico, o princípio ético somente vincula

caso inserido no âmbito da norma. Numa correlação entre direito e moral, a partir do pensamento de Ronald Dworkin, por exemplo, poderia ocorrer vinculação mesmo quando o princípio não esteja expresso em norma positiva.

No segundo aspecto, no Código de Ética da Magistratura, a vinculação emerge da premissa de que as regras éticas complementam o que consta da legislação disciplinadora dos deveres do juiz.

De qualquer modo, uma vez considerado que já havia normas disciplinares suficientes para a punição de atos infracionais ou práticas criminosas, a indagação que surge é a da necessidade de edição de um código de ética da magistratura, sendo certo que não estava em causa espécie de combate à impunidade por ausência de instrumentos legais, tão comum nos discursos moralistas ou moralizantes, de certo modo recorrentes na realidade social brasileira.

Uma resposta a essa questão pode ser encontrada naquilo que Guillermo Lariguet assinala, mencionando Manoel Atienza, de que existe uma peculiaridade na exigência de virtudes e de uma ética judicial, dado que a aplicação do direito não implica apenas o manejo de conhecimento instrumental, mas cobra uma justificação moral de fins e de meios, em um contexto em que não existe acordo sobre como resolver os conflitos[7].

De fato, a justificativa para um código de ética da magistratura diz respeito diretamente ao ato de aplicação do direito e, desse modo, a finalidade desse tipo de regulação não pode ser objetivada sem levar em conta o quanto ela está comprometida com os ideais de justiça na vida social.

2.1. Contexto histórico do Código de Ética da Magistratura

O Código de Ética da Magistratura está compromissado com a proposta ibero-americana de *ética judicial*; ganhou ênfase a necessidade de estabelecer princípios básicos para os julgadores; consolidou-se o propósito de realizar esforços para a aprovação de um código de ética em todos os países da Ibero-América. De acordo com o postulado, o objetivo dos códigos de ética ibero-americanos devia ser o de incrementar a confiança e a autoridade moral dos julgadores. O código modelo proposto está dividido do seguinte modo: independência, imparcialidade, motivação, conhecimento e capacitação, justiça e equidade, responsabilidade institucional, cortesia, integridade, transparência, segredo profissional, prudência, diligência e honestidade profissional.

O Conselho Nacional de Justiça, ao editar o Código de Ética da Magistratura, deu cumprimento à diretiva colocada pelos compromissos com a proposta ibero-americana de ética judicial. Como se observa, a edição do Código de Ética da Magistratura não esteve determinada apenas pela necessidade de coibir ações nocivas à prática judicial por parte dos juízes brasileiros; antes, cumpria atender os reclamos da comunidade internacional por uma regulação ética dos comportamentos, capaz de aumentar a confiança e a autoridade moral de juízes.

Logo, impõe-se verificar duas questões: primeiro, as razões e a extensão da perda de confiança e de autoridade moral dos julgadores subjacentes à necessidade de uma regulação ética; segundo, a capacidade das normas éticas, para além da regulação jurídica já existente, de assegurar confiança e autoridade moral dos julgadores. A resposta a essas questões somente se viabiliza na medida em que são investigados os fundamentos do Código de Ética da Magistratura.

A perda da confiança e da autoridade moral dos julgadores pode estar relacionada à própria insegurança constitutiva da sociedade pós-moderna para o que a existência de um código de ética da magistratura poderia não ser remédio suficiente para os seus males.

2.2. Fundamentos, deontologia e Código de Ética da Magistratura

Um código de ética da magistratura respalda um compromisso com um determinado fundamento de justiça. Daí a preocupação do Código de Ética da Magistratura com a independência, a imparcialidade e a prática da prudência por parte do juiz. O comportamento ético, portanto, não tem uma componente estritamente individual; em torno do comportamento ético ergue-se toda a complexidade de construção da socialidade.

No pensamento de Kant pode ser encontrada uma distinção entre ética e moral. O imperativo moral kantiano diz respeito a uma moralidade construída na vida social, enquanto que a ética está relacionada a um procedimento de conduta individual.

No contexto de afirmação do positivismo, em confronto com o direito natural, Hegel formula a passagem de um fundamento natural da eticidade que, confrontada com a liberdade na vida social, culmina com o Estado[8]; a eticidade, portanto, envolve uma dialética de inserção do indivíduo na vida social.

Pensar a ética significa pensar o conjunto de valores de uma determinada vida social (*Weltvorstellungen)* que, obviamente, inclui a questão da justiça.

É necessário investigar então quais são os fundamentos de justiça que legitimam o Código de Ética da Magistratura.

Em termos de comportamento ético do juiz, impõe-se observar o percurso desde a deontologia clássica até os atuais códigos de ética. Sobre a questão relacionada à ética e à deontologia pode ser útil citar trecho de artigo escrito por Francisco Cardozo Oliveira e Rodrigo Jacob Cavagnari:

"A deontologia jurídica clássica reduziu a ética a um conjunto de deveres estritamente comportamentais: regras de conduta restritas a indicar como o juiz devia conduzir a vida profissional, pessoal e familiar em sociedade, de modo a não ferir o decoro do cargo; no campo profissional, a deontologia clássica conferiu especial importância à postura de neutralidade do juiz, não só em relação ao conflito subjacente ao processo propriamente dito, como também a aplicação da lei e a assimilação de valores sociais em conflito. A preocupação com a neutralidade na aplicação do direito como regra de conduta profissional atendia à mentalidade do direito moderno de imunizar a atividade jurisdicional de juízos de valores e de afirmar o primado da lei positiva, de origem estatal. O bom juiz, portanto, seria aquele que, no campo profissional, fosse obediente à positividade da lei alheia a valores.

Em torno da visão da deontologia clássica, Álvaro Reis Figueira afirma que a postura do juiz de obediência à lei, no sistema do civil law reforça a imagem de substancial confiança na administração da justiça. A imagem de neutralidade no comportamento do juiz, portanto, reproduz, na atividade profissional, as premissas do positivismo jurídico; o que se espera do juiz é a aplicação acrítica da lei positiva.

Um outro desdobramento da deontologia jurídica clássica em torno da figura do juiz direcionou-se para o aspecto disciplinar, com regras de atuação no processo e de relação com as partes e seus interesses; nesse sentido, podem ser mencionadas regras disciplinadoras da imparcialidade, de impedimentos e de responsabilidade civil."[9]

Como se verifica, a ética da deontologia clássica estava comprometida com a neutralidade e a disciplina do juiz. Com o surgimento dos códigos de ética, altera-se o sentido da regulação do comportamento do juiz; nesse diapasão Francisco Cardozo Oliveira e Rodrigo Jacob Cavagnari afirmam que:

"os códigos de ética que começam a surgir no final do século XX (...) têm como preocupação básica dois aspectos: a qualidade dos serviços prestados pelos agentes judiciários e a profissionalização da magistratura.

Nesta nova ordem de regulação de condutas, o juiz deve prestar contas de suas atividades de modo a garantir o funcionamento da administração da justiça.

Os códigos de ética relegam a plano secundário o caráter institucional da prestação jurisdicional e o valor republicano do trabalho do juiz, para reduzi-lo a profissional burocrático que, na administração da justiça, deve alcançar índices de produtividade e de qualidade na prestação de serviços judiciários.

Da ética de compromisso com a neutralidade da deontologia clássica, passa-se, na atualidade, à ética comprometida com a profissionalização e a produtividade; tal ética de profissionalização do juiz e de produtividade na administração da justiça está de acordo com as exigências da cultura de massa pós-moderna, que elevou os valores da economia de mercado a princípios reguladores da vida em sociedade."[10]

Entre os deveres do juiz, a Lei Orgânica da Magistratura trata expressamente do dever de cumprir e fazer cumprir as disposições legais e os atos de ofício

Na atualidade, portanto, a regulação da ética judicial contempla a busca de um compromisso do juiz com a profissionalização e a produtividade. Até que ponto a finalidade de profissionalização e a busca de produtividade permitem alcançar o cuidado com o *outro*, implicado na ética, é questão que permanece em aberto a depender do quanto esses objetivos possam, de fato, constituir uma *práxis* de realização da justiça no mundo.

Na realidade da economia neoliberal, um compromisso com a profissionalização e a produtividade pode contribuir para aproximar o trabalho do juiz de uma forma de empresarialidade da vida social, no sentido do formulado por Michel Foucault[11], reduzida a realização da justiça a uma perspectiva de domínio de aparatos tecnológicos de gestão organizacional e de conflitos.

Tem-se então que o Código de Ética da Magistratura pretendeu suplantar a insegurança e a desorientação característica da falta de valores da sociedade brasileira contemporânea em nome de um compromisso objetivo com a profissionalização e a produtividade dos

juízes. Onde o ideal de justiça não é mais uma promessa, o trabalho e a produtividade mensuráveis podem significar o alívio provocado pelas tensões derivadas dos bloqueios de evolução social.

3. Código de Ética da Magistratura: o sentido do compromisso com a cidadania e a socialidade

Uma maior objetividade no exame do sentido finalístico do Código de Ética da Magistratura, tomando sempre o contexto atual da sociedade brasileira, pode ser alcançada mediante o exame de algumas regras representativas da tensão que se corporifica diante dos bloqueios à evolução social comprometida com o outro, como pressuposto de uma vivência ética, que não se resume à normatização de comportamentos profissionais.

Trata-se de, mediante o exame de algumas regras do Código de Ética da Magistratura, identificar bloqueios e limites para um compromisso efetivo do trabalho do juiz com a construção da cidadania em meio a uma socialidade aberta à presença do outro. Para esse exame podem ser eleitas as regras que tratam da independência e imparcialidade do magistrado, transparência, integridade pessoal e profissional e, particularmente, a da prudência. A escolha dessas regras também decorre do fato de que nelas se materializa o que é essencial nesta reflexão, que é a tensão presente no compromisso ético, que não se esgota na esfera estritamente individual, mas que alcança a totalidade concreta da vida em sociedade.

3.1. Independência e imparcialidade do magistrado

A premissa principal que o Código de Ética da Magistratura coloca para a independência do juiz é a questão relativa às influências externas estranhas à justa convicção. Segundo José Renato Nalini, a independência do juiz está relacionada à proteção de ingerências pelos demais poderes do Estado; também diz respeito à independência ética e financeira do juiz; ele afirma que a convicção do juiz deve ser a de fazer justiça conforme o ordenamento jurídico[12]. Em função dessa premissa, do fazer justiça conforme o ordenamento, é que se coloca a questão das influências externas, que dizem respeito àqueles fatores que determinam a convicção para a decisão. Como se verifica, o problema está diretamente relacionado à interpretação da lei.

É certo que o juiz não deve sofrer influências externas como, por exemplo, a de submeter sua vontade a imperativos de grupos econômicos, de facções ideológicas, de credos religiosos etc. Mas é preciso considerar também que a interpretação da lei não ocorre em um ambiente desprovido de valores e de finalidades; o próprio juiz está inserido em um contexto social e os valores desse meio podem influenciar a convicção da decisão justa. A independência do juiz, portanto, deve ser buscada em um compromisso metodológico com o problema da interpretação, que, em termos de construção da socialidade, pode tomar a perspectiva sugerida por A. Castanheira Neves em que interpretação jurídica deve alcançar a normatividade prático-jurídica da norma, mediante critério de problematização concreta dos elementos do caso, que possa conduzir à solução materialmente adequada do conflito[13].

O compromisso com a busca da normatividade prático-jurídica da norma pode contribuir para romper com a cultura de um positivismo metodológico, arraigado na tradição de interpretação e aplicação do direito, incapaz de assimilar as dinâmicas de valores dos conflitos emergentes na realidade social brasileira de assimetrias marcantes.

A questão da independência do juiz, portanto, não pode ser vista apenas na perspectiva de um compromisso com o fazer justiça de acordo com o ordenamento, a menos que se tenha como relevante uma ideia de ordenamento segundo a proposta de Santi Romano, em que o ordenamento jurídico não deve se restringir à estrutura das normas: o direito, dizia ele, não é a norma posta, mas a entidade que a põe; a norma é mais objeto do ordenamento do que constituinte de sua estrutura; o processo de objetivação do direito é anterior à norma. O ordenamento jurídico, segundo Santi Romano, é uma instituição e, portanto, podem coexistir pluralidades de ordenamentos jurídicos[14]. Na perspectiva em que a ordem jurídica deva abarcar a ordem social e que, por isso, a relação jurídica não possa negligenciar a ordem social em que ela está inserida, faz sentido o compromisso do juiz com a justiça do ordenamento jurídico, porque a ordem que caracteriza o jurídico é vista integrada à ordem da vida social.

Já o problema da imparcialidade, como estabelece o art. 8º do Código de Ética da Magistratura, está relacionado à equidistância do juiz em relação às partes, o que não significa atitude passiva e inação.

A imparcialidade do juiz constitui garantia processual reconhecida pelo art. 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

No âmbito da Constituição brasileira a imparcialidade configura espécie de garantia dotada de fundamentalidade. É necessário ter em conta, todavia, que a observância da imparcialidade pelo juiz, em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, na forma do inc. LV do art. 5º da Constituição, não implica espécie de neutralidade ou indiferença com a realidade do processo; deve-se superar a visão típica do Estado liberal, que associou a imparcialidade do juiz à neutralidade técnica na interpretação e na aplicação da lei. Nesse sentido, Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon afirma que a imparcialidade do juiz, que diz respeito aos interesses imediatos com a causa, e mesmo a impessoalidade, que pressupõe trabalho pelo bem comum, sem favorecimentos específicos, não podem ser confundidas com uma espécie de neutralidade em relação aos valores e à realidade social que repercutem no processo[15].

Não se pode olvidar, todavia, que o compromisso do juiz com valores não pode abrir espaço para uma atuação calcada nas preferências pessoais capaz de comprometer a interpretação da lei. Como limite a possíveis arbitrariedades do subjetivismo, a Constituição da República exige a necessária fundamentação das decisões judiciais, nos termos do inc. IX do art. 93. Assim, mesmo que o juiz possa estar convicto por uma espécie de pré-julgamento, ele não está dispensado de motivar e de fundamentar a decisão e, com isso, dar conta da racionalidade das conclusões firmadas, com apoio nas provas produzidas no processo, e possibilitar o exercício do contraditório. Como afirma Artur César de Souza, o princípio da imparcialidade na realidade complexa do Estado Democrático de Direito está informado por elementos simultaneamente negativos e positivos, em que os elementos positivos dizem respeito à obrigação do juiz de ponderar todos os interesses sociais e públicos legalmente relevantes no caso concreto[16].

Como se verifica, a questão da imparcialidade do juiz, embora diga respeito mais diretamente à equidistância em relação aos interesses das partes, não significa um simultâneo desinteresse pela realidade do processo e mesmo pela realidade social que lhe é subjacente.

3.2. Transparência do trabalho do magistrado

A regulação da transparência no Código de Ética da Magistratura está relacionada ao dever de informar e ao comportamento do juiz na relação com os meios de comunicação social.

O dever de informar se estende desde a atuação no processo até a colaboração com os órgãos de controle e de aferição de desempenho profissional, ou seja, corregedorias de justiça e o próprio Conselho Nacional de Justiça. O dever de informar por parte do juiz é a contrapartida do direito à informação assegurado no texto da Constituição da República (inc. XIV do art. 5º).

O direito à informação constitui espécie dos direitos humanos e deve ter por objetivo a formação de uma vontade pública capaz de inserir a pessoa no processo de construção da socialidade e da democracia. Nesse sentido, Francisco Cardozo Oliveira e Daniel José Pereira de Camargo Salles assinalam o seguinte:

"A ideia do direito à informação como direitos humanos, contudo, se encontra obliterada pela atual configuração da sociedade pós-moderna. Na construção dos fundamentos do que poderia ser concebido como direitos humanos à comunicação e à informação Raimunda Aline Lucena GOMES sublinha o contexto histórico que, nos debates da Unesco permitiu desde a formulação do projeto de uma nova ordem mundial da informação e da comunicação (NOMIC), de caráter mais político e emancipatório, até os dias atuais, de preponderância de um enfoque técnico de assimilação de ideias em torno da configuração de uma sociedade da informação ou de uma sociedade da informação e do conhecimento, em que consolidada a preocupação pelas novas tecnologias da informática, em especial a Internet, com relevo para o aspecto do consumo. (2007, 77-118 e 154-157). Na medida em que o acesso à informação se reduz ao caráter instrumental das novas tecnologias informáticas, a luta pelo reconhecimento do direito à informação opera apenas no nível formal, sem força de superação emancipatória na direção de novas formas de evolução social."[17]

A questão de um dever de informar por parte do juiz é vista como ferramenta de construção da socialidade; não se trata de uma forma de transparência tomada no sentido de prestação de contas de uma prática de justiça que não inclui a cidadania e que está afeta ao exercício do poder; a ideia de prestação de contas como sentido da

transparência serve mais à legitimidade do próprio exercício do poder do que à possibilidade de afirmação de direitos, mediante articulação possibilitada pela informação.

O dever de informar do juiz, desse modo, tanto no processo como na relação como os meios de comunicação de massa deve estar voltado para o resgate daqueles elementos necessários à formação de uma vontade pública que permite à pessoa articular a defesa de direitos e o resgate da justiça na vida em sociedade.

3.3. Integridade pessoal e profissional do magistrado

As regras relacionadas à integridade pessoal e profissional estão voltadas para o dever do juiz de não obter vantagens de entidades públicas ou privadas capazes de comprometer a independência funcional. A rigor, a regra diz respeito ao compromisso do juiz de viver de acordo com os vencimentos que aufere no exercício do cargo de juiz.

De todo modo, é preciso ter presente a advertência de Silvio Rosa Filho para os bloqueios vistos por Hegel já evidenciados na consolidação da modernidade para a constituição de uma "individualidade ética" confrontada com a "aparência de vida ética".

A esse respeito diz ele:

"tudo leva a pensar que, inicialmente, a autoconservação particular correria o risco de ir significando algo como uma autodestruição generalizável; que, em seguida, a independência da individualidade deixara entremostrar a ameaça de uma generalização da forma heterônoma de vida; que, por fim, a autoexigência de formação da 'personalidade singular', se veria determinada a não representar mais que uma deformação da subjetividade. Sucede que tais processos regressivos já se acham em curso, à solta no próprio andamento dos novos tempos que a cada passo, como tivemos ocasião de assinalar, sempre concorrem para convocar, essencialmente, o comparecimento de seu oposto. Disso dá testemunho, em primeiro lugar, o surgimento de uma mera 'aparência de vida ética' para o qual, como diz Hegel, 'a significação habitual da moralidade pode convir aproximadamente...'."[18]

Um princípio de integridade pessoal e profissional não pode negligenciar as ameaças derivadas de uma premissa de individualismo abstrato do homem privado ou do homem público, considerados de forma isolada. Ou seja, pensar a integridade pessoal e profissional do

juiz exige levar em conta os riscos, os perigos e a significação de uma "aparência de vida ética" no atual contexto da sociedade brasileira. É necessário ter presente que o juiz não pode obter vantagens de entidades públicas e privadas, mas as entidades públicas e privadas também devem estar comprometidas com uma ética de não oferecer vantagens a juízes e agentes públicos capazes de comprometer o exercício da função pública. O quanto isso seja possível numa realidade social comprometida com o arrivismo individual em larga medida depende da advertência de Theodor Adorno, na *Minima Moralia*, de que não existe vida correta na falsa.

3.4. Prudência e exercício da jurisdição

O Código de Ética da Magistratura define prudência como a busca de comportamentos e decisões resultantes de juízo justificado racionalmente, após meditação e valoração de argumentos. Não seria o caso de valoração de argumentos, mas de valoração da prova, já que o compromisso da decisão justa, segundo o Código de Ética, deve ser com a verdade das provas. Também resulta abstrato um compromisso com a prudência que exige meditação, no momento em que se impõe a cobrança por soluções rápidas e pelo cumprimento de metas. O código deixou de fazer referência à questão da justiça e da equidade, conforme proposto pelo código modelo ibero-americano, que colocava como fim último da atividade judicial realizar a justiça por meio do direito; preferiu-se um compromisso abstrato do juiz com a prudência.

O conjunto de normas regulador do comportamento e da atuação do juiz, contudo, parece não ter sido suficiente para dispensar a edição de um código de ética da magistratura

De todo modo, a questão da prudência está diretamente comprometida com fundamentos de justiça. O ser prudente, como referido por Aristóteles, está confrontado com a contingência. O juiz prudente, portanto, deve estar preparado para decidir diante da contingência dos fatos e da vida. A prudência, como diz Pierre Aubenque, representa a possibilidade e o risco da ação humana, e o caminho entre um saber absoluto que tornaria a ação inútil e uma percepção caótica que tornaria a ação impossível; a prudência revela o humanismo trágico, em que a ética mede a distância que separa o homem dos deuses[19].

O juiz prudente deve estar atento à realidade em que está inserido porque somente desde modo poderá captar o sentido da ação humana refletida nas provas do processo que o habilita a formar juízo justificado racionalmente, como quer o Código de Ética da Magistratura. O juiz prudente, portanto, somente adquire sentido no compromisso com a realização da justiça na vida em sociedade.

Ao que parece, o Código de Ética da Magistratura, mais comprometido com uma visão de profissionalismo e de produtividade, pode não ter assumido o sentido de prudência necessário para romper os bloqueios no caminho de construção da cidadania e da socialidade que, em última instância, traz o significado do compromisso com o outro.

Considerações finais

De um modo geral, embora o Código de Ética da Magistratura esteja formalmente comprometido com os valores da Constituição e da democracia, as regras específicas, no atual contexto da sociedade neoliberal, assumem um perfil deontológico, disciplinar e de preocupação com a profissionalização e a produtividade.

Não se verifica no Código de Ética da Magistratura um compromisso objetivo com a realização da justiça como finalidade da atividade jurisdicional**,** de modo que a ética do juiz, para utilizar a premissa de Silvio Rosa Filho[20], assume o caráter de alienação particularista, em meio à desvalorização da singularidade da sociedade de massas e de consumo, e que contrapõe o mercado e a vida.

Em meio a esses paradoxos, é preciso pensar no que afirma Jurandir Freire Costa**,** segundo o qual a justiça exige olhos bem abertos, inclusive para rever as mais caras fantasias sobre bondade que venhamos a acalentar. Um ideal de justiça desatento ao que se passa ao redor é mera autossatisfação narcísica. Não há preocupação com o outro em tal atitude; há egocentrismo, mesquinhez que visa preservar da usura a imagem ideal que se tem de si[21].

Em termos de uma ética judicial, portanto, impõe-se o compromisso moral mais elevado de realização da justiça no mundo. Mas isso só é possível no momento em que as regras do Código de Ética da Magistratura se mostrem capazes de

transcender o mero produtivismo e a alienação a que ele conduz, e possam abrir caminhos para a evolução social comprometida com a presença do outro e, consequentemente, com a construção da socialidade.

Notas

[1] Réplica a Pierluigi, in *Analisi e diritto,* Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 309-11.

[2] *Ética e poder na sociedade da informação* – de como a autonomia das novas tecnologias obriga o rever o mito do progresso. 3. ed. São Paulo, Unesp, 2011, p. 77.

[3] *Sobreviver na adversidade*: entre o mercado e a vida, tese de doutorado, USP, São Paulo, 2010.

[4] *Dialética e direito* – linguagem, sentido e realidade, São Paulo, Manole, 2010.

[5] O ponto de vista do outro, figuras da ética na ficção de Graham Greene e Phillip K. Dick, Rio de Janeiro, Garamond Universitária, 2010, p. 73.

[6] Vidas em risco, crítica do presente em Heidegger, Arendt e Foucault, Rio de Janeiro, Forense, 2010.

[7] *Virtudes, ética profesional y derecho* – una introducción filosófica, Montevideo, B de F Editores, 2012, p. 43.

[8] El sistema de la eticidad, Madrid, Editora Nacional, 1982; Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, sein Stelle in der praktischen Philosophie und sein Verhältnis zu den positiven Rechtswissenschaften, Jenaer Schriften 1801-1807, Frankfurt an Main, Suhrkamp Verlag, 1986, p. 434-530.

[9] *O juiz e a ética*: compromisso com uma jurisdição da intersubjetividade do direito ao direito (não publicado).

[10] Idem.

[11] *Nascimento da biopolítica*, São Paulo, Martins Fontes, 2008.

[12] *Ética da magistratura* – comentários ao Código de Ética da Magistratura – CNJ, São Paulo, RT, 2006.

[13] O problema atual da interpretação jurídica, in Metodologia jurídica – problemas fundamentais, Coimbra, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade*, Coimbra Editora, p. 83-154, 1993.

[14] *O ordenamento jurídico*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2008.

[15] A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro, in *Revista da Ajuris,* n. 108, p. 166-182, dez. 2007.

[16] A parcialidade do Juiz (Justiça Parcial) como critério de realização no processo jurisdicional das promessas do constitucionalismo social, In *Revista dos Tribunais,* v. 857, n. 96, p. 27-53, mar. 2007.

[17] A relação entre propriedade liberdade de expressão na cultura digital, *Revista de Estudos Jurídicos UNESP,* Franca, n. 20, p. 01-28, 2010.

[18] *Eclipse da moral* – Kant, Hegel e o nascimento do cinismo contemporâneo, São Paulo, Editora Barcarolla, 2009.

[19] *A prudência em Aristóteles*, São Paulo, Discurso Editorial, 2003.

[20] *Eclipse da moral* – Kant, Hegel e o nascimento do cinismo contemporâneo, São Paulo, Editora Barcarolla, 2009.

[21] *O ponto de vista do outro* – figuras da ética na ficção de Graham Greene e Phillip K. Dick, p. 56.

Referências

ALVES, Alaôr Caffé. *Dialética e direito* – linguagem, sentido e realidade, São Paulo, Manole, 2010.

ATIENZA, Manuel. *Replica a Pierluigi*, *in* Analisi e diritto, Madrid, Marcial Pons, 2010.

AUBENQUE, Pierre. *A prudência em Aristóteles*, São Paulo, Discurso Editoral, 2003.

COSTA, Jurandir Freire. *O ponto de visa do outro, figuras da ética na ficção de Graham Greene e Philip K. Dick,* Rio de Janeiro, Garamond Universitária, 2010.

DUARTE, André. *Vidas em risco, crítica do presente em Heidegger, Arendt e Foucault*, Rio de Janeiro, Forense, 2010.

DUPAS, Geraldo. *Ética e poder na sociedade da informação – de como a autonomia das novas tecnologias obriga a rever o mito do progresso*. 3. ed. São Paulo, Unesp, 2011.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. São Paulo, Martins Fontes, 2008.

HEGEL, G.W.F. *El sistema de la eticidad*, Madrid, Editorial Nacional, 1982.

_____. *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, sein Stelle in der praktischen Philosophie und sein Verhältnis zu den positiven Rechtswissenschaften*, Jenaer Schriften 1801-1807, Frankfurt an Main, Suhrkamp Verlag, 1986, p. 434-530.

HIRATA, Daniel. *Sobreviver na adversidade:* entre o mercado e a vida, tese de doutorado, USP, São Paulo, 2010.

LARIGUET, Guillermo. *Virtudes, ética profesional y derecho* – una introducción filosófica, Montevideo, B de F Editores, 2012.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo; CAVAGNARI, Rodrigo Jacob. *O juiz e a ética:* compromisso com uma jurisdição da intersubjetividade do direito ao direito (não publicado).

OLIVEIRA, Francisco Cardozo; SALLES, Daniel José Pereira de Camargo. A relação entre propriedade e liberdade de expressão na cultura digital, *Revista de Estudos Jurídicos UNESP,* Franca, n. 20, p. 1-28, 2010.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A Imparcialidade do Juiz no Processo Penal Brasileiro, in *Revista da Ajuris,* n. 108, p. 166-82, dez. 2007.

NALINI, José Renato. *Ética da magistratura* – comentários ao Código de Ética da Magistratura – CNJ, São Paulo, RT, 2006.

NEVES. A. CASTANHEIRA. O problema atual da interpretação jurídica**,** in Metodologia jurídica- problemas fundamentais, Coimbra, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra Editora, 1993.

ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2008.

ROSA FILHO, Silvio*. Eclipse da moral* – Kant, Hegel e o nascimento do cinismo contemporâneo, São Paulo, Editora Barcarolla, 2009.

SOUZA, Artur César de. A Parcialidade do Juiz (Justiça Parcial) como Critério de Realização no Processo Jurisdicional das Promessas do Constitucionalismo Social, in *Revista dos Tribunais,* v. 857, n. 96, p. 27-53, mar. 2007.

DOUTRINA

OS DISCURSOS SOBRE CRIME E CRIMINALIDADE

JUAREZ CIRINO DOS SANTOS*
Professor da Universidade Federal do Paraná

EXCERTOS

"O moderno discurso da teoria do crime *é representado pela definição analítica (ou operacional) de fato punível, configurada nas categorias elementares de tipo de injusto e de culpabilidade"*

"A integração da categoria do tipo de injusto (objeto de imputação) com a categoria da culpabilidade (fundamento de imputação) constitui o conceito de crime da moderna dogmática penal"

"O conteúdo religioso de expiação ou a natureza metafísica de compensação *atribuídos ao conceito de culpabilidade parecem incompatíveis com a racionalidade utilitarista do controle social moderno"*

"O discurso crítico sobre a função de prevenção especial *da pena criminal distingue entre* funções declaradas *e* funções reais *da prisão: a) por um lado, afirma o* fracasso integral *das funções declaradas da prisão; b) por outro lado, reconhece o* êxito integral *das funções reais da instituição penitenciária"*

"As ciências naturais e as técnicas estatísticas desenvolvidas nas sociedades industriais fazem nascer a criminologia, uma ciência explicativa *da criminalidade como fenômeno de massa"*

"A criminologia crítica trabalha com o método dialético *do materialismo histórico, fundado no princípio da* contradição *de objetos sociais, pelo qual o conflito antagônico da relação* capital/ trabalho assalariado *das formações sociais capitalistas é o princípio metodológico capaz de explicar as instituições jurídicas e políticas do Estado capitalista"*

***Outras qualificações do autor**

Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1965). Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1979). Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1981). Pós-Doutorado pela Universität des Saarlandes, US, im Saarbrücken, Alemanha (1996). Atualmente é Conselheiro Estadual Titular da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Paraná, para o triênio 2013-2015. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Criminologia, atuando principalmente nos seguintes temas: teoria do fato punível, teoria da pena e criminologia crítica.

Todas as ideias sobre *imputação* de crimes e *explicação* da criminalidade podem ser sintetizadas em dois discursos básicos: a) o discurso da *teoria jurídica* do crime; b) o discurso da *teoria criminológica* da criminalidade.

I. O discurso jurídico sobre crime

O discurso da teoria jurídica do crime, construído com base na legislação penal do Estado, tem por objetivo *imputar* penas (ou medidas de segurança) aos autores de fatos definidos como crime, conforme princípios de interpretação e de aplicação concreta da lei penal (legalidade, culpabilidade, proporcionalidade etc.)[1]. A legislação penal é o *dado* da pesquisa jurídica, que fundamenta o discurso jurídico e determina o conteúdo e os limites desse discurso, como conjunto de enunciados descritivos do conceito de crime e de pena, conhecido como dogmática penal. Assim, o discurso jurídico do crime é constituído pela **teoria do crime** e o discurso jurídico da pena é constituído pela **teoria da pena**, como discursos *fechados* construídos sobre a legalidade penal pelas técnicas de interpretação da lei penal.

1. A teoria do crime

O moderno discurso da *teoria do crime* é representado pela definição analítica (ou operacional) de fato punível, configurada nas categorias elementares de **tipo de injusto** e de **culpabilidade**[2].

1.1. O **tipo de injusto** define o *objeto de imputação* do discurso jurídico do crime: indica **o que** imputamos ao autor como crime doloso ou como crime imprudente, realizado por ação ou por omissão de ação. Nesse sentido, o **tipo de injusto** é formado por uma *ação típica e antijurídica concreta*, estruturada pela dimensão objetiva (causação e imputação do resultado) e pela dimensão subjetiva (dolo ou imprudência) dos comportamentos humanos típicos, realizados ou omitidos sem justificação pelo autor; em posição excludente aparecem as justificações (a legítima defesa, o estado de necessidade etc.), cuja presença desfaz o tipo de injusto[3].

1.2. A **culpabilidade** define o *fundamento da imputação* do discurso jurídico: indica **por que** imputamos ao autor o *tipo de injusto*, demonstrado pelas categorias (a) da *imputabilidade* (o sujeito é capaz de *saber* e de *controlar* o que faz), excluída ou reduzida em situações

de menoridade ou de doença mental, (b) da *consciência do injusto* (o sujeito *sabe*, realmente, o que faz), excluída ou reduzida em situações de erro de proibição e (c) da *inexigibilidade de comportamento diverso* (o sujeito tem o *poder de não fazer* o que faz), excluída ou reduzida em situações de exculpação legais e supralegais.

A integração da categoria do **tipo de injusto** (objeto de imputação) com a categoria da **culpabilidade** (fundamento de imputação) constitui o conceito de **crime** da moderna dogmática penal[4].

2. A teoria da pena

O discurso da teoria da pena tem por objeto as *funções* de **retribuição**, de **prevenção especial** e de **prevenção geral** atribuídas à pena criminal. A **teoria da pena** deve ser examinada de dois pontos de vista opostos: a) primeiro, do ponto de vista do *discurso oficial* da teoria jurídica da pena; b) segundo, do ponto de vista do *discurso crítico* da teoria criminológica da pena.

2.1. A função de retribuição

2.1.1. O discurso oficial. Antes de tudo, a função de *retribuição* da pena criminal perturba o penalista: o conteúdo religioso de *expiação* ou a natureza metafísica de *compensação* atribuídos ao conceito de culpabilidade parecem incompatíveis com a racionalidade utilitarista do controle social moderno. Afinal, supor que o mal justo da pena permite *expiar* ou *compensar* o mal injusto do crime pode corresponder a uma crença, mas não é democrático nem científico: não é democrático porque a Justiça é exercida em nome do Povo – e não em nome de Deus; não é científico porque a liberdade de vontade que fundamenta a retribuição penal é indemonstrável.

Não obstante, a persistência histórica da função de *retribuição* nas sociedades contemporâneas exige explicação, assim apresentada pelo discurso oficial:

a) a psicologia popular seria regida pelo talião: a retaliação expressa no *olho por olho, dente por dente* constituiria mecanismo retributivo responsável pela sobrevivência de seres zoológicos e, assim, atitude generalizada no homem;

b) as religiões apresentam uma imagem retributiva da justiça divina, que constituiria poderosa influência cultural sobre a disposição psíquica retributiva da psicologia popular – portanto, uma disposição psicológica mais social do que biológica;

c) os grandes sistemas filosóficos do pensamento ocidental são retributivos: KANT define a justiça retributiva como lei inviolável, pela qual todo aquele que mata, deve morrer; HEGEL considera a justiça retributiva a única digna do ser humano, porque teorias preventivas equivaleriam a tratar o homem como um cão;

d) enfim, a lei consagra a retribuição penal: o legislador determina ao juiz aplicar a pena necessária e suficiente para *reprovação* do crime (art. 59, CP) – por essa via, a retribuição também informa a jurisprudência criminal[5].

2.1.2. O discurso crítico. O discurso crítico redefine a *retribuição* do discurso oficial como *retribuição equivalente*, mostrando existir uma correspondência ideológica da retribuição equivalente com os fundamentos econômicos, políticos e jurídicos das sociedades fundadas na relação *capital/trabalho assalariado*, em que o tempo é o critério geral de *medição* do valor – por exemplo: a) da mercadoria pelo preço, medido pelo tempo de trabalho social necessário para produção da mercadoria; b) do trabalho pelo salário, medido pelo tempo de trabalho social necessário para reprodução do trabalhador (como energia produtiva); c) do crime pela pena, medida pelo tempo de privação de liberdade necessária para retribuição do crime.

O discurso da teoria da pena tem por objeto as funções de retribuição, de prevenção especial e de prevenção geral atribuídas à pena criminal

Por outro lado, mostra que a *retribuição equivalente* do crime pela pena existe como *retribuição desigual* nas sociedades capitalistas, como indica a dupla seletividade do sistema penal: a) no sistema legal, proteção penal seletiva de interesses e necessidades das classes sociais hegemônicas; b) no sistema de justiça criminal, repressão penal seletiva das classes sociais subalternas, realizada conforme indicadores sociais negativos de marginalização, desemprego, pobreza etc., que ativam estereótipos, preconceitos, idiossincrasias e outras deformações ideológicas dos agentes de controle social (as chamadas *metarregras*), decidindo sobre a criminalização concreta de oprimidos sociais.

Assim, segundo a lógica jurídica do *capital* – mas não pela lógica contraditória do *trabalho assalariado* –, a *retribuição equivalente* do crime legitima a pena criminal das sociedades capitalistas, e deve perdurar como forma de punição específica das formações sociais fundadas na relação *capital/trabalho assalariado*, enquanto

sobreviver a sociedade de produtores de mercadorias – gostemos ou não gostemos disso[6].

2.2. A função de prevenção especial

2.2.1. O discurso oficial. A função de *prevenção especial* deve ser (a) definida pelo juiz na aplicação da pena mediante sentença individualizada conforme necessário e suficiente para *prevenir* o crime (art. 59 CP) e (b) realizada pelos técnicos do sistema penal mediante execução orientada para a *harmônica integração social* do condenado (art. 1º, LEP).

Na área da execução penal, o discurso oficial compreende a função de *prevenção especial* sob duas dimensões simultâneas, pelas quais o Estado espera evitar crimes futuros do condenado: a) a dimensão negativa de *neutralização do condenado*, consistente na incapacitação para praticar novos crimes durante a execução da pena, produzida pelo confinamento do condenado dentro dos muros da prisão – na verdade, a dimensão *negativa* da prevenção especial constitui a forma de existência real da função de retribuição penal; b) a dimensão positiva de *correção do condenado*, mediante o trabalho conjunto de psicólogos, sociólogos, assistentes sociais e outros funcionários da chamada *ortopedia moral* do estabelecimento penitenciário, que dominou os últimos dois séculos de execução do projeto *técnico-corretivo* da prisão – dois séculos de fracasso e de reproposição reiterada do mesmo projeto fracassado[7].

2.2.2. O discurso crítico. O discurso crítico sobre a função de *prevenção especial* da pena criminal distingue entre *funções declaradas* e *funções reais* da prisão: a) por um lado, afirma o *fracasso integral* das **funções declaradas** da prisão; b) por outro lado, reconhece o *êxito integral* das **funções reais** da instituição penitenciária.

O fracasso das *funções declaradas* da prisão refere-se ao projeto de *correção do condenado*, como demonstram todas as pesquisas empíricas dos últimos duzentos anos: a) primeiro, a relação entre pena e reincidência: quanto maior a pena, maior a reincidência criminal; b) segundo, a influência negativa da subcultura da prisão sobre o condenado: a reconstrução psíquica da autoimagem como criminoso, as deformações emocionais do preso, os processos de desculturação (desaprendizado das normas sociais) e de aculturação do condenado (aprendizado das normas de sobrevivência na prisão: as normas da violência e da malandragem, por exemplo)[8].

Nesta perspectiva, o êxito das *funções reais* da prisão consiste em garantir as desigualdades sociais da formação econômica capitalista, fundadas na relação *capital/trabalho assalariado*, mediante uma gestão diferencial da criminalidade, assim definível: a) imunização legal das elites de poder econômico e político; b) repressão penal das massas populares de marginalizados do mercado de trabalho e de oprimidos sociais, em geral[9].

2.3. A função de prevenção geral

2.3.1. O discurso oficial. A função de *prevenção geral* é realizada pelo legislador mediante definição de crimes e cominação de penas, também definida sob forma negativa e sob forma positiva.

A dimensão *negativa* da prevenção geral é atribuída ao *poder intimidante* da pena, pelo qual o Estado espera desestimular pessoas de praticarem crimes – cuja fórmula original é a teoria da *coação psicológica* de FEUERBACH –, apesar de BECCARIA já reconhecer que não seria a gravidade da pena mas a certeza ou probabilidade da punição que desestimularia a prática de crimes[10].

A dimensão *positiva* da prevenção geral é definida pela *estabilização das expectativas normativas* (ou **prevenção/integração**), fundada na *necessidade* da pena para proteção da sociedade e na *utilidade* da punição do criminoso para inibir impulsos antissociais da população, apresentada em duas variantes principais: a) a variante liberal de ROXIN[11], da pena como *proteção* subsidiária e fragmentária de *bens jurídicos* selecionados a partir da Constituição; b) a variante autoritária de JAKOBS[12], da pena como *demonstração da validade da norma* realizada às custas do autor, hoje repensada conforme as propostas do *direito penal do inimigo*, com as seguintes alternativas: b1) para o **cidadão**, a pena é uma *reação contrafática* com significado simbólico de *afirmação da validade da norma*, como contradição ao *fato passado* do crime, cuja *negação da validade da norma* a pena pretende **reprimir**[13]; b2) para o **inimigo**, a pena é uma *medida de força* com efeito de *custódia de segurança*, como obstáculo antecipado ao *fato futuro* do crime, cuja *negação da validade da norma* a pena pretende **prevenir**[14].

2.3.2. O discurso crítico. O discurso crítico tem por objeto as dimensões negativa e positiva atribuídas à função de *prevenção geral* da pena criminal.

A dimensão negativa de *intimidação penal* apresenta os seguintes problemas: primeiro, a função de *intimidar para desestimular* não

possui critério limitador da pena – assim, a lógica de *quanto maior a intimidação, maior o desestímulo* tende a instalar um estado de terrorismo penal, como mostram os crimes hediondos; segundo, a grandeza da *punição exemplar* de indivíduos *reais* para desestimular indetermináveis criminosos *potenciais* constitui violação da dignidade humana.

A dimensão positiva de *estabilização das expectativas normativas* parece atribuir ao direito penal a tarefa de satisfazer os instintos mais primitivos do ser humano: assim, a *punição de crimes* aumentaria a fidelidade jurídica porque satisfaz os impulsos punitivos da população; ao contrário, a *não punição de crimes* reduziria a fidelidade jurídica porque frustra os impulsos punitivos da população. Por último, a distinção de JAKOBS entre cidadãos e inimigos institui a *desigualdade legal* no lugar do princípio de *igualdade perante a lei* e condiciona as *garantias constitucionais* do processo legal devido ao conceito de **tipo de autor**, aplicadas ao *cidadão* e negadas ao *inimigo* conforme decisões idiossincráticas dos agentes de controle social[15].

II. O discurso criminológico sobre criminalidade

As ciências naturais e as técnicas estatísticas desenvolvidas nas sociedades industriais fazem nascer a **criminologia**, uma ciência *explicativa* da criminalidade como fenômeno de massa. Este novo *discurso de explicação* da criminalidade, construído pelo método positivista das ciências naturais, nas variantes *biológica* (LOMBROSO) e *sociológica* (FERRI), pretende substituir o direito penal como *discurso oficial* de imputação de fatos antissociais. Após o célebre confronto histórico das chamadas escolas penais na virada para o século 20, a criminologia positivista assume uma posição subalterna de *ciência auxiliar* do direito penal – por exemplo, como propõe LISZT na *Moderna Escola do Direito Penal* orientada pelo fim: intimidar o autor ocasional, corrigir o corrigível e neutralizar o incorrigível[16].

No entanto, a sociedade é sempre mais complexa do que os discursos do controle social: a pesquisa histórica mostra a construção paralela de dois discursos criminológicos antagônicos, com *teorias sociais* opostas, com *objetos de estudo* diferentes e diversos *métodos de estudo* do objeto, assim definíveis: a) a **criminologia tradicional**,

com um discurso *etiológico* sobre **criminalidade**, sempre no papel de *ciência auxiliar* do direito penal; b) a **criminologia crítica**, com um discurso *político* sobre **criminalização**, no papel de *ciência crítica* do direito penal, do sistema de justiça criminal e das desigualdades sociais da relação capital/trabalho assalariado.

A) Criminologia tradicional: o discurso etiológico sobre criminalidade

O discurso *etiológico* sobre **criminalidade** é a marca da criminologia *positivista*, que trabalha com um método **causal-determinista** fundado na pergunta: ***por que*** *certas pessoas cometem crimes?* Por isso, orienta a investigação para as *causas determinantes* do comportamento criminoso, uma realidade objetiva estudada como *coisa*, conforme propõe DURKHEIM. O discurso *etiológico* sobre criminalidade da criminologia positivista possui as seguintes características:

a) **teoria política consensual**: assume a teoria do *consenso* sobre valores e interesses como fundamento político da sociedade, o que permite definir o desvio como *dissenso individual* determinado por patologia ou subsocialização;

b) **determinação causal**: trabalha com o conceito de *determinação causal* da conduta humana, que reduz o comportamento a mero *sintoma* revelador da natureza do sujeito, produzido por *causas internas* desconhecidas e não controladas pelo autor, mas identificáveis por peritos (psiquiatras, biólogos etc.) mediante *diagnóstico* de causas, *prognóstico* de comportamentos e *prescrição* de terapias corretivas, segundo o modelo e a linguagem médica;

c) **método experimental**: o conceito de *determinação causal* do positivismo pressupõe o método *indutivo-experimental* das ciências naturais, verificando hipóteses induzidas da *quantificação da conduta* com base em estatísticas criminais;

d) **explicações por defeitos individuais**: as respostas à pergunta (*por que determinadas pessoas cometem crimes?*) fundamentam *explicações* da criminalidade fundadas em *defeitos individuais* determinados por *patologia* ou por *subsocialização*, com propostas de *correção pessoal* ou de *reformas sociais*, substituindo as penas criminais (fundadas na liberdade de vontade) por medidas corretivas ou assecuratórias (fundadas na determinação da conduta)[17].

Como se verá, a criminologia tradicional produziu *explicações individuais* (modelo de LOMBROSO) e *explicações socioestruturais* (modelo de FERRI) da criminalidade, a seguir sumariadas[18].

1. Explicações individuais

1.1. Teoria dos defeitos pessoais naturais

As *teorias etiológicas* dos defeitos pessoais naturais apresentam explicações biológicas, constitucionais, genéticas e instintivas do comportamento humano, como se indica:

a) Explicações biológicas. A primeira explicação biológica do comportamento humano é a teoria do *criminoso nato* (LOMBROSO), fundada na hipótese de *atavismo*, definível como degeneração pessoal identificável por estigmas físicos: o crânio estreito e pomos salientes do assassino, os olhos oblíquos e o nariz grande do estuprador, a fronte fugidia do ladrão etc. A crítica fala dos métodos de pesquisa defeituosos, da falta de confirmação das correlações indicadas, da origem social da maioria dos estigmas e da seletividade do sistema penal orientada por tais estigmas (na época, desconhecida). Mas a rejeição da hipótese explicativa específica não teve o efeito de invalidar a teoria geral, ainda dominante na criminologia positivista contemporânea[19].

b) Explicações morfológico-constitucionais. Teorias corporais pressupõem correlações entre *caracteres físicos* e *tendências psíquicas* para determinados delitos: por exemplo, o *leptossomático* ou *ectomorfo* (indivíduo magro e alto), tendência para o furto, o estelionato etc.; o *atlético* ou *mesomorfo* (indivíduo musculoso), tendência para a violência pessoal, patrimonial e sexual; ao contrário, o *pícnico* ou *endomorfo* (indivíduo gordo) seria sociável e bonachão. A crítica fala de dificuldades para definir os tipos corporais e da inconfiabilidade dos dados de pesquisa, que excluiriam a influência social na formação dos caracteres corporais e psíquicos, pesquisados em instituições totais etc.[20]

c) Explicações genéticas. A teoria genética mais difundida indica a presença de um *Y extra* na estrutura cromossômica individual (XY no homem, XX na mulher) como responsável pelo comportamento violento: essa *anomalia cromossômica* teria sido encontrada na proporção de 3% a 4% da população das prisões, mas apenas na proporção de 0,04% da população em geral. Independente de críticas metodológicas, é óbvia a insignificância explicativa da teoria[21].

d) Explicações hereditárias. Teorias hereditárias, fundadas em pesquisas de gêmeos idênticos e fraternos, pressupõem correlações entre *disposições hereditárias* e *comportamento humano*, assim formuladas: se existe a correlação *herança/comportamento*, então (a) o comportamento de gêmeos idênticos seria *concordante* e (b)

o comportamento de gêmeos fraternos seria *discordante*. Os dados de pesquisas mais recentes indicam pequena correlação: gêmeos idênticos, concordância em 35% dos casos; gêmeos fraternos, concordância em 13% dos casos. A crítica menciona influências sociais e culturais para explicar a concordância superior do comportamento de gêmeos idênticos em relação aos gêmeos fraternos, desconsideradas nas pesquisas indicadas[22].

e) Explicações instintivas. Estudos do comportamento instintivo animal identifica sinais/estímulos *inatos* (maioria) e *condicionados* (minoria) responsáveis pelo controle das relações recíprocas, mostrando como a transmissão/captação desses sinais/estímulos pode desencadear ou inibir a *agressividade instintiva* em três hipóteses, apresentadas como protótipos da agressividade humana: a) agressão *predatória*, relacionada à sobrevivência de animais de presa; b) agressão *defensiva*, por medo ou para proteção do grupo social ou do território, desencadeada em caso de violação da chamada distância crítica; c) agressão *intraespecífica*, inibida por mecanismos *individuais* (exposição das partes vulneráveis) ou *sociais* (posição hierárquica, impressões recíprocas de poder e força), mas desencadeada em situações de *competição* por fêmeas ou por posição social, ou em situações de *erro* de transmissão ou de captação de sinais[23]. A crítica refere o abismo entre instintos animais e teorias sociológicas e políticas das sociedades humanas, marcadas pela ideologia e pelos conflitos de classe[24].

1.2. Teorias dos defeitos pessoais aprendidos

1.2.1. Teoria da aprendizagem por condicionamento

As teorias de aprendizagem por condicionamento definem a mente humana como um conjunto de *reflexos condicionados* (EYSENCK), ou como sistema de reações mecânicas condicionadas por processos de *recompensa/punição* (SKINNER), ambas fundadas na capacidade humana de decidir o comportamento conforme antecipação psíquica das consequências futuras, regidas pelo *princípio do prazer*. Apesar de desenvolvimentos modernos fundados na adoção de modelos em que a imitação teria maior influência do que a experiência pessoal, limitada ao mero reforço do comportamento pelos efeitos de recompensa (prazer) ou punição (dor), as teorias *behavioristas* reduzem o comportamento humano a simples sistemas de reflexos condicionados ou de reações mecânicas, igualmente incompatíveis com as teorias psicanalíticas e sociológicas modernas[25].

1.2.2. Teoria da aprendizagem por associação diferencial

A teoria da *associação diferencial*, criada por SUTHERLAND (celebrizado pelas pesquisas do *white collar crime*), define o comportamento criminoso (a) como aprendido no processo de interação social, especialmente mediante comunicação verbal, (b) a aprendizagem ocorreria no interior de grupos sociais (por exemplo: de condenados, nos crimes comuns; de empresários, nos crimes econômico-financeiros), com transmissão de **técnicas** de execução de crimes e desenvolvimento de **direções** específicas, fundadas em *motivos*, em *impulsos*, em *racionalizações* e em *atitudes* concretas, por sua vez variáveis conforme a *frequência*, a *duração*, a *prioridade* e a *intensidade* das associações com padrões de comportamento criminoso[26].

A crítica reconhece que a aprendizagem pode explicar a difusão de comportamentos antissociais no interior de grupos, mas não explica a gênese social das relações pessoais nos grupos (de condenados ou de empresários, por exemplo), nem a origem dos crimes passionais ou impulsivos, nem a identificação com modelos difundidos pelos meios de comunicação de massa[27] – na época da teoria, ainda incipientes.

1.2.3. Teorias psicanalíticas

A psicanálise é uma *prática terapêutica* fundada numa *teoria da personalidade* configurada em tríplice constituição do aparelho psíquico: a) o **id** originário, fonte da energia psicossomática e sede dos instintos, regido pelo *princípio do prazer*; b) o **ego**, desenvolvido a partir do id pela experiência sensorial do indivíduo, responsável pela adequação do *princípio do prazer* ao *princípio da realidade*, constituído pelas relações do mundo externo; b) o **superego**, herdeiro do complexo de Édipo, como instância psíquica de controle sobre o ego na realização dos impulsos agressivos ou sexuais provenientes do id.[28]

As explicações psicanalíticas da *agressividade* humana apontam distúrbios no desenvolvimento da **libido**, com projeções destrutivas do instinto de morte, nas seguintes situações: a) por falhas na identificação com o pai através da experiência de Édipo, que continua como rival (não se transforma em modelo), objeto de agressão e protótipo de posterior agressividade social; b) por repressão excessiva da experiência edipiana, produzindo inconsciente sentimento de culpa e necessidade de punição para reduzir ou excluir o sentimento de culpa, com liberação de agressividade pela prática de crimes (o chamado criminoso por sentimento de culpa)[29].

As explicações psicanalíticas podem ser importantes em casos individuais, mas são incapazes de explicar a criminalidade como fenômeno de massa, ou a criminalização como programa político nas sociedades de classes sociais antagônicas do capitalismo contemporâneo[30].

2. Explicações socioestruturais

2.1. Teorias culturais: anomia

A principal teoria socioestrutural emprega o conceito de **anomia**, criado por DURKHEIM (no sentido de *ausência de normas*) e utilizado por MERTON (como *conflito cultural*) para explicar o comportamento desviante.

2.1.1. DURKHEIM classifica o comportamento humano nas categorias de *normal* e *patológico*: a) o *comportamento normal* compreende as espécies de comportamento *conformista* e de comportamento *desviante* – este, geral a todas as sociedades e indicador do nível de saúde respectivo: se crescente, dinamismo; se decrescente, estagnação); b) o *comportamento patológico* exprime a *desconformidade excessiva* de situações de **anomia** – afinal, o desvio é normal, se em determinados limites.

2.1.2. MERTON descreve o conflito entre uma *estrutura cultural* de valores gerais **igualitários** (metas culturais de riqueza, poder, sucesso etc.) e uma *estrutura social* de meios institucionais **desiguais** para realizar as metas culturais, criando **anomia** como conflito cultural: **se** existe discrepância/disjunção entre *metas culturais* e *meios institucionais*, **então** sujeitos em posição social desvantajosa adotam meios ilegítimos (comportamento *inovador*) para alcançar as metas culturais[31].

A crítica observa o seguinte: primeiro, deve-se distinguir entre *desejo* (que independe da posição social) e *expectativa* (dependente do *status* socioeconômico) de sujeitos concretos na realização das metas; segundo, a frequência estatística de criminalização das camadas subalternas não decorre de maior criminalidade, mas da seletividade das sanções do sistema penal[32]; terceiro, as teorias socioestruturais são *explicações sistêmicas* limitadas às *relações de distribuição* de bens e riquezas, que assumem e legitimam a base econômica das *relações de produção*, assim como as relações de poder político e as formas jurídicas de disciplina da contradição *capital/trabalho assalariado* das sociedades modernas.

2.2. Teorias subculturais: subsocialização

As *teorias subculturais* consideram a sociedade como conjunto de subsistemas culturais (não como sistema cultural unitário), explicam o comportamento na perspectiva do subsistema cultural respectivo (não do sistema cultural unitário), como *adesão* a valores e normas da subcultura específica (não da cultura dominante), e mostram que o comportamento desviante ou criminoso pode ser normal em determinadas circunstâncias – e pode ser reduzido por *reformas* no âmbito da subcultura, ou por *assistência social* de indivíduos subsocializados.

A crítica aponta que a criminalização de sujeitos socializados na subcultura não indica a relação subsocialização/***criminalidade***, mas a relação subsocialização/***criminalização seletiva*** – logo, os defeitos de socialização não representam *condição de criminalidade*, mas *perigo de criminalização*, como origem de prognósticos sociais negativos que orientam a seletividade do controle penal para áreas e indivíduos subsocializados[33].

2.3. Teorias fenomenológicas: neutralização normativa

Estudos fenomenológicos sobre socialização em subculturas descobrem um *vocabulário de motivos* produzidos pelas *percepções* e condicionantes das *atitudes* do autor, como técnicas psíquicas de *neutralização normativa* ou discursos pessoais de justificação do comportamento, *válidas* para a subcultura mas *inválidas* para a cultura dominante, assim definidas por MATZA[34]:

a) *negação de responsabilidade* em situações sociais sem-saída, em que o autor define o comportamento como produto de fatores incontroláveis – por exemplo, *eu estou doente*;

b) *negação de injusto* em casos de comportamentos considerados sem efeitos danosos – por exemplo, brigas de rua como duelos privados;

c) *negação de vitimização* em hipóteses de representação do comportamento como lesão insignificante – por exemplo, furto em supermercados;

d) *condenação dos condenadores* em representações de conduta reprovável da autoridade ou do cidadão – por exemplo, o policial violento, o juiz venal, o governo corrupto, todo mundo usa algum tipo de droga etc.;

e) *apelo a lealdades superiores* em atitudes vinculadas a valores concretos (a família, os filhos), superiores aos valores culturais (a lei) – por exemplo, *eu não faço isto por mim*.

Esses mecanismos psíquicos de neutralização da norma cultural geral mostram que certas *percepções* da realidade podem informar *atitudes* pessoais definíveis como realização de valores subculturais – e não como lesão de valores culturais –, mas não esclarecem as determinações estruturais, econômicas e políticas dos sistemas culturais e subculturais da formação social.

B) A criminologia crítica: o discurso político sobre criminalização

A criminologia surge como crítica ao direito penal, porque apresenta um novo fundamento para o controle social: em lugar da liberdade como fundamento da pena, as determinações como fundamento de medidas de segurança. Contudo, não é uma crítica ao controle social das sociedades capitalistas, porque trabalha com a teoria do consenso, incapaz de compreender o conflito de classes na estrutura econômica da sociedade. O atual discurso *político* sobre **criminalização** é formado por duas perspectivas independentes, mas suscetíveis de integração em uma abordagem unitária – aliás, como propôs BARATTA: a) a perspectiva individual do *labeling approach*; b) a perspectiva socioestrutural da criminologia crítica[35].

1. A perspectiva individual do labeling approach

1.1. Origens. O *labeling approach* não é uma teoria criminológica, mas um novo paradigma de abordagem da questão criminal, que desloca o *objeto* de estudo da **criminalidade** para a **criminalização**.

Esse novo paradigma, também conhecido como *interacionismo simbólico*, possui antecedentes sociológicos e fenomenológicos: a) antecedente sociológico parece ser a noção de crime como *lesão da consciência coletiva* (DURKHEIM), assim enunciada: o fato não é uma lesão da consciência coletiva porque criminoso (condenamos, porque o fato é criminoso), mas o fato é criminoso porque é uma lesão da consciência coletiva (o fato é criminoso, porque condenamos)[36]; b) antecedente fenomenológico é a definição da personalidade como *construção social* no processo de interação simbólica: a *consciência de si* é desenvolvida na interação social, mediante internalização da *atitude dos outros* em relação a nós[37].

1.2. Objeto. O enfoque do *labeling approach* desloca o objeto de estudo do problema da *criminalidade* para o processo de *criminalização*: o comportamento criminoso não é uma realidade

ontológica *preexistente*, segundo a criminologia positivista, mas realidade social *construída* pelo sistema de justiça criminal. Assim, (a) o crime não é uma *qualidade da ação* (crime natural), mas uma *ação qualificada* como crime pelo legislador, e (b) o criminoso não é um sujeito portador de uma *qualidade intrínseca* (criminoso nato), mas um *sujeito qualificado* como criminoso pela Justiça criminal: criminoso é o sujeito a quem se aplicou com sucesso o rótulo de criminoso[38].

1.3. Método. A teoria do *labeling approach* trabalha com um método **processual-interacionista** fundado na pergunta: ***como*** *certas condutas são criminalizadas?* – ou ***como*** *alguns sujeitos tornam-se criminosos?* Logo, dirige a atenção para o **processo de criminalização** legal e judicial e para a formação de **carreiras criminosas** por sujeitos criminalizados pelo sistema de justiça criminal[39].

Assim, **se** o *crime* e o *criminoso* são realidades sociais construídas por mecanismos de interação social, ao nível de *definição legal* de condutas como crime (poder legislativo) e ao nível de *constituição judicial* de sujeitos como criminosos (justiça criminal), **então** o Estado cria o *crime* e produz o *criminoso*; além disso, **se** a criminalização inicial produz a autoimagem de criminoso e a criminalização posterior é efeito da anterior, **então** o Estado também *reproduz* a criminalidade, sob a forma de reincidência criminal[40].

2. A perspectiva socioestrutural da criminologia crítica

2.1. Premissas. A criminologia crítica promove mudanças radicais no **objeto** de estudo e no **método** de estudo do objeto: a) quanto ao *objeto*, muda do **sujeito** (objeto da criminologia tradicional) para as **estruturas econômicas** e as **instituições jurídicas e políticas** que constituem o sujeito como ser histórico concreto; b) quanto ao *método*, muda das **determinações causais** de objetos naturais (método da criminologia tradicional) para a **dialética materialista** de objetos históricos, capaz de compreender as relações entre a estrutura econômica de produção e distribuição da riqueza material e as instituições jurídicas e políticas de controle social do Estado[41].

Hoje, a criminologia crítica é o produto da integração da teoria do conflito de classes do *marxismo*, que desenvolveu um modelo de compreensão dos processos **objetivos** das relações sociais de produção e distribuição da riqueza material, com a teoria da interação social do *labeling approach*, que desenvolveu um modelo de compreensão dos processos **subjetivos** de construção social da criminalidade[42].

2.2. Objeto. O objeto de estudo da criminologia crítica compreende: a) a estrutura econômica das relações sociais de produção e distribuição da riqueza material, configurada pela contradição *capital/trabalho assalariado*; b) o sistema de justiça criminal (lei, polícia, justiça e prisão), bem como o conjunto das instituições jurídicas e políticas do Estado, definidos nas perspectivas dos objetivos *aparentes* e dos objetivos *reais* que caracterizam as instituições sociais das modernas sociedades capitalistas[43].

2.2.1. Na estrutura econômica, a violência da relação *capital/trabalho assalariado* ocorre em duas direções: a) sobre seres humanos *integrados* no mercado de trabalho, redefinidos como *força de trabalho* produtora de *mais-valia* pelo preço do salário, cujo valor de troca determina a constante necessidade de venda da energia produtiva para reprodução ampliada do capital; b) sobre seres humanos *excluídos* do mercado de trabalho, como *força de trabalho excedente* compelida a viver em condições de miséria econômica e de marginalização social, *inútil* para produção de *mais-valia* e reprodução ampliada do capital, mas *útil* para conter os salários no nível mais baixo possível, pela pressão sobre a força de trabalho integrada no mercado.

Segundo a lógica jurídica do capital a retribuição equivalente do crime legitima a pena criminal das sociedades capitalistas

2.2.2. No sistema de justiça criminal, os mecanismos estatais de atribuição da criminalidade pelos processos de criminalização, mediante **proteção seletiva** de bens jurídicos pela lei penal e **repressão seletiva** de sujeitos pela *polícia, justiça e prisão*, garantem as desigualdades sociais da relação *capital/trabalho assalariado*, legitimada pelos velhos e novos discursos punitivos – por exemplo, o discurso da *tolerância zero*, do *direito penal do inimigo* etc.[44]

No quadro da constituição histórica do indivíduo pelas relações sociais concretas, mediante condicionamentos psíquicos e emocionais da *violência estrutural* sobre a força de trabalho integrada no mercado (por exemplo, a subordinação pessoal, a disciplina do trabalho), ou mediante deformações psíquicas e emocionais da *violência estrutural* sobre os marginalizados do mercado de trabalho (por exemplo, a fome, a doença, o desespero), contra os quais é aplicada a *violência institucional* seletiva do sistema de justiça criminal, orientada por estigmas e outros estereótipos do

processo de subsocialização – que ativam preconceitos e outras deformações idiossincráticas e ideológicas dos agentes de controle social –, podemos perceber como a *natureza humana* de indivíduos concretos é formada/deformada pelo **conjunto das relações sociais** da vida real.[45] No contexto histórico desses processos estruturais e institucionais seria possível identificar, neste ou naquele caso isolado, uma ou outra hipótese das explicações etiológicas individuais ou socioestruturais da criminologia tradicional – e nada mais.

2.3. Método. A criminologia crítica trabalha com o método *dialético* do materialismo histórico, fundado no princípio da *contradição* de objetos sociais, pelo qual o conflito antagônico da relação *capital/trabalho assalariado* das formações sociais capitalistas é o **princípio metodológico** capaz de explicar as instituições jurídicas e políticas do Estado capitalista e, de modo especial, a criação da lei penal e o funcionamento do sistema de justiça criminal[46]. Esse método de trabalho começa com as seguintes perguntas: a) *por que são criminalizados certos comportamentos (e não outros)?* b) *por que são criminalizados certos sujeitos (e não outros)?*

Essas perguntas **dirigem** a investigação para os mecanismos de controle social do Estado, definidos pelo sistema legal e operacionalizados pelos sistemas de repressão policial, judicial e prisional, e **iluminam** a unidade interna entre o *modo de produção* da economia, as *formas jurídicas* do direito e as *relações de poder* da Política do Estado moderno, que instituem, legitimam e garantem a exploração e a dominação de classes das sociedades capitalistas. Assim, as respostas demonstram a *natureza seletiva* do sistema de justiça criminal: a seletividade da *lei penal*, mediante a proteção de interesses e necessidades das classes hegemônicas da formação social; e a seletividade da *justiça penal*, mediante a repressão das classes e segmentos oprimidos da formação social, em especial das massas marginalizadas do mercado de trabalho, do consumo social e da cidadania política[47].

Notas

[1] Sobre os princípios do direito penal, ver BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Revan, 1999; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal (parte geral)*. Conceito, 2012, 5. ed. p. 19-32.

[2] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal (parte geral)*. 5. ed. Conceito, 2012, p. 73; JESCHEK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. Duncker & Humblot, 1996, § 39, I, p. 194-5.

[3] TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal.* 2. ed. Del Rey, 2002, esp. p. 179 e s.

[4] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal (parte geral)*. 5. ed. Conceito, 2012, p. 79 e 277.

[5] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal (parte geral)*. 5. ed. Conceito, 2012, p. 421-3.

[6] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal (parte geral)*. 5. ed. Conceito, 2012, p. 436-42.

[7] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir.* Vozes, 1977, p. 228-39.

[8] BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2. ed. Freitas Bastos, 1999, p. 184.

[9] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal (parte geral)*. 5. ed. Conceito, 2012, p. 442-7.

[10] BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene* (1764). Giuffré Editore, 1973 (reimpressão), p. 73.

[11] ROXIN, Claus. *Strafrecht*. Beck, 1997, § 2, n. 38-39, p. 25.

[12] JAKOBS, Günter. *Strafrecht*. De Gruyter, 1993, p. 5-7.

[13] JAKOBS, Günther. *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, 2004.

[14] *Idem*.

[15] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal (parte geral)*. 5. ed. Conceito, 2012, p. 447-52.

[16] LISZT, Franz v. *Der Zweckgedanke im Strafrecht,* in Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1905, v. 1, p. 126 s.

[17] TAYLOR, WALTON e YOUNG. *The new criminology*. Routledge & Kegan Paul, Londres, 1973, p. 31-40.

[18] ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia:* uma fundamentação para o direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e de Helena Schiessl Cardoso. ICPC/ Lumen Juris, Curitiba – Rio de Janeiro, 2010, p. 40 e s.

[19] ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia:* uma fundamentação para o direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e de Helena Schiessl Cardoso. ICPC/Lumen Juris, Curitiba – Rio de Janeiro, 2010, p. 41; HASSEMER, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts.* Beck, 1990, p. 28-30; TAYLOR, WALTON e YOUNG. *The new criminology*. Routledge & Kegan Paul, Londres, 1973, p. 41-2.

[20] ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia:* uma fundamentação para o direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e de Helena Schiessl Cardoso. ICPC/ Lumen Juris, Curitiba – Rio de Janeiro, 2010, p. 42; TAYLOR, WALTON e YOUNG. *The new criminology*. Routledge & Kegan Paul, Londres, 1973, p. 43-4.

[21] KUNZ, Karl-Ludwig. *Kriminologie.* Haupt, 2004, p. 118-119; HASSEMER, Winfried. *Einführung in die grundlagen des Strafrechts.* Beck, 1990, p. 28-30; TAYLOR, WALTON e YOUNG. *The new criminology*. Routledge & Kegan Paul, Londres, 1973, p. 44-7.

[22] ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia:* uma fundamentação para o direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e de Helena Schiessl Cardoso. ICPC/ Lumen Juris, Curitiba – Rio de Janeiro, 2010, p. 43-44; HASSEMER, Winfried. *Einführung in die grundlagen des Strafrechts.* Beck, 1990, p. 28-30; KUNZ, Karl-Ludwig. *Kriminologie.* Haupt, 2004, p. 114-8.

[23] Ver LORENZ, Konrad. *A agressão (uma história natural do mal).* Moraes Editores, Lisboa, 1974; também DEBUYST, C. *Etiology of violence.* In Violence in society (Collected studies in criminological research, v. XI). Strasbourg, Council of Europe, 1974.

[24] Para uma fina crítica de tendências psiquiátricas e biológicas da criminologia tradicional, ver MALAGUTI BATISTA, Vera. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*. Revan, 2003, p. 87 e s.

[25] KUNZ, Karl-Ludwig. *Kriminologie.* Haupt, 2004, p. 123-124; TAYLOR, WALTON e YOUNG. *The new Criminology*. Routledge & Kegan Paul, Londres, 1973, p. 47-61.

[26] SUTHERLAND, Edwin e CRESSEY, Donald R. *Principles of criminology.* J.B.Lippincott Company, 1966, p. 77-83; ver também ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia*: uma fundamentação para o direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e de Helena Schiessl Cardoso. ICPC/Lumen Juris, Curitiba – Rio de Janeiro, 2010, p. 46; HASSEMER, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts.* Beck, 1990, p. 35-36; KUNZ, Karl-Ludwig. *Kriminologie.* Haupt, 2004, p. 147-8.

[27] KUNZ, Karl-Ludwig. *Kriminologie.* Haupt, 2004, p. 114-8.

[28] FREUD, Sigmund. *Das Ich und das Es*. Fischer, 1994, v. III, p. 283-330.

[29] FREUD, Sigmund, *Artigos sobre metapsicologia* (1915). Imago, vol. XIV; KUNZ, Karl-Ludwig, *Kriminologie.* Haupt, 2004, p. 124-126.

[30] CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. Lumen Juris, 2008, p. 191 e s., postula a hipótese de integração entre criminologia e psicanálise.

[31] HASSEMER, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts.* Beck, 1990, p. 42-47; KUNZ, Karl-Ludwig. *Kriminologie.* Haupt, 2004, p. 159-161; TAYLOR, WALTON e YOUNG. *The new criminology*. Routledge & Kegan Paul, Londres, 1973, p. 67-81.

[32] ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia:* uma fundamentação para o direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e de Helena Schiessl Cardoso. ICPC/Lumen Juris, Curitiba – Rio de Janeiro, 2010, p. 48-9; KUNZ, Karl-Ludwig. *Kriminologie.* Haupt, 2004, p. 159-60.

[33] KUNZ, Karl-Ludwig. *Kriminologie.* Haupt, 2004, p. 138-42.

[34] MATZA, David. *Becoming deviant.* PRENTICE HALL, New York, 1969; HASSEMER, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts.* Beck, 1990, p. 37-39; KUNZ, Karl-Ludwig, *Kriminologie.* Haupt, 2004, p. 147-8.

[35] BARATTA, Alessandro. *Che cosa é La criminologia critica?* In *Dei delitti e delle Pene,* 1991, n. 1, p. 59; ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal.* Tradução de Juarez Cirino dos Santos e de Helena Schiessl

Cardoso. ICPC/Lumen Juris, Curitiba – Rio de Janeiro, 2010, p. 25-6; KUNZ, Karl-Ludwig. *Kriminologie.* Haupt, 2004, p. 25-6.

[36] KUNZ, Karl-Ludwig. *Kriminologie.* Haupt, 2004, p. 172-6.

[37] MEAD, George H. *Mind, Self and Society*. Chicago, 1934; HASSEMER, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts.* Beck, 1990, p. 60-2; KUNZ, Karl-Ludwig. *Kriminologie.* Haupt, 2004, p. 174.

[38] BECKER, Howard. *Outsiders: studies in the sociology of deviance.* Free Press, New York, 1963; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical.* ICPC/Lumen Juris, 2008, p. 19 e s.

[39] RUBINGTON, Earl e WEINBERG, Martin S. *The study of social problems.* New York, Oxford University Press, 1977, p. 172 e s.;

[40] BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Freitas Bastos, 1999, p. 99 e s.; ver ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA, SLOKAR. *Direito penal brasileiro*. Revan, 2003, v. I, p. 43-59, em especial sobre a relação *seletividade* (do sistema penal) e *vulnerabilidade* (do reprimido).

[41] Karl Marx (*Das Kapital*, 1867, v. 1, p. 761-2) formula a primeira distinção entre explicações **individuais** e **estruturais** do comportamento humano, na descrição do processo de acumulação primitiva do capital: expulsos da terra e expropriados dos meios de trabalho e de sobrevivência animal, os camponeses formaram bandos de vagabundos, mendigos e ladrões (por limitação objetiva do mercado de trabalho ou por incapacidade de adaptação à disciplina do trabalho), originando uma legislação sangrenta contra a vagabundagem, que explicava aqueles fatos por defeitos pessoais, e não por mudanças estruturais e institucionais do modo de produção da vida social.

[42] BARATTA, Alessandro. *Che cosa é La criminologia critica?* In *Dei delitti e delle Pene,* 1991, n. 1, p. 59.

[43] Evgeny Pasukanis (*Teoria geral do direito e o marxismo*. Perspectiva Jurídica, Lisboa, 1972) apresenta a primeira análise da pena criminal na perspectiva das **aparências** e **realidades** dos fenômenos sociais das sociedades de classes: a) objetivos **reais** de proteção dos privilégios da propriedade privada dos meios de produção, de luta contra as classes oprimidas e de garantia da dominação de classe; b) objetivos **ideológicos** de proteção da sociedade, definida como alegoria jurídica para ocultar a proteção das condições fundamentais da sociedade de produtores de mercadorias. Ver também ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia*: uma fundamentação para o direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e de Helena Schiessl Cardoso. ICPC/Lumen Juris, Curitiba – Rio de Janeiro, 2010, p. 57-8; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal (parte geral)*. 4. ed. Conceito, 2010, p. 435-42.

[44] BARATTA, Alessandro. *Che cosa é La criminologia critica?* In *Dei delitti e delle Pene,* 1991, n. 1, p. 59-63 e 66-7; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal (parte geral)*. 4. ed. Conceito, 2010, p. 435-42.

[45] MARX/ENGELS, *Die deutsche Ideologie.* In MEW, Institut für Marxismus-Leninismus, Berlim, 1956-1968, vol. 3, p. 46.

[46] Georg Rusche e Otto Kirchheimer (in *Punishment and Social Structure.* Transaction Publishers, 2003, p. 5) mostram a correspondência entre a base material da estrutura econômica e as instituições jurídicas e políticas de controle social, deste modo: *"Every system of production tends to discover punishments which correspond to its productive relationships."*

[47] BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Freitas Bastos, 1999, p. 159 e s.

DIREITO E CIDADANIA:
UMA ANÁLISE PRELIMINAR DAS MANIFEZTAÇÕES DE RUA NO BRASIL

LIER PIRES FERREIRA*
Doutor em Direito (UERJ)

EXCERTOS

"Os movimentos sociais tendem a romper certa univocidade política, relativizando o papel hegemônico do Estado e dando voz a setores da sociedade até então alijados das dinâmicas formais de poder"

"Um movimento social só existe enquanto tal quando se define em relação aos seguintes princípios ou requisitos formais de existência: identidade, oposição e totalidade"

"Os movimentos sociais surgiram entre os séculos XVIII e XIX como expressão da luta dos trabalhadores contra as relações de alienação, exploração e dependência inerentes ao capitalismo"

*"Organizados por meio das redes sociais, os manife**Z**tantes estão atomizados e parecem responder fundamentalmente a sentimentos íntimos, subjetivos, que brotam a partir de estímulos externos difusos"*

"Eles representam um amplo conjunto de insatisfações sociais, que expõem os limites e as contradições do modelo de inserção periférica/dependente em curso no país desde os anos 1990"

*"O que os manife**Z**tantes desejam é demonstrar a injustiça do aumento da passagem de ônibus e posicionar-se criticamente contra a corrupção, a falta de transparência na gestão pública e a impunidade que beneficia políticos, empresários etc."*

*** Outras qualificações do autor**

Mestre em Relações Internacionais (PUC/Rio). Bacharel em Direito (UFF). Bacharel e Licenciado em Ciências Sociais (UFF). Professor do IUPERJ, IBMEC e CP2. Pesquisador do NUCLEAS/UERJ. Sócio do Ferreira & Pires Ferreira – Advogados. Consultor Jurídico e Educacional. Palestrante em eventos nacionais e internacionais, com presença em países como México, Espanha, Chile, Eslováquia, Uruguai e Áustria. Também é autor/organizador de obras como Curso de Ciência Política (2013); Direito Internacional, Petróleo e Desenvolvimento (2011); e Estado, Globalização e Integração Regional (2003).

"Do rio que tudo arrasta se diz violento,
mas ninguém diz violentas as margens que o reprimem."

(Bertold Brecht)

Introdução

Entre os meses de junho e julho de 2013, com reflexos imponderáveis no tempo vindouro, o Brasil foi sacudido por uma nova onda de movimentos sociais. A Geração Z, com pessoas nascidas a partir dos anos 1990, até então considerada individualista e, portanto, alheia a mobilizações coletivas, saiu às ruas para afirmar sua identidade e fazer-se presente na história do país.

Com uma dinâmica ainda não processada pela *intelligentzia* nacional, essa nova onda de protestos deixou perplexos pais, professores e analistas sociais, bem como autoridades governamentais de diversos níveis. Tendo como referência os estudos do sociólogo francês Alain Touraine, o presente artigo, de matriz jus-sociológica, parte da hipótese de que esses movimentos sociais são fruto do esgotamento do modelo de inserção dependente presente no Brasil há duas décadas e das desigualdades que historicamente assinalam a sociedade brasileira, sendo potencializados pelas notícias de superfaturamento e malversação de verbas públicas destinadas à construção/remodelação dos estádios que atenderão à Copa do Mundo FIFA 2014 (e também as Olimpíadas de 2016 e demais eventos congêneres) e deflagrados pelos aumentos (posteriormente revertidos) das passagens dos ônibus.

Dentre seus objetivos, o artigo em tela buscará fixar conceitualmente os movimentos sociais e delimitar suas funções; refletir sobre suas demandas e características; evidenciar a base político-jurídica sobre a qual se sustentam; bem como apontar seus desafios e desdobramentos próximos futuros. Trata-se, por evidente, de um escorço preliminar, sem pretensões conclusivas. Mas sua realização é tão ou mais significativa quando se reconhece que acomodação e inépcia político-social tendem a despertar sentimentos e demandas até então adormecidos e permitir com que pequenas centelhas transformem-se em grandes incêndios. Nesse sentido, o conhecimento torna-se uma base irrenunciável para a ação.

1. Dos movimentos sociais

A sociologia possui vasta literatura sobre os movimentos sociais. Mas essa diversidade, que evidencia sua importância enquanto objeto de estudos, por vezes oculta algumas dificuldades. Em nível geral, essas dificuldades são essencialmente duas: primeiro, a relação entre empiria e teoria; segundo, a identificação do *status* epistemológico da sociedade civil.

No que tange à questão entre empiria e teoria, é certo que os movimentos sociais são antes a expressão de um conjunto concreto de ações e manifestações do que um construto teórico. Nesse sentido, são expressões do mundo real que passam a ser trabalhadas por bases teóricas que podem tanto minimizar sua relevância quanto supervalorizar suas potencialidades. Já no que tange ao *status* epistemológico da sociedade civil, os estudos sociológicos sobre movimentos sociais tendem a reconhecer a sociedade (não o Estado) como lócus privilegiado da ação política num determinado eixo tempo-espaço. Tal como firmado por Telles (1987: 62), esses estudos tendem a ver a sociedade como o "lugar da política".

É certo, pois, que nem sempre os estudos em comento conseguem identificar adequadamente as relações existentes (em cada tempo e lugar) entre movimentos sociais e outras formas tradicionais de representação política, tais como partidos, sindicatos, associações de moradores etc. Uma primeira vertente, frequentemente associada ao pensamento conservador, tende a vê-los como títeres de forças políticas que subjazem ocultas. Outra, de escopo progressista, costuma vê-los como expressões típicas de atores societais cujas demandas e interesses não estão adequadamente contemplados pelos mecanismos formais de representação política e exercício do poder.

O presente artigo não está imune a essas dificuldades. Sua hipótese é que os movimentos sociais que ora varrem o país resultam do fracasso do atual modelo de desenvolvimento e das desigualdades históricas que marcam a sociedade brasileira, sendo potencializados pelas notícias de superfaturamento e malversação das verbas públicas destinadas à Copa do Mundo FIFA 2014 (a Copa, pela sua importância e representatividade abarca todos os demais eventos) e deflagrados pelo injusto e inoportuno aumento das tarifas dos ônibus. Nesse sentido, reconhece que, como outros fenômenos sociais complexos, os movimentos sociais não podem ser apreendidos

em sua totalidade pelas análises teóricas, ao mesmo tempo em que assume sua convergênicia epistemológica com aqueles que refletem os movimentos sociais como expressões típicas de setores não suficientemente representados pelos meios institucionais disponíveis.

Portanto, quer sejam movimentos de contestação ao *status quo*, quer sejam movimentos conservadores ou mesmo reacionários (que visam a restabelecer uma ordem social, política ou econômica dialeticamente superada por determinada dinâmica sócio-histórica), os movimentos sociais tendem a romper certa univocidade política, relativizando o papel hegemônico do Estado e dando voz a setores da sociedade até então alijados das dinâmicas formais de poder. Idealmente definidos como ações sociopolíticas firmadas por atores coletivos pertencentes a diferentes segmentos de classes e que refletem uma dada correlação de forças sociais (Gohn, 1997), eles atuam em espaços coletivos não institucionalizados e a partir de relações identitárias catalizam aspirações, congregam adeptos e buscam operar transformações sociais significativas.

Essa compreensão dos movimentos sociais encontra em Alain Touraine um de seus mais abalizados teóricos. Superando a definição clássica (predominantemente marxista) a partir da qual os movimentos sociais estariam condicionados pelas relações entre Estado, partidos políticos e classes sociais, Touraine (1998) os identifica como ações de chamamento ao sujeito, como modos de resistência coletiva cuja função precípua é contrarrestar padrões estabelecidos de dominação. Em sua atuação, os movimentos sociais exortam essencialmente "valores, orientações gerais da sociedade que se opõem ao adversário para privá-lo de legitimidade" (Touraine, 2006: 100). Transformadores, eles ampliam o significado da ação política e trazem novos atores e temas para as arenas de poder.

2. Dos recentes movimentos sociais no Brasil

O Brasil se encontrou recentemente com a Geração Z. Nascida a partir dos anos 1990, essa geração é contemporânea da *World Wide Web* criada por T.J. Berners-Lee. Multiconectada, trata-se de uma geração capaz de operar inúmeros instrumentos e realizar várias tarefas concomitantes, em especial aquelas que envolvem TV, *internet*, celulares, *games*, redes sociais e outras "mídias". Primeira geração autóctone da era digital, ela foi identificada como individualista e afinada com os valores do capitalismo global, sendo algo insensível

às questões políticas e sociais que mobilizaram seus pais e avós. Ledo engano! Após surpreender o mundo com a "Primavera Árabe", abalar a Europa com o movimento "Indignai-vos" e chacoalhar os grandes centros do capitalismo global com o "Ocupe Wall Street", a força política dos "Zumbis" digitais chegou ao Brasil. O que aconteceu?

No início de junho vários governos municipais autorizaram aumentos pontuais nos preços das tarifas de ônibus. Nas justificativas oficiais esses ajustes ocorriam de modo tardio, já que, em função das pressões inflacionárias registradas ao longo do primeiro semestre, não fora possível operá-los no início de 2013. O aumento dos preços das passagens, emblematicamente situado no patamar de R$ 0,20 (vinte centavos), pôs em marcha milhares de manife**Z**tantes (trocadilho quiçá infeliz com a geração da qual predominantemente proveem), sendo o estopim de uma onda de protestos que arrastou todos os níveis da administração pública e, a partir de São Paulo e do Rio de Janeiro, impactou o país. Como tudo começou?

No dia 06/06 ocorreu a primeira manifestação contra o aumento das passagens em São Paulo. Deflagrada pelo "Movimento Passe Livre" (?!), essa manifestação reuniu aproximadamente duas mil pesssoas. Embora atuasse de forma essencialmente pacífica, seus participantes foram duramente reprimidos pela polícia militar (PM) paulista com balas de borracha e bombas de gás lacrimogêneo. Na mesma data, no Rio de Janeiro, um grupo de 50 a 100 pessoas também protestou contra o aumento das tarifas dos ônibus. Aparentemente sem incomodar, esse grupo foi acompanhado a distância pela guarda municipal. No dia seguinte, 07/06, São Paulo registrou novas manifestações e novos confrontos com a polícia. Os primeiros manife**Z**tantes foram presos. No Rio, a quantidade de manife**Z**tantes aumentou, mas não ultrapassou o patamar de 200 indivíduos. A guarda municipal e a PM acompanharam o ato.

No dia 11/06, terceiro dia de manifestações, cerca de 3.000 pessoas fizeram-se presentes nas ruas de São Paulo. Dessas, aproximadamente 20 pessoas foram detidas em confrontos com a polícia. No Rio, cerca de 400 pessoas puseram-se às ruas em protesto. Mais uma vez, não houve confrontos com a polícia; mas algo mudara nesse dia: a repercussão dos eventos.

Na madrugada de 11/06 para 12/06 os protestos tomaram conta das redes sociais. No dia 13/06 a *Folha de S. Paulo* publicou editorial pedindo o fim das manifestações e conclamando a "força da lei" para combater os atos de vandalismo que estavam sendo perpetrados. No dia seguinte, quando seus próprios jornalistas foram vitimizados pela

PM paulista, a *Folha* mudou sua posição e reclamou da truculência policial. A partir desse momento, elementos contraditórios passaram a coexistir com impressionante intensidade. As manifestações de rua foram pacíficas, mas houve vários atos de vandalismo; a Anistia Internacional (AI) pedia o fim da violência contra os manife**Z**tantes, mas as polícias militares (não só em São Paulo) agiram muitas vezes com desmesurada violência; o governador Geraldo Alckmin (PSDB) e o prefeito Fernando Haddad (PT) diziam que não cancelariam os aumentos, mas várias cidades, inclusive São Paulo, acabaram reduzindo o valor de suas passagens; a presidente Dilma Rousseff (PT) acreditou que o Planalto não seria afetado pelas manifestações, mas foi fortemente vaiada na abertura da Copa das Confederações, em Brasília. O mundo, que historicamente viu os brasileiros como um povo pacífico e ordeiro, tomou consciência dos protestos. Até o presidente da FIFA, Joseph Blatter, manifestou suas preocupações. Mas no exterior várias comunidades de brasileiros declararam seu apoio aos protestos. Internamente, a população também apoiou as manifestações. Movia-se a roda da história.

É certo que os movimentos sociais são antes a expressão de um conjunto concreto de ações e manifestações do que um construto teórico

Entre os dias 17/06 e 27/06 milhares de pessoas saíram às ruas em diferentes cidades do Brasil. Em São Paulo as manifestações ocorreram quase que diarimente; no Rio, a mobilização era crescente; em Brasília, manife**Z**tantes ocuparam o teto do Congresso Nacional; Belo Horizonte, Salvador, Porto Alegre, Fortaleza, Florianópolis e João Pessoa estiveram entre as inúmeras cidades que foram agitadas por grandes manifestações populares. Atônito, o Brasil viu "seus filhos irem à luta".

Reverberando sua dinâmica para diversas cidades de porte médio, tais como Niterói (RJ), São Gonçalo (RJ), Cristalina (GO), Campinas (SP), Bauru (SP) e Foz do Iguaçu (PR), os protestos produziram seus primeiros resultados. Pressionado, o Congresso Nacional (CN) votou uma "agenda positiva" que, dentre outros temas, iniciou o debate para apreciação do passe livre; levou ao fim do voto secreto na cassação de mandatos parlamentares; tornou a corrupção crime hediondo e rejeitou o Projeto de Emenda à Constituição (PEC) n. 37, que tirava do Ministério Público o poder de conduzir investigações criminais. Já o Executivo federal encaminhou proposta para criação de uma constituinte exclusiva,

que ora está sendo debatida no CN (o Judiciário, muito em função da popularidade do ministro Joaquim Barbosa, não esteve no centro dos questionamentos realizados pelos manife**Z**tantes). Mas essas medidas não foram suficientes para silenciar o movimento, que, adentrando o mês de julho (não cessou nem mesmo com a chegada do Papa ao Brasil), continua a ultimar o poder.

Para Touraine (1984), um movimento social só existe enquanto tal quando se define em relação aos seguintes princípios ou requisitos formais de existência: identidade (identificação do grupo reivindicatório); oposição (delimitação de seus adversários); e totalidade (assunção de objetivos "universais" ou universalizáveis). Nesse sentido, três grupos de questões são importantes: (a) Quem lidera esses movimentos sociais e a quem eles representam? (b) Contra quem ou contra o quê se posicionam? (c) Quais são seus objetivos e qual é o seu projeto sociopolítico e cultural? Essas e outras questões estão no debate.

2.1. Das características e demandas desses movimentos sociais

Do ponto de vista histórico, os movimentos sociais surgiram entre os séculos XVIII e XIX como expressão da luta dos trabalhadores contra as relações de alienação, exploração e dependência inerentes ao capitalismo. Daí sua associação predominante (conquanto não exclusiva) com a luta de classes que, a partir dos partidos da vanguarda proletária (em geral partidos comunistas), visavam a conquistar o Estado para, após, extingui-lo.

Entre os anos 1960 e 1970 do século XX essa feição clássica foi significativamente alterada. Os chamados "novos movimentos sociais" transcenderam as questões de classe e assumiram múltiplas reivindicações identitárias. Das lutas pelos direitos dos negros aos direitos dos imigrantes, passando pelo meio ambiente e pelos direitos de sexualidade, os novos movimentos sociais alteraram a equação política das modernas democracias ocidentais, questionando os elementos formais de representação política e exercício do poder. Nesse contexto, tendo o pensamento de Alain Touraine como referência, a primeira questão a saber é: qual a identidade dos movimentos sociais que ora agitam o país?

Essa é a primeira grande novidade. Diversamente do que ocorreu, por exemplo, nas "Diretas-Já" ou no "*Impeachment*" do presidente Collor, quando partidos políticos de centro-esquerda lideraram as mudanças, as presentes manifestações não possuem

lideranças legitimadas e rejeitam a participação de grupos partidários. Também não contam com aparato oficial (carros de som, transporte, lanche etc.), não obedecem ao comando de organizações sindicais nem estão organicamente vinculadas a quaisquer grupos sociais específicos (negros, indígenas, sem-teto etc.). Organizados por meio das redes sociais, os manife**Z**tantes estão atomizados e parecem responder fundamentalmente a sentimentos íntimos, subjetivos, que brotam a partir de estímulos externos difusos. Sem uma identidade singular constituída, eles representam um amplo conjunto de insatisfações sociais, que expõem os limites e as contradições do modelo de inserção periférica / dependente em curso no país desde os anos 1990, bem como a saturação social em face das desigualdades históricas da sociedade brasileira.

Os movimentos sociais não podem ser apreendidos em sua totalidade pelas análises teóricas

A questão subsequente refere-se ao princípio da oposição. Aqui, mais uma vez, o novo se faz presente. Se a campanha das "Diretas-Já" tinha o regime militar como oponente, é certo que o presidente Collor (PRN) encarnou, anos mais tarde, a figura do líder corrupto que traiu os ideais que possibilitaram sua eleição. E hoje, quem é o adversário? Contra quem se levantam os manife**Z**tantes? Não há adversários definidos.

De fato, os movimentos que ora agitam o país lutam "contra tudo e contra todos" ou "contra tudo que está aí". Órfãos de uma liderança política e ideológica que lhes faça confiar nos mecanismos constitucionais da representação e mesmo de solução dos problemas políticos, sociais e econômicos, os manife**Z**tantes voltam-se genericamente contra a "classe política" (ou seja, contra os políticos profissionais, que ocupam posições de poder junto ao Estado) e a eles apresentam suas demandas. Da mesma forma, se os protestos tiveram como gatilho o aumento das passagens nos ônibus (a sociedade tem como certo que os aumentos de agora visam antes alimentar o caixa das campanhas do próximo ano do que melhorar as condições de mobilidade urbana), é certo que a desmedida repressão policial às primeiras manifestações teve como efeito colateral a solidariedade cívica, de modo que, em nome da democracia e da liberdade de expressão, surgiram bandeiras até então adormecidas, como o fim da corrupção, a falta de transparência na gestão pública e o fim da impunidade que beneficia políticos

corruptos (bandeiras direta ou indiretamente relacionadas com a Copa do Mundo FIFA 2014).

Na essência desses movimentos, portanto, a questão da *res publica* tem papel fundamental. Com o fim da ditadura militar e a promulgação da Constituição de 1988, houve a esperança de que o Brasil finalmente encontraria seu destino manifesto: postar-se ao lado das nações mais desenvolvidas do mundo. Mas problemas antigos, de caráter estrutural, como inflação, estagnação econômica e corrupção dos agentes públicos, continuaram como parte do cotidiano nacional. O governo Collor de Mello capturou corações e mentes em favor de um novo Brasil. Mas sua inépcia econômica e sua falência político-moral conduziram ao impedimento do presidente. Após o breve período de Itamar Franco (PRN), o governo Fernando Henrique Cardoso (PSDB) buscou fragmentar o Estado varguista e adotar políticas neoliberais para resgatar a estabilidade macroeconômica há muito perdida. Mas seu êxito relativo se deu à custa da alienação venal do patrimônio público e do empobrecimento geral da população. O governo Lula da Silva (PT), assim, teve a missão histórica de preservar as conquistas do período anterior e resgatar os pobres, dando ao país um novo ciclo de crescimento econômico com justiça social e sólido escopo ético. Mas Lula, se não levou o país ao caos, como afiançavam seus críticos, jamais foi capaz de resgatar os padrões históricos de desenvolvimento econômico e muito menos de moralizar a política. O caso do "mensalão", ainda em aberto, é sua chaga mais evidente.

Por isso, no momento em que o país apresenta alta inflacionária, baixo crescimento econômico e insatisfação generalizada com a política e com os políticos (fruto dos desmandos passados e presentes), a salgada fatura das obras relacionadas com a realização da Copa do Mundo FIFA 2014 caiu como bomba. Contra as primeiras declarações oficiais que afirmavam que não seria investido dinheiro público nos novos estádios, constatou-se que bilhões de reais foram gastos pelo Estado. Em contrapartida, escolas, hospitais e toda a rede de proteção ao cidadão permaneciam na penúria. O limite social de suportabilidade havia sido atingido. O copo estava prestes a transbordar. O aumento das passagens foi apenas a gota d'água.

Mas quais são os objetivos dos manife**Z**tantes? Qual seu projeto? Qual sua visão de mundo? Neste particular também há novidades. Os jovens não querem apenas reduzir o valor das passagens ou protestar contra a realização da Copa do Mundo. O que os manife**Z**tantes desejam é demonstrar a injustiça do aumento da passagem de ônibus e posicionar-se criticamente contra a corrupção, a falta

de transparência na gestão pública e a impunidade que beneficia políticos, empresários etc. Sua ação é uma nítida sanção moral a todos aqueles que ora "ocupam" posições de mando no Estado, fazendo dos espaços públicos plataformas para seus interesses privados.

A luta dos manife**Z**tantes também significa uma reação aos mecanismos institucionais de representação política e exercício do poder. Ao contrário do que fora apregoado por diferentes especialistas, a Geração Z deseja, sim, participar da vida política nacional. Mas é certo que os canais institucionalizados já não possuem a legitimidade de outrora. Assim, a reforma política talvez seja a bandeira mais viva das recentes manifestações. Sem bradarem contra a ordem político-constitucional, os manife**Z**tantes apresentaram, pela crítica, uma expressiva contribuição ao aperfeiçoamento do sistema democrático. Afinal, como consignado por Ferrajoli (2002: 757), "a luta pelos direitos não é apenas uma garantia de efetividade da democracia. É, além disso, ela mesma uma forma de democracia política, paralela àquela institucional e representativa."

As presentes manifestações não possuem lideranças legitimadas e rejeitam a participação de grupos partidários

Trata-se, verdadeiramente, de um projeto político de curto prazo. Dentre os itens desse projeto em aberto estão o fim da corrupção e da impunidade; fim das desigualdades sociais e o resgate do desenvolvimento nacional; repúdio à pilhagem dos bens públicos e a práticas como clientelismo, nepotismo e compadrio; fim da reeleição sucessiva para os membros do Legislativo; democratização das redes de comunicação e transporte público; fim do voto obrigatório; redução do número de parlamentares em todos os níveis (municipal, estadual e federal); fim das injustificadas mordomias (auxílio-terno, auxílio-transporte, auxílio-moradia, motorista particular etc.) de que gozam as altas autoridades dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário); diminuição drástica dos cargos em comissão; fim do voto secreto nas casas parlamentares brasileiras; redução drástica do número de ministérios e secretarias; fim das indicações políticas para os tribunais superiores; redução dos altos salários e respeito ao teto constitucional de vencimentos; diminuição do número de partidos, fidelidade partidária e mandato imperativo; jornada regular de trabalho (44 horas semanais) e férias de apenas 30 dias para todos os políticos e magistrados; ampliação da Ficha Limpa e da Lei de Responsabilidade Fiscal; reaparelhamento da rede de proteção social

ao cidadão (em particular hospitais e escolas); prisão para quem desviar dinheiro público (com devolução em dobro dos recursos desviados); dentre outros. Trata-se, pois, de um projeto democrático que se manifesta de forma essencialmente pacífica e coletiva, que permite aos seus participantes expressar sua individualidade em meio a massas humanas cada vez mais numerosas e representativas.

2.2. Do direito que suporta as manifestações

Não há dúvida sobre a legalidade das presentes manifestações. Os títulos I e II da Constituição bastariam para lhes conferir insofismável base legal. Mas é certo que sob o paradigma pós-positivista não é mais razoável reduzir o direito à lei, qualquer que seja sua expressão ou posição hierárquica. Essa assertiva é tão ou mais verdadeira quando a ordem legalmente instituída se depara com expressões genuínas de indignação e resistência popular. Tal como assevera Buzanello (2006: 106), "os fundamentos do direito de resistência estão relacionados à questão da legitimidade. A questão do direito de resistência aborda três problemas: a legitimação do poder político, o fundamento jus-positivista e como deve ser exercida a resistência. Não há inconveniente político e jurídico em se aceitar o direito de resistência nos marcos constitucionais, desde que o estatuto jurídico da resistência aponte seus limites, que são os fundamentos éticos, jurídicos e políticos."

Logo, em que pese o enlace positivista que vincula o progresso à ordem, rejeitando *a priori* toda e qualquer manifestação social que se ponha além do limite da legalidade penal, o povo tem todo direito de se manifestar contra o Estado. Em uma democracia real, a sociedade é livre para falar até mesmo aquilo que os governantes não desejam ouvir. Não é cabível, pois, criminalizar as manifestações e clamar pelo império da lei em nome da "paz" e da "ordem". É necessária uma nova compreensão do direito, responsiva e ciente de que "o propósito pode vir a ser válido o suficiente para assegurar uma produção adaptativa de normas" (Nonet; Selznick, 2010: 126). Por isso, há que se sancionar todo uso exorbitante da força e desconstruir o estereótipo de "vândalos" ou "baderneiros". O movimento é essencialmente pacífico e os excessos devem ser contextualizados antes que se evoque a estrita legalidade. Afinal, não se exaure a legitimidade pela mera arguição da ilegalidade. Como afirma Touraine (2006), os movimentos sociais expressam novas formas de conflito. Essas formas preconizam a liberdade e exortam o indivíduo

a posicionar-se contra a lógica impessoal do lucro e da concorrência, bem como contra uma ordem constituída que delibera por si e para sua maior conveniência o que é normal ou anormal, o que é proibido ou permitido.

Considerações finais

Muitos acreditaram que a escolha do Brasil para sediar a Copa do Mundo FIFA 2014 era a derradeira garantia de que aqueles que hoje governam o país (em particular a aliança PT-PMDB) teriam anos de bonança em suas agendas de poder. Sob os auspícios das justas políticas de transferência de renda e de grandes eventos esportivos estaria consagrada a velha política de pão e circo: aos pobres, a garantia mínima do pão, aos demais, muita diversão e fé na conquista da Copa do Mundo (lavando a alma da histórica derrota de 1950). Não foi isso o que aconteceu.

A Geração Z, tida por muitos como alheia às coisas da política, mostrou sua face pontificando amplo conjunto de manifestações populares, ainda em curso, que, pelo seu impacto e magnitude, nada fica a dever às grandes manifestações de rua que sacudiram o país nos anos 1960 (luta estudantil contra o Golpe de 1964); 1980 (campanha das Diretas-Já) e 1990 (*impeachment* do presidente Collor). As políticas de pão e circo estão falidas?

No contexto do fim das utopias e das ideologias totalizantes que moldaram as ações políticas e sociais até o final dos anos 1980, novos atores sociais vocalizam suas demandas e vão às ruas expressar seu descontentamento. Diferentemente dos velhos movimentos laborais ou daqueles que pontificaram entre os anos 1960 e 1970, identificados por suas singularidades reivindicatórias (negros, mulheres, estudantes, homossexuais, imigrantes, ambientalistas, índios, garimpeiros, sem-terra, sem-teto, atingidos por barragens etc.), os movimentos sociais do presente possuem identidade difusa, oponibilidade ampla e totalidade contextualizada, assumindo um projeto aberto quase que cotidianamente formado e reformado pelos seus próprios membros.

Insatisfeitos com os mecanismos formais de representação política e exercício do poder, os manife**Z**tantes ignoram a judicialização da política (tão em voga nas análises acadêmicas da sociologia e do direito) e põem-se em marcha pela via da ação direta, materializada por protestos que, concertados no mundo virtual, projetam para

a vida material toda uma gama de problemas políticos, sociais e econômicos reais.

Plurais e cientes da abrangência de suas bandeiras, os novos manife**Z**tantes também rejeitam instrumentalizações. Nesse sentido, foram significativas tanto suas reações contra a cobertura de certos órgãos de imprensa (o repórter Caco Barcelos, da TV Globo, por exemplo, teve dificuldades para fazer uma matéria especial sobre os protestos) quanto contra a presença de partidos políticos (PT, PCdoB, PSOL e PSTU, que geralmente são bem-vindos nos protestos populares, foram rechaçados por parte dos manife**Z**tantes).

O sinal parece evidente: esses movimentos sociais não são títeres de quaisquer forças políticas nem estão vinculados a teleologias rígidas, a horizontes determinados quer por agentes da ordem, quer por grupos contra-hegemônicos ou contrassistêmicos. Ao contrário! Sua dinâmica funcional busca democratizar as relações sociais, emoldurando, pela afirmação de direitos, a autonomia dos indivíduos e sua rejeição ao *status quo*. Descrentes da política tradicional, desprovidos de um sentido estratégico e sem buscar respostas acautelatórias às suas demandas junto ao Poder Judiciário, esses jovens fazem das ruas e avenidas (reais e virtuais) os palcos privilegiados da sua ação.

Tal como antevisto por Touraine (1998: 262), os movimentos em tela "não visam criar um novo tipo de sociedade, mas 'mudar a vida', defender os direitos do homem, assim como o direito à vida para os que estão ameaçados pela fome e pelo extermínio, e também o direito à livre expressão ou à livre escolha de um estilo e de uma história de vida pessoais". Mais do que a busca utópica por uma nova sociedade, seu desafio é reposicionar sujeitos históricos concretos nas fraturas entre Estado e mercado, entre a ordem pública dominante e necessidades privadas emergentes. Sua subjetivação procura antes ampliar o sentimento de pertencimento e alargar direitos, numa nítida pulsão republicana de igualdade, do que revolucionar a ordem social e construir uma nova hegemonia.

Com ação *glocalizada* (Robertson, 2000), os manife**Z**tantes possuem os pés em suas comunidades políticas de referência (que podem ser tanto a rua quanto o bairro, como o próprio país) e a cabeça num mundo cada vez mais interconectado. Suas manifestações estão enredadas numa trama cultural e tecnológica, ao mesmo tempo real e virtual, que envolve o público e o privado numa rede telemática na qual estão presentes múltiplas bandeiras.

A ação mobilizatória resulta do esgotamento do modelo de inserção dependente vigente no Brasil e das desigualdades que

historicamente assinalam a sociedade brasileira. Com inflação alta e baixo crescimento, restam frustradas as expectativas de ascenção social e igualdade material. Assim, as notícias de superfaturamento e malversação de verbas públicas destinadas aos estádios que atenderão à Copa do Mundo FIFA 2014 engatilharam a arma disparada pelo aumento das passagens dos ônibus. O problema, portanto, não é a Copa do Mundo ou o aumento dos transportes. As razões são estruturais. Dizem respeito ao próprio modelo de organização política e econômica construído após a redemocratização do país. Referem-se a um futuro que insiste em não chegar, por mais que o tempo passe. Com o agravamento da questão econômica, os vícios políticos e sociais se tornam insuportáveis. Surge a revolta.

A luta dos manife**Z**tantes também significa uma reação aos mecanismos institucionais de representação política e exercício do poder

A movimentação da Geração Z é um acontecimento histórico. Muito mais que a questão da "mobilidade urbana", os manife**Z**tantes lutam por "mobilidade humana". Não se trata mais de uma questão de direita ou de esquerda: o desejo é andar para frente. Mas, como seus pais e avós, eles podem não ter o condão de mudar (tão intensamente quanto se deseja) a realidade. De fato, o caráter estrutural da crise econômica, a persistência histórica da falência política e moral do país (que atinge todas as esferas do poder público e da sociedade civil), bem como o desinteresse dos grupos dominantes em (re) construírem um pacto jurídico-político que promova as mudanças desejadas pela população, são óbices de difícil remoção. Outrossim, a falta de organicidade do movimento, devidamente ilustrada pelo trinômio identidade, oposição e totalidade, dificultam que o projeto político ora em gestação possa ser verdadeiramente implementado. Como desdobramento, é fácil reconhecer que só a mobilização permanente da sociedade, bem como o afloramento de lideranças aptas a dialogar de modo regular com os poderes constituídos, pode evitar com que os êxitos até aqui alcançados sejam exauridos pelo cansaço dos manife**Z**tantes e pela força histórica dos vícios nacionais. Às autoridades, cabe um alerta: das revoltas podem surgir as revoluções.

Rio de Janeiro, 25 de julho de 2013.

Referências

BRASIL. *Constituição Federal.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23/07/2013.

BUZANELLO, J.C. *Direito de resistência constitucional.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERRAJOLI, L. *Direito e razão.* Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: RT, 2002.

GOHN, M.G. *Teorias dos movimentos sociais.* Paradigmas clássicos e contemporâneos. São Paulo: Loyola, 1997.

NONET, P.; SELZNICK, P. *Direito e sociedade*: a transição ao sistema jurídico responsivo. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

Robertson, R. *Glocalización:* tiempo-espacio y homogeneidad-heterogeneidad. Zona Abierta, 2000.

TELLES, V.S. *Movimentos sociais: reflexões sobre a experiência dos anos 70.* In: SCHERER-WARREN, I.; KRISCHKE, P.J. (Orgs.). *Uma revolução no cotidiano? Os novos movimentos sociais na América Latina.* São Paulo: Brasiliense, 1987.

TOURAINE, A. *Um novo paradigma*: para compreender o mundo hoje. Petrópolis: Vozes, 2006.

_____. *Crítica da modernidade.* Petrópolis: Vozes, 1998.

_____. *Le Movement Ouvrier*. Paris: Fayard, 1984.

MATÉRIAS NÃO SUJEITAS A PRECLUSÃO PARA O ESTADO-JUIZ

FERNANDO RUBIN*
Mestre em Processo Civil (UFRGS)

RESUMO

O presente trabalho se propõe a discorrer a respeito do fenômeno da preclusão dirigida ao Estado-juiz, com foco no estudo das hipóteses, previstas no código processual, em que se reconhece a não aplicação do fenômeno para o diretor do processo – quando então estaria o magistrado excepcionalmente autorizado a voltar atrás, de ofício, em uma decisão por ele proferida em razão da importância daquela matéria para o processo por ele conduzido, desde que mantida a jurisdição no feito.

EXCERTOS

"A grande dúvida prática do tema restringe-se à viabilidade de o julgador, de ofício ou a requerimento da parte, vir a decretar a extinção do processo com base no art. 267, IV ou VI, do CPC (sentença terminativa), se antes, em fase de saneamento, tinha entendido expressamente pela existência das mesmas condições e pressupostos"

"Embora reconheçamos que o pronunciamento judicial, quando encerrada a fase postulatória e ainda não iniciada a fase instrutória (art. 331, § 2°, do CPC), possa ser um oportuno momento para se reconhecer a existência dessas preliminares, certo é que o juiz não está obrigado a se manifestar quanto à existência delas nesse exato período, podendo a qualquer tempo posterior as invocar"

"Os pressupostos processuais são matérias de ordem eminentemente processual que devem estar presentes para se passar ao exame meritório; não ensejam, portanto, perquirição sobre qualquer ponto da relação de direito material afirmada nos autos"

"O problema da preclusão de decisões no curso do processo é substancialmente diverso do problema das decisões terminativas; enquanto diante destas o magistrado extingue a jurisdição, dando fim à relação processual, diante daquelas ele conserva a função jurisdicional, continuando preso à relação do processo"

*** Outra qualificação do autor**

Advogado. Professor da Graduação e Pós-graduação (Centro Universitário Ritter dos Reis – UNIRITTER, Laureate International Universities).

I. Apresentação: preclusões para o Estado-juiz e matérias de ordem pública

1 Avançando nos estudos do processo civil e do instituto da preclusão, chega a oportunidade de investigarmos a atuação do fenômeno preclusivo diante do Estado-juiz, tratando especialmente de apontar as principais matérias não sujeitas a preclusão para o magistrado, como as condições da ação e os pressupostos processuais, o juízo de admissibilidade recursal, as nulidades absolutas, o direito probatório, o erro material e ainda a prescrição[1].

É de se dizer, propedeuticamente, que embora o julgador não tenha prazo peremptório para tomar determinada medida no processo – não restando sujeito, portanto, à *preclusão temporal* – reconhece-se, por regra, a impossibilidade de o julgador reapreciar oficiosamente uma decisão, final ou interlocutória, uma vez publicada – campo específico este da *preclusão consumativa*.

O magistrado sujeita-se à preclusão consumativa, sendo que cabe à parte supostamente prejudicada com a decisão recorrer adequadamente à instância competente – que pode ser o próprio juízo *a quo*, na tradicional hipótese, *v.g.*, de apresentação de embargos de declaração.

No que toca à preclusão consumativa para o magistrado, resta deduzido que, tendo emitido pronunciamento através do qual julgou alguma questão, está exaurido, por regra, seu poder de voltar ao assunto – impedindo a preclusão consumativa que reconsidere, o juiz, o ato de ofício ou através de provocação da parte prejudicada. Esse é o teor do art. 471, *caput*, do CPC, a determinar, como regra, que "nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide".

2. Este regramento tradicional abre as portas para discussão sobre os limites da preclusão para o juiz, a fim de se estabelecer uma orientação em relação às raras hipóteses em que caberia ao magistrado, mesmo *ex officio*, reapreciar, antes da decisão final, decisões interlocutórias já tomadas.

Tratamos necessariamente das *decisões interlocutórias* porque só podemos reconhecer a possibilidade de o Estado-juiz voltar atrás em uma decisão já proferida na hipótese de manter jurisdição no feito. A seu turno, quando profere sentença, não poderia mais modificar de ofício a sua decisão, já que justamente está encerrada a sua jurisdição, conforme preconiza o art. 463 do CPC.

Ademais, há de se reconhecer como absolutamente excepcional essa possibilidade de *reversão oficiosa de uma decisão judicial* tomada, já que o instituto da preclusão faz-se ordinariamente necessário justamente por estabelecer ordem e previsibilidade ao rito – sendo evidente que na grande maioria dos casos uma decisão judicial ao se tornar pública não poderá ser alterada ao bel prazer do próprio prolator do despacho (ou eventualmente de um magistrado substituto com jurisdição provisória na comarca).

3. A discussão, nesse contexto, cinge-se, ao que se tem como *matérias de ordem pública*, que estariam, logicamente, em grau de importância, acima das *matérias de ordem particular ou privada*, de mero interesse *inter partes*[2] – sendo difundido neste trabalho, para facilitar a explanação, o uso das expressões "matérias de ordem pública" e "matérias reconhecíveis de ofício" como se sinônimas fossem[3].

Deixemos bem claro que a ressalva quanto à possibilidade de reexame da decisão no que diz respeito às matérias de ordem pública (como o art. 267, § 3°, CPC e outras, a serem mais à frente encaradas), seja pelo mesmo julgador (quando mantém jurisdição), seja pela instância superior (em caso de recurso, com efeito devolutivo), reside na impossibilidade de, nesses casos, se operar a preclusão, tendo-se em conta que as referidas matérias imperativas, por serem notadamente de interesse suprapartes (para usarmos a concepção consagrada por Galeno Lacerda[4]), podem ser reavaliadas ulteriormente.

II. Condições da ação e pressupostos processuais

4. Grandes processualistas pátrios travaram discussão a respeito da não preclusividade de matérias de ordem pública ao se posicionarem quanto à polêmica atinente à preclusão da decisão saneadora – especialmente no que toca às condições da ação e aos pressupostos processuais (CPC, art. 267, IV e VI, respectivamente).

A grande dúvida prática do tema restringe-se à viabilidade de o julgador, de ofício ou a requerimento da parte, vir a decretar a extinção do processo com base no art. 267, IV ou VI, do CPC (sentença terminativa), se antes, em fase de saneamento, tinha entendido expressamente pela existência das mesmas condições e pressupostos.

De antemão, há de se ter presente que a fase de saneamento do processo, que não necessariamente se concentra em um único despacho do juiz (o que se tinha pelo momento ímpar do *despacho*

saneador[5]), tem como fundamento reconhecer, sempre que possível e o quanto antes, a existência de matérias preliminares e/ou prejudiciais que possam efetivamente obstar a análise meritória propriamente dita, tudo em nome da economia e da celeridade processual[6]. Por outro lado, o saneador provoca a concentração do material de conhecimento neste ato do processo, e habilita o juiz a dirigi-lo com perfeito domínio da causa, o que, sem dúvida, representa para a sentença uma garantia de segurança e de justiça[7].

Nesse contexto, o art. 329 do CPC determina que, encerrada a fase postulatória – estabelecido o contraditório e já sendo conhecidos os contornos da causa de pedir e pedido –, pode o juiz adequadamente analisar a existência das condições da ação e dos pressupostos processuais, extinguindo o processo sem julgamento de mérito caso não os visualize (isso é claro se não firmar tal convicção antes, já que pode o juiz, como é sabido, declarar a petição inepta antes mesmo de determinar a citação[8]).

Embora admitamos que o pronunciamento judicial, quando encerrada a fase postulatória e ainda não iniciada a fase instrutória (art. 331, § 2°, do CPC), possa ser um oportuno momento para se reconhecer a existência dessas preliminares, certo é que o juiz não está obrigado a se manifestar quanto à existência delas nesse exato período, podendo a qualquer tempo posterior as invocar, como diz a lei – e mesmo que não as invoque poderia a parte prejudicada, até em ação rescisória, vir a discutir a suposta grave falta de um desses elementos que deveria ter impedido o pronunciamento do mérito[9]. Daí a impossibilidade de se falar em reconhecimento da presença das condições e pressupostos em razão do julgador, mesmo diante de requerimento da parte ré em contestação, não ter se manifestado expressamente no saneamento quanto à inexistência delas (*não preclusividade de questões implícitas*)[10].

Mesmo na vigência do CPC de 1939, art. 294, em que o juiz estava obrigado a se manifestar no despacho saneador quanto à inexistência das condições e pressupostos, a mais abalizada doutrina já entendia que "seria desatender à finalidade do processo pretender que ele opere preclusão de uma questão que não decidiu"[11]. Já, no que toca ao atual modelo de 1973, com ainda mais razão então não há de se falar na hipótese, não só pelo fato de inexistir regra legal semelhante ao do anterior sistema, mas também, e principalmente, pela razão do contemporâneo eixo processual-constitucional exigir das decisões judiciais expressa e adequada fundamentação, nos termos do art. 165 do CPC c/c art. 93, IX, da CF/88[12].

Em termos jurisprudenciais, o tema parece bem encaminhado a partir da Súmula 424 do próprio pretório excelso, que dispunha: "transita em julgado[13] o despacho saneador de que não houve recurso, excluídas as questões deixadas, explícita ou implicitamente, para a sentença"[14].

Portanto, a questão "implícita" no despacho saneador, não se coadunando com o espírito da atual (e da anterior) legislação processual (como também do texto constitucional), não deve acarretar a incidência do fenômeno preclusivo.

5. Ainda, de início, temos o dever de brevemente externar quais são realmente as matérias processuais que podem ser compreendidas nos macrogrupos "condições da ação" e "pressupostos processuais" – enfatizando, ademais, a abrangência de cada uma dessas grandes esferas, integrantes dos temas preliminares a serem analisados pelo diretor do processo antes do ingresso no julgamento do mérito da demanda ("condições de admissibilidade do julgamento da lide"[15]).

De maneira abrangente, no nosso sistema processual, o art. 301, com seus incisos e parágrafos, trata de anunciar os pressupostos processuais e as condições da ação, e principalmente os caracterizar como temas vitais e prejudiciais ao processo conduzido pelo Estado-juiz. Ali encontra-se regulado expressamente que o réu deve, antes de discutir o mérito, alegar tais matérias para fins de preliminar de extinção do feito (*defesa peremptória*) ou correção dos rumos da demanda (*defesa dilatória*); nada obstante a importante previsão de que o magistrado poderá conhecer delas de ofício[16].

Os *pressupostos processuais* são matérias de ordem eminentemente processual que devem estar presentes para se passar ao exame meritório; não ensejam, portanto, perquirição sobre qualquer ponto da relação de direito material afirmada nos autos[17]. São os primeiros requisitos de admissibilidade a serem analisados[18].

O nosso próprio Código, no art. 267, IV, os diferencia em pressupostos processuais *de existência* e pressupostos processuais *de validade*. No primeiro, estão os consagrados requisitos necessários à instauração do processo: a petição inicial protocolada pelo autor, o encaminhamento desta a um juiz investido de jurisdição, e por fim a citação do réu. No segundo, estão os requisitos fundamentais para se atingir o objetivo do processo (qual seja, o provimento meritório), uma vez estabelecida a relação jurídica processual: a petição inicial apta, a citação válida do réu (esses seriam os *pressupostos processuais positivos objetivos*); a competência (e aqui se encontra o espaço dos fenômenos da conexão/continência), bem como a imparcialidade do

juiz investido de jurisdição, a capacidade de ser parte, a capacidade processual de se fazer presente em juízo em nome próprio ou alheio e a capacidade postulatória delegada em geral ao causídico com instrumento de mandato (esses seriam os *pressupostos processuais positivos subjetivos*[19]); bem como a litispendência, a coisa julgada, a perempção e a convenção de arbitragem (esses seriam os *pressupostos processuais negativos*, já que a sua presença justamente impede a prolação de sentença definitiva[20]).

Há de se reconhecer como absolutamente excepcional a possibilidade de reversão oficiosa de uma decisão judicial tomada

Por sua vez, as *condições da ação* são matérias de ordem eminentemente material que devem estar presentes ao tempo do ingresso com a demanda para que não venha o feito a ser extinto imediatamente pela via da sentença terminativa. Trata-se de investigação preliminar do julgador, sucedida após a verificação da existência dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo[21].

Fixa-se no sentido de perscrutar se o pleito possui alguma chance, no mérito e em tese, de ser acolhido, daí a razão de ponderar sobre a *legitimidade das partes* (que independe da capacidade processual de se fazer presente em juízo em nome próprio), o *interesse em agir* (entendida como a utilidade e a necessidade/adequação do provimento jurisdicional solicitado) e a *possibilidade jurídica do pedido* (a compreender a viabilidade de direito, mesmo que mínima, da causa de pedir próxima estabelecida, em detalhes, na peça vestibular)[22].

Feita essa análise inicial, identificando-se, respectivamente, a configuração dos pressupostos processuais de existência e de validade, bem como a presença das condições de ação, conclui o Estado-juiz que, à primeira vista, o processo tem condições de prosseguir e culminar com a prolação do provimento jurisdicional. Passará a proceder então à cognição completa da relação material, a fim de acolher ou rejeitar o pedido, pela aguardada via da sentença definitiva, com o exame do mérito propriamente dito[23].

6. Tratemos, agora, de responder à grande dúvida prática do tema, antes anunciada, deixando consignado que a polêmica pertinente aflige os mais notáveis juristas desde os tempos mais remotos, como sugere a seguinte passagem da obra de Bülow (da segunda metade do século XIX)**:** "Tão logo a falta de um pressuposto processual seja

denunciado e confirmado no início do procedimento, este se malogra totalmente. Porém, o que ocorre se esta falta não é notada e o processo chega ao fim? Deve ser declarado sempre inválido, mesmo posteriormente?"[24].

Em tempos mais atuais, e partindo de uma exegese restritiva do teor do art. 267, § 3°, do nosso CPC (*in verbis*: "o juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, enquanto não proferida sentença de mérito, da matéria constante nos incisos IV, V e VI"), entendendo que pelo seu texto não resta consignado que o magistrado, após ter apreciado a matéria, poderá apreciá-la novamente, e articulando o dispositivo supratranscrito com o art. 471 ("o juiz não decidirá novamente as questões já decididas"), parte da doutrina pátria[25] – seguindo os ensinamentos de Liebman e Chiovenda – desenvolveu a teoria de que se o juiz se pronunciar expressamente sobre a matéria em despacho saneador, não pode reapreciar sua decisão, nada impedindo que o tribunal, quando da apelação, a pedido da parte ou de ofício, declare a ausência de pressuposto processual e condição da ação e extinga o processo sem julgamento de mérito. Agora, no despacho saneador, permanecendo silente quanto a essas matérias, poderia sim o julgador, de ofício, para essa corrente, sobre elas se manifestar a qualquer tempo, mesmo assim em uma única e derradeira oportunidade.

De acordo, R**e**nato de Lemos Maneschy[26] registra que as matérias constantes nos itens IV, V e VI do art. 267 do CPC só podem ser objeto de conhecimento pelo juiz, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, se não houverem sido expressamente decididas em pronunciamento irrecorrido. No entanto, o aludido jurista, de modo *sui generis*, entende que a devida articulação dos arts. 267, § 3°, 471, 515 e 516, todos do CPC, importa reconhecer que uma vez analisada a matéria pelo primeiro grau – e restando a decisão irrecorrida – não pode mais ser objeto de julgamento pelo próprio julgador e, inclusive, pela superior instância.

Admitindo também a preclusão da decisão interlocutória, mesmo que se trate de questão de ordem pública, é interessante registrar a peculiar opinião de J. Frederico Marques[27], para quem, se o juiz decidir pela existência das condições da ação e pressupostos processuais, no saneador, de ofício, tal posição não preclui, mesmo que a parte prejudicada não interponha o competente recurso à superior instância. Agora, se o juiz decidir, nas mesmas condições, mas provocado pelo réu, que suscitou as matérias em preliminar na peça contestacional, a decisão judicial precluiria, mesmo que tacitamente

("questão implícita") o magistrado admitisse as condições da ação e os pressupostos processuais.

No entanto, a melhor solução para o problema, no nosso entendimento, parece ser realmente a preconizada por Galeno Lacerda, seguido por outros tantos juristas pátrios[28]. Para o precitado jurista, a premissa para dissolver o imbróglio figura-se na concepção de que o problema da preclusão de decisões no curso do processo é substancialmente diverso do problema das decisões terminativas; enquanto diante destas o magistrado extingue a jurisdição, dando fim à relação processual, diante daquelas ele conserva a função jurisdicional, continuando preso à relação do processo. Assim, se o juiz conserva a jurisdição, para ele não preclui a faculdade de reexaminar a questão julgada, desde que ela escape à disposição da parte, por emanar de norma processual imperativa (*ordem pública*)[29].

Daí se conclui que a preclusão no curso do processo depende, em última análise, da disponibilidade da parte em relação à matéria decidida: caso indisponível, a falta de impugnação torna preclusa, desde já, a matéria para as partes, mas não para o juiz, que pode (e deve) rever seu posicionamento, sob pena de decidir com afronta à norma imperativa e contrariando inclusive sua própria (e atual) convicção[30].

O próprio teor do art. 473 do CPC parece vir ao encontro desse entendimento, ao dispor que é (somente) defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão. Nesse enfoque, em ensaio que tratou de analisar as fundamentais estruturas do Código Buzaid, preleciona Arruda Alvim com correção: "De acordo com a informação universal a respeito do instituto da preclusão, é defeso à parte, em rigor às partes e ao juiz, também, rediscutir questões preclusas (...) no entanto, a redação do Código restringiu-a unicamente à(s) parte(s), o que se compadece com a sua estrutura, pois há matérias excepcionais que ficam em aberto para o juiz rediscutir e redecidir o que tenha sido decidido e esteja precluso para as partes"[31].

Sob essa perspectiva, a aludida última corrente, com maior correção, interpreta extensivamente o que dispõe o art. 267, § 3°, do CPC, de acordo com o teor do art. 473, privilegiando a visão moderna do processo que confere poderes para ativamente o magistrado guiar o procedimento, destituindo-o de formalidades exacerbadas, que prejudicam a celeridade da decisão que põe termo à demanda[32].

No que toca ao posicionamento do STF, historicamente vem se consolidando a corrente que prega a não preclusividade para o

juiz da matéria constante nos incisos IV e VI do art. 267 do CPC[33], relativizando-se, assim, o teor do já anunciado verbete 424 do próprio pretório excelso: cite-se a Ação Cível Ordinária 267 (AgRg), onde lê-se o voto do ministro Alfredo Buzaid; além do RE 103949, do RE 92008, do RE 90668-1 e do RE 273791-7/SP[34]. No mesmo sentido, inclina-se a maior corte infraconstitucional também há um bom tempo, conforme decisão, dentre outros, no REsp 60110-0/GO (no qual se faz referência ao paradigmático REsp 24258/RJ[35]).

Somando-se a essas postulações, que se colocam a favor da não preclusividade das matérias elencadas nos incisos IV e VI do art. 267 e alcançam, como visto, as mais altas cortes pátrias, José Rogério Cruz e Tucci traz mais um fundamento: "As condições de admissibilidade da ação, dentre elas o interesse de agir, devem coexistir ao ensejo do ajuizamento da demanda e devem, reunidas, subsistir até o momento de prolação da sentença; presentes quando da propositura mas, eventualmente ausentes à época da sentença, não é permitido ao juiz pronunciar-se sobre o objeto material do processo."[36]

Ou seja, mesmo já se pronunciando sobre a presença das condições da ação, diante da importância do tema (de ordem pública) para o processo, o Estado-juiz deve estar atento, ao longo da tramitação do feito, para a verificação da manutenção da presença das condições da ação, sob pena de, em não as encontrando, ter de resolver a demanda com arrimo no art. 267, VI, do CPC.

III. Juízo de admissibilidade recursal

7. A "construção jurídica" empregada para se estabelecer a não preclusividade para o juiz em relação às matérias de ordem pública, imperativas, que extrapolam a exclusiva alçada da discricionariedade das partes, além dos casos envolvendo as condições da ação e os pressupostos processuais, pode ser visualizada em outras grandes questões do processo, cabendo destaque a cinco delas, que passam agora a ser analisadas em pormenores – iniciando-se pelo *juízo de admissibilidade recursal.*

Em sede recursal (apelação, recurso ordinário e recursos excepcionais), antes de ser proferida qualquer decisão de mérito frente à irresignação interposta, é necessário que o Judiciário examine a presença dos requisitos de admissibilidade do recurso – o que se dá por meio de dois diversos órgãos: o juízo *a quo* pronuncia-se de maneira provisória, e depois, em caso de encaminhamento do

recurso ao juízo *ad quem*, nova investigação da admissibilidade é processada pelo tribunal.

Na tradicional classificação das condições de admissibilidade dos recursos cíveis visualiza-se a presença não só dos requisitos intrínsecos – como o cabimento, legitimidade, interesse de recorrer e inexistência de fato impeditivo ou extintivo – mas também a dos requisitos extrínsecos – como a tempestividade, a regularidade formal e o preparo. Daí por que se diz, como ressaltam Vicente Greco Filho[37] e Leonardo Castanhas Mendes[38], que os requisitos de admissibilidade dos recursos são verdadeira extensão, perante a segunda instância, dos requisitos ou condições da ação, cuja presença condiciona, em primeiro grau, o exercício do ofício judicante, devendo ser reexaminados em fase recursal segundo as peculiaridades desta etapa do processo; como também se assevera, nas palavras de Barbosa Moreira, que em relação ao recurso há de abrir-se ao órgão judicial – do mesmo modo que se abre quanto ao pedido originário – oportunidade para verificar se estão reunidos os pressupostos do pleno exercício da sua atividade[39].

Vê-se, assim, com base em fragmentos de destacada doutrina pátria, que é sim viável uma firme aproximação do fenômeno das matérias preliminares de mérito no primeiro grau (condições da ação e pressupostos processuais) com os requisitos de admissibilidade do recurso manejado à superior instância. E, a partir dessa premissa, é razoável se concluir, como vem apontando a melhor jurisprudência, que o juízo de admissibilidade recursal, a exemplo das matérias preliminares no primeiro grau, envolve tema de ordem pública, reconhecível de ofício pelo órgão judiciário, a qualquer tempo, desde que conserve este a sua jurisdição[40].

Não há, assim, condições de ser avalizada a posição de João Batista Lopes[41], Teresa Arruda Alvim Wambier[42], e do próprio citado Barbosa Moreira[43] no sentido de que mesmo após o despacho de recebimento do recurso, caso verifique o magistrado a sua intempestividade (ou a falta de qualquer outro imprescindível requisito), não possa o agente político do Estado voltar atrás na sua decisão em face do impedimento imposto pela "preclusão *pro judicato*". Em oportunas linhas, rebate Araken de Assis: "Nada impede ao juiz, após reputar admissível o recurso, posteriormente alterar sua convicção inicial, estimando-o inadmissível, porém antes do julgamento do mérito e desde que o possibilite seu estágio de processamento."[44]

De fato, mesmo após o juízo *a quo* julgar pela admissibilidade do recurso, poderia sim voltar atrás em ulterior estágio de

processamento, após vista da irresignação à parte contrária (para fins de apresentação de contrarrazões), passando a entender pela necessidade de negativa de seguimento à irresignação. Nesse sentido Dinamarco bem frisa que o "juízo *a quo* tem o poder de desfazer o juízo positivo depois de oferecidas as contrarrazões de apelação"[45], como também Alcides de Mendonça Lima deixa consignado que, se o juiz, oficiosamente ou advertido pela parte interessada, "verifica que não era caso de apelação ou que errou no efeito recebido (se deveria ser no meramente devolutivo e admitiu em ambos, ou vice-versa), nada obsta reconsiderar seu despacho, para adotar orientação certa e legal"[46].

8. A propósito, a redação do art. 518 do CPC, determinada pela Lei 8.950/94[47], indica para a correção do raciocínio supraexposto, *in verbis*: "Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. Parágrafo único: Apresentada a resposta, é facultado ao juiz o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso." É bem verdade que a Lei 11.276/06 alterou a redação do informado parágrafo único (passando o § 2° a dispor que: "Apresentada a resposta, é facultado ao juiz, em cinco dias, o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso"); no entanto, a nosso ver, tal alteração não modifica em nada o enquadramento do juízo de admissibilidade recursal como matéria de ordem pública, a ser reanalisada, se for o caso, pelo juiz dentro e mesmo após o prazo novel de cinco dias – já que estamos aqui diante de típico e genuíno prazo impróprio, a não inviabilizar que mesmo depois de superado o irrisório lapso temporal previsto na lei possa o julgador se retratar.

Ainda, há de se dizer que, mesmo havendo grave equívoco no conhecimento do recurso manifestamente inadmissível, e mesmo inexistindo recurso imediato contra essa decisão do juízo *a quo*, que conhece e processa a irresignação, a instância superior, por força do efeito devolutivo, fará, antes de ingressar no mérito propriamente dito, o seu controle definitivo acerca da possibilidade de conhecimento do recurso – oportunidade em que a manifestação da parte recorrida na busca pelo não conhecimento do recurso pode obter perfeito trânsito. Aliás, mesmo a corrente capitaneada por Barbosa Moreira, que entende pela impossibilidade de retratação do juízo positivo de admissibilidade recursal proferido pelo magistrado de primeira instância, não discorda que não resta por isso preclusa a reapreciação da matéria pelo órgão competente para julgar o recurso principal[48].

9. Visto que pode haver retratação do juízo positivo de admissibilidade recursal, mas desde que o órgão judicial mantenha jurisdição no feito (ou seja, desde que os autos ainda não tenham sido encaminhados para a superior instância), conveniente nos deter, em maiores detalhes, à hipótese de juízo de admissibilidade negativo encaminhado pelo juízo *a quo*.

Se a parte prejudicada deixa de interpor o competente recurso de agravo de instrumento, dá-se a preclusão (temporal) para ser revertida a gravosa decisão interlocutória, operando-se o consequente trânsito em julgado da demanda. Já interpondo o recurso legal, caberá ao tribunal pronunciar-se provisoriamente sobre a admissibilidade recursal, determinando, com o eventual provimento do agravo, a subida dos autos principais (com o recurso) para ulterior julgamento. Foi dito que caberá à instância superior a pronúncia "provisória" da admissibilidade, já que mesmo tornando-se irrecorrível a decisão do agravo de instrumento, o tribunal, antes de ingressar no mérito do recurso principal, poderá reavaliar aquela decisão, vindo a não conhecer o apelo em face da formação de uma convicção mais recente, quanto à inexistência do já analisado requisito de admissibilidade recursal ou de qualquer outro[49].

Se o juiz conserva a jurisdição, para ele não preclui a faculdade de reexaminar a questão julgada

No entanto, devemos reconhecer que não há unanimidade de tratamento na matéria, existindo fundamentação em sentido contrário[50] justamente pregando que, se o tribunal já conhece de todos os elementos necessários e pode desde já exercer juízo seguro sobre a questão que motivou a não subida imediata do apelo, então não há cabimento em dizer-se que este juízo, assim exercido, seja, de alguma maneira, provisório.

Por outro lado, mesmo essa corrente contrária concorda, ao menos, que a solução seria outra se o fundamento utilizado para negar agora admissibilidade ao recurso principal fosse diverso daquele que se valeu o mesmo tribunal para dar provimento ao agravo de instrumento, retificando o juízo de admissibilidade negativo pronunciado pela inferior instância.

Em termos práticos isso significa que se o não conhecimento de uma apelação pelo juízo sentenciante se deve à intempestividade do recurso, depois não reconhecida pelo tribunal que deu provimento ao agravo de instrumento interposto pela parte apelante, para essa

corrente dever-se-ia cogitar de preclusão para a instância superior, ao momento de julgar a apelação, quanto ao exame de admissibilidade recursal pertinente a esse requisito (intempestividade), mas não para qualquer outro, como a presença de preparo, por exemplo – hipótese em que o tribunal antes do julgamento do mérito do recurso poderia julgar pelo não conhecimento da apelação em razão da deserção.

Fica então o registro deste ponto de convergência dos estudiosos na matéria, embora persistamos entendendo pela possibilidade mais ampla da ponderação oficiosa no juízo de admissibilidade recursal.

IV. Nulidades absolutas

10. O trato com a problemática das *invalidades* – especialmente com a categoria das *nulidades absolutas* (a englobar inúmeros vícios processuais ligados aos pressupostos processuais e às condições da ação) – irá nos apontar mais uma importante matéria não preclusiva para o julgador, a ser pronunciada mesmo que de ofício, a qualquer tempo, desde que mantida a sua jurisdição.

Cabe registrar inicialmente que as nulidades, em geral, são sanções processuais sempre decretáveis pelo Estado-juiz (não se operam *ipso iure*), decorrentes da violação de uma prescrição processual que se mostra substancial no feito (caso de atipicidade/inadequação relevante), passíveis de sanação mesmo que se trate de nulidades absolutas (em caso de atipicidade/inadequação irrelevante), e que atuam no plano da validade (plano anterior ao da eficácia/inadmissibilidade e posterior ao da existência)[51].

A necessidade de progressão do estudo, nesta oportunidade, cinge-se precipuamente em identificar as espécies de nulidade (ou invalidades) que podem ser reconhecidas oficiosamente a qualquer momento procedimental (sendo, portanto, não preclusivas) – nominando as principais delas, a partir das disposições pertinentes do diploma processual.

Distingamos, pois, as nulidades em absolutas e relativas, nos moldes objetivos anunciados pelo CPC no art. 245, *in verbis*: "Nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão. Parágrafo único: Não se aplica esta disposição às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão, provando a parte legítimo impedimento."

Há de se explicar, em relevante parêntese, que a classificação das nulidades desenvolvida por Galeno Lacerda, em seu célebre "*Despacho*

Saneador"[52], foi, de fato, muito difundida na doutrina pátria, como reconhecem, dentre outros, Rui Portanova[53], Arruda Alvim[54], Daniel Mitidiero[55] e Antônio Janyr Dall'Agnol Jr[56].

Em laboriosa subdivisão, entende Galeno Lacerda que se poderia falar em quatro espécies de invalidades, a saber: *nulidade absoluta* – vício insanável que viola norma imperativa protetora de interesse público; *nulidade relativa* – vício sanável que protege interesse da parte, advindo de norma imperativa; *anulabilidade* – vício sanável que protege interesse da parte, mas a ofensa verificável é de norma dispositiva; e *irregularidades* – vício de menor gravidade, cujo defeito não provoca sequer a ineficácia do ato ou da relação processual.

No entanto, sem desprestigiar o estudo proposto por Galeno Lacerda, parece-nos suficiente a mera divisão das nulidades em *absolutas* (interesse suprapartes) e *relativas* (interesse das partes), notadamente em função da posição adotada pelo Código Buzaid – que entrou em vigor aproximadamente duas décadas depois da publicação da obra de Lacerda[57]. Para tanto, seria o caso de agregar à concepção das "nulidades relativas" o conceito de "anulabilidades", além de desfavorecer a ênfase concedida às "irregularidades" – mantendo na íntegra somente a dimensão e peso concedidos às "nulidades absolutas"[58].

11. Acolhida a divisão das nulidades em absolutas e relativas, fecha-se o esquema inicial com uma conceituação mais próxima dessas modalidades – ressalvado, neste ensaio, o efeito prático da distinção, "na possibilidade, ou não, de o juiz, porque presumido o prejuízo, poder reconhecer de ofício a irregularidade e decretar a nulidade do ato"[59].

As últimas, diversamente das primeiras, não podem ser conhecidas de ofício pelo julgador; incidindo o fenômeno preclusivo caso não sejam as nulidades relativas arguidas pelas partes de imediato, na primeira oportunidade em que tiverem se de manifestar nos autos.

Daí a razão para José Maria Tesheiner utilizar a expressão "vícios preclusivos" para identificá-las[60]. Humberto Theodoro Jr. explica que são configuradas as nulidades relativas por exclusão: "os atos viciados, que não sejam por violação de pressupostos processuais ou condições da ação, e para os quais não exista cominação expressa de nulidade na lei, são atos processuais relativamente nulos"[61].

E especialmente tratando da alegação das nulidades relativas em sede contestatória, sob pena de preclusão (sanatória do vício), diante do posterior despacho saneador a ser lavrado pelo Estado-juiz,

leciona J. Frederico Marques: "Quando o juiz não teve de resolver questão alguma daquelas resultantes dos arts. 267 e 301, limitando-se a declarar simpliciter o processo em ordem, inexiste preclusão *pro judicato*. Poderá registrar-se apenas preclusão temporal, com base no art. 245, para as nulidades relativas que o réu não invocou, com o seu respectivo e consequente saneamento."[62]

Por sua vez, as nulidades absolutas, embora devam ser arguidas pela parte na primeira oportunidade que tiverem para se manifestar nos autos, em face de sua gravidade, podem ser invocadas em ulterior momento no feito, mesmo por petição simples, caso não sejam objeto de atividade oficiosa do próprio magistrado, o qual, identificando a presença de uma nulidade absoluta insanável, deve, de plano, tratar de reconhecê-la.

Dentro dessa conjectura, enquadram-se, a contento, as palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier: "As nulidades (absolutas) podem ser alegadas pelas partes, a qualquer tempo, e decretadas pelo juiz de ofício, inexistindo, pois, para aquelas e para este, preclusão. São vícios insanáveis, pois que maculam irremediavelmente o processo."[63] Humberto Theodoro Jr. traz em destaque a relevância dos pressupostos processuais e das condições da ação, os quais denomina de "vícios profundos": "Não se sujeitam à preclusão, nem deixam de macular o processo só pela errônea conduta do juiz que decide a lide, sem atentar para a inexistência de condições jurídicas para a sentença de mérito."[64]

Não poderíamos deixar de registrar que, em uma das principais obras escritas a respeito do tema no país, Calmon de Passos critica ferozmente a distinção das nulidades em absolutas e relativas, entendendo que não há espaço para se falar nas últimas, supostamente sujeitas ao regime da preclusão processual: "Até esta data ainda não consegui identificar uma forma processual que tenha sido estabelecida no exclusivo interesse de uma das partes do processo, daí afirmar que, entre nós, a preclusão não ocorre. A oponibilidade perdura."[65]

Maiores digressões nessa problemática certamente refogem à área de abrangência deste ensaio; mesmo assim, inclusive a partir desse esboço de uma teoria de nulidades proposta por Calmon de Passos, fica claro que há uma extensa (senão uma plena) área de atuação oficiosa do magistrado em matéria de nulidades (ou invalidades), ratificando-se assim a extrema importância do tema no macroestudo das não preclusividades concernentes à atividade jurisdicional.

Tratemos, pois, de expormos as principais nulidades absolutas que comportam exame oficioso a qualquer tempo – destacando-se os vícios referentes às citações, às intimações, às sentenças e aos cerceamentos de defesa em matéria probatória.

12. Em nota às disposições referentes às nulidades absolutas, Theotonio Negrão[66] identifica vícios cominados nos seguintes dispositivos do Código Buzaid: art. 11, parágrafo único (autorização ou outorga necessária do cônjuge, não suprida pelo juiz); art. 13, I (incapacidade processual ou a irregularidade da representação, não suprida pelo autor); art. 84 (falta de intimação do Ministério Público, quando obrigatória); art. 113, § 2° (declaração de incompetência absoluta); art. 214 (nulidade de citação no rito de conhecimento); art. 236, § 1° (nulidade da intimação, na qual constem os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para sua identificação); art. 246 (nova referência à nulidade do processo por ausência do *parquet*, quando deva intervir no feito); art. 247 (menção conjunta às nulidades de citações e às intimações, quando feitas sem observância das prescrições legais); art. 618 (hipóteses de nulidade da execução, se o título executivo extrajudicial não corresponder à obrigação certa, líquida e exigível – art. 586, se o devedor não for regularmente citado, e se instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrido o termo, nos casos do art. 572); e, finalmente, art. 1.105 (ao tratar dos feitos de jurisdição voluntária, regula que serão citados, sob pena de nulidade, todos os interessados, bem como o Ministério Público).

Daí se conclui que a preclusão no curso do processo depende, em última análise, da disponibilidade da parte em relação à matéria decidida

Vê-se do rol de nulidades cominadas (absolutas) sobreditas que as referências à ausência dos pressupostos processuais são significativas, notadamente no que pertine à falta de citação válida (pressuposto positivo objetivo) – a ser exigido, por expressa disposição do CPC, não só no rito de conhecimento, mas também na execução, e mesmo nos procedimentos de jurisdição voluntária. Não é por acaso, sem dúvida, que Chiovenda teve como uma das suas célebres máximas a que registra ser o maior vício processual "a falta de comunicação ao réu"[67].

Quanto à citação válida do réu/executado: há normativo (art. 214, § 1°, do CPC) prevendo que se o réu comparece em juízo mesmo estando configurado vício na citação, não deve estenser declarado

já que a finalidade foi obtida (comparecimento do demandado ao feito) – aplicando-se assim, à espécie, os princípios gerais da instrumentalidade das formas e do não prejuízo específico à parte (art. 244 c/c 249, § 1°, do CPC)[68]. Em sentido oposto, a mais tênue imperfeição é relevante quando o objetivo não foi alcançado[69].

O nosso diploma processual, de fato, trata a citação com enfoque especialíssimo. As invalidades que cercam o ato de chamar o réu ao processo, angularizando a relação jurídica processual, é tema de destaque e ferrenha defesa mesmo após o trânsito em julgado da demanda. Há possibilidade de o demandado, prejudicado, opor embargos à execução, ou mesmo ingressar com novel processo para declaração de ineficácia da sentença ainda que decorrido o prazo para a propositura de ação rescisória – daí falar-se em caso de "vícios transrescisórios", na circunstância de processo que corre à revelia do demandado por defeito na citação do réu[70].

A doutrina trata com destaque particular a ocasião das nulidades que envolvem a citação por edital do réu/executado[71]. De fato, este remédio excepcional deve ser utilizado tão somente quando esgotados todos os meios possíveis para a localização da parte demandada, sendo por isso descabido utilizar-se do edital em caso de infrutífera notificação do réu/executado na primeira tentativa levada a cabo pelo oficial de justiça – até porque não é raro se dar o equívoco, na célere citação do demandado, por culpa do próprio autor/exequente (a quem compete fornecer o endereço correto e atualizado do *ex adverso).*

13. Quanto à intimação dos atos processuais: a lei reclama a mesma segurança exigida para a citação e de seus defeitos resultam as mesmas consequências, só diferentes em termos de repercussão sobre os atos do processo[72].

Realmente, a regularidade exigida para o chamamento do demandado ao processo na primeira oportunidade deve ser mantida ao longo da tramitação do feito, a fim de que seja proferida decisão final legítima – sendo pressuposto da sentença o encadeamento válido de todos os anteriores atos do processo (dos quais necessariamente devem ter ciência as partes, para efeitos de defesa e consolidação de suas posições na relação processual estabelecida).

Assim sendo, o vício referente à ausência de intimação da parte processual é também matéria não preclusiva, podendo ser reconhecida de ofício, mesmo em segundo grau, dependendo da gravidade/relevância da infração. O tema é interessante, já que, na prática forense, bem se pode verificar a presença de vício na intimação

de um importante ato processual no primeiro grau, e mesmo assim a parte prejudicada e sucumbente (diante de prolatada sentença definitiva) pode não vir a expor em razões de apelação a ocorrência na nulidade (em sede de preliminar recursal), vindo tão somente a discutir no apelo o mérito.

A questão foi objeto de estudo específico na Itália por Antonella Parisi, tendo a jurista peninsular apontado conclusão, com que não pactuamos, no sentido de que vício na intimação de ato, em meio à instrução, que venha a trazer prejuízo ao estabelecimento do contraditório entre as partes, não alegada em apelação, determina preclusão ao segundo grau para exame da questão[73]. Também é essa a posição, entre nós, defendida por José Maria Tesheiner, apresentando o seguinte caso concreto: "Suponha-se que uma das partes seja intimada da juntada de documento nos autos por intimação nula, nos termos do art. 236, § 1°. Faltou, por exemplo, o nome de seu advogado. Realiza-se a audiência. A parte é vencida e apela, pedindo a reforma da sentença, sem jamais aludir à nulidade daquela intimação. Evidentemente, não poderá o tribunal decretá-la de ofício, ainda que cominada."[74]

Por estarmos claramente diante de vício não preclusivo importante para o deslinde da causa (nulidade absoluta, cominada), não há como avalizarmos este entendimento. Pensamos, portanto, que mesmo de ofício pode, *in casu*, o tribunal *ad quem* decretar a nulidade da sentença (em face do vício de intimação), remetendo os autos à instância *a quo* para regular processamento da instrução a partir do marco inicial maculado pela nulidade absoluta verificada – no caso concreto apresentado por Tesheiner, da atípica intimação de juntada de documento aos autos, ressalvada a possibilidade de não anulação da audiência, em caso de o seu resultado ser independente do teor do documento juntado (arts. 248 e 249, *caput*, do CPC). Obviamente, foi dito que o tribunal "poderá" e não "deverá" decretar a nulidade absoluta, já que há de ser feito uma ponderação no caso concreto sobre a gravidade da infração (arts. 244 e 249, § 1°, do CPC), justamente para efeitos de se determinar a relevância da atipicidade, a fixar ou não a invalidade da sentença de mérito proferida.

14. Especificamente quanto às nulidades da sentença**,** há de se levar em conta ao menos dois macroaspectos: deficiência no relatório ou na fundamentação sentencial; como também a presença de julgamento *extra petita, ultra petita e citra/infra petita.*

Depois da citação, provavelmente o mais substancial ato do processo no primeiro grau seja a prolação da sentença, em que

o julgador, pela via preferencial definitiva ou, subsidiariamente, terminativa, presta a devida e esperada tutela jurisdicional[75]. Trata-se de "ato jurisdicional magno"[76]; é a resposta do Estado-juiz ao problema de direito trazido pelos jurisdicionados, ávidos por justiça e paz social. É a sentença, em suma, "a síntese da função jurisdicional"[77].

Daí a necessidade de a decisão final ser a mais completa possível, seja na apresentação do histórico da demanda (relatório – art. 458, I, do CPC), seja na fundamentação de fato e de direito que encaminhe o julgamento a favor do autor ou do réu (art. 458, II, do CPC), seja na confecção de dispositivo sentencial (art. 458, III, do CPC) que contemple toda a discussão trazida ao judiciário, sem passar a conceder o magistrado coisa além ou coisa diversa da perseguida. Quando a sentença contemple alguma imperfeição nesses comandos, é passível então de ser declarada nula, a fim de novo *decisum* ser produzido.

O problema da fundamentação sentencial é notoriamente mais grave do que as possíveis irregularidades constantes no relatório da decisão, que em geral não vão influir no julgamento da causa, a ponto de por si só representarem motivo suficiente para a interposição de recurso à superior instância. No entanto, a fundamentação é essencial, no nosso Estado Democrático de Direito, para legitimar a decisão final proferida, razão pela qual a matéria pode ser tema de debate até nas instâncias extraordinárias, tendo em vista suposta violação do que dispõem os já nominados arts. 165 do CPC e 93, IX, da CF/88.

Ao mesmo tempo em que não se nega que é essencial o ativismo judicial no comando da marcha do processo, ressalta-se a relevância da (1) motivação das decisões (tanto mais elevada quanto for a importância da medida a ser adotada pelo Estado-juiz), ao lado da presença constante do (2) contraditório e da figura do (3) duplo grau de jurisdição[78]. São com esses três elementos essenciais, integrantes de um "sistema de legalidade", corporificador do *due process*, que se combate o arbítrio jurisdicional (desvios decorrentes da necessária conduta ativa do julgador), lavrando-se *decisum* final mais próximo da legitimidade exigida pela sociedade política[79].

Ainda quanto às peculiaridades pertinentes à necessidade de motivação plena/completa, cabe ainda consignar que, em caso de ser interposto recurso de apelação em razão de vícios presentes no relatório ou na fundamentação sentencial, deve o julgador ter presente especialmente o contido no art. 249, § 2°, do CPC – passando, sempre que possível, a proferir decisão de mérito favorável à parte que se beneficiaria com a decretação da nulidade[80].

Já sobre a presença de julgamento destoante do pedido encaminhado pela parte autora, temos a posição de que somente o julgamento *ultra petita* (coisa além do pedido), autoriza o segundo grau a não invalidar o ato, vindo a tão só reduzir (adequar) o comando sentencial ao âmbito do que é permitido ser concedido judicialmente, em face do pleito dirigido pela parte demandante[81].

Por outro lado, proferida sentença *citra/infra petita* (não analisado algum dos pedidos)[82] ou *extra petita* (julgado coisa diversa da pedida)[83], normalmente o acórdão deve se postar para a decretação da nulidade, com o retorno dos autos para novo julgamento pelo primeiro grau, atentando-se para o fenômeno de supressão de instância[84] – a não ser em caso de ser possível a aplicação do anunciado art. 249, § 2°, do CPC.

É viável uma firme aproximação do fenômeno das matérias preliminares de mérito no primeiro grau com os requisitos de admissibilidade do recurso manejado à superior instância

Em certos casos, porém, ponderam a doutrina[85] e a jurisprudência[86] que se pode, quando materialmente possível, reduzir a sentença aos limites correspondentes ao pedido, ainda quando se trate de sentença *extra petita*, desde que, além da decisão que desborda os limites do pedido, tenha o magistrado decidido também o pedido propriamente dito.

Por óbvio, complemente-se, a sentença que analisa todos os pedidos, mas acaba concedendo coisa menor do que a pedida, é distinta sobremaneira do contexto de classificação das outras modalidades, já que aqui não há de se cogitar de nulidade. Constitui-se, na verdade, esta hipótese em exata matéria de fundo, a ser objeto de recurso de apelação e próprio cerne do julgamento de mérito, superada a verificação de qualquer matéria (preliminar) de nulidade absoluta.

15. Por derradeiro, no que pertine aos cerceamentos de defesa em matéria probatória: façamos, aqui, uma ponte com a próxima matéria não preclusiva a ser trabalhada (o direito probatório), deixando para esse momento oportuno os desenvolvimentos e as análises específicas pertinentes.

Por ora, a lembrança que não poderia deixar de restar firmada se situa na devida compreensão de que o agir do Estado-juiz arbitrariamente limitador do contraditório pleno entre as partes, a partir da inviabilização da produção dos meios probantes requeridos,

pode sim responder pela nulidade dos atos posteriores do rito que se seguirem à ilegal atitude comissiva.

O devido processo legal, tendo o contraditório como vital corolário, impõe que as partes tenham garantidas todas as possibilidades, lícitas e legítimas, de convencimento do julgador, sendo nulo o processo em que é constatada supressão à parte do amplo direito de provar a sua versão dos fatos (previsão expressa no art. 5°, LIV, LV, e LVI, da CF/88).

Não obstante a falta de vinculação expressa no texto da lei processual a respeito desta nulidade absoluta (vício não cominado pelo CPC), a previsão constitucional supera com tranquilidade a imprecisão do código, sendo certo que a gravidade imposta pelo cerceamento de defesa é vício tão grave (senão maior) quanto aquele que pode recair sobre a citação, a intimação e o próprio corpo da sentença.

Bem adverte Calmon de Passos que a temática envolve especialmente a nulidade do processo decorrente do julgamento antecipado da *lide* (art. 330 do CPC)[87]. Eis aqui momento processual ímpar, em que o Estado-juiz optando pelo precipitado julgamento da causa, pode sim dar vazão à nulidade da sentença, com a decretação do vício pelo acolhimento de preliminar recursal postada na direção da necessidade de prosseguimento da instrução, para serem oferecidos melhores fundamentos, de fato e de direito, ao enfrentamento do *meritum causae*[88]. No entanto, como já defendido neste trabalho, mesmo não sendo dirigida a preliminar recursal, em caso de apelo exclusivo ao ponto de fundo, nada impede o tribunal de decretar de ofício a nulidade absoluta, desconstituindo a sentença e remetendo os autos para melhor instrução na origem.

V. Direito probatório

16. Avancemos para a averiguação da não preclusividade, ao magistrado, das matérias referentes ao direito de provar.

O código de processo brasileiro, especialmente no art. 130, articulado com os incisos I e II do art. 125, reconhece a possibilidade de o juiz, não só a requerimento das partes, mas também de ofício, determinar a realização de provas necessárias à melhor instrução do processo. Especificamente quanto às espécies de provas típicas previstas no CPC, destacam-se as referências expressas às provas *ex officio* nos arts. 342 (interrogatório para esclarecimento), 355 (exibição de documento ou coisa), 399 (requisição de documentos às

repartições públicas), 418 (inquirição de testemunhas referidas), 437 (nova perícia) e 440 (inspeção judicial).

Está assim, o Código, relativizando o princípio dispositivo em sentido impróprio ou processual e o próprio brocardo latino *mihi factum dabo tibi ius*, ao passo que admite a necessidade de, no processo moderno, o magistrado ter maior liberdade no impulsionamento do feito, não o deixando à livre intervenção das partes interessadas.

Essa atual concepção de cooperação do Estado-juiz com a atividade probatória originariamente exclusiva das partes, vinculada à exigência contemporânea de o julgador obter suficientes meios hábeis de atingir a verdade processual, impõe, por outro lado, que mantenha o magistrado a necessária imparcialidade que dele se espera (vedado o abuso de autoridade, tão ilegítimo quanto o abuso de liberdade das partes) para que, enfim, possa, em sentença, julgar com responsabilidade e se aproximar, tanto quanto possível, da solução justa no caso concreto[89].

Tecnicamente mais preciso, segundo Fritz Baur, seria dizer que na instrução a tarefa do juiz, do ponto de vista da pesquisa da verdade processual, é corretiva (se as partes expõem fatos inverídicos) e especialmente supletiva (se lacunosa a exposição e a produção de provas pelas partes, e por isso se faz necessário colher os meios de prova de ofício)[90]. Daí por que, agora, na esteira dos ensinamentos de Liebman, não se pode dizer que haja na instrução espaço próprio para aplicação absoluta do princípio inquisitório, ao passo que se admite, nessa seara, uma participação cooperativa do julgador (com as partes litigantes), nunca de forma a ser aceito modelo que relativize completamente o princípio dispositivo (em sentido processual ou impróprio)[91].

Portanto, das lições retiradas da melhor doutrina, extrai-se que em processo atualmente subordinado ao "princípio dispositivo atenuado"[92], em que a atividade probatória deve sim ser exercida pelo juiz (no entanto, não em substituição das partes, mas juntamente com elas[93]), é flagrantemente descabido se falar em preclusão para o juiz[94].

17. Inexistindo, como costurado, preclusão para o juiz determinar as provas que entenda cabíveis, certo é que pode a qualquer tempo, antes de proferir decisão final, vir a reconsiderar um despacho que entendia incabível a produção de determinada prova *(v.g.*, pericial), a fim de que agora se faça[95]. Tal raciocínio, acreditamos, vale inclusive para a hipótese de o magistrado ter indeferido a produção de provas, decidindo, *a priori*, julgar antecipadamente o mérito (art. 330, I,

CPC), mas, posteriormente, compulsando os autos conclusos para sentença, decide por bem converter o julgamento em diligência para sanar dúvida quanto à veracidade/extensão de determinados fatos vitais para o deslinde da problemática levada a ele[96].

Do exposto resultam, a nosso ver, três máximas processuais correlatas, as quais merecem a devida sistematização: 1°) não será possível, ao juiz, conhecer diretamente do pedido se isso não resultar de o processo estar maduro para ser julgado, sendo que qualquer dúvida a esse respeito deve ser solucionada contra o julgamento antecipado da *lide* – exegese restritiva da hipótese consagrada no art. 330, I, do CPC[97]; 2°) uma separação clara do momento da admissibilidade da prova (juízo de pertinência e relevância) com o da sua valoração (próprio da oportunidade derradeira de os autos serem remetidos à conclusão para julgamento)[98] impõe uma não precipitação no encerramento da instrução (como ilegal medida antecipatória de juízo de valor sobre o *meritum causae*[99]), a partir de indeferimento de meios probatórios lícitos requeridos/justificados – sendo, assim, aplicada com restrições a regra do art. 130, *in fine*, do CPC[100]; 3°) quando o processo se encontra concluso para julgamento e o juiz possui sérias dúvidas quanto à existência/extensão dos fatos que irão influenciar diretamente no resultado do processo, e tendo meios hábeis para tanto (com arrimo no art. 130, *ab initio*, do CPC), não pode se escusar de tentar maior aproximação da verdade processual, utilizando-se das regras de julgamento do ônus da prova somente em último caso[101] – sendo pertinente uma reflexão mais detida na utilização (restritiva) dos comandos contidos no art. 333 do CPC.

Todos os cuidados supra-anunciados que se deve ter no trato com o material probatório a ser aportado aos autos, a fim de não se inviabilizar (precipitadamente) uma melhor instrução do feito, têm como pano de fundo o que chamaremos de "caráter excepcional da limitação ao direito (constitucionalmente resguardado) de provar".

Na Itália, com boa profundidade, o ponto foi enfrentado por Luigi Paolo Comoglio, que justamente tratou de defender posição, por nós perfeitamente acolhida, no sentido de se "privilegiar a capacidade expansiva do direito a prova e o caráter excepcional de suas limitações"[102]. Por aqui, a preocupação foi adequadamente encampada por Eduardo Cambi, que trabalha com o conceito de *direito prioritário e constitucional à prova*, para efeitos de justificar a sua residual limitação[103].

O defendido caráter excepcional da limitação ao direito de provar ganha mais um reforço argumentativo, se passarmos a refletir que

o próprio sistema já trata de, previamente, dificultar a produção e o acolhimento de meios probantes no processo. De fato, além de ser vedada a utilização de provas ilícitas (nos termos do art. 332 do CPC articulado com o art. 5°, LVI, da CF/88), existem também restrições, de duas ordens, apresentadas pelo próprio código processual, a impor limites no manejo dos meios lícitos ali tipificados: uma determinada pelo próprio procedimento, a estabelecer a necessidade de produção das provas em oportuno momento processual, sob pena de preclusão[104]; e a outra corporificada em normas específicas sobre a utilização adequada e racional de cada meio probatório[105] – na prova testemunhal, *v.g.*, tem-se a vedação da sua exclusividade como meio de prova limitado a certo valor do contrato em discussão (art. 401), a restrição de certas pessoas serem ouvidas em juízo (art. 405), a não obrigação de depor (art. 406) e a limitação ao número de pessoas a depor sobre o mesmo fato (art. 414, § 1°); na prova pericial, *v.g.*, a restrição à sua utilização, dependendo da matéria *sub judice* (art. 420 e art. 427), e a possibilidade de o perito ser recusado por impedimento ou suspeição (art. 423); já na prova documental, *v.g.*, a exclusão do dever da parte ou terceiro exibi-la (art. 363) e a imprescindibilidade da forma: documento público, quando da substância do ato (art. 366).

O vício referente à ausência de intimação da parte processual é também matéria não preclusiva

18. Por derradeiro, cabe-nos destacar a seguinte discussão proposta por Manoel Caetano Ferreira Filho[106]. Embora o poder de iniciativa probatória do Estado-juiz inclui o de determinar a produção de prova anteriormente indeferida (mesmo que a parte interessada não tenha agravado – tendo deixado precluir o seu direito de exigir o meio probante), o contrário também poderia ser realizado pelo magistrado? Ou seja, poderia ele indeferir prova que já tenha determinado produzir, com base até na parte final do art. 130 do CPC, que prega o indeferimento das diligências inúteis ou meramente protelatórias; e/ou mesmo no regulado pelo art. 125, II, do CPC, a estabelecer como dever do diretor do processo o de velar pela rápida solução do litígio?

A resposta, a partir desses fundamentos, é afirmativa para Eduardo Cambi, o qual alega que seria um contrassenso, se, em face de outras provas produzidas, se não pudesse o juiz reconsiderar a decisão anterior autorizadora da realização da prova, que no curso da instrução

aos olhos do diretor do processo mostrou-se supérflua ou irrelevante: "assim, a inutilidade ou a desnecessidade da prova também podem ser supervenientes, quando um fato já estiver sido provado por outras provas, devendo-se aplicar, neste caso, o princípio da economia processual "[107].

No entanto, de acordo com a manifestação de Manoel Caetano Ferreira Filho, cremos, *a priori*, que não possui esse poder o juiz, a não ser que excepcionalmente a parte a quem aproveite a prova expressamente concorde com a sua não realização (diante do que Cambi denomina de uma superveniente verificação da inutilidade de sua produção).

Temos, como regra geral, que se a parte exerceu regularmente a faculdade de requerer oportunamente a prova que entendia como necessária para o resguardo dos seus interesses, e teve seu pedido acatado pelo magistrado, o posterior indeferimento da prova implicaria ofensa ao direito de licitamente provar. Além disso, a preclusão tem por finalidade assegurar a estabilidade das situações jurídicas processuais, e a situação de quem teve a prova admitida seria profundamente alterada com o posterior indeferimento.

Esta também é a posição de Daniel Amorim Assumpção Neves (criticando posição contrária defendida por Vicente Miranda), explicitando que não se pode admitir que o juiz monocrático, que tão somente dá a primeira e quase nunca definitiva decisão na demanda, possa dar-se por convencido no meio da fase instrutória, encerrando-a prematuramente e decidindo o mérito: "Tal atitude configuraria indubitavelmente nulidade da decisão por flagrante cerceamento de defesa da parte prejudicada." Complementa o anunciado jurista que o indeferimento posterior de meio probante já autorizado encontra óbice mesmo se a produção de prova tiver sido determinada oficiosamente – "Os efeitos do deferimento pelo juiz de uma prova requerida pela parte e de sua determinação *ex officio* são os mesmos: trazer para o processo uma prova a ser produzida, não importando, em absoluto, como surgiu o requerimento de sua produção em juízo."[108]

VI. Erro material

19. A penúltima matéria não preclusiva a ser abordada serão os erros materiais, tratados no art. 463, I, do CPC a partir de duas modalidades: *inexatidões materiais* e *erros de cálculo*.

Sérgio Gilberto Porto foi um dos que melhor sistematizou a (conflituosa) conceituação do erro material[109], fazendo nos seguintes

aproximados termos: "A inexatidão material, ou, na linguagem da lei, o erro material passível de retificação, diz respeito àquele equívoco involuntário, completamente desvinculado da vontade do subscritor da decisão e, portanto, perceptível 'primo ictu oculi' da simples leitura da sentença. Assim, por exemplo, o erro de digitação, o erro na data do nascimento de determinada parte, o nome errado do autor ou do réu, a identificação do número do processo (...). Igual tratamento recebe o erro de cálculo, o qual, *ultima ratio*, se constitui em erro material. Desta forma, a decisão que fixa a condenação em 100 e divide, como forma de implemento, em três parcelas de 30."[110]

O objeto da correção, destaca Moniz de Aragão, há de ser nada mais do que um equívoco, um erro "notório" como dizem as leis alemã e austríaca; "manifesto" como diz o CPC português; "evidente" como diz a lei polonesa. A notoriedade, a evidência, advém de tratar-se de erro que não gera dúvida, "erros de cópia, de referência", como diz a lei chilena, "erro puramente aritmético", como diz o CPC colombiano. Em suma: "inexatidões tais que a seu respeito não pode surgir a mínima hesitação, porque se alguma puder elevar-se, caso não é de correção pela via prevista no inc. I da disposição comentada (art. 463) e sim através de embargos de declaração, ou recurso"[111].

Giovanni Torregrossa, estudando as disposições do CPC italiano a respeito do tema (arts. 287/9), fixa uma coerente distinção entre *erro material* e *erro lógico*. Destaca o processualista que o atributo "material" indicado para caracterizar o erro corrigível em estudo serve a significar que, mesmo que o equívoco seja evidente e essencial, se for gerado pela adoção de um particular processo lógico do Estado-juiz, não pode ser compreendido na mesma classificação. Exemplifica, a partir daí, que o clássico "dois mais dois é igual a cinco" pode derivar de um notório engano do agente (erro material); ou, diferentemente, até de uma demonstração matemática, mesmo que errônea (sofisma), que apontasse o procedimento técnico adotado para se obter o resultado (erro lógico)[112].

Bem se pode dizer, então, que o erro material (não equiparável ao erro lógico) configura um determinado vício na exteriorização (expressão) do julgamento, não no teor do julgamento em si (âmbito de cognição do Estado-juiz), daí a razão pela qual se diz que pode ser auferível numa vista de olhos. É, sem dúvida, regra que deita raízes no direito romano e tem validade universal (tanto é que presente nos mais diversos ordenamentos alienígenas), atendendo a um "princípio" elementar e de razoabilidade, pois "não se compadece com o senso comum a ideia de que, contendo uma sentença ou

acórdão lapso manifesto, não possa este ser eliminado"[113]. Eis aqui o interesse público que eleva o erro material ao patamar de matéria não preclusiva, destinada a permitir a correção até de decisão acobertada pela preclusão ou mesmo pela coisa julgada, "quando ela contiver erro diretamente verificável e que objetiva e inequivocadamente não tem como corresponder a finalidade da atuação do órgão jurisdicional"[114].

O erro material pode ser objeto de análise judicial a qualquer tempo – seja na fase de conhecimento ou de execução, sem que daí resulte ofensa à coisa julgada; sendo matéria reconhecível de ofício, pode ser retificado pela iniciativa do próprio Estado-juiz ou de qualquer um que tenha interesse na correção, inclusive pelas vias recursais adequadas, como os embargos de declaração (art. 463, II, c/c art. 535, ambos do CPC)[115]. Por sua vez, o *erro de cálculo (ou de conta)*, como já pinçado, nada mais é do que uma espécie de erro material, específico da fase de execução, que não se confunde com o *critério de cálculo*, a envolver não mero erro aritmético, mas sim o próprio parâmetro da execução fixado em cognição judicial na fase anterior já transitada em julgado[116].

Nada obstante o art. 463, I, do CPC tratar tão somente de erros materiais constantes de engano provocado pelo juiz e em exclusiva sede de decisão final de mérito (sentença definitiva), por certo os manifestos equívocos pronunciados pelo julgador em sentenças terminativas, em decisões interlocutórias e até em despachos de mero expediente podem ser retificados a qualquer tempo, mesmo *ex officio*; como também os erros materiais próprios das partes ou dos peritos das partes, a redundar especialmente no erro de cálculo (ou de conta) podem ser supridos imediatamente, assim que identificados[117]. É o caso, certamente, de utilizar versão dilatada do dispositivo infraconstitucional, a fim de serem abarcadas situações semelhantes, de lapso manifesto, que exigem reparação dentro do processo, independente do ator causador do equívoco e da circunstância procedimental que deu azo à incorreção.

20. Uma nítida aplicação dos préstimos da noção de erro material pode-se dar quando do estudo do dispositivo sentencial, a fim de bem se cumprir o *decisum*, encontrando-se o processo já em fase de execução. É que pode acontecer que o julgador tenha, na fundamentação da sentença, exposto, *v.g.*, a necessidade da condenação do réu em dois pedidos, e tenha externado no dispositivo, por manifesto lapso, somente um deles – a redundar, esta anômala circunstância, que no momento de cumprimento espontâneo do julgado, venha o demandado a efetivamente se negar a adimplir o

pedido tão somente externado na fundamentação, sustentando que o dispositivo sentencial transitou em julgado com a fixação da obrigação de acertamento de um só pedido[118].

Essa seria uma oportuna hipótese, a nosso ver, em que o julgador, a pedido da parte ora exequente, poderia corrigir o erro material, adequando o dispositivo à fundamentação sentencial, por estar-se diante de vício na exteriorização do julgado, perceptível *primo ictu oculi* da simples leitura da sentença. Sobre o tema, reforçando o nosso entendimento no caso enunciado, Vicente Greco Filho defende certo conteúdo dispositivo aos acertamentos contidos na fundamentação, mesmo que não constem na parte final da sentença: "É de observar-se que a parte dispositiva da sentença, em princípio, deve estar concentrada e resumida no final, mas pode ocorrer que o juiz, ao fazer a fundamentação, pode decidir algum ponto da lide principal, sem depois reproduzir, em resumo, no dispositivo. Tal decisão fará coisa julgada porque, apesar de formalmente não fazer parte do dispositivo, tem conteúdo dispositivo."[119]

VII. Prescrição

21. Encerrando o nosso estudo, como mais uma recente matéria a se colocar no rol das não preclusivas para o juiz, afigura-se (com maior presença agora) a prescrição, a partir da sua regulamentação determinada pela Lei 11.280/06.

O art. 219, § 5°, do CPC, na forma determinada pela Lei 5.925/73, dispunha que a prescrição poderia ser reconhecida e decretada de ofício caso se tratasse de direitos não patrimoniais. Com o advento do novo Código Civil, as regras de reconhecimento da prescrição *ex officio* tiveram relativa alteração, à medida que passou a poder ser reconhecida pelo julgador tão somente quando aproveitasse incapaz (art. 194), podendo, no entanto, toda e qualquer matéria prescricional ser alegada em qualquer grau de jurisdição pela parte a quem aproveite (art. 193).

Agora, com a chegada da Lei 11.280/06, alterando o § 5° do art. 219 do CPC, o juiz pode reconhecer a prescrição, mesmo sem provocação da parte interessada, em qualquer situação – e para que não pairem dúvidas e eventuais conflitos aparentes entre as normas do Código Civil e do Código de Processo Civil, a Lei 11.280/06 revogou expressamente o art. 194 do código civilista, que tratava diretamente da matéria sobre prescrição.

Ocorre que com o teor que tinha o art. 194 do Código Civil, quando da sua entrada em vigor, desde 2003, entendia a jurisprudência[120] e doutrina dominantes[121], articulando aquele dispositivo com o art. 193 do mesmo diploma civilista, que a prescrição poderia ser invocada a qualquer tempo pela parte, mas uma vez rejeitada, em decisão interlocutória, a ausência de recurso tempestivo determinaria a preclusão, tanto para a parte (que perderia o direito de recorrer), quanto para o juiz e o tribunal (que ficariam impedidos de pronunciá-la, salvo para favorecer absolutamente incapaz).

Assim, tem-se que, com a nova disposição legal, aumenta-se o poder de comando/mobilidade judicial, ao passo que o magistrado terá direito de reapreciar a questão prescricional, vindo a declarar a pretensão em juízo extinta com base no art. 269, IV, do CPC, mesmo que já tenha se manifestado anteriormente no processo, *v.g.* no saneador, pela inexistência da prescrição parcial ou total. O mesmo se dará para o tribunal, em que a qualquer tempo, antes de eventual exame de recurso sobre o mérito, poderá o magistrado revisor, *ex officio*, vir a enfrentar a prejudicial de prescrição – extinguindo o feito, caso vislumbre prescrição do fundo de direito.

22. E o posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça, levando-se como parâmetro o paradigmático REsp 836.083/RS (Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, j. em 03/08/2006), inclina-se exatamente para o sentido de reconhecer a *prescrição como típica matéria de ordem pública*[122].

São, no entanto, inúmeras as críticas de boa parte da doutrina pátria em relação à atual redação do § 5° do art. 219 do CPC. Em linhas gerais, reconhece-se, *ab initio*, que "no afã de cumprir o preceito da efetividade, o legislador subverteu o sistema, dando-lhe inadequado tratamento"[123].

Mais especificamente, o descontentamento com a inovação processual recai sobre a viabilidade de o julgador, em matérias de direito patrimonial, vir a decretar a prescrição mesmo que a parte privilegiada (réu) desejasse ter sido apreciado o mérito da causa – o que o levou a não ter ventilado a matéria prescricional nas oportunidades processuais anteriores (especialmente em matéria preliminar contestacional). Sim, pois haveria um substrato ético (questão moral) que indicaria para o interesse do réu de ver analisado o mérito da causa pelo Poder Judiciário, a fim de ter publicada uma sentença de improcedência (art. 269, I, *versus* art. 269, IV, CPC).

Adroaldo Furtado Fabrício, em instigante palestra proferida na Faculdade de Direito da UFGRS em 5 de maio de 2006, alertou para

esse ponto, bem como para a desestruturação histórica do instituto (moldada pela jurisprudência e doutrina) e incompatibilidade da malfadada novidade com as regras outras do código civilista ainda vigentes (*v.g*. arts. 191 e 882), as quais justamente mantêm a tradição da prescrição como matéria típica de defesa (exceção)[124] que pode interessar exclusivamente à parte (ré) invocar ou não – fato esse que indicaria para uma exegese restritiva do novo § 5° do art. 219 do CPC[125].

Do mesmo modo, estabelecendo uma linha nítida de diferenciação da prescrição perante a decadência (matéria reconhecidamente de ordem pública), Arruda Alvim em ensaio específico sobre as alterações incrementadas pela Lei 11.280/06 comenta: "Em relação à modificação do § 5° do art. 219, parece não haver um genuíno interesse público que explique porque a prescrição deveria deixar de ser objeto de exceção. O interessado na prescrição pode não desejar que essa seja decretada, e, esse desejo deve ser respeitado pelo Direito. Diferentemente se passa com a decadência, reconhecidamente matéria de ordem pública, seja quanto à sua existência, seja quanto à atividade oficiosa do seu reconhecimento."[126]

Também criticando a inovação legislativa, Alexandre Freitas Câmara destaca que outros ordenamentos jurídicos persistem vedando o reconhecimento *ex officio* da prescrição. Assim, por exemplo, o Código Civil italiano, no art. 2.938; o Código Civil francês trata do tema em seu art. 2.223; o art. 142 do Código de Obrigações da Suíça tem redação análoga; e o Código Civil argentino dispõe sobre o tema em seu art. 3.964. Vale citar, ainda, o Código Civil português, cujo art. 303 estabelece, em maiores linhas, que "o tribunal não pode suprir, de ofício, a prescrição; esta necessita, para ser eficaz, de ser invocada, judicial ou extrajudicialmente, por aquele a quem aproveita, pelo seu representante ou, tratando-se de incapaz, pelo ministério público"[127].

Voltando-se novamente os olhos a nossa estrutura processual, em outra interessante palestra proferida por Adroaldo Furtado Fabrício, desta vez em 4 de julho de 2006[128], acresceu-se que a decretação da prescrição *ex officio* pelo julgador, especialmente antes de ser estabelecido o contraditório (o que é devidamente permitido pela novel norma), poderia ser uma atitude temerária e contrária à própria efetividade na solução do litígio, à medida que poderiam existir causas suspensivas/extintivas da prescrição ainda não bem delineadas na demanda, diante da forma como proposta na exordial a conjectura fático-jurídica e em face da (in)existência de documentos

acostados – em momento procedimental, é bom frisar, em que ainda ausente o polo passivo.

23. De qualquer forma, por ora, em face da atual disciplina do nosso diploma processual civil e do posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (como no paradigmático *decisum* supraventilado), tem-se que a prescrição passa a se aproximar ainda mais do instituto da decadência, corporificando-se ambas como *matérias prejudiciais do mérito*, contempladas no art. 269, IV, do CPC (objeto, portanto, de sentença definitiva), e que podem ser reconhecíveis de ofício pelo diretor do processo a qualquer tempo.

A sedimentação dessa concepção, ao que parece, ainda está longe de se suceder (ainda mais pelas incompatibilidades evidentes entre a natureza do instituto da prescrição, como posto na codificação civilista, e sua visão como matéria de ordem pública, na forma como engendrada pela novel alteração processual), sendo vital para tanto as posições reiteradas da jurisprudência, especialmente do STJ, que venham a transitar em julgado num futuro próximo.

VIII. Referências conclusivas

24. Retome-se, em derradeira observação dos extensos tópicos analisados, a fundamerntal participação do instituto da preclusão como elemento necessário e integrante do formalismo no âmbito do processo civil – atuante também de maneira acentuada sobre a figura do magistrado (costurando-se, a partir daí, a regra da preclusividade das decisões judiciais). Nessa conjectura, sendo destacadas as situações (excepcionais, de interesse suprapartes) em que não ocorre a preclusão para o Estado-juiz, coloca-se em relevo novamente a máxima de que à medida que cresce e se intensifica o poder e o arbítrio do juiz, enfraquece-se o formalismo, correlativo elemento de contenção[129].

Viu-se que mantendo o julgador jurisdição no feito, algumas matérias pela importância que possuem podem ser objeto de reanálise judicial antes de ser proferida sentença e ser justamente encerrada a sua jurisdição. Tal relevo, portanto, determina a superação momentânea da necessidade de ordem e previsibilidade que se espera da aplicação da técnica preclusiva – nesse cenário justificadamente então mitigada.

25. O grande objetivo do presente ensaio foi exatamente de discorrer a respeito dessas matérias não sujeitas à preclusão

para o Estado-Juiz. Embora sejam excepcionais, e por isso devam constar expressamente no código processual, há possibilidade de alargamento do rol, como se deu com a matéria prescricional, tornada não preclusiva a partir das alterações legais incrementadas em 2006 (Lei 11.280).

No mais, muito há ainda a ser construído em relação ao conceito e dimensões das condições da ação e pressupostos processuais, juízo de admissibilidade recursal e nulidades – todas essas matérias não preclusivas importantes e que não possuem unânime conformação por parte da doutrina e jurisprudência pátrias.

Por fim, o erro material é histórica matéria não sujeita às regras da preclusão consumativa para o Estado-juiz, o que faz com que possa ser alegada inclusive em fase executiva, pós trânsito em julgado. Atualmente ainda nos parece mais relevante discutir o direito probatório nessa perspectiva, já que a sua colocação como matéria não preclusiva vai ao encontro das disposições constitucionais de preservação de um direito (que entendemos ser) prioritário à prova, favorecendo a aproximação do julgador da verdade formal e tornando assim mais legítima a decisão final de mérito.

Em todos esses cenários, finaliza-se, se cabe ao julgador reexaminar oficiosamente a medida tomada, a fim de que novos e melhores rumos à demanda sejam estabelecidos, por certo é viável à parte interessada que apresente, sem demasiada formalidade, solicitação a respeito (petição simples), mesmo que não tenha mais prazo para apresentação de formal recurso à instância competente. Isto porque a preclusão temporal para a parte interessada não tem diretamente relação com a (inexistência de) preclusão consumativa para o julgador em torno das excepcionais matérias trabalhadas, sendo razoável a construção jurídica de que toda a medida que possa ser tomada de ofício pelo Estado-juiz pode ser passível de alegação pela parte diretamente interessada[130].

Notas

[1] Trataremos, assim, de maneira mais detida a respeito de questões originariamente abordadas em: RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 133-196, especialmente.

[2] Grinover exterioriza a ressalva pertinente de que não se pode identificar, em toda e qualquer hipótese, o interesse da Fazenda Pública com o interesse público, isto é, não se pode dizer que o interesse jurídico da União Federal seja sempre uma questão de ordem pública, sobre a qual não recairia a preclusão e que poderia

ser revista a qualquer momento (GRINOVER, Ada Pellegrini. "Interesse da União, preclusão. A preclusão e o órgão judicial" in *A Marcha do Processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 237).

[3] Especifica Wambier que nem todas as matérias apreciáveis *ex officio* são necessariamente matérias de ordem pública, já que a lei processual, excepcionalmente, pode estabelecer que determinadas matérias de ordem privada sejam apreciadas de ofício. Eis a passagem de Teresa Arruda Alvim Wambier que bem complementa a explicação: "Numa imagem matemática, dir-se-ia que o conjunto de matérias examináveis de ofício é maior do que o das matérias de ordem pública. Portanto toda matéria de ordem pública é examinável de ofício, mas nem tudo o que pode ser examinado de ofício consiste em matéria de ordem pública" (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença.* 4. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 137).

[4] LACERDA, Galeno. *Do despacho saneador*. Porto Alegre: La Salle, 1953, p. 57, 106-107.

[5] Quanto à história do despacho saneador e do que hoje se prefere reconhecer, estendendo o conceito, de uma verdadeira *fase de saneamento do processo*, indicamos para aprofundamento: LACERDA, Galeno. Do despacho saneador. Porto Alegre: La Salle, 1953, p. 5/55, 139/140 e 179/187; FABRICIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do processo e mérito da causa" in *Estudos em homenagem ao professor Galeno Lacerda*, coordenador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 15/57; TUCCI, Rogério Lauria. "A nova fase saneadora do processo civil brasileiro" in *Reforma do Código de Processo Civil*, coordenador ministro Sálvio Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 347/369; ARAGÃO, E. D. Moniz de. "O julgamento conforme o estado do processo" in *Revista dos Tribunais*, 502 (1977): 11/19; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 100-107.

[6] SILVA, Flávio Pâncaro. "O saneamento do processo" in *Estudos em homenagem ao professor Galeno Lacerda*, coordenador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 233.

[7] LACERDA, Galeno. *Do despacho saneador*. Porto Alegre: La Salle, 1953, p. 178.

[8] LIMA, Alcides Mendonça. "Do saneamento do processo" in *Estudos em homenagem ao professor Galeno Lacerda*, coordenador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 59-71.

[9] ALVIM, Arruda. "Pressupostos processuais e condições da ação" in *Coleção estudos e pareceres direito processual civil,* v. 1. São Paulo: RT, 1995, p. 11-28.

[10] LOPES, João Batista. "Breves considerações sobre o instituto da preclusão" in *Revista de Processo,* n. 23 (1981): 45-60.

[11] BARBOSA, Antônio Alberto Alves. "Da preclusão processual civil". São Paulo: RT, 1955, p. 210. Da mesma forma, Galeno Lacerda, criticando Liebman, deixou

clara sua ressalva: "não se faça do despacho saneador a panacéia preclusiva de todos os males do processo; seria visão exagerada e irreal do seu alcance" (LACERDA, Galeno. *Do despacho saneador*. Porto Alegre: La Salle, 1953, p. 6 e 171-172).

[12] Além da obrigatoriedade da motivação, é preciso Daniel Amorim Assumpção Neves ao frisar que não se pode admitir que o silêncio do juiz seja entendido como decisão favorável à presença na demanda judicial das condições da ação ou pressupostos processuais, já que não há qualquer determinação legal nesse sentido e é certo que na ciência do Direito nunca se admitiu o silêncio como apto a produzir efeitos jurídicos sem expressa previsão legal: "o ditado popular de que 'quem cala consente' nunca foi admitido em sua plenitude pelo direito pátrio" (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz:* preclusão *pro iudicato* e preclusão judicial no processo civil. São Paulo: Método, 2004, p. 237-238).

[13] Ressalta-se a impropriedade terminológica da expressão "transita em julgado", já que o melhor seria utilizar a palavra "preclui", tendo em vista as diferenciações existentes entre o instituto da preclusão (endoprocessual) e o da coisa julgada (panprocessual).

[14] A respeito, Arruda Alvim, em ensaio específico, teceu oportunas críticas à posição adotada pelo Tribunal de Justiça de Goiás, na Apelação Cível n. 18.417, que entendeu preclusa a análise das condições da ação no saneador, mesmo que na verdade tenha o juízo *a quo* implicitamente abordado a existência das matérias (ALVIM, Arruda. "Pressupostos processuais e condições da ação" in *Coleção estudos e pareceres direito processual civil*. São Paulo: RT, 1995, v. 1, p. 11-28).

[15] BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 115.

[16] Zanzucchi é um dos clássicos juristas peninsulares que destacaram a diferença entre as condições da ação e dos pressupostos processuais tratando os primeiros como "condizioni di fondatezza della domanda" e os segundos como "i requisiti del processo" (ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1947, v. 1, p. 59/68). Ainda que seja plenamente possível distinguir com precisão as condições da ação dos pressupostos processuais, constituindo ambos matéria preliminar, existe tendência na doutrina moderna, seguindo o modelo alemão, no sentido de unificação de tratamento. Nesse sentido, consultar: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 162 e 346.

[17] GOMES, Fábio. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 3, arts. 243 a 269, p. 326.

[18] "Antes do juiz decidir o mérito da pretensão, terá que verificar se coexistem os pressupostos processuais, isto é, se o processo é válido. Decidindo pela invalidade do processo, põe termo a este, sem entrar no exame do direito da ação e, muito menos, da pretensão" (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas*

de direito processual civil. 19. ed. São Paulo: RT, 1997, v. 1, p. 169); "ao juiz não é dado, efetivamente, entrar numa relação jurídica a que faleçam condições de validez" (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, notas de Enrico Tullio Liebman. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. II, p. 356).

[19] Por certo, não há uma perfeita identidade entre os doutrinadores a respeito da classificação dos pressupostos processuais, especialmente quando tratamos da diferenciação entre pressupostos de existência e de validade: Marinoni, *v.g.*, entende que a capacidade postulatória deve ser tratada como pressuposto processual de existência, e não como pressuposto processual de validade positivo subjetivo (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, v. 1, p. 468-470).

[20] Boa parte da doutrina (como Teresa Arruda Alvim Wambier, Humberto Theodoro Jr., e Calmon de Passos), no nosso entender, trata, sem razão, de excluir a perempção como pressuposto processual negativo, o que não é feito por Heitor Vitor Mendonça Sica (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 143). Da mesma forma, cite-se José Maria Rosa Tesheiner, que informa rol até mais extensivo dos pressupostos negativos ou objetivos extrínsecos: "São pressupostos extrínsecos o compromisso, a perempção, a litispendência, a coisa julgada, a caução e o depósito prévio das custas" (TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 109); mantendo o jurista gaúcho, em obra posterior, o mesmo posicionamento, com exceção feita ao compromisso/convenção de arbitragem (TESHEINER, José Maria Rosa. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 30-31).

[21] CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Notas de Enrico Tullio Liebman. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. I, p. 66/71.

[22] Sobre as condições da ação, pela objetividade e clareza, merece transcrição a passagem de Frederico Marques: "interesse em agir significa existência da pretensão objetivamente razoável; enquanto que a *legitimatio ad causam*, a existência da pretensão subjetivamente razoável. A falta de possibilidade jurídica do pedido constitui indício macroscópico da inexistência da pretensão razoável" (MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2000, v. 1, p. 304-305).

[23] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Pressupostos processuais e condições da ação" in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo,* n. 35 (1991): 183/211.

[24] BÜLOW, Oskar. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Trad. por Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: LZN, 2005, p. 12.

[25] Citem-se Manoel Caetano Ferreira Filho, Barbosa Moreira, Calmon de Passos, Rogério Lauria Tucci, João Batista Lopes e Fábio Gomes. A linha de argumentação dessa corrente, com as passagens pertinentes dos juristas sobreditos pode ser melhor consultada em: FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 93-115.

[26] MANESCHY, Renato de Lemos. "Extinção do processo, preclusão" in *Revista Forense,* n. 269 (1980): 153/155.

[27] MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millenium, 2000, v. 2, p. 353.

[28] Dentre eles: José Rogério Cruz e Tucci, Arruda Alvim, Moniz de Aragão, Humberto Theodoro Jr., Edson Ribas Malachini, Flávio Pâncaro da Silva. A linha de argumentação dessa corrente, com as passagens pertinentes dos juristas sobreditos pode ser consultada em: CRUZ E TUCCI, José Rogério. "Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento" in *Estudos em homenagem ao professor Galeno Lacerda*, coordenador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

[29] Interessante que Galeno Lacerda, discorrendo sobre sua teoria, agrupa as condições da ação e os pressupostos processuais naquilo que denominou "requisitos de legitimidade da relação processual", como na seguinte passagem da sua obra: "(...) considerando o caráter público das normas processuais e tendo em vista o poder judicial de direção do processo, pode-se afirmar, em princípio, que verificar a legitimidade da relação processual foge da disposição das partes para pertencer, exclusivamente, à atividade inquisitória do juiz" (LACERDA, Galeno. *Do despacho saneador*. Porto Alegre: La Salle, 1953, p. 161 e ss.).

[30] De acordo, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, já escreveu, em linhas gerais, que a disponibilidade sobre o bem jurídico material objeto do processo "repercute gradativamente nos direitos e deveres processuais das partes, nos efeitos da aquiescência, na natureza da preclusão e da coisa julgada, nos vícios do ato processual e em tantos outros aspectos" (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 117).

[31] ALVIM, Arruda. "Dogmática jurídica e o novo código de processo civil" in *Revista de Processo,* n. 1 (1976): 85/133. Especialmente p. 128-129.

[32] Essa atual orientação, acrescenta Leandro Martins Zanitelli, expressa a adoção, pelo direito processual brasileiro – ao menos no que se refere às matérias que não se encontram sob o poder de disposição das partes – de um "modelo de concentração moderado", no qual, ao mesmo tempo em que se reserva determinado momento processual para a atividade de saneamento, permite-se o exame (ou reexame) judicial de certas questões a ela atinentes em etapas posteriores do procedimento (ZANITELLI, Leandro Martins. "Atividade saneadora do juiz" in *Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Organizador: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 235-247).

[33] Llewellyn Medina, em ensaio breve sobre o tema, comenta o Mandado de Segurança n. 791, analisado pelo STF, em que se assentou que por ser matéria de ordem pública as condições da ação não estão sujeitas à preclusão e por isso são suscetíveis de serem examinadas em qualquer fase do processo (MEDINA, Llewellyn. "Processo civil – preclusão – mandado de segurança – pressupostos

processuais e condições da ação" in *Repertório Autorizado da Jurisprudência do STF*, n. 137 (1984): 20/25).

[34] Contra: RE 90668-1 (constante na RT 546/247 – j. em 29/06/1983), em que o ministro Mariz de Oliveira cita inclusive a tese aqui exposta por J. Frederico Marques, atentando ainda para o caráter punitivo da determinação da preclusão do juiz: "É induvidosa a responsabilidade exclusiva da apelante, posto que, desde o início da ação desapropriatória, agiu desacertadamente, não sendo admissível que agora queira transferi-la para a Municipalidade de São Paulo ou para o Magistrado daquela demanda".

[35] Contra: REsp 61420-1/SP (j. em 03/05/1993), em que o ministro Assis Toledo, no corpo do julgado, assim explica as razões que entende justificadoras da preclusão para o juiz mesmo de matéria de ordem pública: "a regra do § 3° do art. 267, por uma questão lógica, refere-se, segundo me parece, a hipóteses em que haja omissão ou, no caso de decisão irrecorrida, deve estar endereçada ao órgão jurisdicional de instância superior, não ao próprio juiz ou tribunal que já tenha decidido a questão".

[36] CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: RT, 1997, p. 46.

[37] GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984, 2. v, p. 50 e 254.

[38] MENDES, Leonardo Castanho. "O juízo de admissibilidade recursal e a preclusão" in *Ajufe,* n. 63 (2000): 209/218.

[39] BARBORA MOREIRA, J. C. "O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis". Rio de Janeiro, 1968 (Tese de concurso para a docência livre de Direito Judiciário Civil, apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara), p. 32; BARBOSA MOREIRA, J. C. *Comentários ao código de processo civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, arts. 476 a 565, p. 290.

[40] Do entendimento jurisprudencial mais abalizado, a respeito do ponto, basta a seguinte definitiva referência do STJ, quando do julgamento do REsp n. 142.633/SP (1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, j. em 08/06/1998): "Os pressupostos (intrínsecos e extrínsecos) e, pacificamente, a tempestividade do recurso (especial), constituem requisitos de ordem pública e essencial à respectiva admissibilidade, devendo a sua existência ser verificada de ofício, ainda que não haja manifestação da parte".

[41] LOPES, João Batista. "Breves considerações sobre o instituto da preclusão" in *Revista de Processo*, n. 23 (1981): 45/60.

[42] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O novo regime do agravo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1996, p. 336-337.

[43] BARBORA MOREIRA, J. C. "O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis". Rio de Janeiro, 1968 (Tese de concurso para a docência livre de Direito Judiciário Civil, apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara), p. 133.

[44] ASSIS, Araken de. "Condições de admissibilidade dos recursos cíveis" in *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei n. 9.756/98*. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. São Paulo: RT, 1999, p. 13.

[45] DINAMARCO, Cândido Rangel. "Os efeitos dos recursos" in *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei n. 10.352/2001*. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. São Paulo: RT, 2002, p. 57, especialmente.

[46] LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: RT, 1976, p. 300.

[47] Desenvolve Manoel Ferreira Filho, saudando a inovação legislativa de meados da década de 90, que antes da entrada em vigor da Lei 8.950/94, em face da lacuna normativa, os magistrados em geral não reconsideravam a decisão pela qual havia admitido a apelação; por isso muitas vezes eram remetidos aos tribunais recursos que a toda evidência não deveriam ter sido admitidos no juízo recorrido (FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 2001, v. 7, arts. 496 a 565, p. 151-152.

[48] BARBOSA MOREIRA, J. C. "O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis". Rio de Janeiro, 1968 (Tese de concurso para a docência livre de Direito Judiciário Civil, apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara), p. 134; BARBOSA MOREIRA, J. C. *Comentários ao código de processo civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, arts. 476 a 565, p. 263-266.

[49] A favor do entendimento ora defendido, as precisas linhas de Nelson Nery Jr. discorrendo a respeito de um caso comum no âmbito forense: "De uma sentença houve apelação. O juiz de primeiro grau profere juízo negativo de admissibilidade por entender ser a parte ilegítima para apelar. Desta decisão o então apelante interpõe agravo de instrumento, pretendendo que o tribunal, reformando a decisão negativa do juiz mande processar a apelação. O tribunal, apreciando o agravo, dá-lhe provimento, mandando processar o apelo. Esta decisão sobre o mérito do agravo constitui juízo de admissibilidade positivo provisório do recurso de apelação (...). Nada impede que, ao julgar a apelação, que ele mesmo determinara fosse processada, entenda o tribunal, agora proferindo juízo de admissibilidade definitivo, que falta o requisito da sucumbência ou, mesmo, que o apelante era realmente parte ilegítima como se supunha, não conhecendo do recurso de apelação (...). O tribunal pode agir assim porque os requisitos de admissibilidade constituem matéria de ordem pública, devendo ser examinados *ex officio* pelo juiz originário, provisoriamente, e pelo tribunal destinatário, de modo definitivo, independentemente do pedido do recorrido" (NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 265).

[50] BARBOSA MOREIRA, J. C. "O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis". Rio de Janeiro, 1968 (Tese de concurso para a docência livre de Direito Judiciário Civil, apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da

Universidade do Estado da Guanabara), p. 141/144. MENDES, Leonardo Castanho. "O juízo de admissibilidade recursal e a preclusão" in *Ajufe,* n. 63 (2000): 209/218, p. 215, especialmente.

[51] Em outros termos, estabeleceu-se, por ora, em síntese, que "a nulidade é sanção imponível como consequência de vício contido em ato jurídico; o ato processual nulo produz efeitos, se e enquanto não desconstituído, a desconstituição opera *ex tunc*. A decretação da nulidade pode ou não depender de provocação do interessado; pode ou não sujeitar-se a prazo preclusivo, conforme determine a lei" (TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 14).

[52] LACERDA, Galeno. *Do despacho saneador*. Porto Alegre: La Salle, 1953, p. 158-161, especialmente.

[53] PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 184-197.

[54] ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 1997, v. 1, p. 436-437.

[55] MITIDIERO, Daniel Francisco. "O problema da invalidade dos atos processuais no direito processual civil brasileiro contemporâneo" in *Visões críticas do processo civil brasileiro*. Coordenação de Guilherme Rizzo Amaral e Márcio Louzada Carpena. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 55/74.

[56] DALL'AGNOL JR., Antônio Janyr. "Para um conceito de irregularidade processual" in *Revista de Processo,* n. 60 (1990): 15/30.

[57] THEODORO JR., Humberto. "As nulidades no código de processo civil" in *Revista de Processo,* n. 30 (1983): 38/60.

[58] Nessa precisa direção, Fábio Gomes assevera expressamente que "não há lugar, dentro da sistemática do Código quanto ao tema, para a inclusão da categoria de anulabilidade ao lado da nulidade relativa". GOMES, Fábio. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 3, arts. 243 a 269, p. 45. E, em adequada complementação, Teresa Arruda Alvim Wambier sustenta, ao tratar do modelo originário de Galeno Lacerda, que: "(...) na nossa forma de conceber a sistematização dos vícios processuais, a segunda categoria aparece como sinônimo da terceira (nulidades relativas = anulabilidades). São nulidades absolutas vícios ligados aos pressupostos processuais (positivos de existência, positivos de validade, e negativos) e as condições da ação. Todos os outros defeitos, de que pode padecer o processo, serão vícios de forma e serão nulidades relativas ou anulabilidades, caso o sistema positivo não disponha expressamente em sentido inverso" WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O novo regime do agravo. 2. ed. São Paulo: RT, 1996, p. 300-301.

[59] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 445. No mesmo sentido, expressamente citado por Bedaque: THEODORO JR., Humberto. "As nulidades no código de processo civil" in *Revista de Processo,* n. 30 (1983): 38/60. Especialmente p. 47-48.

[60] TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 281.

[61] THEODORO JR., Humberto. "As nulidades no código de processo civil" in *Revista de Processo,* n. 30 (1983): 38/60. Especialmente, p. 43.

[62] MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millenium, 2000, v. 2, p. 352.

[63] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 181.

[64] THEODORO JR., Humberto. "As nulidades no código de processo civil" in *Revista de Processo,* n. 30 (1983): 38/60. Especialmente, p. 55.

[65] CALMON DE PASSOS, J. J. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 136.

[66] NEGRÃO, Theotonio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 184-197.

[67] CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Notas de Enrico Tullio Liebman. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. II, p. 323.

[68] "O comparecimento (do citado) sana todas as nulidades; logo não se pode comparecer para excepcionar a nulidade" (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Notas de Enrico Tullio Liebman. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. II, p. 316-317).

[69] CALMON DE PASSOS, J. J. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 155.

[70] TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 284-285.

[71] MEDINA, José Miguel Garcia. "Execução. Nulidade. Inexistência de preclusão" in *Revista de Processo,* n. 112 (2003): 187-195.

[72] CALMON DE PASSOS, J. J. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 156.

[73] PARISI, Antonella. "Figure di preclusione al rilievo delle nullità assolute" in *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura civile,* n. 56 (2002):1397/1421.

[74] TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 116.

[75] GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 109 e 188.

[76] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 1994, p. 91 e 195.

[77] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença.* 4. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 236.

[78] BARBOSA MOREIRA, J. C. "A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito" in *Temas de direito processual*. 2ª Série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 83-95.

[79] A questão é bem desenvolvida pela especializada doutrina do processo: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 1994, p. 200; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 151. Na teoria geral do direito, o ponto também é destacado, sendo pertinentes as colocações em: ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. por J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 254.

[80] Nessas linhas, merece transcrição a convicção de Calmon de Passos: "O que sustento é a impossibilidade, em face do nosso sistema de nulidades, que louvo sobremodo, de se invalidar a sentença por falta ou deficiência ou impropriedade da fundamentação quando o 'ad quem' verifica a inexistência de prejuízo, dado que entende possível decidir o mérito em favor de que arguiu a nulidade. Nesses termos, a irregularidade que deriva da falta ou deficiência de motivação será sanada com a motivação oferecida no segundo grau" (CALMON DE PASSOS, J. J. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 150).

[81] O Tribunal de Justiça gaúcho, nesse diapasão, já bem se manifestou: "a decisão de primeiro grau foi *ultra petita*, vício este que não resulta na nulidade do julgado, podendo ser sanado por este Colegiado com a exclusão da parte que excede os limites do pedido, mesmo de ofício" (Apelação Cível n. 70022711873, Quinta Câmara Cível, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 12/03/2008).

[82] Apelação Cível n. 70023630130, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, Julgado em 31/03/2008.

[83] Apelação Cível n. 70023359284, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ergio Roque Menine, Julgado em 02/04/2008.

[84] Das duas situações (sentença *ultra e extra petita*), bem anota Teresa Arruda Alvim Wambier, a mais grave é a concernente à segunda: "é que, rigorosamente, a sentença *extra petita* comporta, sob certo aspecto, a qualificação de sentença inexistente, uma vez que não corresponde a pedido algum. Falta, portanto, pressuposto processual de existência para que aquela sentença seja considerada juridicamente existente" (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 240). No âmbito do direito alienígeno, Zanzucchi e Satta fazem menção expressa ao art. 112 do CPC italiano, que veda expressamente o julgamento *citra petita e o ultra petita – ne eat iudex ulta petita partium*, a partir da seguinte fórmula: "il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa" (ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1947, v. 1, p. 357; SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1950, p. 110).

[85] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença.* 4. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 244.

[86] Em *decisum* do Tribunal de Justiça Gaúcho deu-se provimento a recurso do réu para excluir condenação em danos morais do montante indenizatório concedido ao autor, em face da inexistência de pedido nesse sentido – julgamento *extra petita*. *In verbis*: "Acórdão que condenou o réu em importância por dano moral não pleiteada pelo autor na inicial. Julgamento *extra petita*. Impropriedade, na dicção do art. 460 do CPC, possibilidade de adequação. Exclusão do montante indenizatório não pedido. Efeito infringente ao recurso. Embargos providos. Unânime". (Embargos de Declaração n. 70021819107, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 08/11/2007).

[87] CALMON DE PASSOS, J. J. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 156-157.

[88] José Maria Tesheiner cita decisão do TJ/SP – Apelação Cível n. 247.458-2, 16ª Câmara Cível, Rel, pereira Calças, j. em 20/12/1994 – em que o Tribunal acolheu a alegação de cerceamento de defesa, porque proferida sentença conforme o estado do processo, dispensada a audiência de instrução e julgamento, não obstante produzida prova pericial. Destaque para o seguinte trecho do julgado: "Sendo a prova pericial realizada em medida cautelar, indispensável a realização de audiência de instrução e julgamento nos autos principais, ensejando às partes a oportunidade de solicitar esclarecimento dos peritos e debater a causa, a fim de se formar o correto convencimento a respeito dos fatos" (TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 222).

[89] Jones Figueiredo Alves nos traz importantes ensinamentos que se coadunam com o exposto: "a *actus trium personarum* – relação jurídica processual – sob o prima *strictu sensu* nos oferece uma noção de unidade em que os sujeitos principais do processo (juiz, autor e réu), em íntima relação contínua, vinculados entre si, com a característica da progressividade, marcham para a resolução do litígio, através do processo, cumprindo uma cooperação mútua para a atuação da lei (...). O grau de participação do juiz na realização do processo (ato de direito público) é estabelecida em medida de equilíbrio que não refletindo a indiferença do espectador também não tolera o arbítrio, ou seja, a tendência publicística do processo condena a passividade do juiz, posto que sujeito do processo, cabendo-lhe não ficar eqüidistante; todavia, limitado é o seu exercício ao ponto-limite de não constituir esse exercício em abuso de autoridade" (ALVES, Jones Figueiredo. *Do poder "ex officio" no processo civil*. Recife: TJ/PE, 1989, p. 12-17).

[90] BAUR, Fritz. "Transformações do processo civil em nosso tempo", Trad. J. C. Barbosa Moreira, in *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 7 (1976): 57-68.

[91] Liebman, quando formulou, na década de 60, estudo específico sobre o princípio dispositivo, claramente o fez preocupado que o julgador não se valesse excessivamente do poder oficioso na instrução, sob pena de interferência na

imparcialidade que se espera dele como fundamental agente político estatal (LIEBMAN, Enrico Tulio. "Fondamento del principio dispositivo" in *Rivista di Diritto Processuale,* n. 15 (1960): 551-565).

[92] ARAGÃO, E. D. Moniz. "Preclusão (processo civil)" in *Estudos em homenagem ao professor Galeno Lacerda*, coordenador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 151-152.

[93] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 1994, p. 54, 129, 155, 164, 175, 233, 234, 249, 250, 287 e 288.

[94] O processo dos sistemas do *Civil Law*, em matéria probatória, é caracterizado por um *work in progress*, uma obra aberta, não existindo preclusões ao exercício dos poderes instrutórios do juiz (CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: RT, 1997, p. 37). Da mesma forma, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira expõe que o entendimento generalizado é no sentido de inexistência da preclusão no tocante à *iniciativa judicial ex officio* para a realização da prova, cuja única finalidade deve consistir em melhor formar a convicção do órgão julgador, matéria de ordem pública concernente à própria atividade jurisdicional (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 152-153).

[95] BARBORA MOREIRA, J. C. *O novo processo civil brasileiro*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 57.

[96] ARAGÃO, E. D. Moniz. "Preclusão (processo civil)" in *Estudos em homenagem ao professor Galeno Lacerda*, coordenador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 154; ARAGÃO, E. D. Moniz de. "O julgamento conforme o estado do processo" in *Revista dos Tribunais,* 502 (1977):11/19.

[97] CAMBI, Eduardo. *A prova civil*: admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 266 e 443/444.

[98] "Los tres momentos del procedimiento probatorio son: (i) la proposición, (ii) el aporte y la producción, y (iii) la valoración. A esta última deberá seguir un cuarto momento, que forma parte de la génesis lógica de la sentencia; y que consiste en la inserción de los resultados de la valoración y de la distribución de la carga de la prueba en el esquema silogístico de la sentencia. Es habitual separar el tercer momento, la valoración (actividad teóricamente unitaria y predominantemente mental, que suele atribuirse, al tribunal) de los dos primeros (...)" (BARRIOS DE ANGELÍS, Dante. *El proceso civil – Código General del proceso*. Montevidéo: IDEA, 1989, p. 217).

[99] Danilo Knijnik adequadamente enfrentou o problema da antecipação ilegal da valoração dos meios probantes já aportados ao feito, com o fito de impedir a produção de outros meios lícitos e legítimos requeridos pelas partes em meio à instrução do feito: "(...) o princípio do livre convencimento nada tem a ver com a admissibilidade da prova. Tal princípio entra em operação somente após o processo de seleção do material que comporá o objeto de seu exercício; daí segue-se que, viciada a etapa preliminar, contamina-se seu resultado, sendo irrealizável

a manutenção da valoração judicial exercida livremente, sob bases equivocadas, do que resulta a necessidade de distinguir os planos em questão, para um funcionamento adequado do princípio" (KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 24).

[100] Aliás, com absoluta correção, já afirmava Barbosa Moreira que a precipitação cerceia de modo intolerável o exercício do direito de ação ou de defesa (BARBOSA MOREIRA, J. C. "Efetividade do processo e técnica processual" in *Revista Ajuris* (64):149-161).

[101] A concepção é bem sistetizada por Fabio Marelli: "(...) la causa non dovrebbe ritenersi matura per la decisione sulla base della sola regola dell'onere della prova quando sia ancora possibile esperire mezzi istruttori ufficiosi" (MARELLI, Fabio. *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*. Padova: CEDAM, 1996, p. 143-144). Veja-se, também o que revela, por aqui, Bedaque: "Os princípios estabelecidos no art. 333 só devem ser aplicados depois que tudo for feito no sentido de se obter a prova dos fatos. E quando isso ocorre, não importa sua origem, isto é, quem a trouxe para os autos (...). A razão de ser da regra (do art. 333) é, pois, evitar o non liquet" (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 118/119).

[102] COMOGLIO, Luigi Paolo. "Preclusioni istruttorie e diritto alla prova" in *Rivista di Diritto Processuale,* n. 53 (1998): 968/995. Especialmente p. 994-995.

[103] Cambi encerra o seu estudo com crítica a constatação bisonha, frequente na prática forense e repudiada pelo STJ no julgamento do REsp 7.267/RS (3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 20/03/1991): "o juiz não pode impedir a produção de provas, sob o pretexto de julgar antecipadamente o mérito, e rejeitar a pretensão ou a exceção, por falta de provas, quando a parte requereu a realização dessas provas" (CAMBI, Eduardo. *A prova civil*: admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 450).

[104] MELERO, Valentín Silva. "La prueba procesal". *Revista de derecho privado*, Tomo 1, Madrid, p. 71-74, 1963.

[105] Giuseppe Chiovenda, na Itália, e Ovídio Baptista, mais recentemente no Brasil, chegam a registrar que tais restrições específicas são sequelas do sistema da prova legal (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 3, p. 93; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1, p. 345/350.

[106] FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 91-92.

[107] CAMBI, Eduardo. *A prova civil:* admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 267 e 444.

[108] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*: preclusão *pro iudicato* e preclusão judicial no processo civil. São Paulo: Método, 2004, p. 271 e 267-268.

[109] O jurista italiano Giovanni Torregrossa é um dos que salienta o fato de ser "inexata" a construção do conceito de erro material, e entende que tal circunstância deriva "dalla erroneità del punto di partenza dell'indagine seguita: si sono voluti, cioè, trasportare, adattandoli, nel campo de diritto pubblico i risultati raggiunti dal diritto privato sul tema dell'errore" (TORREGROSSA, Giovanni. "Correzione e integrazione dei provvedimenti del giudice" in *Enciclopédia del diritto* n° X (1962): 717/728. Especialmente p. 718).

[110] PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 6 (arts. 444 a 495), p. 132.

[111] ARAGÃO, E. D. Moniz. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 144.

[112] TORREGROSSA, Giovanni. "Correzione e integrazione dei provvedimenti del giudice" in *Enciclopédia del diritto,* n. X (1962): 717/728. Especialmente p. 718-719.

[113] MATTE, Fabiano Tacachi; ARNECKE, Júnior Eduardo. "Erro material (comentários ao art. 463, I CPC)" extraído do site http://www.tex.pro.br/wwroot/00/061023erromaterial.php. Acesso em 29 abril 2008.

[114] TALAMINI, Eduardo. "O erro material no processo civil" in *Revista dialética de direito processual,* n. 30 (2005): 46-52.

[115] Veja-se, nesse diapasão, julgado do Pretório Excelso decidido em 12/09/1969 – ainda então sob a égide do anterior Código de Processo Civil: "Embargos de declaração – Devem ser conhecidos e recebidos quando houver êrro material evidente da decisão" (RE n. 67.593/MA, 1ª Turma, STF, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência,* n. 53 (1970): 324-325).

[116] Na mesma direção, citando arestos do STJ (RSTJ 7/349 e RSTJ 655/198), Ada Pellegrini Grinover discorre que somente o erro de conta ou de cálculo, o erro aritmético, pode ser corrigido a qualquer tempo; já os elementos de cálculo, os critérios de cálculo, ficam encobertos pela autoridade da coisa julgada: "a questão sobre o termo *a quo* da correção monetária (dos honorários de advogado) constitui critério de cálculo, e não mera questão aritmética" (GRINOVER, Ada Pellegrini. "Preclusão. Erro material e erro aritmético" in *O processo – estudo e pareceres*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 445-459).

[117] THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. I, p. 463.

[118] Por certo, evitar-se-iam maiores inconvenientes na fase processual de execução, se dentro do lapso temporal de cinco dias da publicação da decisão gravosa contendo lapso manifesto – contradição entre fundamento e comando do *decisum* – a parte prejudicada interpusesse o recurso de embargos de declaração, como no caso que se cita: "Embargos de declaração. Erro material. Art. 535, I, do CPC. Incorrendo o acórdão em erro material a evidenciar contradição entre a fundamentação e o comando final, é de se acolher os embargos declaratórios

para efetivar a devida correção. Embargos acolhidos" (Embargos de Declaração n. 599242419, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Harzheim Macedo, Julgado em 18/05/1999).

[119] GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984, 2° v., p. 235.

[120] Cite-se dentre outros julgados REsp 37217-8/SP (4ª Turma, j. em 19/10/1993, Rel. Min. Dias Trindade) – em interessante passagem à luz da legislação até então de regência faz a distinção entre considerar as condições da ação e os pressupostos processuais como matéria de ordem pública e não assim a prescrição; REsp 57534/SP (1ª Turma, j. em 15/05/1995, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha) – citando inúmeros outros precedentes e bases doutrinárias que forçaram o julgador a modificar seu próprio convencimento quanto à possibilidade de a prescrição ser invocada em outro momento que não a contestação, inclusive em apelação, caso o magistrado ainda não tenha apreciado a questão (no mesmo sentido REsp 12402/DF, 2ª Turma, j. em 27/04/1994, Rel. Min. Américo Luz); REsp 15386/SP (4ª Turma, j, em 06/04/2000, Min. Cesar Asfor Rocha) – em que confirma seu posicionamento no sentido de se, ao proferir despacho saneador, o juiz rejeita o pedido formulado pela ré referente à preclusão da ação, e não havendo recurso desta decisão, opera-se preclusão quanto a tal matéria, por isso mesmo que não pode mais ser reaberta sua discussão em sede apelatória (no mesmo sentido REsp 432950/RN, 6ª Turma, j. em 19/09/2004, Rel. Min. Hamilton Carvalhido).

[121] GOMES JR., Luiz Manoel. "Prescrição – invocação a qualquer tempo art. 193 CC e a preclusão processual" extraído do site: http://www.prgo.mpf.gov.br/informativo/info75/corpo.htm. Acesso em: 20 out. 2007; BARBOSA MOREIRA, J. C. "Aspectos da extinção do processo conforme o art. 329 CPC" in *Estudos em homenagem ao professor Galeno Lacerda*, coordenador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 267-269.

[122] Senão vejamos os seguintes excertos do julgado: "(...) para ser declarada a prescrição de ofício pelo juiz, basta que se verifique a sua ocorrência, não mais importando se refere-se a direitos patrimoniais ou não (...)"; acrescentando-se que "por ser matéria de ordem pública, a prescrição há de ser declarada de imediato, mesmo que não tenha sido debatida nas instâncias ordinárias".

[123] CIANCI, Mirna. "A prescrição na Lei n. 11.280/2006" in *Revista de Processo,* n. 148 (2007): 32-45.

[124] Falando em tradição histórica da prescrição no nosso ordenamento, registrava o magistrado trabalhista Cláudio de Menezes, no início da década de 90, que a prescrição sempre foi enfrentada como matéria de defesa e elencada como questão de mérito, devendo ser invocada pelo réu com a contestação, sob pena de se tornar preclusa a arguição (MENEZES, Cláudio Armando Couce de. "A prescrição e os princípios da eventualidade e da efetividade" in *Repertório IOB de Jurisprudência,* n. 40 (1993): 185-186).

[125] Realmente, criticando veementemente a inovação processual, o palestrante chega ao ponto de indicar como única solução devida, para o bem da harmonia do diploma processual com o civilista, a revogação imediata da Lei 11.270/06 no que tange à genérica previsão da prescrição *ex officio* (FABRICIO, Adroaldo Furtado. "Prescrição e sua declaração *ex officio* pelo juiz (Lei 11.280/06)", palestra proferida no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFRGS, em 05/05/2006, na II Jornada de Processo e Constituição – Reformas Processuais – em homenagem ao ministro do STJ Athos Gusmão Carneiro).

[126] ALVIM, Arruda. "Lei n° 11.280, de 16.02.2006: análise dos arts. 112, 114 e 305 do CPC e do § 5° do art. 219 do CPC" in *Revista de Processo,* n. 143 (2007): 13-25.

[127] CÂMARA, Alexandre Freitas. "Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua" Disponível em: http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosf/Camara_presc.doc. Acesso em 18/11/2007.

[128] FABRICIO, Adroaldo Furtado. "Prescrição e decadência" palestra proferida no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFRGS, em 04/07/2006, para o curso de especialização em Direito Civil da UFRGS.

[129] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 21.

[130] "(...) Nada impede que as partes representem ao magistrado sobre a conveniência de ele próprio rever, valendo-se do poder de fazê-lo de ofício, as decisões a cujo respeito tenha-se formado preclusão para os litigantes mas não para ele" (ARAGÃO, E. D. Moniz. "Preclusão (processo civil)" in *Estudos em homenagem ao professor Galeno Lacerda*, coordenador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 182/183).

O QUE ABUNDA PODE PREJUDICAR!

EDSON LUIZ PETERS*
Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná

EXCERTOS

"Para quem experimenta a vida forense a impressão que por vezes causa é que os advogados ganham por páginas ou folhas de petição e que o contrário é sinal de pouco estudo e labor"

"Construir os próprios pensamentos e aprender a expressá-los com a força da vida e com o poder da síntese nos aproxima de Deus, síntese Suprema"

"A verborragia que abunda nos parlamentos e tribunais é prejudicial ao equilíbrio ambiental que sustenta a Vida, a Democracia e a Justiça"

"Uma parte da corrupção também se alimenta do exagero das formas, da bur(r)ocracia sem fim e dos processos carregados de informações vagas, pareceres e papelório inútil"

*** Outras qualificações do autor**

Docente da Fundação Logosófica – Sede de Curitiba. Professor e escritor na área do Direito Ambiental.

Há muito tempo que ouço e leio um velho e surrado ditado: *o que abunda não prejudica.*

Trata-se de um provérbio português cuja origem se perde no tempo e cujo sentido é não se prejudicar alguém ou algo que foi além do necessário.

Nos meus anos de faculdade de direito e nas décadas em que convivo no ambiente forense continuo ouvindo a tradicional expressão, que se vincula à burocracia reinante e ao esforço dos advogados na juntada de abundante e farta documentação para fazer prova cabal das alegações postas nas petições.

Os autos de processo tomam corpo e peso, se avolumam recheados de quilos de papel. Dizem que é preferível pecar pelo excesso e não correr o risco de perder a causa por falta de provas.

Para quem experimenta a vida forense a impressão que por vezes causa é que os advogados ganham por páginas ou folhas de petição e que o contrário é sinal de pouco estudo e labor.

Os advogados já foram conhecidos como aqueles profissionais que falam muito, que arrebatam pelos discursos, que escrevem bastante e incansavelmente para demonstrar a razão de seus clientes e que recorrem de tudo quanto caiba recurso. Esta imagem já é uma caricatura ultrapassada e insustentável neste século 21.

É imperativo recordar, principalmente depois do advento da internet[1] e da impressão eletrônica, que a razão não se mede pela quantidade de papel ou pela extensão das petições. É mais lógico pensar-se o inverso, isto é, quanto mais razão menos alegação.

Os documentos que têm qualidade probatória perdem força se misturados a dezenas de outros sem valor para a resolução do conflito e, por vezes, passam despercebidos no meio do papelório abundante e dispensável.

Se o propósito é narrar e fundamentar para que outros compreendam a partir da leitura, é preciso melhorar a escrita até que esta ofereça uma imagem acabada e clara do pensamento. Só então submeter ao juízo alheio.

A linguagem carregada e rebuscada deve ceder lugar à simplicidade, à concisão das formas e ao poder da síntese.

Não se trata de uma apologia ao menor esforço, à preguiça mental, aos julgamentos precipitados e atropelados por metas e estatísticas na ânsia de agilizar o Judiciário, mas sim do combate à verborragia que ainda impera nas instâncias administrativas e judiciais brasileiras.

Trata-se de superar a crença de que o valor está no processo, nas formas carregadas de discurso e papel, e não nas necessidades essenciais da vida. Escreve-se muito para dizer pouco e muitas vezes não se manifesta o essencial, o que de fato importa para resolver os problemas que afloram no convívio social.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa nasceram para aclarar a realidade e não para obscurecer com as petições prolixas, tumultuar com a juntada de calhamaços, procrastinar, tergiversar e criar a artificialidade.

Além do cuidado com o uso correto do idioma, sinal de respeito aos semelhantes que têm o dever ou prazer da leitura, a capacidade de expressão se amplia na medida em que o indivíduo gera as palavras que emprega para comunicar-se, pois deixa de ser um repetidor inconsciente que amanhã não recorda o que disse hoje e passa a ser o autor do que diz.

Como ninguém é capaz de oferecer mais do que tem em seu próprio acervo, é imperativo enriquecer-se com o conhecimento da vida e do mundo, saber o que se quer e saber que as palavras, para não serem vazias, devem carregar fragmentos da própria existência.

A abundância de alegações, citações e petições, acompanhadas de quilos de papel, prejudicam a apreciação adequada e célere por parte de magistrados e outros profissionais do Direito, indispõe o ânimo e sacrifica além do necessário o tempo de análise de cada situação, contribuindo sobremaneira para a morosidade do processo.

Há outro malefício causado diretamente pela verborragia e papirorragia[2]: a degradação ambiental gerada pelo desperdício de material e tempo de vida, recursos não renováveis e caros para a sociedade, que sempre paga a conta final por todos os abusos e desvios.

Também a Democracia é prejudicada pela abundância de discursos vazios, pelas promessas de campanha jamais cumpridas e pelo atuar verborrágico de políticos sem atuações marcantes em favor da construção de uma Nação livre, justa e solidária.

Uma parte da corrupção também se alimenta do exagero das formas, da bur(r)ocracia sem fim e dos processos carregados de informações vagas, pareceres e papelório inútil. Diante destas dificuldades de andamento, de tantas amarras, não faltam aqueles que se propõem a vender as facilidades, a agilidade das decisões, e outros que se sujeitam a pagar. Está criado o ciclo da confusão, que favorece a corrupção!

Vale lembrar que a verdade não é contra a mentira, mas é a mentira que é contra a verdade. A verdade contém a luz da clareza e o poder da concisão.

A verdade emerge naturalmente e não requer calhamaços.

A comunicação é uma arte e assim requer lapidação das ideias brutas até alcançar a forma e o brilho apreciados pelos demais, que esperam encontrar a joia extraída da pedra rude pelo esforço e criatividade do artista das palavras.

O livre exercício das faculdades da inteligência é capaz de fecundar a mente e torná-la assim prenhe de ideias e pensamentos que são gerados com a marca da autoria própria e, uma vez filtrados pela reflexão, são capazes de formar convicção.

Os documentos que têm qualidade probatória perdem força se misturados a dezenas de outros sem valor para a resolução do conflito

A palavra é um dos elementos com que o homem pode conquistar sua felicidade ou causar seu infortúnio, segundo sejam as manifestações de seu próprio espírito.

Há palavras certeiras que o bom arqueiro sabe lançar e atingir o alvo do entendimento dos semelhantes. Tais acertos dependem evidentemente de treino e empenho constante.

Assim como o agricultor deve selecionar as sementes que lança no solo para esperar a melhor colheita, o lançador de palavras deve escolher aquelas de maior poder de germinação na terra mental dos leitores.

Chegar a ser sintético requer haver resumido a si mesmo numa síntese, isto é, ser capaz de expressar as ideias com sutis movimentos mentais que impliquem uma compreensão quase simultânea nos semelhantes.

Ressalve-se, para evitar confusão, que não se trata de recorrer a um laconismo que nada expresse ou, melhor ainda, que não expresse o pensamento tal como foi concebido, visto que não se deve deixar para os outros o encargo de interpretar laconismos incongruentes, além de se correr o risco de tergiversações.

Vale recordar o que ensina a ciência logosófica: Deus é a suprema síntese de todas as coisas e, para chegar a Ele, necessariamente se deve resumir o pensamento nessa grandiosa síntese.

Construir os próprios pensamentos e aprender a expressá-los com a força da vida e com o poder da síntese nos aproxima de Deus, síntese Suprema.

A verborragia que abunda nos parlamentos e tribunais é prejudicial ao equilíbrio ambiental que sustenta a Vida, a Democracia e a Justiça.

Por estas e outras razões pode-se afirmar: *o que abunda pode prejudicar, sim!*

Notas

[1] A Internet e a comunicação eletrônica ou virtual estão revolucionando o Judiciário brasileiro e poderão trazer muitos benefícios na prestação jurisdicional. A Administração Pública não pode desprezar os avanços tecnológicos, ao contrário. Porém o fácil acesso à Jurisprudência e Artigos doutrinários tem servido para alongar abusiva e inutilmente as petições a partir do uso desmedido do recurso "*copiar e colar".*

[2] Queremos referir o amontoado de papel inutilmente juntado aos autos de processo evidenciando falta de critério e análise, prejudicando mais que beneficiando a parte interessada. Trata-se de uma antiestratégia dos profissionais do Direito.

NATUREZA JURÍDICA DAS *STOCK OPTIONS* NO DIREITO DO TRABALHO

JOSÉ GERALDO DA FONSECA*
Desembargador Federal do Trabalho no Rio de Janeiro

EXCERTOS

"O 'valor nominal' dá ao acionista uma garantia mínima *contra a diminuição do patrimônio, na hipótese de aumento de capital e emissão de novas ações"*

"São características comuns dos stock option plans *o 'exercise price' (preço de exercício), o 'vesting' (prazo de carência) e o 'expiration date' (termo da opção)"*

"Como todos os contratos benéficos interpretam-se estritamente, o empregado não pode exigir da sociedade que lhe permita subscrever uma stock options *se não cumpre o* vesting *exigido de acordo com a decisão estatutária ou de sua assembleia geral"*

"A stock option *não é um direito de compra de ações da empresa, mas uma expectativa de direito de compra de ações por preço prefixado no momento da subscrição e que somente pode ser exercida após o término do prazo de carência de permanência no emprego"*

"Sobre o valor das ações não pode incidir FGTS ou INSS e não há base legal para integrar o valor das ações ao salário para qualquer efeito, especialmente rescisórias"

***Outras qualificações do autor**

Presidente do Conselho Consultivo da Escola de Capacitação de Funcionários (ESACS). Membro do Conselho Consultivo da Revista Justiça & Cidadania. Coordenador da Escola Nacional de Magistratura (ENM). Especialista em Direito Processual do Trabalho e Previdência Social pela Universidade de Roma (La Sapienza). Especialista em Processo Civil pela PUC/SP. Especialista em Direito Processual do Trabalho pela Universidade Federal Fluminense. Membro da Associação de Juristas de Língua Portuguesa.

Traduzida ao pé da letra, a expressão *stock option* significa *"*opção de ações*"*. O sentido não literal é mais amplo*: "*benefício concedido por uma empresa a seu empregado na forma de opção de compra de ações com descontos ou por um preço pré-fixado*"*. Transposto o conceito para o mundo jurídico, *stock option plan* ou *employee stock option* significa *"*plano de opção de compra de ações*"* e identifica um tipo de vantagem adicional ao salário direto (*fringe benefits*) que as sociedades anônimas oferecem a seus empregados como incentivo ou apenas para abrir o capital. *Stock option* é a oferta de ações de uma companhia a seus empregados, a preço abaixo do mercado, mediante concessão de *desconto* ou *bônus* sobre o seu valor de subscrição[1]. É que, além de *benefícios diretos*, algumas empresas costumam pagar a certos empregados, como *incentivo* ou *fidelização*, benefícios *marginais* também chamados *acessórios* ou *laterais,* como aluguel de imóvel, cessão de uso de casa de praia ou campo, cursos especializados, viagens, bens materiais, planos de saúde, títulos de clube etc. O direito americano dá a esses benefícios laterais o nome de *fringe benefits*. Um desses *fringe benefits* é a *stock option*, isto é, a opção de compra de ações da própria sociedade*,* a preço subsidiado, vale dizer*,* menor que o valor de mercado*.*

Nas sociedades limitadas, o *capital social* é dividido em *cotas* entre os *sócios*; nas *anônimas*, em *ações* entre os *acionistas*. Tanto as cotas quanto as ações representam uma parcela do capital social e atribuem ao seu detentor a condição de sócio da sociedade, e certos direitos, definidos no contrato social, no estatuto de criação ou na lei de regência. Ação é um tipo de *valor mobiliário*[2]. Valores mobiliários são os "títulos ou contratos de investimento coletivo que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante da prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros"[3]. Toda ação tem um valor, seja ele *nominal*, *patrimonial*, *de negociação*, *econômico* ou *preço de emissão*. A lei não exige que as ações tenham *valor nominal*. Depende do modo como o estatuto da sociedade disciplina a matéria. *Valor nominal* é o valor resultante da divisão do total do capital social pelo número de ações da companhia. Se o estatuto da sociedade diz que o capital social é de R$1.000,00, dividido em 100 ações, cada uma valendo R$10,00, está atribuindo a cada ação o *valor nominal* de R$10,00. Se diz que o capital social é de R$1.000,00, dividido em 100 ações, sem especificar um valor para cada ação, nenhuma delas terá valor nominal.

A sociedade anônima não pode emitir novas ações a preço inferior ao valor nominal das já existentes porque isso significa "diluição do capital"[4] anteriormente investido pelos sócios ou acionistas. O valor nominal dá ao acionista uma *garantia mínima* contra essa diminuição do patrimônio, na hipótese de aumento de capital e emissão de novas ações. Se uma sociedade com patrimônio líquido de R$1.000,00 decide aumentar seu capital e lança no mercado 100 novas ações a R$10,00 cada, injetará no ativo R$1.000,00. Como serão agora R$2.000,00, e 200 ações, o valor nominal de cada ação não se altera (R$2.000,00:200 = R$10,00); se emitir 100 novas ações a R$15,00 cada uma, o patrimônio líquido aumenta para R$2.500,00 (R$1.000,00 + R$1.500,00). As 200 ações passarão a valer agora R$12,50 (R$1.000,00 + R$1.500,00: 200 = R$12,50) cada uma. Mas, se lançar essas mesmas 100 novas ações a R$5,00 cada uma, isto é, com *valor nominal* menor que o valor nominal das 100 ações anteriores, injetará no patrimônio R$500,00. Como serão 200 ações no total, o valor nominal de cada uma será R$7,50 (R$1.000,00 + R$500,00 : 200 = R$5,50), diluindo em 25% o capital investido pelos primeiros acionistas, cujas ações tinham *valor nominal* inicial de R$10,00 cada uma.

Valor patrimonial é a parcela do *patrimônio líquido* (ativo *menos* passivo) da sociedade, correspondente a cada ação. Pode ser maior ou menor que o valor nominal e obtém-se pela divisão do valor em reais do patrimônio líquido pelo número de ações. *Valor de negociação* é o valor pago na aquisição ou na venda da ação; *valor econômico* é o valor provável que alguém pagaria pela ação num momento futuro hipotético. Por fim, *preço de emissão* é o valor da ação no momento da sua subscrição.

O que é um plano de opção de compra de ações?

As *stock options* são meras *expectativas de direito*, e não vendas de ações. Num *plano de opção de compra de ações*, o que a companhia oferece ao empregado não são as ações propriamente ditas, mas o direito de comprar lotes de ações por um preço fixo, dentro de um prazo determinado. Inicialmente, as *stock options* eram benefícios que empresas estrangeiras recém-instaladas no país ofereciam a seus executivos para preservar o equilíbrio atuarial dos ganhos que esses profissionais tinham no país de origem. Com o tempo, foram estendidas aos gerentes e executivos recrutados aqui, como forma de estimular o seu comprometimento no esforço empresarial ou mesmo

inibir os inevitáveis pedidos de equiparação salarial ou de isonomia de tratamento entre o trabalhador brasileiro e o estrangeiro trazido da matriz.

Tipos de planos de opção de compra de ações

Há três tipos de *stock option plans*: *phantom stocks* (plano de ações fantasmas), *performance stock* (planos de ações por desempenho) e *equity pool* (fundo de ações). No *plano de ações fantasmas*, adotados por sociedades anônimas de capital fechado que não oferecem ações em bolsa ou por aquelas que não têm interesse em oferecer ações em bolsa, cria-se uma *unidade de valor*, corrigida por diferentes indicadores de crescimento da empresa. No *plano de ações por desempenho* (*performance stock*), as ações oferecidas estão atreladas a metas de produção ou vendas em certo período e os empregados detentores das opções de compra recebem o equivalente em dividendos se os resultados são alcançados no prazo. No *fundo de ações* (*equity pool*), cada empregado recebe um número de cotas que se valorizam de acordo com o desempenho da empresa.

Características dos planos de opção de compras

São características comuns dos *stock option plans* o *exercise price* (preço de exercício), o *vesting* (prazo de carência) e o *expiration date* (termo da opção). *Preço de exercício* é o valor pelo qual o empregado tem o direito de exercer a opção de compra das ações; *carência* é o prazo que deve aguardar trabalhando na empresa até poder exercer o direito de opção; e *termo da opção*, o prazo máximo dentro do qual a opção de compra tem de ser exercida. O *vesting*, ou *carência* costuma variar entre 3 e 10 anos. É uma espécie de *fidelização* do empregado, porque impõe a sua permanência na empresa durante certo tempo para somente depois estar em condições de subscrever um plano de opção de compra de ações da sociedade para a qual trabalha. Como todos os contratos benéficos interpretam-se estritamente, o empregado não pode exigir da sociedade que lhe permita subscrever uma *stock options* se não cumpre o *vesting* exigido de acordo com a decisão estatutária ou de sua assembleia geral. Trata-se de um *direito potestativo* da empresa e mera *expectativa de direito* do empregado.

Objetivos dos planos de opção de compra de ações

Quando uma sociedade anônima oferece a um empregado um *plano de opção de compra de ações*, está procurando alcançar três metas essenciais:

– valorizá-lo, por meio de uma estratégia *diferida* de distribuição de lucros;

– reter o profissional qualificado, que reputa vital para o empreendimento, porque o resgate das ações contidas num plano de *stock option* não pode ser feito de imediato, mas apenas depois de certo prazo definido pela assembleia geral da sociedade (que varia entre 3 e 10 anos), e isso o obriga a permanecer no emprego no prazo de carência;

– transformar o empregado num parceiro e num investidor da sociedade, ou sócio dele mesmo, porque é presumível que tenha interesse em dar o máximo de si para que a empresa prospere e aumente os lucros para que ele também lucre com a elevação do preço das ações das quais é titular.

Natureza jurídica da opção de compra de ações

Não há consenso na doutrina sobre a *natureza jurídica* das *stock options*. Para uns, é *salário diferido*; para outros, *remuneração*; para outros ainda, simples *operações mercantis* que não têm nenhuma relação com o contrato de trabalho e o valor das ações não se incorpora ao salário nem repercute em férias, INSS, FGTS, 13º salário ou verbas rescisórias.

Segundo penso, não é salário. Como dito, a *stock option* não é um direito de compra de ações da empresa, mas uma expectativa de direito de compra de ações por preço prefixado no momento da subscrição e que somente pode ser exercida após o término do prazo de carência de permanência no emprego. Se, no momento em que puder exercer a opção de compra, o *valor de negociação* da ação for maior que o *preço de emissão*, o empregado lucra; se for menor, perde. Se fosse verdadeiramente salário, não poderia haver tal oscilação. Além disso, se o contrato de trabalho for rescindido antes de vencido o prazo de carência (*vesting*), o empregado não pode exercer a opção de compra.

O art. 457 da CLT diz que salário é a contraprestação *devida* e *paga pelo empregador* ao empregado, *pelos serviços que lhe são prestados*. Numa *stock option* não há contraprestação de trabalho

e nada é de graça, nem é o patrão quem paga qualquer quantia. O patrão não dá as ações ao empregado; apenas lhe dá a *opção de compra*, mas o dinheiro da compra sai do bolso do empregado. Se salário é contraprestação do trabalho, que trabalho o empregado teria prestado ao patrão para justificar o entendimento de que a *stock option* tem natureza salarial?

É certo que o art. 457 da CLT não diz que salário é a contraprestação dos serviços *efetivamente prestados pelo empregado*, daí por que pode haver salário sem trabalho. A regra é a de que só haja salário se houver trabalho, mas, como a comutatividade do contrato de trabalho não é absoluta e sim ideal, pode haver situações, *expressamente definidas em lei*, em que, mesmo não havendo contraprestação do trabalho, poderá haver exigência de pagamento de salário (como em férias, licenças médicas nos primeiros 15 dias do afastamento, licenças autorizadas por lei, domingos e feriados etc.). *Remuneração* também não é. O mesmo art. 457 da CLT diz que "*se compreendem* na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, *além do salário* devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as *gorjetas* que receber". Ora, se a lei diz que gorjetas *"*se compreendem*"* na remuneração, é porque *não são salário* mas um dos itens da remuneração. O art. 458 da CLT diz, por sua vez, que, além do pagamento em dinheiro, *compreendem-se no salário*, para todos os efeitos de lei, a alimentação, a habitação, o vestuário ou as utilidades (prestações *in natura*) que a empresa fornecer habitualmente ao empregado por força do costume ou do contrato. Ou seja: a gorjeta *compreende-se na remuneração* e não é salário; alimentação, habitação, vestuário e utilidades *compreendem-se no salário*, mas somente são salário se fornecidas habitualmente ao empregado, pelo costume ou pelo contrato. Nada disso se aplica à *stock option*.

Valor patrimonial é a parcela do patrimônio líquido (ativo menos passivo) da sociedade, correspondente a cada ação

Sobre o valor das ações não pode incidir FGTS ou INSS e não há base legal para integrar o valor das ações ao salário para qualquer efeito, especialmente rescisórias.

O que resta?

Resta o que a *stock option* nasceu para ser: uma simples *operação mercantil de opção de compra de ações* entre uma sociedade anônima e seus empregados, como incentivo ou elevação de capital, sem

nenhuma ligação direta com o contrato de trabalho e sem qualquer repercussão pecuniária sobre ele. Um *negócio jurídico* por meio do qual a sociedade se obriga a entregar ao comprador ações de sua emissão em quantidade e espécie previamente definidas no *contrato de opção de compra.* Se a sociedade possuir *em tesouraria*[5] as ações que prometeu vender ao optante, recebe o *valor da negociação* estipulado no instrumento de opção de compra mas não eleva o capital social; se não as possuir, deve emiti-las e, nesse caso, terá de elevar o capital social[6]. O empregado deve pagar pelas ações o *preço de emissão*, isto é, o valor pelo qual as subscreveu no momento em que aderiu à *stock option*.

A emissão dessas ações exige[7]:

– autorização no estatuto da companhia;

– aprovação por assembleia geral;

– capital autorizado, já que o valor total da emissão das ações a serem oferecidas num plano de *stock option* deve se manter no limite desse capital.

Notas

[1] As *stock options* já estavam previstas no art. 168, § 3º, da Lei 6.404/76 – Lei das Sociedades Anônimas –, mas tornaram-se realidade com a chegada de empresas estrangeiras (notadamente americanas) ao país.

[2] ULHOA, Fábio. *Curso de direito comercial*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2, p. 101.

[3] L. 10.198/2001.

[4] ULHOA, cit., p. 115.

[5] Ações em tesouraria são aquelas adquiridas pela própria sociedade com lucros ou reservas (*cf*. (Mônica Gusmão, *Lições de direito empresarial*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 359).

[6] Lei das Sociedades Anônimas, art. 166, III.

[7] O art. 1º, XII, da Instrução Normativa 323 da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) considera abuso do poder de controle da companhia a criação de Opções de Compra de Ações em companhias abertas, que não represente (1º) efetivo comprometimento dos beneficiários com a obtenção de resultados da empresa e (2º) se houver prejuízo à companhia ou aos sócios minoritários.

O DESAFIO DA MAGISTRATURA ANTE AS MUDANÇAS SOCIAIS E ECONÔMICAS

ORIANA PISKE*
Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

EXCERTOS

"O direito é um meio para atingir os fins colimados pelo homem em atividade; a sua função é eminentemente social, construtora; logo, não mais prevalece o seu papel antigo de entidade cega, indiferente às ruínas que inconsciente ou conscientemente possa espalhar"

"A teoria pura do direito considera que o método e o objeto do direito deveriam ter enfoque normativo, desprendido de qualquer fato social ou valor"

"Atualmente a maioria absoluta dos juristas, em vários países, quer libertar da letra da lei o julgador, pelo menos quando da aplicação rigorosa dos textos resulte injusta dureza, ou até mesmo simples antagonismo com os ditames da equidade"

"A interpretação e aplicação possuem um conteúdo eminentemente prático da experiência humana, vez que se espera uma decisão não apenas jurídica mas, também, de conteúdo social"

"O direito internacional dos direitos humanos se afirma a cada dia como um novo ramo do direito, dotado de princípios e regras, tendo como objetivo maior a proteção da dignidade da pessoa humana no âmbito nacional e internacional"

"O juiz, como agente político (não partidário), é chamado a contribuir para a efetivação dos direitos sociais, procurando dar-lhes sua real densidade e concretude"

"Um outro aspecto da politização do juiz está no fato de que as constituições modernas contemplam normas de conteúdo poroso, a ser complementado pela práxis*"*

***Outras qualificações da autora**

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA).

Introdução

Objetivando tecer algumas reflexões sobre os desafios da magistratura na atualidade, abordamos o conceito de justiça, com vista a uma análise do normativismo jurídico e sua insuficiência na aplicação do direito; adentramos a seara dos direitos humanos com o breve exame do conceito moderno de cidadania nos seus aspectos civis e políticos, analisando os desdobramentos dos processos de internacionalização dos direitos humanos e da economia; apresentamos o fenômeno da globalização dos mercados e sua decorrência no contexto legislativo e judicial; e enfocamos a crítica que o novo paradigma da ciência pós-moderna traz para a ciência do direito, demonstrando a necessidade de obter novas abordagens pela via multidisciplinar.

Nesse sentido, buscou-se responder às seguintes indagações: 1. Em que medida podemos relacionar a concepção normativista-legal do direito com a própria noção de justiça? 2. Como regular os direitos civis e políticos frente à transnacionalização dos mercados? 3. Como é possível a produção legislativa em contextos marcados pela velocidade e intensidade das transformações econômicas e pela proliferação de situações sociais novas e ainda não estruturadas? 4. Qual a crítica que o novo paradigma da ciência pós-moderna traz para o campo da ciência jurídica? Qual ordem do discurso está produzindo o conhecimento jurídico hoje?

Procuramos, ao fim, delinear os desafios da magistratura moderna, destacando dentre eles a necessidade da concretização dos direitos de cidadania, do fortalecimento da cultura de direitos humanos e do debate sobre a própria atuação do juiz na implementação dos direitos fundamentais.

1. A noção de justiça e a concepção normativista-legal do direito

Hans Kelsen, ao formular sua *Teoria pura do direito*, no início do século XX, objetivou eliminar do campo da ciência jurídica os elementos sociológicos ou dados da realidade social, estabelecendo que caberia à filosofia do direito as considerações sobre valores, como a justiça, o bem comum etc.

Para o formalismo kelseneano, teríamos como objeto da ciência jurídica a cognição das normas e não sua prescrição. Para essa

concepção, ao operador do direito não importa o conteúdo ou valor das normas, mas tão somente sua vinculação formal ao sistema normativo. Segundo Miguel Reale (2003), a valorosa contribuição de Kelsen cinge-se na determinação da natureza lógica da norma jurídica, enquanto para Karl Larenz (1996) o extraordinário mérito da teoria pura do direito foi o de ser o primeiro notável ensaio de uma teoria que visou conferir-lhe cientificidade.

O direito, na atualidade, é visto como uma ciência histórico-cultural e compreensivo-normativa. É uma ciência normativa ética. Não há como depurar os aspectos fáticos e valorativos na ciência jurídica, eis que são aspectos significativos da experiência humana que devem ser considerados na argumentação e na fundamentação das decisões. Desta forma, os elementos normativos, sociológicos e axiológicos são essenciais para a interpretação e aplicação do direito.

Neste trilhar, verifica-se que, para a realização da justiça, é fundamental que as decisões sejam razoáveis e justas. O direito é um meio para atingir os fins colimados pelo homem em atividade; a sua função é eminentemente social, construtora; logo, não mais prevalece o seu papel antigo de entidade cega, indiferente às ruínas que inconsciente ou conscientemente possa espalhar.

1.1. A noção de justiça

A *justiça*, na filosofia antiga, significava virtude suprema que tudo abrangia, sem distinção entre o direito e a moral. Segundo este entendimento, é a expressão do amor ao bem e a Deus (ROSS, 2000, p. 313). Considerando as quatro virtudes básicas do sistema de Platão, a justiça é uma espécie de eixo gravitacional, em torno do qual circundam as outras três: autodomínio, coragem e sabedoria. A justiça é "a virtude moral que rege o ser espiritual no combate ao egoísmo biológico, orgânico, do indivíduo" (ADEODATO, 1996).

A justiça harmoniza as pretensões e interesses conflitantes na vida social da comunidade. Uma vez adotada a ideia de que todos os problemas jurídicos são problemas de distribuição, o postulado de justiça equivale a uma exigência de igualdade na distribuição ou partilha de vantagens ou cargas. "No século IV a. C., os pitagóricos simbolizaram a justiça com o número quadrado, no qual o igual está unido ao igual. A ideia da justiça como igualdade, desde então, tem se apresentado sob inúmeras variantes" (ROSS, 2000, p. 313).

Há que se compreender a igualdade sob um prisma relativo, ou seja, como uma exigência de que os iguais sejam tratados da mesma

forma, como pensada por Aristóteles na sua obra clássica – *Ética a Nicômaco*. Isto significa que, como um pré-requisito para a aplicação da igualdade, é necessário que haja algum critério para determinar o que será considerado igual; a exigência de igualdade contida na ideia de justiça não é dirigida de forma absoluta a todos e a cada um, mas a todos os membros de uma classe determinada por certos critérios relevantes. Assim, as diversas formulações de justiça para grupos ou contextos diversos incluem – além da ideia de igualdade – um padrão de avaliação, que deve ser aplicado como um pré-requisito à definição da categoria cujos membros devem ser tratados com igualdade. Portanto, a ideia de justiça se resolve na exigência de que uma decisão seja o resultado da aplicação correta de uma norma, como coisa oposta à arbitrariedade.

1.2. Teorias da justiça

Na história do pensamento jurídico foram sustentadas várias teorias de justiça. Essas teorias distinguem-se com base na resposta que deram à pergunta: qual é o fim último do direito?

As várias respostas a esta pergunta podem ser divididas em três grupos:

1) *A justiça é ordem*. Esta teoria surge do fato de se considerar como fim último do direito a paz social. Ela sustenta que os homens criaram o ordenamento jurídico para saírem do estado de anarquia e de guerra, no qual viveram no estado de natureza. O direito natural fundamental que esta teoria deseja salvaguardar é o direito à vida. O direito como ordem é o meio que os homens, no decorrer da civilização, encontraram para garantir a segurança da vida. Um exemplo desta concepção encontra-se na filosofia política de Hobbes (BOBBIO, 2000, p. 116).

2) *A justiça é igualdade*. Segundo esta concepção, que é a mais antiga e tradicional (deriva de Aristóteles na sua formulação mais clara), o fim do direito é o de garantir a igualdade, seja nas relações entre os indivíduos (o que geralmente é chamado de justiça comutativa), seja nas relações entre o Estado e os indivíduos (o que é chamado, tradicionalmente, justiça distributiva). O direito é aqui o remédio primeiro para as disparidades entre os homens, que podem derivar tanto das desigualdades naturais como das desigualdades sociais. Segundo esta teoria, não é suficiente que o direito imponha uma ordem qualquer: é preciso que a ordem seja justa e por "justa" entende-se, de fato, fundada no respeito à igualdade. Se imaginarmos

a justiça tendo a espada e a balança, a teoria do direito como ordem visa ressaltar a espada, e a do direito com igualdade, a balança. O direito natural fundamental que está na base desta concepção é o direito à igualdade (BOBBIO, 2000, p. 117).

3) *A justiça é liberdade*. Com base nesta concepção, o fim último do direito é a liberdade (e entenda-se a liberdade externa). A razão última pela qual os homens se reuniram em sociedade e constituíram o Estado é a de garantir a expressão máxima da própria personalidade, que não seria possível se um conjunto de normas coercitivas não tutelasse, para cada um, uma esfera de liberdade, impedindo a violação por parte dos outros. O ordenamento jurídico justo é somente aquele que consegue fazer com que todos os membros consorciados possam usufruir uma esfera de liberdade tal que lhes seja consentido desenvolver a própria personalidade segundo o talento peculiar de cada um, na mais ampla liberdade compatível com a existência da própria associação. Portanto, seria justo somente aquele ordenamento baseado na liberdade. Um exemplo de posicionamento desta concepção, no entender de Norberto Bobbio, é o pensamento jurídico de Emanuel Kant, que visou teorizar a justiça como liberdade (BOBBIO, 2000, p. 117-8).

1.3. Concepção normativista kelseneana

Para compreender a concepção normativista-legal do direito temos que, inicialmente, examiná-la à luz do pensamento de seu maior expoente – Hans Kelsen. Este jusfilósofo apresentou a *Teoria pura do direito* como uma crítica às concepções dominantes existentes no início do século XX. Tal teoria é decorrente da decadência do capitalismo-liberal. Ela é também oriunda de um mundo em que as ideologias totalitárias nascentes e suas primeiras experiências concretas conviviam com um liberalismo democrático em sua fase conservadora.

O positivismo jurídico da teoria kelseneana foi marcante para a ciência do direito em todo o mundo. A teoria pura do direito considera que o método e o objeto do direito deveriam ter enfoque normativo, desprendido de qualquer fato social ou valor. Em seus ensinamentos, na referida obra, Kelsen admitiu a possibilidade da existência de considerações axiológicas, somente não permitiu que tais aspectos fossem aplicados à ciência do direito, e, em sua metodologia jurídica, baseada no axioma da pureza, dispõe, ao lado da ciência do direito, uma teoria da justiça e uma investigação sociológica do direito.

É inconteste que a partir de Kelsen houve o surgimento de diversas teorias, ou para se filiarem a essa concepção normativista-legal ou para se contraporem a ela. Exemplos de teorias opostas à teoria kelseneana são: 1) a teoria sistêmica deduzida por Niklas Luhman, que investiga o fenômeno jurídico a partir do âmbito social, numa perspectiva interdisciplinar; 2) a teoria tridimensional do direito, que examina o direito sob a óptica do fato, valor e norma, consagrada pelo jusfilósofo brasileiro Miguel Reale.

Kelsen entende que o jurista deve caminhar de norma em norma, até a norma hipotética fundamental. Ele considera a estrutura lógica da ordem jurídica como piramidal, ou seja, o legislador, ao elaborar a lei, está aplicando a norma constitucional, e o juiz, ao sentenciar, está aplicando a lei. A maioria dos juristas da atualidade considera que o conceito do direito não pode identificar-se com o de norma, apresentando objeções à teoria pura do direito de Kelsen diante do seu caráter fragmentário e da própria insuficiência da concepção normativista-legal diante da complexidade das mudanças sociais.

1.4. O pensamento de Alf Ross

Para Alf Ross, há uma conexão entre o direito vigente e a ideia de justiça. Dentro deste pensamento pode-se distinguir dois pontos: primeiro, a exigência de que haja uma norma como fundamento de uma decisão; segundo, a exigência de que a decisão seja uma aplicação correta de uma norma. E, por isso, o problema pode ser formulado de duas maneiras, a saber:

a) Podemos nos indagar sobre o papel desempenhado pela ideia de justiça na formação do direito positivo, na medida em que é entendida com uma exigência de racionalidade, isto é, uma exigência de que as normas jurídicas sejam formuladas com a ajuda de critérios objetivos, de tal maneira que a decisão concreta tenha a máxima independência possível diante das reações subjetivas do juiz e seja, por isso, previsível.

b) Pode-se perguntar, então, que papel desempenha a ideia de justiça na administração da justiça, na medida em que essa ideia é entendida como uma exigência de que a decisão do caso individual aplique corretamente o direito vigente (ROSS, 2000, p. 326-30).

Respondendo à primeira indagação, Alf Ross destaca que, sem um mínimo de racionalidade (previsibilidade, regularidade), seria impossível a existência de uma ordem jurídica. Por outro lado, sustenta que a regularidade objetiva ou racionalidade formal é uma

ideia fundamental em todo direito, mas não é única. Estabelecidas em categorias determinadas por critérios objetivos, as normas se apresentam como valorações formalizadas da tradição cultural. Entretanto, a regra jurídica formalizada nunca pode expressar exaustivamente todas as considerações e circunstâncias relevantes. Inevitavelmente, quando se aplica ao caso individual, é possível que a norma conduza a resultados que não podem ser aprovados pela consciência jurídica como a expressão espontânea, não articulada, daquelas valorações fundamentais. Todo direito e toda administração da justiça, portanto, estão determinados, em aspectos formais, por um conflito dialético entre duas tendências opostas: por um lado, a tendência à generalização e à decisão em conformidade com critérios objetivos e, por outro lado, a tendência à individualização e à decisão à luz das valorações e apreciações subjetivas da consciência jurídica, ou – mais sumariamente – por um lado, a tendência para a justiça formal e, por outro, a tendência para a equidade concreta (ROSS, 2000, p. 330).

No que pertine à segunda indagação, quanto ao papel que desempenha a ideia de justiça na administração da justiça, na medida em que essa ideia é entendida como uma exigência de que a decisão do caso individual aplique corretamente o direito vigente, responde Alf Ross que:

"A justiça, concebida desta maneira como um ideal para o juiz (para todo aquele que tem que aplicar um conjunto determinado de regras ou padrões), é uma ideia poderosa na vida social. Representa o que se espera de um bom juiz e é aceita pelo próprio juiz como padrão profissional supremo. No que toca a isto, a ideia de justiça faz sentido. Refere-se a fatos observáveis. Qualificar uma decisão de injusta quer dizer que não foi realizada de acordo com o direito e que atende a um erro (injusta em sentido objetivo), ou a um desvio consciente da lei (injusta em sentido subjetivo) (ROSS, 2000, p. 330)."

Entretanto, é oportuno destacar que é difícil delimitar precisamente a palavra injustiça, mormente tendo em vista que nenhuma situação concreta enseja uma aplicação única da lei. Isto é verdade, inclusive, naqueles casos nos quais existe uma regra definida, expressa em termos fixos; e é verdade, certamente, num grau ainda maior, quando o caso é julgado de acordo com padrões jurídicos. Nesse passo, quais seriam os princípios de interpretação corretos? E que liberdade se deve proporcionar ao juiz? Para Alf Ross:

"Talvez a única maneira de responder a questão seja por meio de uma referência ao típico e normal na aplicação efetiva da lei. Decidir com objetividade é fazê-lo de forma típica normal; decidir subjetivamente é incorrer em desvios excepcionais. A decisão é objetiva (justa em sentido objetivo) quando cabe dentro de princípios de interpretação ou valorações que são correntes na prática. É subjetiva (injusta em sentido objetivo) quando se afasta disso (ROSS, 2000, p. 330-1)."

Atualmente a maioria absoluta dos juristas, em vários países, quer libertar da letra da lei o julgador, pelo menos quando da aplicação rigorosa dos textos resulte injusta dureza, ou até mesmo simples antagonismo com os ditames da equidade. Carlos Maximiliano destaca a célebre oração proferida por Ballot-Beaupré, primeiro presidente da Corte de Cassação, de França, ao solenizarem o centenário do Código Civil, que depois de afirmar o caráter obrigatório do texto legal ressaltou:

Os elementos normativos, sociológicos e axiológicos são essenciais para a interpretação e aplicação do direito

"Porém, quando o dispositivo apresenta alguma ambiguidade, quando comporta divergências acerca de sua significação e alcance, entendo que o juiz adquire os poderes mais amplos de interpretação; deve dizer a si mesmo que em face de todas a mudanças que há um século se têm operado nas ideias, nos costumes, nas instituições, no estado econômico e social da França, a justiça e a razão mandam adaptar liberalmente, humanamente, o texto às realidades e às exigências da vida moderna (MAXIMILIANO, 1995, p. 171)."

Julgar com justiça apresenta-se como o desafio constante do juiz moderno, uma vez que ele deve se valer dos princípios jurídicos, como o da razoabilidade e da proporcionalidade, num balanceamento dos interesses em conflito, observando, sempre, os fins sociais da lei e as exigências do bem comum, na fundamentação de suas decisões. Também é necessário que o magistrado tenha prudência, pois ao aplicar a lei em cada caso, ele interpreta o fenômeno jurídico. A interpretação e aplicação possuem um conteúdo eminentemente prático da experiência humana, vez que se espera uma decisão não apenas jurídica mas, também, de conteúdo social. Afinal, muda a sociedade, a forma de pensar o Estado, surgem novas tecnologias, a globalização econômica passa a ser uma realidade; tudo isso conduz à emergência de novos direitos civis e políticos que merecem a sua proteção.

2. Direitos civis e políticos *versus* internacionalização da economia

Com o surgimento da Organização das Nações Unidas, em 1945, e com a aprovação e proclamação da Declaração dos Direitos Humanos, de 1948, temos os grandes marcos da internacionalização dos direitos humanos. A partir daquela data considera-se cidadãos não apenas os detentores dos direitos civis e políticos, mas todos aqueles integrantes do âmbito da soberania de um Estado e que deste Estado recebem uma variedade de direitos e, também, de deveres.

O processo de internacionalização dos direitos humanos traça uma nova concepção de direitos de cidadania que, outrora, com a Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos, de 1789, sob o influxo da burguesia do liberalismo econômico, expressavam o conjunto dos direitos individuais e políticos. Antes disso, a proteção aos direitos do homem limitava-se a apenas algumas legislações internas, como a inglesa de 1684 e a americana de 1778.

A nova concepção de cidadania buscou afastar-se do conceito de soberania estatal absolutista, que concebia os Estados como únicos sujeitos de direito internacional público, com o escopo de salvaguardar os direitos fundamentais de todos os cidadãos. Nesse contexto, os indivíduos passam a ser sujeitos de direito internacional, que é dotado de mecanismos processuais eficazes para o resguardo desses direitos.

O direito internacional dos direitos humanos, que foi se consolidando após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945); oriundo dos horrores do nazismo, foi construído a partir de uma normatividade internacional até então inexistente. A estrutura normativa de proteção internacional aos direitos humanos, além dos instrumentos de proteção global, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, abrange, ainda, os instrumentos de proteção regional, pertencentes aos sistemas europeu, americano, asiático e africano. Os referidos sistemas são complementares, sendo que fica ao alvitre do cidadão que sofreu vulneração de direitos a escolha do aparato que mais o beneficie. O direito internacional dos direitos humanos se afirma a cada dia como um novo ramo do direito, dotado de princípios e regras, tendo como objetivo maior a proteção da dignidade da pessoa humana no âmbito nacional e internacional.

O “direito a ter direitos”, segundo Hannah Arent (2000), passou a ser a referência fundamental de todo o processo internacionalizante, e não seria diferente com relação ao processo de transnacionalização dos mercados. A internacionalização da economia é um processo que se acentuou ao longo da segunda metade do século XX, tendo como características marcantes a instantaneidade das informações e da comunicação, a padronização dos meios técnicos e a interconexão da economia de diferentes países. Embora a globalização econômica seja um fator preponderante, responsável pelo desenvolvimento das relações internacionais, por agir sob a égide das forças livres, ela acaba, muitas vezes, comprometendo os recursos naturais e o meio ambiente como um todo.

A justiça harmoniza as pretensões e interesses conflitantes na vida social da comunidade

Quando se falou em globalização econômica pela primeira vez, a ideia foi colocada como uma panaceia: novas tecnologias e métodos gerenciais promoveriam, por si só, o aumento geral da produtividade, o bem-estar de todos e a redução do abismo social dentro e fora das nações. Entretanto, passados poucos anos, verificou-se situação diversa, com o acúmulo de riqueza nas mãos de poucos e o aumento das desigualdades sociais. Ao lado dessa trágica realidade gerada pela globalização econômica, observou-se também a crescente degradação do meio ambiente e o uso descontrolado dos recursos naturais. Portanto, indispensável se faz que a sociedade recorra à pesquisa científica e tecnológica para auxiliar o almejado desenvolvimento sustentável.

A globalização propicia, em tese, um dinamismo econômico, do qual decorre a aceleração do progresso devido ao intercâmbio de conhecimento e às tecnologias. Contudo, ainda existem países que se recusam a cumprir protocolos assinados para a preservação do meio ambiente. Nesse contexto, como regular os direitos civis e políticos frente à transnacionalização dos mercados? Na regulação desses direitos é preciso encampar o pensamento de que a proteção dos direitos humanos, sejam civis ou políticos, na atualidade, envolve um exame interdisciplinar, “concita o intérprete a harmonizar fontes nacionais e supranacionais, reformula, em definitivo, o conceito de ordem pública, que se expande para os domínios da atividade econômica privada” (TEPEDINO, 1988, p. 107).

Verificam-se duas tendências contraditórias:

"De um lado, o intervencionismo supranacional sobre o direito interno da maior parte dos países europeus e americanos, a implicar rigoroso planejamento e pouquíssimo espaço para a soberania, valendo-se os centros de decisão de práticas notadamente autoritárias, na fixação das metas a serem alcançadas por cada país; e, de outro, um excessivo liberalismo entre as transferências de tecnologia, mão de obra e investimentos, com a derrubada das barreiras alfandegárias nas relações internacionais, como forma de formar mercados supranacionais. Daí decorrem diversas consequências em termos hermenêuticos, no que tange aos direitos humanos na atividade econômica privada (TEPEDINO, 1988, p. 114)."

Portanto, há um choque entre as fontes do ordenamento interno e as fontes externas. Gustavo Tepedino (1988) sustenta que esse contraste normativo não pode aniquilar os valores internos que garantem a estabilidade social e o respeito aos princípios constitucionais nacionais. Lembra, ainda, que "prevalece, em todo esse complexo processo, a ótica e a lógica da maximização dos resultados e da minimização dos custos". Nesse quadrante, nota-se que os direitos civis, políticos e sociais dos países subdesenvolvidos passam a ser vistos como "custo econômico da produção, no panorama da competição internacional" (TEPEDINO, 1988, p. 115).

Há dois grandes desafios: a implementação de investimentos em fatores que tragam competitividade internacional e investimentos sociais que garantam o exercício da cidadania e uma cultura de direitos humanos. Afirma Gustavo Tepedino (1988, p. 115) que a busca da competitividade:

"acaba por significar uma importação de produtos já elaborados – a melhores preços de produção – e a exportação dos empregos necessários a produzi-los, já que outros países se encontram mais preparados tecnologicamente para a competição, resultando em ulteriores fatores de desemprego, exclusão social, atentados a valores existenciais, sendo certo que, no caso brasileiro, os modelos anteriormente adotados de protecionismo interno não trouxeram competitividade, senão a consolidação de grandes cartéis e monopólios."

É imperioso reconhecer a necessidade de se construir um modelo econômico que gere, ao mesmo tempo, riqueza e bem-estar, concomitantemente à promoção da coesão social e da preservação

da natureza. O grande desafio da humanidade no século XXI está em desenvolver estratégias que garantam a sustentabilidade requerida, seja no âmbito social, econômico, jurídico, ecológico e cultural, a fim de resguardar os direitos de cidadania e obter justiça social.

3. As mudanças sociais e econômicas, a produção legislativa e o reflexo na atividade judicial

A humanidade vem se defrontando com diversos problemas típicos da sociedade pós-industrial, entre eles a dificuldade em compatibilizar o crescimento econômico com a proteção ao meio ambiente. Verifica-se que não há uma divisão equitativa dos benefícios do desenvolvimento tecnológico e econômico-financeiro entre as nações. Na verdade, há uma assustadora concentração de capital nos países desenvolvidos em detrimento dos demais, levando a um desequilíbrio socioeconômico e tecnológico, daí decorrendo a miséria, a pobreza, o subdesenvolvimento, as graves injustiças sociais, a corrupção, as epidemias. Esses problemas afetam todo o globo, gerando efeitos que se refletem em todas as direções, sendo mais sentidos no âmbito do consumidor e do ambiente, despertando a consciência de que urge implementar um consumo e um desenvolvimento sustentáveis. Nessa trajetória de descompassos econômicos e sociais, os direitos do consumidor e do meio ambiente foram alçados à categoria de novos direitos humanos fundamentais. Desta forma, indaga-se: como é possível a produção legislativa em contextos marcados pela velocidade e intensidade das transformações econômicas e pela proliferação de situações sociais novas e ainda não estruturadas? A produção legislativa não consegue atender a essas exigências da sociedade contemporânea.

Atualmente, observa-se que, além do controle da constitucionalidade, aos tribunais, em geral, compete a garantia direta contra lesões dos direitos fundamentais, a defesa de interesses difusos e o enfrentamento da obscuridade e ambiguidade dos textos legislativos, por vezes deliberada, em face dos difíceis processos de negociação. O juiz, como agente político (não partidário), é chamado a contribuir para a efetivação dos direitos sociais, procurando dar-lhes sua real densidade e concretude. Verifica-se que a politização do juiz deriva do fato de que ele soluciona litígios aplicando normas que são

condutoras de valores e expressões de um poder político. Não existe, assim, norma neutra. Logo, se o juiz é um aplicador de normas, não existe juiz neutro. Em verdade, no marco do Estado Constitucional de Direito, a atividade política e a atividade judicial estão estreitamente unidas pelo império do direito.

Um outro aspecto da politização do juiz está no fato de que as constituições modernas contemplam normas de conteúdo poroso, a ser complementado pela *praxis.* E o Poder Legislativo derivado, por sua vez, em muitas situações, não só não se esforça para preencher o vazio, senão prima por seguir a mesma técnica da legislação aberta, indeterminada. Incapaz de solucionar alguns megaconflitos modernos, muitas vezes o legislador acaba atribuindo ao Judiciário a responsabilidade de moldar a norma final aplicável.

O Judiciário não somente passou a solucionar os conflitos intersubjetivos de interesses, segundo o modelo liberal individualista, como também a atuar como órgão calibrador de tensões sociais, solucionando conflitos de conteúdo social, político e jurídico, além de implementar o conteúdo promocional do direito contido nas normas constitucionais e nas leis que consagram direitos sociais. De qualquer forma, "essa politização do juiz, que é inegável dentro do Estado Constitucional de Direito, concebido como fonte e limite do direito, não pode, no entanto, chegar ao extremo de lhe permitir a substituição da racionalidade jurídica pela racionalidade política" (GOMES, 1997, p. 47).

No que tange ao contexto antinômico, percebe-se que o produto legislado não está, também, imune a antinomias, ou seja, duas ou mais normas podem apresentar-se conflitantes. Nesse conflito de normas, a doutrina desenvolveu critérios mediante princípios jurídico-positivos para solucionar as antinomias aparentes. Quanto ao contexto lacunoso, verifica-se que o produto legislado está impregnado dos problemas relativos à incompletude do sistema jurídico, na visão de Uadi Lammêgo Bulos (1997, p. 127).

É válido registrar que não há unanimidade na doutrina quanto à questão de existirem ou não lacunas na ordem constitucional. Cuida-se de questão aberta, jungida à concepção jurídica de sistema. Para Bulos (1997, p. 127), se entendermos o sistema jurídico como sendo aberto, dinâmico, incompleto, abrigando normas, fatos e valores, "não há como considerar o dogma da plenitude hermética da ordem constitucional, do mesmo modo como não há uma plenitude da ordem jurídica em geral". Com a devida *venia* ao aludido mestre, filio-me ao pensamento sistemático e ao conceito de sistema na

ciência do direito na visão de Claus-Wilhelm Canaris (1996), no que concerne à ordem e à unidade como características do conceito geral de sistema, e, principalmente, à *teoria do ordenamento jurídico* de Norberto Bobbio (1999), no sentido de pensar o sistema como uma unidade, com coerência e completude lógicas.

O princípio da unidade do sistema do direito positivo é homólogo ao princípio da unidade no conhecimento jurídico-dogmático. A unidade de um sistema de normas é decorrente de um superior fundamento de validade desse sistema – a Constituição positiva, ou, em nível epistemológico, a Constituição em sentido lógico-jurídico, ou seja, a norma fundamental. A unicidade decorre da possibilidade também gnoseológica (lógico-transcedental) de se poder conceber todo o material jurídico dado como um só sistema. O sistema da ciência do direito é dotado de critérios que permitem decidir se uma dada proposição pertence ou não ao sistema, bem como se ela apresenta coerência interna, ou seja, compatibilidade entre os elementos proposicionais integrantes dos subsistemas e, ainda, completude.

A ideia de justiça se resolve na exigência de que uma decisão seja o resultado da aplicação correta de uma norma

A experiência demonstra que há contradições entre as proposições normativas de um mesmo nível, entre leis constitucionais, entre leis ordinárias, entre regulamentos e entre outros atos normativos. Tais contradições são elimináveis pelo princípio extralógico da norma de nível mais elevado sobre a norma de nível inferior, ou pelo critério, também extralógico, da sucessão temporal (norma de mesmo nível revoga norma anteriormente promulgada); da norma geral que admite a contraposição contraditória de uma norma especial, estatuindo para todos os casos compreendidos num conjunto, menos para alguns que se excetuam.

Dentro do sistema jurídico é possível encontrar solução para qualquer problema, pois, nos casos de aparente incompletude da norma, os princípios do ordenamento jurídico apresentam a resposta para essas antinomias. Ainda que existam vazios normativos dentro do sistema, tais lacunas podem ser preenchidas ou colmatadas mediante a analogia, os costumes, os princípios gerais de direito e a equidade, com a observância dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade. Nota-se que o novo paradigma pós-positivista baseia-se na juridicidade dos princípios.

4. Crítica que o novo paradigma da ciência pós-moderna traz para a ciência do direito

A crítica que o novo paradigma da ciência na pós-modernidade apresenta para a ciência do direito reside na própria crise do sistema judiciário no sentido da busca de uma nova função social da magistratura e na construção de um novo perfil rente à pós-modernidade. A magistratura consciente dessa crise e da necessidade da sua superação deve, segundo Bistra Stefanova Apostolova (1998), "questionar os imperativos da cultura jurídica liberal, que se constitui como fator impeditivo de sua transformação em mediadores qualificados das novas formas de conflituosidade".

Nesse contexto de crise institucional, o Poder Judiciário, mediante uma atuação criativa, pragmática e social do juiz, pretende superar tais desafios. Neste mister, se, de um lado, o magistrado passa a ser protagonista ativo na efetiva concretização dos direitos fundamentais e de cidadania, por outro, deve embasar suas decisões numa visão humanista, multidisciplinar – melhor dizendo, transdisciplinar – e pragmática, buscando novos espaços para o consenso.

A função dos juízes, ao longo do século XIX, estava orientada no sentido de legitimar a atuação do legislador que possuía um lugar de destaque político no contexto da distribuição dos poderes constitucionais. O distanciamento da atuação do juiz do campo da política visava assegurar a reprodução fiel do direito positivo legislado na resolução dos conflitos individualizados, garantindo, desta maneira, os direitos e as liberdades individuais. Em síntese, esse tipo de configuração das funções dos magistrados correspondia ao entendimento de legitimidade e de distribuição do poder político num sistema orientado pelos imperativos do liberalismo.

A partir do final do século XIX, devido às transformações políticas, econômicas e culturais que marcaram o desenvolvimento do Estado moderno, começou também a ser modificado o significado sociopolítico das funções dos magistrados. No entanto, consoante Boaventura de Sousa Santos, foi só após a Segunda Guerra Mundial que, nos países centrais, se consolidou uma nova forma de Estado, o Estado-Providência. No que diz respeito aos países periféricos e semiperiféricos, o referido autor observa a não adequação dessa cronologia às realidades históricas desses países, nos quais até os direitos de cunho liberal, chamados também de direitos de primeira

geração ou direitos clássicos, são constantemente desrespeitados (SANTOS, 1996, p. 34-43).

No Brasil do final do século XX, a questão da implementação plena das bases do Estado de Bem-Estar Social continua sendo um tema polêmico. Não obstante, a cultura jurídica e as práticas de aplicação do direito apresentam, nas últimas duas décadas, modificações significativas que as aproximam às características do direito social, base de sustentação jurídica e política do Estado-Providência (MACEDO JUNIOR, 1995, p. 51).

Com o aumento da complexidade do Estado e o surgimento de novos grupos e atores sociais, fruto da atuação acentuada dos movimentos sociais no final da década de 70, a sociologia do direito constatou que o modelo liberal, no qual se embasava o exercício da magistratura, entrou definitivamente em crise, determinando a erosão da legitimação clássica da atuação dos juízes. Verifica-se, naquele período, a perda da importância do sistema judicial na resolução dos conflitos e o aumento de mecanismos privados de solução de litígios de caráter antissocial, tanto entre as camadas mais pobres da população, com o extermínio de moradores de rua, como entre as mais ricas, que, valendo-se do seu poder econômico, nem sempre se submetem à normatividade estatal.

Um outro aspecto da politização do juiz está no fato de que as constituições modernas contemplam normas de conteúdo poroso, a ser complementado pela *praxis*

Para Bistra Stefanova Apostolova, o sinal de uma *práxis* judicial adequada à demanda pós-moderna por direitos surgiu na época da transição democrática dos anos 80, protagonizada pela atuação do movimento Juízes Alternativos e da Associação Juízes para a Democracia (APOSTOLOVA, 1998).

Eliane Botelho Junqueira interligou o surgimento dos juízes alternativos com o processo de democratização que tornou visível o confronto entre a ordem jurídica liberal e os conflitos de natureza coletiva, processo esse derivado da necessidade de garantia de direitos sociais mínimos para a maioria da população (JUNQUEIRA, 1993).

Os juízes desse movimento entendem o direito na sua função transformadora da sociedade, orientada pelos valores jurídicos do Estado Democrático de Direito positivados na Constituição Federal. Não é diversa a essência do uso alternativo do direito, cujos adeptos se posicionam no sentido da defesa da parte mais fraca numa relação

jurídica, na tentativa do resgate da dimensão social da atividade do juiz. Os referidos movimentos de juízes críticos visavam oferecer respostas adequadas à demanda por direitos dos novos movimentos sociais, que questionavam a racionalidade formal do ordenamento jurídico, colocando em xeque o paradigma que está na base da atuação tradicional do Judiciário, abrindo a discussão sobre a função social da atuação do juiz no contexto da perda da legitimidade das funções clássicas das instituições estatais.

José Eduardo Faria sintetizou três linhas fundamentais para a compreensão da atuação dos adeptos ao direito crítico, que explicitam os termos da ruptura dos movimentos de juízes críticos com o paradigma positivista-legalista dominante na cultura jurídica brasileira. Em primeiro lugar, esses juízes percebem o ordenamento jurídico como um sistema incompleto e aberto, levando em consideração que ele reproduz as contradições sociais, econômicas e políticas da complexa sociedade brasileira. Em segundo lugar, os juízes críticos procuram a justiça substancial e não a justiça formal, valorizando as relações concretas dos homens e enfatizando, nesse sentido, a importância da contextualização da lei. E, por último, esses juízes veem a sentença judicial não como fruto da subsunção lógica e obrigatória, mas como compromisso político entre exigências inconciliáveis (FARIA, 1992).

As interpretações divergentes dos textos legais começaram a transformar paulatinamente o processo jurídico, acentuando uma visão contemporânea do processo, segundo o qual o espaço do Judiciário transformou-se em uma reprodução do atual cenário político-social brasileiro marcado pelas ações coletivas e conflitivas dos vários atores sociais. Os conteúdos das sentenças sobre uma mesma questão variam em função das inclinações ideológicas e doutrinárias dos magistrados, fato revelador da luta simbólica entre os profissionais do campo (FARIA, 1992).

José Geraldo Sousa Júnior, no seu livro *Para uma crítica da eficácia do direito,* estudou o pluralismo jurídico sob uma perspectiva sociológica, entendendo que no mesmo espaço político podem existir diversos sistemas jurídicos, decorrentes da multiplicidade das fontes do direito. Ele considera necessário fazer algumas diferenciações no conceito do pluralismo, já que percebe a insuficiência da convivência plural sob os critérios da liberdade formal e da tolerância "para a superação da desigualdade real subjacente às conotações socioeconômicas dos diferentes sistemas de valores"; nesse sentido, o pluralismo valorativo deveria fomentar o desenvolvimento da

consciência crítica dos homens, visando à superação da desigualdade real (SOUSA JÚNIOR, 1984).

No Brasil, o movimento crítico dos juízes surgiu num momento em que as demandas dos setores da sociedade por direitos sociais e coletivos superavam as possibilidades da oferta dos códigos, inspirados em uma visão liberal-individual do mundo, e essas demandas exigiam do juiz uma interpretação crítica do direito em condições de dar maior legitimidade à sua atuação de acordo com as aspirações dos novos movimentos sociais. Esses juízes, indo de encontro às rígidas rotinas burocráticas presas a exigências formais, procuraram a realização da justiça substantiva, atendendo às peculiaridades de cada caso concreto. Posicionando-se jurídica e eticamente ao lado da parte mais fraca da relação jurídica, eles opuseram-se ao predomínio do valor econômico.

Há unanimidade na doutrina quanto à questão de existirem ou não lacunas na ordem constitucional

Será possível que os magistrados atuem ao mesmo tempo na superação das desigualdades de oportunidades e na organização de um sistema judiciário reconhecido por todos os atores sociais em confronto como o espaço institucional adequado para a discussão racional das diferenças? Na literatura jurídica há inúmeras críticas e indagações em relação à atuação dos juízes críticos, as quais refletem a complexidade do tema e a importância do debate para explicitar as consequências jurídicas, políticas e sociais do agir desses magistrados.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior indaga: "em que medida, no contexto da sociedade pós-moderna, os adeptos ao uso alternativo do direito, que politizam o exercício da profissão, não contribuem para a transformação do Direito em um simples bem de consumo, fomentando uma relação pragmática do jurista com o mundo, típica do agir político?" (FERRAZ JÚNIOR, 1994). Não concordamos com este posicionamento, visto que o juiz que observa a concepção pragmatista de direito avalia comparativamente diversas hipóteses de resolução de um caso concreto tendo em vista as suas consequências. De todas as possibilidades de decisão, ele tenta supor consequências e, do confronto destas, busca escolher aquela que melhor corresponde às necessidades humanas e sociais, ao invés de se fechar dentro de seu próprio sistema, ou subsistema jurídico. Esta concepção de direito implica a adoção de recursos não jurídicos em sua aplicação e contribuições de outras disciplinas em sua elaboração.

É fundamental que a especialização dos juristas seja complementada com novas sínteses que permitam obter as perspectivas necessárias para a concretização do direito, dentre elas a concepção filosófico-pragmática. Não se pode fazer ciência social ou jurídica sem sentido histórico, experiencial, sem nenhum compromisso direto com as condições materiais da sociedade e com os processos nos quais os atores sociais estão inseridos.

Em face do processo de definição da função social do juiz contemporâneo, é oportuno destacar que, a despeito das referidas críticas aos juízes que conferem um uso alternativo ao direito, e apesar de não compartilhar várias de suas ideias, entre elas a da incompletude do ordenamento jurídico, dada, a meu sentir, a possibilidade de sempre haver uma resposta efetiva de cunho social, educativo e pedagógico através das decisões judiciais, dentro do ordenamento jurídico, inclusive com uma concepção pragmatista de direito, bastando para tanto observar os princípios e valores constitucionais, entendo relevante e valorosa a busca dos juízes críticos em dar uma resposta efetiva de cidadania, principalmente durante os anos 80, época em que os valores e princípios democráticos estavam começando a se estabelecer como fundamentais à dignidade da pessoa humana.

Desta forma, verifica-se que a nova ordem do discurso que está produzindo o conhecimento jurídico atualmente, segundo Bistra Stefanova Apostolova (1998), centra-se na compreensão do juiz como "agente político ativo na construção de uma nova ordem legal adequada aos tempos pós-modernos, nos quais o Direito e a Justiça são objetos de permanente luta, discussão e contextualização". Para tanto, faz-se necessário obter novas abordagens pela via multidisciplinar, de forma humanista e pluralista.

Considerações finais

O desafio do juiz moderno está em julgar com justiça, eis que ele deve valer-se dos princípios jurídicos, como o da razoabilidade e da proporcionalidade, num balanceamento dos interesses em conflito, observando sempre os fins sociais da lei e as exigências do bem comum na fundamentação de suas decisões. É indispensável que o magistrado tenha prudência, pois, ao aplicar a lei em cada caso ele interpreta o fenômeno jurídico. A interpretação e aplicação possuem um conteúdo eminentemente prático da experiência humana, vez

que se espera uma decisão não apenas jurídica, mas também de conteúdo social. Afinal, mudam a sociedade e a forma de pensar o Estado, surgem novas tecnologias, a globalização econômica passa a ser uma realidade; tudo isso conduz à emergência de novos direitos civis e políticos que merecem a sua proteção.

Vale lembrar que, após a proclamação da Declaração dos Direitos Humanos, de 1948, temos o grande marco do princípio do processo de internacionalização dos direitos humanos. A partir daquela data consideram-se cidadãos não apenas os detentores dos direitos civis e políticos, mas todos aqueles integrantes do âmbito da soberania de um Estado e que deste Estado recebem uma variedade de direitos e, também, deveres. Trata-se de uma nova concepção de direitos de cidadania, que buscou se afastar do conceito de soberania estatal absolutista, com o escopo de salvaguardar os direitos fundamentais de todos os cidadãos.

O direito internacional dos direitos humanos se afirma a cada dia como um novo ramo do direito, dotado de princípios e regras, tendo como objetivo maior a proteção da dignidade da pessoa humana no âmbito nacional e internacional. O "direito a ter direitos", segundo Hannah Arent (2000), passou a ser a base primordial de todo o processo internacionalizante; portanto, não seria surpreendente com relação ao processo de transnacionalização dos mercados que, na regulação desses direitos, a proteção dos direitos humanos, sejam civis ou políticos, na atualidade, envolvesse um exame interdisciplinar.

Dois grandes desafios advêm da globalização econômica – investir em fatores econômicos que tragam competitividade internacional, e investir em fatores sociais que permitam o exercício da cidadania e o fortalecimento de uma cultura de direitos humanos –, e eles representam duas faces de uma mesma realidade de aparente incompatibilidade e de difícil coexistência para muitos, eis que demandam a construção de um modelo econômico que, simultaneamente, contemple a promoção social-econômica e a necessária preservação do meio ambiente.

O grande desafio da humanidade no século XXI está em desenvolver estratégias que garantam a sustentabilidade requerida, seja no âmbito social, econômico, jurídico, ecológico e cultural, a fim de resguardar os direitos de cidadania. Nesse contexto, marcado pela velocidade e intensidade das transformações econômicas e pela proliferação de situações sociais novas e ainda não estruturadas, verifica-se que a produção legislativa não consegue acompanhar tais demandas, a despeito de serem utilizadas técnicas como as cláusulas gerais que conduzem à acolmatação, pelo órgão julgador, dos fatos sociais frente à

norma legislada, no sentido da concretização do direito e da atualização da norma.

O contínuo crescimento e diversificação das necessidades da sociedade, no que concerne à regulação pelo Poder Legislativo, tornou insustentável o monopólio parlamentar; por conseguinte, a partilha da competência legislativa com o Poder Executivo vai implicar a extensão das competências próprias do órgão de controle da lei – o Poder Judiciário. Portanto, abandona-se a crença na autossuficiência de um processo lógico-dedutivo que reduziria a interpretação a uma exegese do texto, e passa-se a destacar a importância decisiva da *applicatio*, pela qual qualquer ato de interpretação constitui um aditamento de sentido. As alterações produzidas no exercício da função jurisdicional não só denunciam um crescimento inédito da sua influência social como, decididamente, arrancam os juízes do elenco de figurantes do Estado moderno, atribuindo-lhes um protagonismo a que, relutantes, acabaram por aceder. Em decorrência, o Judiciário enfrenta a articulação de um direito positivo, conjuntural, evasivo, transitório, complexo e contraditório, numa sociedade de conflitos crescentes, envolta na globalização econômica, e, por isso, impõe-se a diversificação do Judiciário para atender às necessidades de controle da norma positiva.

De outra face, inúmeras críticas têm sido feitas recentemente à atuação do Poder Judiciário no Brasil; contudo, carece este Poder de melhores instrumentos de trabalho. A legislação nacional, além da técnica deficiente, é hoje de produção igualmente caótica, bem como deficientes são os instrumentos disponíveis ao Judiciário, porque já não se aceita a verdadeira liturgia do processo, o amor desmedido pelos ritos, que quase passaram a ter fim em si mesmos. O Judiciário, nos tempos atuais, não pode se propor a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, visto que é chamado a contribuir para a efetivação dos direitos sociais, procurando dar-lhes sua real densidade e concretude. O juiz deve estar atento às transformações do mundo moderno, porque, ao aplicar o direito, não pode desconhecer os aspectos sociais, políticos e econômicos dos fatos que lhe são submetidos. Cabe ao juiz exercer a atividade recriadora do direito através do processo hermenêutico, bem como adaptar as regras jurídicas às novas e constantes condições da realidade social e, com responsabilidade, deve buscar as soluções justas aos conflitos, sempre com a observância dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

O modelo pós-positivista vigente investe na juridicidade dos princípios ante a insuficiência da concepção jurídica normativista-legal diante da dinâmica da realidade social em contínua mutação e complexidade. Verifica-se que, de um lado, há o direito instituído formalmente e, de outro, a normatividade que emerge das relações sociais, o que leva à necessidade de novas condições sociais e teóricas para orientar a cognição do direito e a atuação de seus operadores. Nesse contexto, percebe-se a emergência de novos movimentos sociais e de novos sujeitos de direito neles constituídos, em decorrência do surgimento de novos conflitos e da ocorrência de um efetivo pluralismo jurídico. Trata-se de uma crise decorrente do esgotamento dos fundamentos que atinge todas as instituições sociais, não sendo diferente com relação à ciência do direito e ao sistema judiciário, que não podem mais servir-se do referencial da cultura legalista que os construíram. Este processo oportuniza o espaço de crítica sobre o próprio pensar e o agir dos juízes e assegura condições para o debate aberto sobre o *Direito* e a *Justiça*. Cuida-se de um apelo ao poder criativo dos juízes e, também, à renovação das instituições para abertura de novos espaços públicos e condições para o debate e para a construção de novos consensos, no sentido da plena concretização dos direitos de cidadania e do fortalecimento da cultura de direitos humanos.

Referências

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito*: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 1996.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder Judiciário*: do moderno ao contemporâneo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro.* 5a. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania*: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente.* Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico.* Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999.

_____. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant.* Trad. Alfredo Fait. 2. ed. São Paulo: Editora Mandarim, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito.* 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

DINIZ, Maria Helena. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito:* os juízes em face dos novos movimentos sociais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 12-41, 1994.

_____. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

GOMES, Luís Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *A sociologia do direito no Brasil*: introdução ao debate atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Forense, 2003.

LARENZ, Karl. *Metodologia de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel, 1996.

MACEDO JUNIOR, R. P. A Evolução Institucional do Ministério Público Brasileiro. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Uma introdução ao estudo da Justiça.* São Paulo: Sumare, 1995.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro, 1995.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo.* São Paulo: Dialética, 1998.

_____.*Controle jurisdicional da administração pública.* São Paulo: Dialética, 1999.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ROSS, Alf. *Direito e justiça.* São Paulo: Edipro, 2000.

SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do Judiciário e a visão dos juízes. *Revista USP,* São Paulo, n. 21, p. 34-45, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da administração da Justiça. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de; AGUIAR, A. R. A. (Orgs.). *Introdução crítica ao direito do trabalho.* Brasília, p.104-125.1993. (Série O Direito Achado na Rua, v. 2).

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais,* São Paulo, v. 11, n. 30, p. 29-62, fev. 1996.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. *Para uma crítica da eficácia do direito.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1984.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O juiz, seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo.* Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas. *Revista do Ministério Público.* Rio de Janeiro, v. 4, n.7, jan./jun., p. 103-16, 1998.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Teoria geral do controle jurídico do Poder Público.* Lisboa: Cosmos, 1996.

ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES (ABRIGOS): ATÉ QUANDO?

SERGIO LUIZ KREUZ*
Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude de Cascavel – PR

EXCERTOS

"A causa do grande número de crianças acolhidas é, basicamente, a total falta de estrutura das varas de infância e juventude de todo Brasil e a ineficiência das redes de atendimento à criança"

"É preciso atentar para o fato de que, infelizmente, crianças maiores de sete ou oito anos de idade, crianças ou adolescentes com problemas de saúde, necessidades especiais e grupos de irmãos dificilmente serão adotados"

"O preconceito impede que nós brasileiros as adotemos, mas também não permitimos que os estrangeiros o façam, afinal de contas somos um país de primeiro mundo e temos condições de cuidar de nossas crianças"

"Não sendo possível a reintegração na família de origem, na família extensa, não sendo possível a adoção, que são os objetivos primeiros a serem perseguidos, nesta ordem, precisamos assegurar a estas crianças e adolescentes que vivem em instituições ao menos um acolhimento familiar"

"Precisamos exercer uma pressão social para que os acolhimentos institucionais sejam definitivamente extintos em nosso país e substituídos por acolhimentos familiares, para aquelas situações em que o afastamento da família de origem seja absolutamente necessário"

***Outras qualificações do autor**

Mestre em Direito das Relações Sociais (UFPR). Autor do livro: Direito à Convivência Familiar da Criança e do Adolescente: Direitos Fundamentais, Princípios Constitucionais e Alternativas ao Acolhimento Institucional (Ed. Juruá).

Em dezembro de 1989, Nicolae Ceausescu e sua mulher Elena, na tentativa de fugir da Romênia, foram apanhados pelo exército, sumariamente julgados e fuzilados no dia de Natal do mesmo ano. Era o fim de 25 anos de forte repressão, excêntrica ditadura comunista, miséria e sofrimento do povo romeno.

Durante seu governo (1965-1981) Ceausescu implantou na Romênia um inusitado programa de natalidade, com o objetivo de aumentar significativamente a população romena. Proibiu o aborto e todos os métodos anticoncepcionais. Criou pesados impostos sobre aqueles que não tivessem filhos ou tivessem poucos, que ficou conhecido como o "imposto do celibato". A polícia chegava a conduzir as mulheres em idade fértil, durante o trabalho, para ginecologistas com o objetivo de averiguar se estavam procriando suficientemente. O resultado foi a explosão das taxas de natalidade, que aliado à miséria teve como consequência números absurdos de abandono de crianças. Ao final de regime de Ceausescu, em 1989, a Romênia tinha mais de 170.000 crianças e adolescentes vivendo em instituições do governo.

A tragédia romena, no entanto, permitiu que três professores, Charles A. Nelson III, da Harvard Medical School, Nathan A. Fox, da University of Maryland, e Charles H. Zeanah, da Tulane University, em cooperação com o governo romeno, a partir de 1999 desenvolvessem um trabalho para avaliar as consequências sobre o cérebro e no desenvolvimento das crianças e adolescentes que viviam naquelas instituições.

O programa ficou conhecido como "Projeto de Intervenção Precoce de Bucareste" e seus resultados foram publicados recentemente na revista "Scientific American Brasil", de maio de 2013[1].

Os pesquisadores selecionaram 136 crianças abandonadas em instituições governamentais, entre 6 e 36 meses de idade, todas sem problemas neurológicos ou genéticos. Aleatoriamente as crianças foram divididas em dois grupos. Metade foi transferida para acolhimento familiar e outra metade permaneceu nas instituições. Além disso, foi selecionado outro grupo de crianças, nas mesmas condições de idade e saúde e que nunca haviam sido institucionalizadas e que viviam com suas famílias de origem.

Como ainda não havia programa de acolhimento familiar na Romênia, foi necessário implantá-lo. As famílias acolhedoras foram selecionadas, recebiam apoio técnico e uma remuneração

pelos cuidados. Essas crianças foram estudadas e acompanhadas durante 10 anos. Os pesquisadores concluíram que o acolhimento institucional foi trágico na vida dessas crianças. "Aos 30, 40 e 52 meses, o QI médio do grupo institucionalizado apresentou pontuação entre 70 e 75, enquanto crianças adotadas (em acolhimento familiar) mostraram cerca de 10 pontos a mais. Não foi surpresa que o QI de cerca de 100 foi padrão médio para o grupo que nunca ficou nas instituições."[2]

Outro dado relevante da pesquisa comprovou que "uma criança acolhida em um lar por volta dos dois anos de idade teve um QI significativamente maior que alguém que passou a viver com uma família após essa idade". Significa dizer que a idade limite para que uma criança seja colocada em convivência familiar é por volta dos dois anos de idade. "As crianças encaminhadas a acolhimento familiar antes do fim do período crítico de dois anos se saíram muito melhor que as que permaneceram em uma instituição quando testadas mais tarde (aos 42 meses) em quociente de desenvolvimento (QD), medida de inteligência equivalente ao QI, e na atividade elétrica cerebral, conforme avaliação por eletroencefalogramas (EEGs)."[3]

Os pesquisadores concluíram também que a maioria das crianças institucionalizadas apresentava vínculos afetivos incompletos ou anormais. Apenas 18% das crianças institucionalizadas, 42 meses depois do acolhimento, conseguiram criar vínculos afetivos seguros, enquanto que com as crianças que estavam em acolhimento familiar esse número chegou a 68%. Os pesquisadores ainda observaram outras diferenças entre as crianças que viviam com famílias e outras que viviam nas instituições, além das diferenças significativas de QI, como atraso no desenvolvimento da linguagem, problemas de relacionamento e até diagnóstico psiquiátrico (53% para as institucionalizadas contra 20% das que nunca foram institucionalizadas). Os índices de depressão e ansiedade também são o dobro nas crianças institucionalizadas. Observaram, ainda, que crianças institucionalizadas têm volume cerebral menor do que as que não estão institucionalizadas.

A pesquisa referida, portanto, comprova cientificamente o que os psicólogos e psiquiatras (como Bowlby, Spitz e Winnicott) vêm sustentando há muito tempo. Lídia Weber e Lúcia Kossobuddzki alertam para a dificuldade que as crianças institucionalizadas têm para criar vínculos e os prejuízos decorrentes desta carência afetiva[4].

De acordo com os dados do Conselho Nacional de Justiça, se estes estiverem realmente atualizados, temos hoje no Brasil perto de 50.000 crianças vivendo em instituições de acolhimento. É bom lembrar que esse número de acolhidos vem aumentando mês a mês (em março de 2011 eram 29.000), mesmo depois da Lei 12.010, de 2009, cujo objetivo era propiciar a convivência familiar com maior rapidez, para crianças e adolescentes que hoje lotam as unidades de acolhimento por todo Brasil.

Pois bem, passados quatro anos da nova lei, a realidade das crianças acolhidas continua praticamente inalterada e o número de acolhidos não para de crescer, apesar da melhoria das condições socioeconômicas do povo brasileiro, inclusive do IDH. O Conselho Nacional de Justiça impõe uma série de medidas, principalmente aos magistrados, como os cadastros de adotantes, adotandos, crianças acolhidas, além das audiências concentradas etc., com o objetivo de acelerar as reintegrações familiares ou a colocação das crianças em famílias substitutas, abreviando e diminuindo os acolhimentos.

Mais importante que a nacionalidade dos adotantes é o amor, o carinho e o afeto de uma família

A razão para que tantas crianças e adolescentes continuem sendo acolhidos, no entanto, não estava e não está na lei, o que se comprova pelos números dos acolhimentos. A causa do grande número de crianças acolhidas é, basicamente, a total falta de estrutura das varas de infância e juventude de todo Brasil e a ineficiência das redes de atendimento à criança. Pouquíssimas varas de infância e juventude contam com equipes técnicas preparadas e experientes. Poucos municípios brasileiros têm rede de atendimento estruturada para atender a criança e adolescente vítima de violência, de abandono, de maus tratos, e muito menos seus responsáveis, o que impede que sejam adotadas medidas céleres e eficientes de proteção. A alternativa, então, na maioria das vezes a única, é o acolhimento institucional, que tende a se procrastinar pelo desinteresse do poder público em atacar as causas do problema.

Outrossim, é preciso atentar para o fato de que, infelizmente, crianças maiores de sete ou oito anos de idade, crianças ou adolescentes com problemas de saúde, necessidades especiais e grupos de irmãos dificilmente serão adotados. Os brasileiros não os

desejam. Há um preconceito enorme em relação a estes. Restava a alternativa da adoção internacional, mas totalmente desestimulada pelo governo brasileiro, que impõe severas restrições às adoções internacionais. Não bastasse isso, há um descabido preconceito das autoridades em geral no que se refere às adoções internacionais, não raras vezes associadas ao tráfico de crianças. Cumpre registrar que não há um único caso comprovado de tráfico de crianças que passaram pelo processo judicial de adoção nos últimos vinte anos no país.

O preconceito impede que nós brasileiros as adotemos, mas também não permitimos que os estrangeiros o façam, afinal de contas somos um país de primeiro mundo e temos condições de cuidar de nossas crianças. Pena que ninguém se preocupe em saber o que os verdadeiros interessados, ou seja, as crianças e adolescentes acolhidos, sedentas do amor e do carinho de um pai ou de uma mãe, independentemente de sua nacionalidade, acham dessa hipocrisia nacional. Certamente, mais importante que a nacionalidade dos adotantes é o amor, o carinho e o afeto de uma família.

Ante esse quadro, considerando que a maioria das crianças acolhidas já se encontra em idade incompatível com a adoção, estamos diante de uma realidade cruel. Milhares de crianças e adolescentes estão condenados a crescer em instituições e serão, na expressão de Roberto da Silva, "filhos do governo"[5].

Para estes nossos irmãos o direito constitucional da convivência familiar (art. 227 da CF) será apenas expressão de retórica, a não ser que nós juízes, promotores de justiça, técnicos, autoridades do executivo e sociedade em geral compreendamos a necessidade de que toda criança e adolescente tenha uma família, tenha a experiência da convivência familiar, independentemente do modelo.

Não sendo possível a reintegração na família de origem, na família extensa, não sendo possível a adoção, que são os objetivos primeiros a serem perseguidos, nesta ordem, precisamos assegurar a estas crianças e adolescentes que vivem em instituições ao menos um acolhimento familiar. Nos programas de acolhimento familiar, que começam a engatinhar no Brasil, o atendimento à criança será muito mais próximo, individualizado, com possibilidade de criação de vínculos afetivos, tão importantes para o desenvolvimento da criança e do adolescente.

Em 2006 iniciou-se na cidade de Cascavel (PR), numa parceira entre o município (Secretaria de Assistência Social), Vara da Infância e da Juventude e Ministério Público, um programa de acolhimento familiar que hoje, certamente, é um dos maiores e mais bem sucedidos do país. Mais de 140 crianças e, principalmente, adolescentes (75% do total de acolhidos da cidade) não permanecem mais em abrigos ou instituições, mas estão em famílias acolhedoras, onde, caso não retornem para sua família de origem ou não sejam adotados, podem permanecer até os 21 anos de idade, com total apoio para escolarização, profissionalização e preparação para a vida independente.

A grande vantagem dos acolhimentos familiares é o atendimento individualizado, a possibilidade de experimentar a convivência familiar harmônica, o desenvolvimento das potencialidades, a criação de vínculos, enfim, uma referência de família, como restou comprovado pela pesquisa realizada pelos professores Charles A. Nelson III, Nathan A. Fox e Charles H. Zeanah.

Considerando que a maioria das crianças acolhidas já se encontra em idade incompatível com a adoção, estamos diante de uma realidade cruel

Precisamos exercer uma pressão social para que os acolhimentos institucionais sejam definitivamente extintos em nosso país e substituídos por acolhimentos familiares, para aquelas situações em que o afastamento da família de origem seja absolutamente necessário.

Países como EUA e Canadá já implementaram os acolhimentos familiares no século XIX; outros como Inglaterra e Israel em meados do século XX; França, Itália e Espanha a partir da década de 1970, onde hoje o acolhimento familiar é a medida de proteção mais utilizada[6].

Até mesmo sob o ponto de vista constitucional os acolhimentos institucionais são questionáveis, pois, sob o pretexto de proteger a criança, retiramos dela um direito fundamental, que é justamente a convivência familiar (art. 227 da CF). A Constituição não garante à criança o direito a viver numa instituição, mas lhe garante o direito a uma família e o Estado precisa fazer um esforço para garantir esse direito.

O risco que corremos, com o aumento dos acolhimentos, com essa mentalidade de achar que as leis resolvem tudo e que não há necessidade de nenhum investimento, é de em pouco tempo estarmos repetindo, no Brasil, a tragédia da Romênia.

Notas

[1] Cicatrizes profundas. *Scientific American Brasil*. São Paulo: Duetto Editorial, maio de 2013, p. 50-55.

[2] Op. cit., p. 54.

[3] Op. cit., p. 54.

[4] Weber, Lídia Natalia Dobrianskyj; Kossobudzki, Lucia Helena Milazzo. *Filhos da solidão*: institucionalização, abandono e adoção. Curitiba: Governo do Estado do Paraná, 1996, p. 141.

[5] SILVA, Roberto. *Os filhos do governo*: A formação da identidade criminosa em crianças órfãs e abandonadas. São Paulo: Ática, 1998.

[6] Costa, Nina Rosa do Amaral; Rossetti-Ferreira, Maria Clotilde. *Acolhimento familiar*: uma alternativa de proteção para crianças e adolescentes. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/prc/v22n1/15.pdf>. Acesso em: 08 de agosto de 2013.

SENTENÇAS QUE NÃO PASSAM EM JULGADO

GELSON AMARO DE SOUZA*
Doutor em Direito (PUC/SP)

GELSON AMARO DE SOUZA FILHO**
Advogado e jornalista

RESUMO

Com este estudo procura-se fazer uma abordagem sobre a coisa julgada e a sua configuração no tempo. Sabe-se que a norma processual faz referência ao não cabimento de recurso, mas não esclarece se este não cabimento de mais recurso se refere ao julgado (decisão, sentença e acórdão) ou está se referindo à impossibilidade de mais recurso no mesmo processo. Procurar-se-á demonstrar que uma interpretação lógica e sistemática leva à conclusão de que a impossibilidade recursal referida na norma está ligada ao final do processo. Enquanto existir processo, poderá haver recurso. Somente quando finalizado ou encerrado o processo é que não mais será cabível recurso e o julgado se torna imutável.

ABSTRACT

This study aims to establish an approach about res judicata and its setting in time. It's known that, in this situation, an appeal is not allowed, but the procedural law does not clarify if this restriction refers to the final decision or to the impossibility of a further appeal in the same process. It is intended to show that a logical and systematic interpretation leads to the conclusion that the impossibility of appeal established by the law is connected to the end of the procedure. During the procedure's existence there must be the appeal opportunity. Only after the end of the procedure will cease the appeal incidence.

*** Outras qualificações do autor**

Advogado em Presidente Prudente-SP. Professor por concurso dos cursos de graduação e mestrado da UENP –Universidade Estadual do Norte do Paraná (Campus de Jacarezinho-PR). Ex-Diretor e Professor da Faculdade de Direito de Presidente Prudente-SP – FIAET, da Faculdade de Direito de Adamantina – FAI. Professor convidado em Cursos de Pós-Graduação como FADAP de Tupã, AEMS de Três Lagoas-MS, FIO de Ourinhos, ESUD de Cuiabá-MT, ESA – Escola Superior da Advocacia da OAB-SP. Procurador do Estado de São Paulo (aposentado).

**** Outras qualificações do autor**

Advogado (OAB nº 323.023). Graduado em Direito pelas "Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo" (FIAET) de Presidente Prudente/SP. Graduado em Jornalismo – Comunicação Social – pela Unoeste/SP (MTB 52.286), participando em ambos os cursos de grupos de Pesquisa Científica.

Introdução

A coisa julgada é um dos assuntos mais relevantes do processo civil e ainda provoca divergências nos meios jurídicos. A singularidade do tema se apresenta quando se busca descobrir *o que é* coisa julgada e *quando* esta se dá no tempo. Saber o que foi ou não julgado em determinado processo é da mais alta relevância para se estabelecer os limites objetivos da coisa julgada. Não menos significativa é a descoberta do momento em que se dá a coisa julgada. O primeiro aspecto já foi bem dissecado pela doutrina; mas o segundo, ou seja, o *momento* em que se caracteriza a coisa julgada, ainda não está bem esclarecido. A doutrina, de uma maneira geral, se preocupa em seguir literalmente a letra da lei (art. 467 do CPC), afirmando que se dá a coisa julgada quando não mais for possível a interposição de recurso contra a sentença. Mas a doutrina tradicional, seguindo as pegadas da lei, afirma que há coisa julgada quando não mais for possível a interposição de recurso, mas não explica se essa impossibilidade de se recorrer se refere ao *julgamento* (decisão, sentença ou acórdão) ou se está se referindo ao *não cabimento* mais de recurso dentro do processo.

Procurar-se-á, neste estudo, analisar a questão sob o ponto de vista lógico-sistemático, no sentido de revelar o momento em que se dá a coisa julgada e, com isso, facilitar a compreensão deste instituto, bem como dos demais institutos a ela conexos, tais como a ação rescisória e o prazo para a sua propositura, e ainda demonstrar que muitas sentenças jamais passam em julgado.

É extremamente essencial o momento em que se firma a coisa julgada, não só para efeitos de execução ou cumprimento do julgado, para o início do prazo para a ação rescisória, mas, também e mais importante ainda, para delimitar até que momento a lei nova poderá atingir aquela situação, pois, se já houver coisa julgada, a nova lei não poderá incidir, em face da irretroatividade assegurada na Constituição da República (art. 5º, XXXVI). A coisa julgada é própria do último julgamento no processo, sendo irrelevante para esta qualidade as decisões anteriores.

1. Conceito de sentença

A sentença é o ato que encerra o procedimento em primeiro grau de jurisdição. No entanto, há forte inclinação da doutrina nacional em negar que a sentença extingue o processo, sob os embalos da nova

redação dada ao art. 162, § 1º, do CPC. Todavia, parece tratar-se de posição motivada mais pela influência da nova redação do que pela mais apurada lógica racional.

Mesmo em se admitindo que a sentença não extingue o processo de conhecimento quando há condenação, haverá de se admitir que é através de sentença que se extingue a fase de cumprimento da condenação[1], seja pelo real cumprimento da obrigação ou pelo reconhecimento de impossibilidade de dar seguimento até o cumprimento (exemplos: arts. 267, 475-L, I, II, IV e VI, 586 e 794, II e III, do CPC).

Referindo-se à coisa julgada, Mourão (2008, p. 36) afirma que, cumprida e exaurida a atividade jurisdicional, não permite o legislador seu exercício em duplicidade. Depois, o mesmo Mourão (2008, p. 37) acrescenta: "É preciso ficar claro, contudo, que essa proibição restringe-se ao exercício da mesma atividade jurisdicional." No caso da sentença condenatória, se ela não encerrasse a relação processual cognitiva, por certo não passaria em julgado nem impediria novo pronunciamento à luz dos artigos 267, § 3º, e 303, II, do CPC. No entanto, não é assim.

Ao publicar a sentença o juiz não mais pode modificá-la[2], salvo as hipóteses dos artigos 296 e 285-A do CPC. Os atos que o juiz pratica no processo depois da sentença não são jurisdicionais e, sim, de natureza administrativa[3].

2. Coisa julgada

Pode-se dizer que a coisa julgada advém daquilo que foi julgado. Somente aquilo que foi julgado[4] é que pode ser qualificado como coisa julgada. Essa operação parece simples e essa simplicidade aparente pode iludir o intérprete. Falar que é coisa julgada aquilo que foi julgado é de uma simplicidade enganadora. É certo que o que foi julgado é *caso julgado*, mas isso não quer dizer que já é *coisa julgada* para os efeitos jurídicos.

Para os efeitos jurídicos, não basta somente que a questão ou o caso tenha sido julgado. Só o julgamento do caso ou da questão não perfaz a figura enigmática da coisa julgada para os efeitos jurídicos. Para a configuração do caso julgado, mais do que o simples julgamento, exige-se que as conclusões do julgamento não mais possam ser modificadas por outro pronunciamento no mesmo processo. Enquanto a questão estiver aberta, as conclusões do

julgado podem ser alteradas por pronunciamento posterior, não se podendo, até aí, falar-se em coisa julgada.

Coisa julgada, que na mais fiel terminologia da língua portuguesa deveria ser chamada de caso julgado[5], é aquele julgamento *definitivo*, cujas conclusões não serão abaladas por outro julgamento similar no mesmo processo[6]. Enquanto o processo não for finalizado ele fica sujeito a novos provimentos e, com isso, haverá a possibilidade de modificação do que foi julgado, não se podendo falar de coisa julgada.

Por isso é que se sustenta a impossibilidade de decisão interlocutória fazer caso julgado ou coisa julgada, porque neste caso o processo continua em aberto e sujeito a novas decisões, sendo que estas podem modificar o que antes fora decidido, por se tratar de provimento não definitivo[7].

Os atos que o juiz pratica no processo depois da sentença não são jurisdicionais e, sim, de natureza administrativa

O artigo 467 do Código de Processo Civil afirma que a coisa julgada advém de sentença quando esta não mais estiver sujeita a recurso algum. Parece que a norma quer que a coisa julgada seja restrita a sentença ou a acórdão, não alcançando a decisão interlocutória ou incidental, porque estas não encerram o processo[8] e, por isso, sempre estão sujeitas a modificação.

A coisa julgada, tal qual está colocada na redação do artigo 467 do CPC, é a chamada coisa julgada formal, sendo equivocada a referência à coisa julgada "material" constante da referida norma. Só a sentença e o acórdão ficam sujeitos à coisa julgada material quando julgarem o mérito da causa e no processo não houver mais possibilidade de alteração com ou sem recurso. A decisão interlocutória ou incidental, seja ela proferida em primeiro grau ou em grau superior, não tem o condão de atingir a coisa julgada, senão apenas sujeita à *preclusão recursal*, quando não for mais possível a interposição de recurso[9].

O conceito de coisa julgada está estritamente relacionado ao *status* de imutabilidade do julgamento. Enquanto o julgado puder ser modificado, seja por recurso direto, seja por via indireta, como no caso de *remessa necessária* (art. 475 do CPC), ou ainda quando no processo houver recurso que conduza os efeitos devolutivo, translativo e extensivo[10], não se tem ainda a coisa julgada. Mesmo quando da sentença em si não caiba mais recurso, mas se o processo ainda não foi extinto e nele existir recurso que carrega o efeito devolutivo, translativo ou extensivo, não se pode dizer que

existe coisa julgada. Diz-se que a sentença ou o acórdão atinge a coisa julgada no momento em que eles não mais poderão ser modificados por recurso seja ordinário ou excepcional[11]. Mas deve-se acrescentar também a remessa necessária prevista no art. 475 do CPC. A remessa necessária, enquanto não apreciada pelo tribunal, impede a formação de coisa julgada, muito embora da sentença não caiba mais recurso.

A coisa julgada é conhecida como a qualidade que torna a sentença imutável (coisa julgada formal) ou a imutabilidade de seus efeitos matrizes (coisa julgada material)[12]. Não se trata de um efeito direto da sentença, mas de uma qualidade que, após ser incorporada à sentença, produz indiretamente os efeitos da imutabilidade.

Mesmo não podendo mais ser a sentença atacada via recurso em razão da preclusão consumativa e nem modificada por efeito de outro recurso já interposto (apelação já interposta) ou, ainda, sujeita à interposição de outros recursos, tais como, nos casos de recurso especial, extraordinário, embargos de divergência ou da remessa necessária, ainda assim não se estabelece a coisa julgada, porque o comando decisório ainda pode ser modificado. A coisa julgada somente se instala a partir do momento em que o comando da sentença não mais puder ser modificado.

3. Norma do art. 467 do CPC

A norma do artigo 467 do CPC tem merecido críticas por se referir à coisa julgada material[13] quando em verdade está cuidando da coisa julgada formal. Todavia, tal dispositivo não se ressente apenas desta impropriedade. A norma, ao dizer que se dá a coisa julgada quando a sentença não estiver mais sujeita a recurso, também está se ressentindo de impropriedade. A sentença pode não mais estar sujeita a recurso, mas pode estar ainda sujeita a modificação. O que fixa a coisa julgada é a imutabilidade e não a simples ausência de recurso.

Não é a impossibilidade pura e simples de recurso que inviabiliza a modificação ou alteração do julgamento. O julgamento não se estabiliza nem se torna imutável pelo simples fato de que contra ele não mais pode ser proposto recurso. O julgado pode ser modificado mesmo quando contra ele não caiba mais recurso, basta que aconteça qualquer causa ensejadora desta modificação. Melhor seria se o código dissesse que se dá a coisa julgada quando o julgado não

puder ser modificado por ausência de recurso ou remessa necessária sujeitos à apreciação no processo em que foi proferido.

Não é a ausência de recurso contra determinado julgado ou a impossibilidade de se propor novos recursos contra aquele julgado que o qualifica de caso julgado. A impossibilidade de se propor recurso contra o julgado pode se dar por diversas causas preclusivas. A mais conhecida causa de preclusão é a temporal, quando a parte deixa passar o tempo sem a prática do ato; outra forma preclusiva é a incompatibilidade na prática do ato, caracterizada pela preclusão lógica, como no caso de aceitação do julgado (art. 503 do CPC); a outra forma de preclusão é a consumativa, aquela que indica a consumação do ato quando já praticado anteriormente, seja por inteiro ou por parte (art. 303 do CPC). No caso de recurso, se a parte já recorreu do julgado, não pode ela voltar-se e interpor novo recurso ou querer complementar aquele já interposto, em face do princípio da singularidade recursal. Mas não é essa impossibilidade, pura e simples, que vai tornar imutável o julgado.

A norma do artigo 467 do CPC peca pela dicção apresentada, pois, mesmo não sendo mais possível a interposição de recurso contra o julgado, este não fica, só por isso, imune à modificação, como será visto a seguir. Como adverte Tesheiner[14], toda sentença produz coisa julgada formal, desde o momento em que se torna irrecorrível. Contudo, nem toda sentença produz coisa julgada material.

4. Sentenças que não passam formalmente em julgado

Nada obstante a norma do artigo 467 do CPC falar em coisa julgada da sentença que não estiver mais sujeita a recurso algum, ainda é de se ver que apenas uma parte das sentenças atinge essa qualidade. Muitas sentenças jamais transitam em julgado.

Ao que se pensa, a maioria das sentenças não passam em julgado, muito embora em relação a elas não caiba mais recurso algum. Isto se dá em razão de várias circunstâncias, mas que nem sempre são anotadas pela doutrina especializada. O sistema processual brasileiro contempla o princípio da substituição do julgado e isto se dá sempre que o recurso interposto seja conhecido (art. 512 do CPC).

A seguir, expor-se-ão alguns casos de sentenças que jamais passam em julgado, seja formalmente ou materialmente.

4.1. Dependente de remessa necessária

Entre as sentenças que jamais transitam em julgado, está a que depende de remessa necessária, como são os casos descritos no art. 475 do CPC. A norma do artigo 475 do CPC impõe a remessa necessária nos casos ali descritos, o que importa dizer que a sentença não pode passar em julgado, devendo, antes disto, sempre ser submetida ao crivo do tribunal competente. Sendo necessária a reapreciação pelo tribunal, a sentença será sempre substituída pelo acórdão, deixando assim de existir (art. 512 do CPC)[15]. Com a substituição pelo acórdão, a sentença deixa de existir[16], desaparecendo, assim, antes de adquirir a qualidade de coisa julgada[17].

Uma vez ocorrida a substituição pelo acórdão, a sentença desaparece e quem transitará em julgado será o acórdão e não mais a sentença[18]. Daí resulta que da sentença (que deixou de existir) não cabe mais recurso, mas nem por isso haverá coisa julgada, visto que a parte interessada poderá recorrer do acórdão[19], o que bem demonstra a inexistência de coisa julgada. Enquanto for possível algum recurso no processo e, mesmo por outra forma, for possível a modificação do julgado, não se pode falar em existência de coisa julgada.

A coisa julgada somente poderá existir quando não mais for possível a modificação do julgado no mesmo processo. Enquanto for possível, em tese, a modificação no mesmo processo daquilo que foi julgado, não haverá coisa julgada.

4.2. Recurso conhecido

O sistema processual pátrio albergou o princípio da substituição do primeiro julgado pelo segundo[20] em qualquer grau, de forma tal que o primeiro julgado desaparece e é substituído pelo segundo, que prevalece[21], conforme se vê da norma do artigo 512 do CPC[22].

Neste diapasão, o julgamento anterior submetido a recurso não passa em julgado[23], sendo que esta qualidade fica reservada ao julgamento do *último recurso* ou da *remessa necessária*[24]. Somente o último julgamento é que passará em julgado e não o primeiro que foi objeto de recurso[25]. Por isso é que, uma vez apreciado o recurso, o seu julgamento substituirá o anterior[26], mesmo que o recurso não logre provimento[27]. Assim, provido ou improvido o recurso, o seu julgamento é que passa a valer e, se for o caso, ele é que passará em julgado[28].

Neste aspecto é extremamente claro o artigo 512 do CPC, ao adotar o efeito substitutivo do recurso, fazendo com que o

julgamento anterior desapareça com o conhecimento do recurso contra ele interposto[29]. Disto resulta uma circunstância interessante, pois, para os casos de ação rescisória[30] ou de execução do julgado[31], estas recaem sobre o último acórdão e não mais sobre a sentença ou acórdão anterior[32].

Em face do efeito substitutivo acolhido pelo sistema processual e procedimental pátrio, a sentença submetida à remessa necessária não passa em julgado, nem mesmo formalmente[33]. Já as sentenças que extinguem o processo sem julgamento do mérito, nos casos previstos nos artigos 267 do CPC, somente passam em julgado se não houver recurso ou se o recurso, eventualmente interposto, não for conhecido. Uma vez conhecida a remessa necessária ou conhecido o recurso interposto, a sentença desaparece e nem sequer atinge a coisa julgada formal.

5. Sentenças que não passam materialmente em julgado

Todo julgamento, para atingir a qualidade de coisa julgada material, antes deve ser agraciado com a coisa julgada formal. Mas há julgamentos que jamais atingem a coisa formal. Não havendo coisa julgada formal, como nos casos acima mencionados, jamais se chegará à coisa julgada material. Todavia, casos existem em que, mesmo atingindo a coisa julgada formal, não chegam a ser atingidos pela coisa julgada material[34], como se verá a seguir.

5.1. Sentença inconstitucional

Tornou-se corrente a expressão "coisa julgada inconstitucional", quando em verdade o que pode ser inconstitucional é o julgado (decisão, sentença ou acórdão)[35], jamais a própria coisa julgada[36]. No entanto, se tal julgamento for inconstitucional por malferir a Constituição da República, ele jamais poderá ser qualificado como coisa julgada[37].

O respeito à Constituição é o requisito maior para a validade e eficácia de qualquer julgamento. O julgamento somente poderá ser considerado legítimo e válido quando estiver de acordo com os princípios constitucionais, entre estes o da legalidade, o do respeito à dignidade humana, o da proporcionalidade. Caso contrário, o julgamento será inconstitucional e estéril, sem possibilidade de gerar o caso julgado[38]. O caso julgado somente poderá acontecer quando existir um julgado sem afronta à Constituição da República.

Cuidando da sentença inconstitucional, mas se referindo à coisa julgada inconstitucional, Theodoro Junior e Faria[39] afirmam: "Dúvida não mais pode subsistir que a coisa julgada inconstitucional não se convalida, sendo nula, portanto, seu reconhecimento independe de ação rescisória e pode se verificar a qualquer tempo e em qualquer processo." Em outra passagem os mesmos autores afirmam que a decisão judicial transitada em julgado desconforme à Constituição padece do vício da inconstitucionalidade, que, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, lhe impõe a *nulidade*[40]. Sendo assim, não pode passar em julgado, porque o que é nulo não pode ser convalidado.

Proclamando pela nulidade, também aparecem Slaib Filho[41], Delgado[42], Nascimento e Pereira Junior[43], Welsch[44], Nascimento[45], Armelin[46], entre outros. Como é de notória sabença, a nulidade é vício da mais alta gravidade e, por isso, jamais se convalida, podendo ser alegada em qualquer época e em qualquer grau de jurisdição e, até mesmo, conhecida de oficio.

Sabe-se que as nulidades processuais de regra são sanadas com o trânsito em julgado da sentença, quando então se dá a eficácia preclusiva da coisa julgada prevista no art. 474 do CPC. Todavia, por ser caso de nulidade, a inconstitucionalidade do julgamento (decisão, sentença ou acórdão) jamais será afetada pela eficácia preclusiva da coisa julgada, podendo ser alegada a qualquer momento e por qualquer meio, independentemente de qualquer formalidade. Pode ser alegada dentro do próprio processo de execução, por petição simples[47].

De outro lado, pela inexistência da sentença inconstitucional aparece Dantas[48], para quem a coisa julgada inconstitucional é algo que não existe, acrescentando: "em se tratando de coisa julgada inconstitucional, o atentado à Constituição poderá ser invocado a qualquer momento e em qualquer instância ou Tribunal, pois se trata de decisão inexistente"[49]. No mesmo sentido, expressam Alvim Wambier e Medina[50]. Segue este entendimento Barros Dias[51], para quem a sentença que afronta um princípio constitucional deve ser tida como inexistente, por sua incoerência com o ordenamento jurídico vigente[52]. Também na jurisprudência encontram-se exemplo desse entendimento[53].

Será inconstitucional a sentença que contrariar norma expressa da Constituição da República, bem como aquela que der interpretação não condizente com mandamentos constitucionais ou ainda aquela que der aplicação ou interpretação de lei ou ato normativo tidos pelo

Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal (art. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do CPC).

A questão de saber se a sentença inconstitucional é nula ou inexistente parece não ter maior relevância prática. O que importa é que ela jamais poderá passar em julgado e, por isso, não pode ganhar o selo da imutabilidade que caracteriza a coisa julgada. De qualquer forma, entenda-se pela nulidade ou pela inexistência, o que importa é que a sentença inconstitucional não produz efeitos e, assim, não pode ser qualificada pela coisa julgada. Portanto, jamais passará em julgado[54]. Por não passar em julgado, tal sentença pode ser objeto de impugnação a qualquer tempo e por qualquer meio, em qualquer grau de jurisdição. Alvim Wambier e Medina[55] ensinam: "Na verdade, a inexistência, no processo, e especificamente a inexistência das sentenças, pode ser alegada a *qualquer tempo*, por meio (ou no bojo) de *qualquer ação,* inclusive a ação de execução. Assim nada haverá a 'rescindir', pois sentenças inexistentes não ficam acobertadas pela autoridade da coisa julgada."

No mesmo sentido aponta Delgado[56], para quem o reconhecimento do vício de inconstitucionalidade pode dar-se a qualquer tempo e em qualquer procedimento, não se exigindo ação própria nem procedimento predeterminado.

5.2. Falta de condições da ação

A falta de qualquer das condições da ação, no atual sistema processual pátrio, não permite que se chegue ao julgamento de mérito. Não se podendo chegar ao julgamento de mérito, por via de consequência também não se pode produzir caso julgado material. Dúvida aparece quando ausente qualquer das condições da ação e, mesmo assim, o juiz profere sentença de mérito.

Arruda Alvim sustenta que, nos casos em que falte uma das condições da ação, a sentença e o acórdão não podem fazer coisa julgada[57]. Também Botelho de Mesquita[58] reconhece a ineficácia da sentença proferida entre partes ilegítimas. Como é caso de ineficácia, não pode produzir efeito nem ser atingida pela coisa julgada. Em sendo assim, não será a ausência de recurso que implicará coisa julgada. Mesmo quando passada a oportunidade recursal, o julgado no processo em que falte uma das condições da ação permanecerá sem a coisa julgada. Neste caso não é a ausência de recurso que impulsionará a coisa julgada, pois tal fenômeno não acontecerá por falta de condições da ação, pois a ausência das condições da ação impede a formação da coisa julgada.

5.3. Falta de pressuposto processual

Os pressupostos processuais são requisitos que servem para dar regularidade ao processo. Existem pressupostos processuais que provocam apenas irregularidade do processo, como aqueles cuja falta fica sujeita à anulabilidade, não prejudicando a validade ou a existência do processo, casos em que sentença proferida pode passar em julgado.

Todavia, não se pode cogitar de coisa julgada material quando o processo se ressente da falta de pressuposto de validade ou de existência. Se faltar pressuposto de validade, o processo não vale; se não vale, não pode produzir efeitos. De outra ótica, se faltar pressuposto de existência, o processo não chega a existir e, por isso, não pode produzir a coisa julgada.

Na maioria dos chamados pressupostos processuais, que em alguns casos não têm natureza processual, mas apenas procedimental[59], a sua ausência em boa parte pode ser convalidada[60] e, com isso, alcançada pela eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 474 do CPC)[61] [62]. No entanto, existem pressupostos cuja ausência implica a invalidade do processo e, por via de consequência, também da sentença[63], de tal forma que não se pode pensar em convalidação nem em eficácia preclusiva da coisa julgada, porque nem mesmo coisa julgada haverá[64].

Quando se tratar de nulidade absoluta ou de inexistência do processo e da sentença, não poderá haver coisa julgada, pois esta figura processual somente poderá aparecer nos processos regulares e não em processo em que falte algum pressuposto cuja presença é indispensável. Nesta hipótese, não haverá coisa julgada nem eficácia preclusiva, podendo o vício ser reconhecido a qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição[65].

5.4. Sentença de improcedência

Tornou-se corrente, nos meios forenses e acadêmicos, que o julgamento de mérito é sempre aquele que proclama pela procedência ou improcedência. Corrente também é o entendimento de que a sentença que julga improcedente o pedido produz coisa julgada material[66]. Esta afirmação vem de longe e a comunidade não tem dado maior atenção ao seu significado. A improcedência do pedido apenas representa a sua rejeição. O simples fato de ser o pedido improcedente não quer dizer que a parte não tenha o direito pleiteado. A rejeição do pedido pode se dar por variados motivos, não sendo necessariamente pela ausência do direito da parte.

Parece haver chegado o momento de se intentar buscar o verdadeiro significado da palavra 'improcedência'. Somente em se encontrando o verdadeiro significado desta palavra será possível avaliar os seus efeitos[67].

A sentença de improcedência pode, sim, ser oriunda de julgamento do mérito e produzir coisa julgada material, sempre que, através de provas efetivas, o juiz chegar à conclusão de que o autor não tem direito ao que pede. Mas, na grande maioria dos casos de improcedência, o juiz não tem provas suficientes para afirmar ou negar a existência do direito. Neste caso o julgamento não pode ser de mérito nem fazer coisa julgada material[68].

O conceito de coisa julgada está estritamente relacionado ao *status* de imutabilidade do julgamento

A sentença de improcedência tem preponderante carga declaratória e, como é por demais sabido, o ato declaratório nada cria e nada constitui, permanecendo tudo como antes, permanecendo o *status quo ante*. Ora, se nada altera e se tudo fica como antes, volta-se à situação anterior. Se antes não havia coisa julgada material, por certo continuará não havendo. A sentença declaratória de improcedência do pedido não pode se constituir em coisa julgada, salvo se diante da prova produzida puder afirmar a inexistência do direito[69].

Como afirma Botelho de Mesquita[70], as sentenças de improcedência têm exatamente a virtude de manterem inalterada a situação existente entre as partes, simplesmente conservando o *status quo.* Se a sentença de improcedência conserva o *status quo*, nada altera e, se antes não havia coisa julgada, continua a não haver. Em outro ponto acrescenta Botelho de Mesquita: "continua, pois, a situação jurídica em condições de ser alterada pelos efeitos de futura sentença, exatamente como era antes da propositura frustrada da primeira ação"[71].

Quando o juiz julga procedente o pedido feito pela parte, está ele afirmando a existência do direito pleiteado. Diferentemente, ao se pronunciar pela improcedência do pedido, nem sempre estará o juiz afirmando a inexistência do direito em provimento definitivo[72]. Para Botelho de Mesquita, a sentença de improcedência não produzirá nenhum efeito jurídico, a não ser o de extinguir o processo[73].

O mesmo pensamento é desenvolvido por Cruz e Tucci[74], para quem o ato decisório de improcedência dos embargos não produz

qualquer efeito confirmatório do título executivo ou do crédito, isto porque não teria o condão de conferir ao embargado a titularidade de um direito substancial que, na verdade, ele não possui. A rigor, a improcedência dos embargos não pode afirmar um direito de crédito que o exequente não tem[75].

Levando-se em conta que a improcedência nada altera no mundo jurídico, no dizer de Botelho de Mesquita[76], discutível é a presença de coisa julgada, pois esta, apesar de ser uma qualidade que se agrega ao julgamento, mas quando agregada, modifica o mundo jurídico, fazendo nascer algo até então inexistente. Em se admitindo a presença de coisa julgada no julgamento de improcedência, estar-se-á admitindo que há alteração no mundo jurídico, o que parece pouco provável. Mas, ainda que se admita a coisa julgada no julgamento de improcedência geral, não se pode admitir tal qualificação quando a improcedência é por falta de prova, como se verá a seguir.

5.4.1. Improcedência por falta de prova

A sentença de improcedência por falta de prova não pode produzir a coisa julgada[77], pois a coisa julgada material somente acontece no julgamento de mérito, e sem prova do fato o juiz não pode decidir sobre o mérito, razão bastante para afastar a incidência da coisa julgada material, cujo tema foi mais amplamente tratado em outro local[78].

A questão da improcedência do pedido por falta de prova certamente é um dos pontos em que pode haver maior controvérsia, no que diz respeito à coisa julgada. A improcedência do pedido está apenas afirmando que o autor não demonstrou ter direito ao que pede. Mas nem sempre o juiz terá elementos para afirmar definitivamente a inexistência do direito, como é o que se dá na falta de prova[79]. Se o juiz não tem prova para afirmar a existência do direito, também não a tem para afirmar a inexistência, razão por que a decisão será necessariamente sem julgamento de mérito[80].

Começa a surgir, na jurisprudência pátria, entendimento de que, havendo falta de prova, o caso é de extinção do processo sem julgamento de mérito[81]. Mesmo sem serem expressos a respeito, há outros julgamentos direcionados à sentença nos quais se diz julgar improcedente o pedido por ausência de prova, aplicando o entendimento de que o julgamento neste caso é sem mérito[82], afastando esta do alcance da coisa julgada, o que implica, indiretamente, afastar a qualificação de sentença de mérito[83].

A jurisprudência aponta julgamentos repugnando a solução dada como mérito em casos de dúvida a respeito do fato[84]. Existem decisões afastando a coisa julgada, mesmo não se fazendo referência à falta ou insuficiência de prova, em caso de investigação em que não se utilizou do exame de DNA[85]. Há decisão que, sem se referir ao afastamento da coisa julgada, afirma a possibilidade da repropositura da ação, o que implicitamente reconhece a inexistência da coisa julgada[86]. Encontra-se, ainda, decisão que faz menção à coisa julgada formal e que abriu espaço para a propositura de nova ação[87].

Tal posicionamento parece se aliar ao de Botelho de Mesquita[88], para quem só as sentenças que julgam procedente a ação produzem efeitos (condenatórios, constitutivos ou declaratórios), afirmando que o julgamento de improcedência não produz efeito. Ora, se não produz efeito, certamente não será atingido pela coisa julgada.

A norma do artigo 467 do CPC tem merecido críticas por se referir à coisa julgada material quando em verdade está cuidando da coisa julgada formal

É de se notar que a sentença de improcedência não altera a situação anterior, fazendo com que tudo permaneça como antes. Para Botelho de Mesquita[89], "as sentenças de improcedência da ação não produzem efeito algum, não geram nenhuma alteração no mundo jurídico; limitam-se a manter o *status quo ante".* Ora, se tudo permanece como antes, logo volta-se à situação anterior como se a ação não tivesse sido proposta. Nesse caso não se poderá falar em coisa julgada, porque a ação anterior não produziu efeito.

Sendo assim com a sentença de improcedência em geral, com maior razão haverá de sê-lo em relação à sentença de improcedência por falta de prova, que por ausência de prova não pode analisar os fatos, e se não analisa os fatos, não pode ser considerada julgamento de mérito nem ser qualificada de coisa julgada. Nesse passo Camargo Sobrinho[90] anota que a sentença que nega a habilitação de herdeiro na forma do artigo 1.055 do CPC, por falta de prova dessa qualidade, não transita em julgado e não se reveste da autoridade de coisa julgada com força de impedir a renovação do pedido.

Por fim, é de notar que o próprio sistema brasileiro em alguns casos pontuais já acolhe o entendimento esposado, como se nota através da Lei 7.347/85, art. 16 (Ação Civil Pública), da Lei 4.717/65, art. 18 (Ação Popular), da Lei 7.853/89, art. 4º (Lei de Apoio ao Deficiente), e da Lei 8.078/90, art. 103, I e II (Código de Defesa do Consumidor).

Nessas normas fica bem clara a disposição de que sendo a ação julgada improcedente por falta ou insuficiência de prova, poderá haver a sua repropositura, o que evidencia a inexistência de julgamento de mérito, bem como a ausência de coisa julgada material, pois, se coisa julgada material existisse, a ação não mais poderia ser reproposta.

5.5. Processos conexos

Nos processos conexos pode acontecer de haver uma só sentença para todos os processos, sendo que o recurso em um processo impede a coisa julgada nos outros não recorridos. Basta a parte propor recurso em relação a um processo, que se apresenta o efeito obstativo da coisa julgada também para o outro processo[91]. Nesse caso, a interposição de recurso em um processo impede que no outro surja a coisa julgada.

6. Impossibilidade de recurso e a modificação do julgado

A modificação do que foi julgado não fica afastada pela simples impossibilidade de propositura de recurso contra a decisão proferida. Muitos são os motivos que impedem a formação da coisa julgada, mesmo sem a interposição de recurso. Savaris[92] proclama que não se pode supervalorizar a coisa julgada a ponto de considerá-la presente mesmo diante de vícios processuais.

Existem casos em que nem recurso é cabível, e nem por isso a decisão se torna imutável, como acontece na Justiça do Trabalho, nos juizados especiais e nas demais legislações que não permitem recursos das decisões interlocutórias, servindo de exemplo os casos do art. 527, II e III e parágrafo único, do CPC. Excepcionalmente também aparecem sentenças que não permitem a interposição de recurso, como é o caso da sentença em procedimento de justificação, que não comporta defesa nem recurso (art. 865 do CPC).

Mesmo nos casos de julgamento final, como sentença ou acórdão, ainda quando ultrapassada a oportunidade recursal, casos existem, e são vários, em que a modificação do julgado é possível. Vejam-se alguns.

6.1. Preclusão consumativa

Pode ocorrer preclusão consumativa, circunstância em que a parte não mais poderá interpor recurso da sentença ou acórdão, mas,

mesmo assim, ainda não haver coisa julgada. Isto se dá nos casos em que a parte interpõe um recurso, com isso ficam fechadas as portas para outro recurso da mesma decisão, pois, uma vez interposto um recurso pela parte, esta não poderá apresentar outro, contra a mesma decisão, em face do princípio da unirecorribilidade ou da unicidade recursal[93]. Nesta hipótese, nenhum outro recurso é cabível e nem por isso se dá a coisa julgada.

Este é exemplo em que a parte já recorreu e, em razão do princípio da singularidade recursal[94], não mais poderá recorrer daquele julgado. Neste caso, não mais cabe recurso novo contra a decisão[95], mas esta ainda permanece sujeita à modificação pelo recurso anteriormente interposto. O julgamento não comporta mais recurso, mas, por força daquele anteriormente interposto, fica sujeito a modificação, não sendo ainda caso de coisa julgada.

6.2. Preclusão temporal

Neste caso, se a parte não recorrer e passar o prazo previsto em lei, dá-se a preclusão recursal e a parte não mais poderá recorrer. Mas isso não é ainda o suficiente para se falar em caso julgado. Isto porque, se a parte contrária recorreu, apesar de não mais caber recurso contra o julgado, o recurso interposto pelo adversário impede a formação de coisa julgada e a decisão poderá ser modificada. Em outros termos, a decisão não mais poderá ser atacada por recurso algum, mas o anteriormente interposto devolve ao tribunal o julgamento da causa e esse novo julgamento poderá modificar o que foi julgado; por isso impede a formação da coisa julgada. Além do mais, se o tribunal julga o recurso interposto por uma das partes, esse julgamento substitui o anterior na forma do artigo 512 do CPC, fazendo com que o que passa em julgado será o acórdão e não mais a sentença.

6.3. Remessa necessária

A remessa necessária autoriza a modificação do julgado mesmo sem qualquer recurso. Logo, a ausência de recurso não implica, só por isso, coisa julgada (art. 475 do CPC). A lei chega até mesmo ao exagero de dizer que a sentença neste caso não produz efeito enquanto não reapreciada pelo tribunal[96]. Mesmo sem recurso não se pode falar em coisa julgada enquanto não houver a apreciação pelo tribunal. Mas o tribunal ao conhecer da remessa necessária substitui a sentença (art. 512 do CPC), não chegando esta a passar em julgado[97]. Ao apreciar a remessa necessária o tribunal poderá modificar o julgado ou manter

o mesmo conteúdo, mas de qualquer forma estará substituindo a sentença, que deixa de existir e jamais passará em julgado. Assim, o que passa em julgado é o acórdão e não mais a sentença.

Sendo caso de remessa necessária (art. 475 do CPC), ainda que o juiz não a determine ou se, por qualquer outro motivo, não ocorrer a remessa, também a sentença jamais passará em julgado, independentemente de não haver recurso. Portanto, não é a ausência de recurso que vai necessariamente qualificar a sentença ou acórdão em coisa julgada.

6.4. Recurso com efeito translativo

A coisa julgada somente poderá ocorrer com o último julgamento, quando então se encerra o processo[98]. Enquanto no processo pender algum recurso, todo e qualquer provimento poderá ser desfeito ou modificado, ainda que contra ele não haja recurso específico. Isto se dá porque algum processo traz em seu bojo questão de ordem pública, que pode ser apreciada a qualquer momento e, até mesmo de ofício, em face do efeito translativo do recurso ou da remessa necessária.

O efeito translativo corresponde à possibilidade de o tribunal poder conhecer matérias de ordem pública, mesmo que não tenham sido objeto de exame anterior e mesmo não sejam objeto de recurso específico. Basta que exista algum recurso sobre qualquer outro ponto do julgamento que o impeça de passar em julgado para abrir oportunidade ao tribunal de conhecer outras questões de ordem pública não recorridas, por força do efeito translativo do recurso interposto[99].

Havendo a figura da preclusão em relação ao recurso de determinada parte, se outro recurso for interposto pela mesma ou outra parte, tudo que antes fora julgado poderá ser alterado por força do recurso que conduza o efeito translativo. Exemplo disto pode ser encontrado no caso em que o tribunal depare com a falta de condição da ação ou de pressuposto processual de validade ou de inexistência do processo[100].

7. Momento do trânsito em julgado

É de notório conhecimento de que grassa séria divergência sobre qual o momento em que ocorre a coisa julgada. Há quem sustente que no mesmo processo pode haver várias coisas julgadas, com o

argumento por vezes de que as decisões interlocutórias passam em julgado, ou que a coisa julgada pode ser progressiva ou por capítulo[101]. Não parece ser este o melhor entendimento, porque se o mesmo processo pudesse ter várias coisas julgadas, poderia ser atacado por várias ações rescisórias, o que o bom senso parece abominar[102]. O que se apresenta como correto é que somente pode passar em julgado o último julgamento possível no processo[103]. Enquanto pender de julgamento algum recurso, o processo não se encerra[104].

O momento da passagem em julgado do julgamento há de ser o correspondente ao último julgamento quando então o processo se encerra[105] e, por isso, o julgamento permanece sujeito a modificações. Enquanto pendente o processo não se pode falar em coisa julgada, porque o decidido poderá ser alterado por novo provimento[106].

7.1. Impossibilidade de coisa julgada somente para uma das partes

Como foi visto acima, o trânsito em julgado somente ocorre quando não mais for possível a alteração do julgado no mesmo processo[107]. Enquanto a lide continua e for possível a modificação do julgado no mesmo processo, não se pode falar em coisa julgada[108]. Em sendo assim, não se pode falar em coisa julgada enquanto pender recurso no processo, não importando qual a parte que o interpôs[109].

Não importa, para efeito de impedir o trânsito em julgado, ser o recurso interposto apenas por uma das partes. A sentença ou acórdão jamais passará em julgado enquanto pender recurso, seja de qual parte for. O recurso de uma parte impede a ocorrência do trânsito em julgado para a outra[110]. Isto se dá porque o sistema processual pátrio adota o efeito translativo do recurso, o que importa é que o órgão julgador ao apreciar o recurso poderá apreciar também questões não abordadas pelas partes, desde que sejam de interesse público[111]. Também o nosso sistema adota o efeito extensivo, isto é, estendem-se os efeitos do recurso também à parte que não recorreu, quando se tratar de questão comum a ambas as partes. Assim, por exemplo, se uma parte litisconsorte recorre e a outra não, uma vez reconhecida a prescrição para a recorrente, esta se estende para a não recorrente[112].

É princípio básico de direito processual e incorporado à ampla defesa e o devido procedimento legal[113] que, enquanto persistir o recurso de uma parte, a outra continuará intervindo no processo, seja para responder ao recurso, seja para acompanhá-lo, bem como para também recorrer, se do julgamento do recurso do adversário resultar seu prejuízo. Assim, a sentença ou acórdão transita em julgado para

todas as partes ou não passa em julgado para nenhuma. O trânsito em julgado deve ser simultâneo para todas as partes. Dizer-se que a sentença transitou em julgado para uma das partes e não para outra é impropriedade terminológica inaceitável, que por vezes ocorre até na jurisprudência[114].

Na órbita penal esta impropriedade é mais corrente quando se trata de prescrição retroativa. Entretanto, tal não se justifica. Tudo isso, ao que se pensa, deve-se a uma equivocada interpretação da súmula 146 do STF[115] e alimentada pela atecnia da redação do parágrafo primeiro do art. 110 do Código Penal[116]. Esta norma fala em trânsito em julgado para a acusação, quando em verdade, o que ocorre é a preclusão recursal e não o trânsito em julgado.

Enquanto houver recurso de uma parte, do seu julgamento pode surgir interesse para a outra recorrer. Quando uma parte recorre, mesmo que a outra não possa recorrer de imediato (ex: falta de sucumbência), se vier a sucumbir no julgamento do recurso da parte adversária, poderá interpor novos recursos, tais como embargos infringentes, de divergência, bem como recurso extraordinário ou especial, até mesmo o genérico recurso adesivo, além da possibilidade de interposição de embargos de declaração, mesmo sem sucumbência.

8. O sistema processual brasileiro

Em várias passagens do atual Código de Processo Civil e em algumas normas extravagantes, encontram-se comandos normativos que amparam o acima exposto. O sistema do Código de Processo Civil indica que a coisa julgada somente pode se dar quando ocorrer o último julgamento que leva o processo à extinção. Desta forma é possível concluir que não poderá haver coisa julgada de decisão interlocutória nem de parte da sentença. Bem como não pode haver coisa julgada para uma parte e não para a outra. O trânsito em julgado deve ser para todas as partes do processo e não somente alguma ou algumas.

Com relação à inexistência de coisa julgada em caso de improcedência do pedido por falta de prova, podem ser indicadas várias normas que interpretadas conjuntamente indicam o acerto dessa conclusão. O artigo 458 do CPC, ao estipular os requisitos da sentença, em seu inciso II, exige os fundamentos em que o juiz analisará as questões de fato e de direito. Ao exigir como requisitos

da sentença a análise dos fundamentos de fato e de direito, está a afirmar que sem a prova do fato não se pode proferir sentença de mérito. Para a prolação de sentença de mérito é necessária a fundamentação de fato e esta não pode acontecer sem prova. Somente se pode fundamentar sobre fato quando existente a prova correspondente.

Também o artigo 267, III, do CPC aponta como hipótese de julgamento sem mérito sempre que o autor deixar de promover os atos e diligências que lhe competir, por mais de trinta dias, considerando como abandono do processo. Ora, se o ônus da prova dos fatos constitutivos do alegado direito do autor a ele pertence, cabe a ele diligenciar a produção das provas necessárias. Não diligenciando a produção das provas necessárias ao convencimento do juiz, no prazo estipulado, estará caracterizado o abandono da causa e o processo deverá ser extinto sem julgamento de mérito. Extinguir o processo por falta de prova e dizer que o faz com julgamento de mérito pela improcedência nada mais é do que um falso julgamento de mérito, porque o mérito mesmo não foi julgado por ausência ou insuficiência de prova. Mas não é só.

O julgamento não se estabiliza nem se torna imutável pelo simples fato de que contra ele não mais pode ser proposto recurso

Outras hipóteses em que o legislador reconhece que a falta de prova não enseja julgamento de mérito. Podem ser vistas nas seguintes normas: Lei 7.347/85, art. 16 (Ação Civil Pública), na Lei 4.717/65, art. 18 (Ação Popular), Lei 7.853/89, art. 4º (Lei de Apoio ao Deficiente) e Lei 8.078/90, art. 103, I e II (Código de Defesa do Consumidor).

Nestas normas fica bem clara a disposição de que sendo a ação julgada improcedente por falta ou insuficiência de prova, poderá haver a sua repropositura, o que evidencia a inexistência de julgamento de mérito, bem como a ausência de coisa julgada material, pois se coisa julgada material existisse, a ação não mais poderia ser reproposta.

A tendência moderna é a ampliação da coisa julgada com o efeito *erga omnes* quando julgado o verdadeiro mérito com bases sólidas em prova, mas, ao mesmo tempo, também é tendência futurística reconhecer a inexistência de julgamento de mérito quando não existir prova ou esta for insuficiente, caso em que será autorizada a repropositura da ação, a exemplo das normas acima citadas.

Em conclusão

Com as observações acima, pode-se concluir que nem toda sentença passa em julgado, seja sob o ponto de vista formal, seja sob o ponto de vista material. O momento em que se estabelece a coisa julgada é o correspondente àquele em que se fecham as portas para novo julgamento, ou seja, quando ocorre julgamento do último recurso interposto e o transcurso do prazo para novo recurso.

A coisa julgada é própria do último julgamento, não existindo coisa julgada de julgamento anterior que tenha sido substituído por outro posterior (art. 512 do CPC). A substituição do julgado anterior por outro posterior, por certo, impede o primeiro de passar em julgado. Por isso, é plausível dizer-se que existem julgados que nunca passam em julgado, porque são substituídos por outro.

Também o normal e o conveniente é que se interpretem em termos lógicos e práticos os atuais artigos 267, III, e 458, II, do CPC para atribuir o peso de julgamento de mérito somente para os casos em que o pedido for julgado com base segura em prova, e considerar sem julgamento de mérito qualquer outro tomado com base na ausência ou insuficiência de prova.

Notas

[1] ARAKEN DE ASSIS, afirma: "Forçoso reconhecer que a execução contemplada no art. 475-I, realizada *incidenter tantum*, cedo ou tarde terá seu fecho, satisfazendo ou não o exequente (art. 794, I c/c art. 475-R), e o respectivo ato constituirá sentença (art. 162, § 1º) digna de apelação." *Manual dos recursos,* p. 385.

[2] Ensina OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro: "(...) ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional (...)". E ainda: "(...) o reexame do mérito da sentença proferida, a revogação da primeira ou sua complementação, assim como a prolação de outra constituirá, sem dúvida, atividade não revestida do selo da jurisdicionalidade e, por consequência, inapta para ingressar no mundo jurídico." *Execução de título judicial e defeito ou ineficácia da sentença. REPRO*, v. 80, p. 67.

[3] STJ, assim decidiu: "Decisão em que o juiz acrescenta novo dispositivo à sentença já publicada. Tal decisão não é ato judicial, pois o magistrado já exaurira e acabara seu ofício jurisdicional (CPC – art. 463). Nela se contém ato administrativo, emanado de autoridade incompetente. Contra ela cabe Mandado de Segurança, independentemente de recurso preparatório." RMS 1.618-3-SP. 1ª T. j. 9-12-92, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU. 1.3.93 e RT, v. 699, p. 173, de janeiro, 1994.

[4] Só o que constar no dispositivo da sentença ou do acórdão é que será alcançado pela coisa julgada. Os fatos, a verdade dos fatos e os fundamentos não fazem coisa julgada, ainda que importantes para direcionar a decisão. (art. 469, I, II e III, do CPC).

[5] "No entanto, o Direito português utiliza a expressão *'caso julgado'* para se referir à coisa julgada." SOARES, Carlos Henrique. *Coisa julgada constitucional*. Coimbra-Portugal: Almedina, 2009, p. 90.

[6] Ressalva-se aqui o caso da ação rescisória prevista no art. 485 do CPC de 1973.

[7] No Supremo Tribunal Federal, há julgado neste sentido: "Recurso extraordinário. Decisão interlocutória. Retenção. Consoante dispõe o § 3º do art. 542 do Código de Processo Civil, tratando-se de extraordinário interposto contra decisão interlocutória, ou seja, pronunciamento que não se mostra definitivo – deixando, assim, de por termo ao processo, com ou sem julgamento -, o recurso há de ficar retido, pouco importando a origem da decisão proferida". STF. AI-AgR 513.242-1; SP. Rel. Min. Marco Aurélio; DJE 02.05.2008, p. 110. *Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil*, Porto Alegre: Magister, v. 24, p. 111, maio/junho, 2008.

[8] A questão do encerramento do processo é motivo de cerrada divergência na doutrina. Esta questão foi analisada mais detalhadamente em nosso estudo *Sentença – em busca de uma definição* (Coautoria com Gelson Amaro de Souza Filho), *Repertório IOB*, v. III, n. 5, 2009. 1ª quinzena, março, 2009; *Revista Jurídica*, v. 376, pp. 19-42. Porto Alegre-RS, fevereiro, 2009. Referindo-se ao encerramento do processo o STJ assim decidiu: "1. Os honorários advocatícios são obrigação financeira da parte que litiga em juízo e é fixado pelo juiz apenas quando há o encerramento do processo". STJ-REsp. 1.019.953-MG (2007/0309880-2), j. 05-04-2011, DJe, 12.4.2011, publicado na *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 99, p. 211, de junho de 2011.

[9] Diferentemente pensa MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro, para quem decisões interlocutórias também podem ser acobertadas pela coisa julgada. *Coisa julgada,* p. 279.

[10] "1. As matérias de ordem pública, ainda que desprovidas de prequestionamento, podem ser analisadas excepcionalmente em sede de recurso especial, cujo conhecimento se deu por outros fundamentos, à luz do efeito translativo dos recursos. Precedentes do STJ" REsp. 801.154/TO, DJ 21.05.2008; REsp. 911.520/SP, DJ. 30.04.2008; REsp. 869.534/SP, DJ. 10-12-2007; REsp 660.519/CE, DJ 07-11-2005.

[11] Essa imutabilidade está relacionada estritamente ao cabimento ou existência de recurso pendente. Enquanto existir recurso cabível, é possível a modificação em razão deste. Não cabendo mais recurso, instala-se a coisa julgada e, de regra, a sentença se torna imodificável. Mas essa imutabilidade se

liga à noção de inexistência de recurso, mas não impede que a sentença seja excepcionalmente modificada pela via da ação rescisória (art. 485, do CPC), da ação anulatória (art. 486, do CPC) ou mesmo de simples correção de inexatidão material ou retificação de erro de cálculo (art. 463, I, do CPC).

[12] Confira com maior amplitude nossa tese de doutorado que foi publicada com o título: *Efeitos da sentença que julga os embargos à execução,* São Paulo: Academia Brasileira de Direito -MP – Editora, 2007, p. 37.

[13] Thereza Alvim observa: "Ante o exposto, o art. 467, ao dizer que a coisa julgada material é a eficácia que torna imutável a sentença, está tecnicamente errado, tendo em vista a posição de Liebman, assemelhando-se à posição de Chiovenda". *Questões prévias e os limites da coisa julgada,* p. 89.

[14] TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil,* São Paulo: RT. 2001, p. 73.

[15] "Quando, ao contrário, órgão *ad quem* efetivamente acaba por proceder a novo julgamento, a decisão recorrida não chega jamais a adquirir a estabilidade característica da coisa julgada, nem portanto, a eficácia definitiva que pendia de condição legal suspensiva, exatamente por que essa condição falta." BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao CPC,* n. 212. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. V, p. 379.

[16] "O ato impugnado desapareceu, substituído pelo subsequente." ARAKEN DE ASSIS, *Manual dos recursos,* p. 261. "Nada obstante a falta de coincidência, há substituição: o acórdão ocupará o lugar da sentença de primeiro grau." ARAKEN DE ASSIS, *Manual dos recursos,* p. 262. "Todos os efeitos que eventualmente se produzem, escapando da suspensão, já defluem do provimento substituto, e não do substituído." ARAKEN DE ASSIS, *Manual dos recursos,* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 264.

[17] "Ainda que a decisão recursal negue provimento ao recurso, ou, na linguagem inexata mas corrente 'confirme' a decisão recorrida, existe o efeito substitutivo, de sorte que o que passa a valer e ter eficácia é a decisão substitutiva e não a decisão confirmada". NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais* – teoria geral dos recursos*,* 4. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 416.

[18] "Por isso, se ainda for admissível algum recurso subseqüente ao que foi julgado, ele será um recurso contra o acórdão e não contra a sentença (ou seja, contra o ato superior e não contra o inferior). Se nenhum recurso se interpuser, o acórdão virá a ser imunizado pela preclusão e eventualmente até pela coisa julgada material (se se houver pronunciado sobre o *meritum causae* – e não o ato decisório inferior, já previamente retirado do mundo jurídico pelo julgamento superior. A extinção do processo será nesse caso obra *do acórdão* e não da sentença recorrida. Eventual ação rescisória poderá ser admitida contra aquele e não contra esta, contando-se depois da prolação do acórdão o prazo para propô-la etc.", DINAMARCO, Cândido Rangel. *In* Aspectos polêmicos e atuais dos

recursos cíveis e assuntos afins, v. 5, pp. 62-3. Coord. de WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e NERY JUNIOR, Nelson. São Paulo: RT, 2006.

[19] "3. Ainda que não tivesse o autor interposto apelação contra a sentença, isto não importaria em preclusão da faculdade processual de interpor recurso extraordinário para o STF, quando a decisão, em remessa necessária, lhe é desfavorável. De fato, o recurso de oficio, devolvendo à instância superior o conhecimento integral da causa, impede a preclusão do que decidiu a sentença, daí não haver que se falar em falta de interesse processual em recorrer, assim consignei no voto do RE 330.007/RO, da minha relatoria, DJ. De 23-08-2002." STF. AgRg no RE 540.508-7/RJ – 2ª T. j. 11-11-2008 – vu. Rel. Min. Ellen Gracie – Dje 28.11.2008. RT. 881, p. 135-6, março, 2009.

"1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que a ausência de recurso da Fazenda Pública contra sentença de primeiro grau não impede, em razão da remessa necessária (art. 475 do CPC), que ela recorra do acórdão proferido pelo Tribunal de origem. Não se aplica aos casos da espécie o instituto da preclusão lógica." STJ – ED em REsp 851.704-PR (2011/0037381-2). Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 16-03-2011, DJe 22-3-2011. RDDP, v. 99, p. 157.

[20] "A 'confirmação' decorrente do desprovimento do recurso, posto que linguagem corrente, não autoriza a suposição de que haja prevalecido, após o julgamento, o ato do juízo *a quo.*" ARAKEN DE ASSIS, *Manual dos recursos,* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 261.

[21] "A substituição ocorrerá quer seja o recurso provido ou desprovido, mesmo quando a decisão é confirmada, ainda que pelos seus próprios fundamentos, ela desaparece, para dar lugar à decisão proferida no recurso." FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Com. CPC,* São Paulo: RT, 2001, v. 7, p. 78.

"Em geral, a decisão inferior, que vem a ser substituída, justamente porque não passará em julgado, era ineficaz. Como o órgão *ad quem* conheceu do recurso, ela jamais alcançará a *auctoritas rei iudicatae.* Transitará em julgado, isso sim, a decisão do órgão *ad quem.*" BARBOSA MOREIRA, J.C, *Comentários ao CPC*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. V, p. 381.

[22] A sentença somente continua a prevalecer se o recurso não for conhecido. O mesmo acontece com o acórdão recorrido quando o recurso não for conhecido. Não sendo conhecido o recurso, não haverá substituição. Mas, uma vez conhecido o recurso qualquer que seja a solução – provimento ou improvimento, a substituição ocorrerá e prevalecerá o segundo julgamento e não primeiro.

[23] "Da substituição do provimento anterior pelo subsequente resulta, em primeiro lugar, que só o último transitará em julgado." ARAKEN DE ASSIS, *Manual dos recursos,* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 264.

[24] "Ocorrendo a substituição a decisão inferior não transitará em julgado, pois este será um atributo da decisão do órgão *ad quem.* Logo, todos os efeitos

serão emanados da decisão substitutiva e não da substituída." FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Com. CPC,* São Paulo: RT, 2001, v. 7, p. 79.

"Quando, ao contrário, o órgão *ad quem* efetivamente acaba por proceder a novo julgamento, a decisão recorrida não chega jamais a adquirir a estabilidade característica da coisa julgada, nem portanto a eficácia definitiva que pendia da condição legal suspensiva, exatamente porque essa condição falta." BARBOSA MOREIRA, J.C, *Comentários ao CPC*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. V, p. 379.

"Convém acentuar, por outro lado, que, em tais hipóteses ocorre a substituição quer se dê provimento, que se negue provimento ao recurso." Idem, idem, p. 380.

[25] "Por efeito substitutivo deve ser entendida a possibilidade de o recurso, uma vez conhecido, substituir a decisão anterior, a decisão recorrida, independentemente do conteúdo da nova decisão, que julga o recurso. O que deve ser destacado é que a nova decisão que vier a ser proferida e na extensão que seja proferida- põe-se no lugar da decisão anterior, da decisão recorrida que, por isto mesmo, não mais subsiste." SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Efeitos dos recursos. In* Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins, v. 10, p. 88. Coord. de WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e NERY JUNIOR, Nelson. São Paulo: RT, 2006.

[26] "Por isso é que, após o julgamento do recurso, o que poderá ter eficácia é o próprio acórdão e não mais a sentença." CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis,* p. 291. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

[27] "Convém acentuar por outro lado, que, em tais hipóteses, ocorre a substituição quer se dê provimento, quer se negue provimento ao recurso." BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao CPC,* v. V, p. 380, n. 213. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

[28] "Ao prover ou improver o recurso interposto com o pedido de que o tribunal inverta o teor do julgamento inferior, fazendo do vencido vencedor e do vencedor, vencido (na causa ou no incidente julgado por decisão interlocutório), o tribunal está cassando a sentença ou decisão porque a retira do mundo jurídico para que não mais produza efeitos." DINAMARCO, Cândido Rangel. *In* Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins, v. 5, p. 62. Coord. de WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e NERY JUNIOR, Nelson. São Paulo: RT, 2006. Depois, acrescenta: "Por isso, se ainda for admissível algum recurso subsequente ao que foi julgado, ele será um recurso contra o acórdão e não contra a sentença (ou seja, contra o ato superior e não contra o inferior). Se nenhum recurso se interpuser, o acórdão virá a ser imunizado pela preclusão e eventualmente até pela coisa julgada material (se se houver pronunciado sobre o *meritum causae* – e não o ato decisório inferior, já previamente retirado do mundo jurídico pelo julgamento superior. A extinção do processo será nesse caso obra *do acórdão* e não da sentença recorrida. Eventual ação rescisória poderá ser admitida contra aquele e não contra esta, contando-se depois da prolação do acórdão o prazo para propô-la etc." Idem, ibidem, pp. 62-3.

[29] "O julgamento que se faz em grau de recurso substitui a decisão ou sentença no que dele tiver sido objeto." FIDELIS DOS SANTOS, Ernane. *Manual de Direito Processual Civil.* 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 581. O mesmo autor acrescenta: "Para Carnelutti, a sentença impugnada gera efeitos que lhe são próprios. Mas, recorrida, sempre será substituída, de forma tal que, se reformada, ditos efeitos não apenas se extinguem como também são cancelados. É como se nunca tivesse existido", p. 582.

[30] "Ação rescisória – Impossibilidade jurídica do pedido. configuração. Sentença indicada como rescindenda substituída por acórdão. Súmula 192, III, desta Corte. Esta Corte, na compreensão as Súmula 192, III, firmou entendimento no sentido de que, *em face do disposto no art. 512 do CPC, é juridicamente impossível o pedido explícito de desconstituição de sentença quando substituída por acórdão* Regional. Recursos conhecidos e desprovidos." Proc. RXOF e ROAR 1132000-29.2004.5.02.0000 do TST. SDI-JU do TST, v. 161, abril, 2010.

[31] "Assim, os efeitos que se hajam de produzir serão efeitos da decisão de grau superior; esta, e não a outra, por exemplo, é que se executará, se for o caso." BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao CPC,* v. V, p. 381. "A partir do momento em que esta última transite em julgado, a execução passará a tê-la por título." BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao CPC*, n. 215. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. V, p. 382.

[32] "De fato, havendo julgamento de mérito do recurso, quem passará a produzir efeitos será propriamente a decisão que julgou o recurso e não a decisão recorrida, em razão da existência da substituição", CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis,* p. 305. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

[33] Assim se pronunciou o Egrégio Supremo Tribunal Federal: "A decisão de Tribunal que conhece da apelação, em sentido amplo, interposta pela defesa, substitui a sentença condenatória." STF. 1ª T. HC. 82.561-3. Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 8-4-2003, vu. AASP-jur. de 7 a 13-02-2005, n. 2405, p. 3.369.

[34] "Toda sentença produz coisa julgada formal, desde o momento em que se torna irrecorrível. Contudo, nem toda sentença produz coisa material." TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*, p. 73. São Paulo: RT, 2001.

[35] "Processos ilegítimos e inconstitucionais que levam à formação de uma "sentença inconstitucional" nada mais são que sentenças inexistentes, que não podem autorizar a formação de coisa julgada pelo simples fato de que não transitam em julgado." SOARES, Carlos Henrique. *Coisa julgada constitucional,* p. 250. Coimbra-Portugal: Almedina, 2009.

[36] Sobre este assunto, especificamente sobre a chamada coisa inconstitucional, veja nosso "*Coisa julgada inconstitucional*", em coautoria com SOUZA FILHO, Gelson Amaro de, *in* RT v. 893, pp. 9:31, de março de 2010.

[37] "No entanto, se a decisão não for gerada democraticamente, essa nunca ficará sob o manto da coisa julgada, pois tal decisão é manifestamente inconstitucional." SOARES, Carlos Henrique. *Coisa julgada constitucional.* Coimbra-Portugal: Almedina, 2009, p. 21.

[38] "Decisões judiciais ilegais ou inconstitucionais nunca poderiam ser consideradas válidas diante do ordenamento jurídico e nem necessitariam de anulação, pois, já seriam nulas, por carecer de fundamento de validade, ou seja, vinculação a uma norma hierarquicamente superior." SOARES, Carlos Henrique. *Coisa julgada constitucional.* Coimbra-Portugal: Almedina, 2009, p. 161.

[39] THEODORO JUNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. Citados por ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo, obra citada, p. 196.

[40] THEODORO JUNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização, in* Coisa Julgada Inconstitucional, coord. Carlos Valder do Nascimento e José Augusto Delgado, p. 185.

[41] SLAIB FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988:* aspectos fundamentais, p. 87.

[42] "3. Em se tratando de sentença nula de pleno direito, o reconhecimento do vício de inconstitucionalidade pode se dar a qualquer tempo e em qualquer procedimento, por ser insanável." DELGADO, José Augusto. *Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal. Manifestações doutrinárias. In* Coisa julgada inconstitucional, p. 133.

[43] NASCIMENTO, Carlos Valder do e PEREIRA JUNIOR, Lourival, afirmam: "A coisa julgada não tem o condão de remover essa patologia que a contamina, por improvável possa a qualidade modificar essência de matéria que não é própria, para convalidar ato jurisdicional nulo". *Natureza da coisa julgada:* uma abordagem filosófica, *in* Coisa Julgada Inconstitucional, p. 53.

[44] WELSCH, Gisele Mazzoni. "Não se pode olvidar que a coisa julgada inconstitucional é nula e atacada não por ação rescisória, mas por ação declaratória de nulidade da decisão, a chamada *querela nullitatis".* A coisa julgada inconstitucional. *Revista Jurídica*, v. 364, p. 64, fevereiro, 2008.

[45] NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 25.

[46] "Realmente, em se tratando de declaração de inconstitucionalidade, as situações constituídas ao amparo da lei declarada inconstitucional por contrariar a Carta Magna carecem totalmente de amparo jurídico, na medida em que a lei que lhes serviu de respaldo é reconhecida como nula e, pois, incapaz de produzir efeitos passíveis de subsistência no mundo jurídico." ARMELIN, Donaldo. *Alterações da jurisprudência e seus reflexos nas situações já consolidadas sob o império orientação superada. In* Tendências do moderno processo civil brasileiro,

p. 197. Coords. Lucio Delfino, Fernando Rossi, Luiz E.R. Mourão e Ana Paula Chiovitti. Belo Horizonte-MG: Editora Fórum, 2008.

[47] "Em regra, as nulidades dos atos processuais, observa Liebman, "podem suprir-se ou sanar-se no decorrer do processo." E, "ainda que não supridas ou sanadas, normalmente não podem mais ser argüidas depois que a sentença passou em julgado. A coisa julgada funciona como sanatória geral dos vícios do processo" (*Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, 1947, p. 182).

"Há contudo – adverte o processualista – vícios maiores, vícios essenciais, vícios radicais, que sobrevivem à coisa julgada e afetam a sua própria existência. Neste caso a sentença embora se tenha tornado formalmente definitiva, é coisa vã, mera aparência e carece de efeitos no mundo jurídico. Dá-se então a nulidade *ipso iuri,* 'tal impede a sentença passar em julgado (Lobão, Segundas Linhas, I, nota 578). É por isso que 'em todo tempo se pode opor contra ela, que é nenhuma" tal se pode também nos embargos à execução'. Liebman, p. 183)."

"(...) O caso julgado não pode ter a virtude milagrosa de dar vida ao nada. Se a sentença não existe juridicamente, não passa a existir pelo fato de ter transitado em julgado... O caso julgado (também) não pode fazer desaparecer a nulidade absoluta. Perante sentença inexistente ou nula a parte interessada pode servir-se de todos os meios tendentes a afastá-la." THEODORO JUNIOR, Humberto. Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença. *REPRO*, v. 19, p. 29, julho/setembro, 1980.

[48] DANTAS, Ivo. *Coisa julgada inconstitucional:* declaração de inexistência. *In* Coisa Julgada Inconstitucional. Coords. Carlos Valder do Nascimento e José Augusto Delgado, p. 256.

[49] Idem, idem, p. 261.

[50] ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda e MEDINA, José Miguel Garcia. "Se a sentença é juridicamente inexistente, à execução faltará, *ipso facto,* o título executivo". *Meios de impugnação das decisões transitadas em julgado. in* Coisa julgada inconstitucional, p. 325. NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto(Org.) Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006

[51] Citado por José Augusto Delgado, in *Coisa julgada inconstitucional,* p. 112.

[52] O Superior Tribunal de Justiça, assim decidiu: "Lei inconstitucional é lei natimorta; não possui qualquer momento de validade. Atos administrativos praticados com base nela devem ser desfeitos, de oficio pela autoridade competente, inibida qualquer alegação de direito adquirido". STJ-EROMS 10527-SC. Rel. Min. Edson Vidigal. J. 03-02-2000 – DJU 08.03.2000, p. 136. Se se considera como lei natimorta, é porque a considera inexistente.

[53] "Esta Corte, em diversas oportunidades, assentou que não há coisa julgada quando a sentença contraria abertamente o princípio constitucional da "justa indenização" ou decide em evidente descompasso com dados fáticos da causa

(teoria da coisa julgada inconstitucional)". STJ. REsp 1.187.297/RJ (2010/0051391-9), vu, relª. Min. Eliana Calmon. DJe 22.09.2010. RT. 903/208, janeiro, 2011.

[54] "Com efeito, 'segundo a teoria da relativização da coisa julgada, haverá situações em que a própria sentença, por conter vícios insanáveis, será considerada inexistente juridicamente'. Se a sentença sequer existe no mundo jurídico, não poderá ser reconhecida como tal, e, por esse motivo, nunca transitará em julgado. STJ – REsp. 710.599/SP, 1ª T, j. 21.06.2007, rel. Min. Denise Arruda, DJ. 14-02-2008)". STJ-REsp 1.187.297/RJ (2010/0051391-9), 2a t. j. 02.09.2010, vu. Relª. Min. Eliana Calmon – Dje 22.09.2010. RT. 903/216, janeiro, 2011.

[55] ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda e MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. Meios de impugnação das decisões transitadas em julgado. *In* NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto(Org.) Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 323.

[56] DELGADO, José Augusto. Obra citada, p. 133.

[57] "Ausente uma das condições da ação, a sentença não faz coisa julgada material." ARRUDA ALVIM – Exceção de pré-executividade – Falta de condições da ação – sentença de mérito; *REPRO*, 72, p. 197. No mesmo sentido: "Ausente(s) condição(ões) da ação, não há sentença sob o ponto de vista jurídico, e, portanto, não há trânsito em julgado". GARCIA MEDINA, José Miguel e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O dogma da coisa julgada,* p. 208. São Paulo: RT, 2003.

[58] "Ineficaz, é a sentença proferida entre ilegítimos contraditores; ou seja, a que foi proferida na ausência de verdadeira parte (CPC, art. 56)." BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Coisa julgada.* Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 10.

[59] A matéria de competência nada tem a ver com os chamados pressupostos processuais, por se tratar de instituto de natureza procedimental e não processual. Para se dar conta disso, basta verificar que para a matéria de processo, só a União pode legislar (art. 22, I, da CF) e a matéria de procedimento pode haver legislação concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal (art. 24, XI, da CF). Como a competência pode ser legislada concorrentemente entre os três entes mencionados (art. 125, §, 1º, da CF e art. 91 do CPC), isto confirma não ser a competência matéria de processo, senão apenas de procedimento, pois, se de matéria processual se tratasse, só a União poderia legislar, como foi tratado em nosso: Competência. Natureza jurídica da norma. Revista de Direito Civil e Processual Civil, v. 38, pp. 56:59. Porto Alegre-RS. Síntese, novembro-dezembro, 2005.

[60] Por exemplo, a ausência do pressuposto procedimental de competência pode ser atingida pela eficácia preclusiva da coisa julgada por se tratar de matéria apenas rescindível e não de nulidade ou de inexistência, cujo assunto que foi tratado com maiores detalhes em nossos: *Validade da decisão do Juízo incompetente*. Revista Jurídica, vol. 277. Notadez. Porto Alegre: Novembro 2000; *Prorrogação da competência absoluta.* Revista Jurídica v. 292. Porto Alegre: Notadez. Fevereiro/2002. REPRO v. 110, p. 350:358. São Paulo: RT. Abril:junho,

2003; *Dever de declaração da incompetência absoluta e o mito da nulidade de todos os decisórios.* Revista Jurídica, v. 320. pp 22:36. Porto Alegre: Notadez, junho 2004. Revista de direito do trabalho, v. 139, pp. 16:32. Curitiba: Gênesis, julho, 2004 e RNDJ, v. 60, pp 32- 46, dezembro 2004; Revista dos Tribunais, v. 833, p. 82-96. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, março de 2005.

[61] Para se falar em eficácia preclusiva da coisa julgada, necessário é verificar se naquele processo é possível haver coisa julgada. Se o julgado jamais poderá passar em julgado, não se pode falar em eficácia de coisa julgada que nem sequer existe.

[62] "Presente a coisa julgada, esta prevalece sobre a declaração de incompetência, ainda que absoluta, em observância aos princípios da coisa julgada, segurança jurídica, economia e celeridade processual". STJ – AgRh. CC. 84.977; proc. 2007/0105660-4; RS. 2ª T. rel. Min. Luis Felipe Salomão; DJe 20/11/2009. Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil, v. 33, p.146. Porto Alegre-RS, Magister, nov/dez, 2009.

[63] "Já a *querela nullitatis* é utilizada para as sentenças que não transitam em julgado pelo simples fato de que nunca existiram, por lhes faltar pressuposto fundamental, qual seja, a legitimidade do processo". SOARES, Carlos Henrique. *Coisa julgada constitucional.* p. 249. Coimbra-Portugal: Almedina, 2009.

[64] "Ato eivado de vício que macula a formação da relação processual – Existência de trânsito em julgado que não se verifica". STJ – REsp 695.879/AL, 4ª T, j. 21.09.2010, vu. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 07.10.2010. RT. 904/225, fevereiro de 2011. No mesmo sentido: RT. 766/196, 647/221; REPRO 129/207 e RDPriv. 26/347.

[65] "A nulidade absoluta insanável – por ausência dos pressupostos de existência – é vício que, por sua gravidade, pode ser reconhecido mesmo após o trânsito em julgado, mediante simples ação declaratória de inexistência de relação jurídica (o processo), não sujeita a prazo prescricional ou decadencial e fora das hipóteses taxativas do art. 485, do CPC." STJ. REsp. 1.187.297/RJ (2010/0051391-9). 2ª T. j. 02.09.2010, vu. Relª. Min. Eliana Calmon – Dje 22.09.2010. RT. 903/214, janeiro, 2011.

[66] "A sentença que julga improcedente ação de conhecimento produz coisa julgada material, ainda que fundada na insuficiência das provas produzidas pelo autor." TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil,* p. 80. São Paulo: RT, 2001.

[67] "Também os juristas não podem se limitar apenas a interpretar as leis. É preciso que se sirvam delas para modificar o mundo e fazer justiça." SILVA, Antonio Álvares. Um discurso e algumas reflexões sobre a Justiça do Trabalho. *Revista Magister de Direito do Trabalho*, n. 41, p. 57, março-abril, 2011.

[68] "É que a ação de investigação de paternidade versa sobre direitos indisponíveis e, por tal razão, a improcedência do pedido jamais poderia gerar

coisa julgada." GARCIA MEDINA, José Miguel e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O dogma da coisa julgada,* São Paulo: RT, 2003, p. 195.

[69] "Em casos como este, não há o que transitar em julgado, ou seja, a matéria decidida não é daquelas sobre as quais acaba por pesar autoridade de coisa julgada. Não terá havido atribuição de um bem jurídico a alguém." GARCIA MEDINA, José Miguel e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O dogma da coisa julgada,* São Paulo: RT, 2003, p. 21.

[70] BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *Coisa julgada,* Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 8 e 25.

[71] BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *Coisa julgada,* Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 16.

[72] "Investigação de paternidade. Ação anteriormente ajuizada e julgada improcedente por ausência de provas. Coisa julgada. Inocorrência. Mesmo havendo ação investigatória anteriormente ajuizada e julgada improcedente, verifica-se que a decisão baseou-se na ausência de provas acerca da paternidade do requerido, não se configurando, pois, a coisa julgada. A eficácia da coisa julgada material não pode se sobrepor à busca da verdade real, mormente quando se trata de direito personalíssimo como o da identidade." TJRS. AI. 70022574180. 8ª Câmara. RJTJRGS nº 268, p. 114, agosto, 2008.

[73] BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *Coisa julgada,* Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 26.

[74] CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Processo civil – realidade e justiça – 20 anos de vigência do CPC,* São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 46 e 47.

[75] Esta matéria foi tratada com maior amplitude em nosso: *Efeitos da sentença que julga embargos à execução.* São Paulo: MP-Editora, 2007.

[76] *Coisa julgada,* p. 26. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

[77] Contra TESHEINER: "A sentença que julga improcedente ação de conhecimento produz coisa julgada material, ainda que fundada na insuficiência das provas produzidas pelo autor". TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil.* p. 80. São Paulo: RT. 2001. Todavia em outro local afirma: "Se o juiz rejeita pedido de indenização, porque o autor não comprovou a propriedade do veículo danificado em acidente de trânsito, pode o autor propor outra, afirmando-se comodatário que pagou os danos ao comodante", idem, p. 48.

[78] SOUZA, Gelson Amaro de. A falta de prova e a falsa coisa julgada. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 93, pp. 36:51. São Paulo: Dialética, dezembro, 2010. Nesta mesma linha encontra-se a doutrina de SAVARIS, José Antonio. Coisa julgada previdenciária como concretização do Direito Constitucional a um processo justo. *Revista Brasileira de Direito Previdenciário*, v. 1, pp. 65:86. Porto Alegre-RS: Lex-Magister, fev/março, 2011.

[79] "Nas ações de estado, dentre elas, a ação de investigação de paternidade, não se materializa a coisa julgada, se não restou excluída expressamente a

paternidade do investigado, face a insuficiência de prova." TJMS. Ap. 2009.027124-2/0000. 2ª T. rel. Luiz Carlos Santini, vu. DJ 23-09-2010. *Revista Juris Plenum*, Caxias do Sul, novembro, 2010, v. 36, p. 157.

[80] Ver mais amplamente o nosso: *A falta de prova e a falsa coisa julgada.* Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: Dialética, dezembro, 2010, v. 93.

[81] "1. Não configura coisa quando o único motivo que ensejou a improcedência da ação anteriormente ajuizada foi a falta de prova, caso em que, segundo entendimento já firmado nesta Corte, cabível é extinção do feito sem julgamento do mérito, pois em direito previdenciário não se admite a preclusão do direito ao benefício." TRF. 4ª Região. Apelação 2007.71.17.001904-3-RS, 6ª Turma. Rel. Des. Fed. João Batista Pinto Silveira, j. 10-08-2010, DEJF 19-08-2010, p. 698. Se assim é, para a questão previdenciária, por lógica deve ser para as demais causas.

No STJ. Há julgamento no mesmo sentido aplicado a outra causa: "1. Não há óbice ao ajuizamento de nova ação, semelhantemente a outra que fora extinta para que se reivindiquem juros compensatórios não concedidos por falta de provas da data em que a ocupação se efetivou. Isso porque, o que ocorreu foi coisa julgada formal, e não material". STJ-REsp. 169.577-SP. (1998/0023483-7). Rel. Min. Castro Meira. J. 05-10-2004. DJ 16/11/2004 (doc. 5031119).

[82] "Por último, verificamos que, na dinâmica forense, deparamos-nos com algumas sentenças de extinção do processo sem julgamento do seu mérito na hipótese de o juiz entender que o processo não reuniu as provas necessárias ao acolhimento das pretensões do autor. Em situações tais, e pela deficiência da prova, entendem certos magistrados que o pronunciamento correspondente deveria ser terminativo, fazendo coisa julgada formal, autorizando-se a repropositura da ação". MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de processo civil,* v. I, p. 578.

[83] "Investigação de paternidade. Ação anteriormente ajuizada e julgada improcedente por ausência de provas. Coisa Julgada Inocorrência. Mesmo havendo ação investigatória anteriormente ajuizada e julgada improcedente, verifica-se que a decisão baseou-se na ausência de provas acerca da paternidade do requerido, não se confundindo, pois, a coisa julgada. A eficácia da coisa julgada material não pode se sobrepor à busca da verdade real, mormente quando se trata de direito personalíssimo como o da identidade. Negado seguimento ao recurso." TJRS – AI. 70022574180. 8ª Câmara. RJTJRGS nº 268, p. 114, de agosto, 2008.

[84] "Coisa julgada – Rediscussão – Admissibilidade – Ação de estado – Recurso não provido. Coisa Julgada – Pretensão de rediscutir questão de parentesco já solucionada em processo judicial com trânsito em julgado. Possibilidade – Direito personalíssimo em estudo – Julgamento com resultado baseado na dúvida e que não traz segurança quanto à falta do vínculo genético – Ação de estado que exige a efetiva busca da verdade – Recurso desprovido." AI 308.582-4/5. JTJSP, v. 286, p. 319 de março de 2005.

"Renovação da ação – Possibilidade – Julgamento anterior que não reconheceu a exclusão da paternidade pelo sistema HLA – Possibilidade de realização de exame pelo método DNA – Questão de estado de interesse – Recurso não provido". TJSP. AI. 288.887-4/3-00. J. 14-08-2003. JTJSP 272, p. 327, de janeiro, 2004.

[85] "Investigação de paternidade – Existência de anterior investigatória julgada improcedente – Coisa julgada – Não caracterização – Possibilidade de nova avaliação pericial pelo Sistema DNA – Princípio da dignidade humana – Prosseguimento do feito – Recurso provido". TJSP. Ap. 282.782-4/0. j. 25-05-2004. JTJSP 284/110-122, de janeiro de 2005 (Acórdão com vários precedentes). Contra. JTJSP 284/122.

"Negatória de paternidade – Extinção do processo sem julgamento do mérito – Fundamentação no trânsito em julgado da decisão que reconheceu a paternidade – Inadmissibilidade – Hipótese e que não esgotados todos os meios de prova – Alegação de indução ao erro no reconhecimento – Atenuação da rigidez da coisa julgada – Admissibilidade – prosseguimento do feito – Recurso provido". TJSP. Ap. 330.922-4/4-00. j. 19-05-2005. JTJSP 294/249, de novembro de 2005.

[86] "Negatória de paternidade – Extinção do processo sem julgamento do mérito – Fundamentação no trânsito em julgado da decisão que reconheceu a paternidade – Inadmissibilidade – Hipótese em que não esgotados todos os meios de prova – Alegação de indução ao erro no reconhecimento – Atenuação da rigidez da coisa julgada – Admissibilidade – prosseguimento do feito – Recurso provido". TJSP. Ap. 330.922-4/4-00. j. 19-05-2005. JTJSP 294/249, de novembro de 2005.

[87] "Ação de Investigação de Paternidade Cumulada com Anulação de Registro de Nascimento. Imprescritibilidade. Coisa julgada formal. Nova Propositura da demanda. Possibilidade. Recurso Especial não conhecido. STJ. REsp. 456.005, rel. Min. Hélio Guaglia Barbosa. RDDP, v. 57, p. 178, dez/2007.

[88] "(...) só as sentenças que julgam procedente a ação produzem efeitos (condenatórios, constitutivo ou declaratórios, embora todas contenham um elemento declaratório." BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Coisa julgada*, p. 7. "Daí resulta que o julgamento de improcedência de uma ação declaratória negativa não produz o efeito de uma sentença declaratória positiva a favor do réu". Idem, p. 83.

[89] BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. "As sentenças de improcedência da ação não produz efeito algum, não gerando nenhuma alteração no mundo jurídico; limitam-se a manter o *status quo ante.*" Obra citada, p. 25.

[90] "A sentença é de natureza declaratória. Apenas declara que o habilitado é sucessor ou substituto do falecido. O recurso cabível é a apelação, com os efeitos suspensivo e devolutivo. *A sentença que nega a habilitação, por falta*

de prova dessa qualidade, não transita em julgado, ou, pelo menos, não se reveste da autoridade da coisa julgada com força de impedir a renovação do pleito." CAMARGO SOBRINHO, Mário de. *Procedimentos especiais,* pp. 182-183. Campinas: CS-Edições, 2003. Coedição: Lex Editora S.A.

[91] "Não ocorre o trânsito em julgado de matérias oriundas de processos conexos que foram apreciados em sentença única, uma vez que a parte pode interpor apenas um recurso abrangendo todas as ações. Preliminar rejeitada". TJES Ap. Civ. 024950024166-3ª C. DJES de 30-01-2006. Rev. Jurídica, v. 340, p. 146, fev/2006.

[92] "Reconhecer o papel fundamental a coisa julgada não conduz, todavia, à idéia de que a decisão judicial contra a qual não cabe mais recurso seja imutável independentemente das nulidades processuais que concorreram para a sua formação ou do inequívoco e inescondível *erro in judicando* que se manifesta". SAVARIS, José Antonio. Coisa julgada previdenciária como concretização do Direito Constitucional a um processo justo*. Revista Brasileira de Direito Previdenciário*, v. 1, p. 75. Porto Alegre-RS: Lex-Magister, fev./março, 2011.

[93] "1. Interpôs dois recursos pela mesma parte contra a mesma decisão, não se conhece daquele apresentado em segundo lugar, por força do princípio da unirrecorribilidade e em razão da preclusão consumativa". STJ. EDcl-Ag. 1365788/RS. 4ª T. rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 14.04.2001, DJe 04-05-2011. RJ. 403, p. 200, maio, 2011.

"1. Inadmissível o segundo agravo regimental interposto pela mesma parte contra a mesma decisão, PIS 'no sistema recursal brasileiro, vigora o cânone da unirrecorribilidade. Desta forma, manejados dois recursos pela mesma parte contra uma única decisão, a preclusão consumativa impede o exame do que tenha sido protocolizado por último. (Edcl no AgRg no REesp 1.127.348/DF. Rel. Min. Sidnei Beneti. Terceira Turma, Dj. De 01.07.2010'." STJ. AgRg no REsp, n. 1.108.291-SC (2008/0278766-9). Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. J. 02-8-2011, DJe 8.8.2011, RDDP, v. 103, p. 208, outubro, 2011.

[94] "Recurso – Tutela antecipada concedida na sentença – Interposição de agravo de instrumento – Inadmissibilidade – Interposição de dois recursos – Inadmissibilidade – Princípio da singularidade recursal – Sentença apelável – Decisão interlocutória agravável – Despachos irrecorríveis – A apelação é o recurso cabível contra sentença em que foi concedida a antecipação de tutela – Recurso não conhecido, com observação". TJSP- AI. 7.235.026-4, j. 13-05-2008, rel. Des. Álvaro Torres Junior. JTJSP-Lex v. 327, p. 151, agosto 2008.

[95] Neste sentido decidiu o STJ, ressaltando que não é admitida a interposição simultânea de dois recursos especiais pela mesma parte, contra uma mesma decisão, em face do princípio da unirrecorribilidade, também chamado de singularidade ou unicidade recursal. REsp. 799.490, j. 25-05-2011, rel. Min. Og Fernandes. Extraído do site www.editoramagister,com, visitado em 25-05-2011.

[96] Sobre os efeitos da sentença sujeita a recurso ou à remessa necessária ver nosso artigo *Eficácia da sentença e o efeito suspensivo do recurso*. *RDDP*, v. 80, pp. 61-70, novembro, 2009.

[97] Remessa necessária – Recurso de oficio – Preclusão – Inocorrência – Devolução à instância superior do conhecimento integral da causa. "3. Ainda que não tivesse o autor interposto apelação contra a sentença, isto não importaria em preclusão da faculdade processual de interpor recurso extraordinário para o STF, quando a decisão, em remessa necessária, lhe é desfavorável. De fato, o recurso de oficio, devolvendo à instância superior o conhecimento integral da causa, impede a preclusão do que decidiu a sentença, daí não haver que se falar em falta de interesse processual em recorrer, assim consignei no voto do RE 330.007/RO, da minha relatoria, DJ. De 23-08-2002". STF. AgRg no RE 540.508-7/RJ – 2ª T. j. 11-11-2008 – vu. Rel. Min. Ellen Gracie – Dje 28.11.2008. RT. 881, p. 135-136, março, 2009.

[98] "A imutabilidade da decisão está condicionada ao trânsito em julgado que obviamente pressupõe julgamento dos demais pedidos, pois conforme será demonstrado no capítulo seguinte é incorreto falar em trânsito em julgado parcial no regime jurídico pátrio ante a sempre presente possibilidade de reconhecimento de questões de ordem pública a qualquer tempo que, uma vez reconhecidas, prejudicam todo o processo". MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Influência dos efeitos dos recursos no cabimento e desenvolvimento da execução provisória. *REPRO*, v. 165, p. 85. São Paulo: RT, novembro, 2008.

[99] RIOS GONÇALVES, Marcus Vinicius, ao tratar do efeito translativo assevera: "Consiste na possibilidade de o tribunal conhecer de matérias de ordem pública, que não sejam objeto do recurso, nem tenham sido examinadas pela primeira instância. Não de confunde com o efeito devolutivo, que restitui ao tribunal o exame daquilo que foi objeto do recurso". RIOS GONÇALVES, Marcus Vinicius. *Novo curso de direito processual civil,* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2, p. 88.

[100] "1. As matérias de ordem pública, ainda que desprovidas de prequestionamento, podem ser analisadas excepcionalmente em sede de recurso especial, cujo conhecimento se deu por outros fundamentos, à luz do efeito translativo dos recursos. Precedentes do STJ: REsp 801.154/TO, DJ. 21.05.2008; REsp 911.520/SP, DJ. 30.04.2008; REsp 869.534/SP, DJ 10.12.2007; REsp 660.519/CE, DJ. 07.11.2005. Edcl no AgRg no REsp 1.043.561-RO (2008/0064147-3). Rel. Min. Francisco Falcão. *RDDP*, v. 98, p. 134, maio, 2011.

[101] "Não se admite a coisa julgada por capítulos, uma vez que tal exegese pode resultar em grande conturbação processual." STJ-REsp 639.233-DF. Rel. Min. José Delgado, j. 06-12-2005, DJU I, 14.9.2006, p. 258, *Revista Dialética de Direito Processual*, novembro, 2006, v. 44, p. 197.

[102] "O trânsito em julgado ensejador do pleito rescisório não se aperfeiçoa em momentos diversos (capítulos), sendo único para todas as partes (...). Assim,

o interregno autorizativo da ação rescisória (art. 495 do CPC) somente deve ter inicio após proferida a última decisão na causa." STJ-REsp 639.233-DF. Rel. Min. José Delgado, j. 06-12-2005, DJU I, 14.9.2006, p. 258*, Revista Dialética de Direito Processual*, novembro, 2006, v. 44, p. 197.

[103] "Trânsito em julgado da última decisão proferida na causa – Entendimento firmado pela corte especial. O certo é que havendo um único processo e uma única sentença, não há cogitar de coisa julgada material progressiva. A coisa julgada material somente ocorre com o trânsito em julgado da última decisão proferida na causa. É impossível dividir uma única ação, que deu origem a um único processo, em tantas quantas forem as questões submetidas ao judiciário, sob pena de se provocar um verdadeiro caos processual, ferindo princípios que regem a preclusão, a coisa julgada formal e material, e permitindo até mesmo a rescisão do capítulo em relação aos quais nem sequer se propôs ação rescisória." STJ. REsp 705. 354-SP. 2ª T. Rel. Min. Franciulli Netto. DJU. 09-05-2005. RJ. 332/122-3.

[104] "Logo, enquanto não julgado o recurso, o processo não pode terminar, razão por que não se forma a coisa julgada. Somente depois de encerrado o julgamento do recurso e não cabendo mais nenhuma impugnação no processo é que se poderá ter como terminada a litispendência que, em vista disso, se 'transforma' em coisa julgada." NERY JUNIOR, Nelson. Julgamento de agravo de instrumento posterior à sentença: a eficácia da sentença está condicionada ao desprovimento do agravo*. REPRO*, v. 130, pp. 162-3. RT, dezembro, 2005.

[105] "A coisa julgada material é a qualidade conferida por lei à sentença/acórdão que resolve todas as questões suscitadas pondo fim ao processo ao processo, extinguindo, pois, a lide. Sendo a ação uma e indivisível, não há que se falar em fracionamento da sentença/acórdão, o que afasta a possibilidade do seu trânsito em julgado parcial." STJ – EdivREsp 404.777-DF. DJU 11.04.2005. *Revista Jurídica*, v. 330, p. 128, abril, 2005. Também: "A coisa julgada material somente ocorre com o trânsito em julgado da última decisão proferida na causa." STJ-REsp 705.354-SP, 2ª T. DJU 09.05.2005, RSTJ, v. 194, pp. 301:302 e *Revista Jurídica*, v. 332, pp. 122-3.

[106] "A litispendência persiste no processo até que não haja mais nenhuma possibilidade de impugnação de decisões judiciais. Evidentemente que os recursos efetivamente interpostos no curso do processo prolongam a litispendência, pois somente depois de conhecidos e julgados por decisão não mais sujeita a outra impugnação é que se poderia falar, no processo, em cessação da litispendência." NERY JUNIOR, Nelson. Julgamento de agravo de instrumento posterior à sentença: a eficácia da sentença está condicionada ao desprovimento do agravo*. REPRO*, v. 130, p. 162. RT, dezembro, 2005.

[107] "Em outras palavras, a possibilidade de conhecimento de oficio de questões de ordem pública pelo tribunal, por atingirem todo o processo, e por

via de conseqüência, toda a sentença, inclusive o capítulo não impugnado, impede que se fale em trânsito em julgado parcial dos capítulos da sentença." MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Influência dos efeitos dos recursos no cabimento e desenvolvimento da execução provisória. *REPRO*, v. 165, p. 94. São Paulo: RT, novembro, 2008.

[108] "Como afirmam Rosemberg-Schwab-Gottwald, 'o recurso impede a ocorrência da coisa julgada e enseja a continuação do litígio'. Com isso pode-se dizer que a interposição do recurso prolonga a existência da litispendência, o que, em termos práticos, significa que enquanto não julgado o recurso, há lide pendente e, conseqüente, não é possível a formação da coisa julgada." NERY JUNIOR, Nelson. Julgamento de agravo de instrumento posterior à sentença: a eficácia da sentença está condicionada ao desprovimento do agravo. *REPRO*, RT, dezembro, 2005, v. 130, pp. 160-1.

[109] "Isso significa que a simples interposição do recurso obstaculiza a verificação da coisa julgada, vale dizer, evita a preclusão sobre a matéria impugnada e faz com que, enquanto não julgado o recurso, não pode haver decisão firme, isto é, coisa julgada formal e material." NERY JUNIOR, Nelson. Julgamento de agravo de instrumento posterior à sentença: a eficácia da sentença está condicionada ao desprovimento do agravo. *REPRO*, RT, dezembro, 2005, v. 130, p. 160.

[110] "(...) faz sentido a afirmação de que a interposição do recurso obstaculiza a formação da coisa julgada: enquanto não julgado o recurso, sobre aquela questão não há preclusão e sobre todas as questões da causa – inclusive sobre o mérito – não há formação da coisa julgada." NERY JUNIOR, Nelson. Julgamento de agravo de instrumento posterior à sentença: a eficácia da sentença está condicionada ao desprovimento do agravo. *REPRO*, RT, dezembro, 2005, v. 130, p. 162.

[111] "Isso porque, por força do efeito translativo o tribunal pode, independentemente de pedido da parte, examinar questões de ordem pública, como as condições da ação e os pressupostos processuais, cognoscíveis de oficio e em qualquer grau de jurisdição (arts. 267, § 3º, § 4º, do CPC). MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Influência dos efeitos dos recursos no cabimento e desenvolvimento da execução provisória. *REPRO*, São Paulo: RT, novembro, 2008, v. 165, p. 94.

[112] "Reconhecimento da prescrição retroativa. Pena em concreto. Súmula nº 146 do STF. Extinção da punibilidade, art. 110 c/c art. 109 § 1º e 2º do Código Penal. Apelação provida. Extensão dos efeitos dos recursos previstos no art. 580 do CPP ao réu não apelante." TRF-5ª R. Ap. 8108 (0000790-88.2005.4.05.8000-3ª T. DJe 20.09.2011. RJIOB, n. 19, vol. III, p. 639, 1ª Quinzena, outubro, 2011.

[113] "Tomando-se por base que enquanto existir recurso de uma parte, a outra poderá intervir no processo, seja para recorrer ou não, inexiste o propalado trânsito em julgado." SOUZA, Gelson Amaro de. Trânsito em julgado – impossibilidade de apenas para uma das partes. *Revista Jurídica*, v. 229, p. 26.

[114] "Prescrição Criminal – Condenação – Prazo que se conta do trânsito em julgado da sentença para o MP e não para ambas as partes." RT. 506/399.

[115] Súmula 146 do STF: "A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação". Vê-se, pois, que o enunciado da súmula não fala em coisa julgada ou trânsito em julgado. Fala apenas "quando não há recurso da acusação". Uma coisa é não haver recurso da acusação, outra é a ocorrência de trânsito em julgado.

[116] "Art. 110 do CP: § 1º A prescrição depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada." Não pode trânsito em julgado para a acusação sem haver o mesmo para o réu. Se o processo está em aberto, não há trânsito em julgado para ninguém. O que pode haver é preclusão recursal para quem perdeu a oportunidade de recorrer, mas não coisa julgada.

Referências

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo. *O controle da coisa julgada inconstitucional*. Porto Alegre-RS: Sergio Antonio Fabris Editor – SAFE, 2006.

ALVIM, Tereza. *Questões prévias e os limites da coisa julgada.* São Paulo: RT, 1977.

ARMELIN, Donaldo. *Alterações da jurisprudência e seus reflexos nas situações já consolidadas sob o império orientação superada. In* Tendências do moderno processo civil brasileiro, p. 199. Coords. Lucio Delfino, Fernando Rossi, Luiz E.R. Mourão e Ana Paula Chiovitti. Belo Horizonte-MG: Editora Fórum, 2008.

_____. Flexibilização da coisa julgada. In; NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto (Org.) *Coisa julgada inconstitucional.* Belo Horizonte. Fórum, 2006, p. 195-232.

ASSIS, Araken. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In. NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 345-373.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Aurélio. *Sentença e coisa julgada*. 3. ed. Porto Alegre-RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Coisa julgada.* Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CALLEGARI, José Antonio. Alexandre. Execução*:* Inovações no âmbito do Direito do Trabalho. *Revista LTR* – Legislação do Trabalho, v. 72, n. 2. São Paulo: LTR, fev. 2008.

CAMPOS JUNIOR, Anésio de. *Princípios gerais do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1963.

CRAMER, Ronaldo. Impugnação da sentença transitada em julgado fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional. *REPRO*, v. 164, pp. 211-34. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro, 2008.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Processo civil – realidade e justiça – 20 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Saraiva, 1994.

DANTAS, Ivo. Coisa julgada inconstitucional: declaração de inexistência. In. NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional.* Belo Horizonte. Fórum, 2006, p. 233-80.

DELGADO, José Augusto. Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal. Manifestações doutrinárias. In *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 105-59.

FABRICIO, Adroaldo Furtado. *Reu revel não citado – "Querela Nullitatis" – e Ação Rescisória.* REPRO, v. 48, p. 27, out./dez. 1987.

FREITAS CÂMARA, Alexandre. Bens sujeitos à proteção do Direito Constitucional Processual, In. NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

GIDE, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas.* São Paulo: Saraiva, 1995.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito:* São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Notas fenomenológicas sobre a relativização dos limites subjetivos da coisa julgada em conexão com o litisconsórcio necessário. *In* NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional.* Belo Horizonte, Fórum, 2006, pp. 65-83.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Coisa julgada.* São Paulo: Método, 2007.

LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada.* São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional.* São Paulo: 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução.* São Paulo: RT, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Coisa julgada inconstitucional: considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela Lei 11.232/05. *In* NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto (Org.) *Coisa julgada inconstitucional.* Belo Horizonte. Fórum, 2006, p. 87-103.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Influência dos efeitos dos recursos no cabimento e desenvolvimento da execução provisória. *REPRO*, v. 165, pp. 75-102. São Paulo: RT, novembro, 2008.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa julgada.* Belo Horizonte: Forum, 2008.

MOUTA ARAÚJO, José Henrique. A verticalização das decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo: uma reengenharia necessária. *REPRO*, v. 164, pp. 342-9. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro, 2008.

NASCIMENTO, Carlos Valder. *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

NASCIMENTO, Carlos Valder; PEREIRA JUNIOR, Lourival. Natureza da coisa julgada: uma abordagem filosófica, in *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

OLIVEIRA LIMA, Paulo Roberto de. *Teoria da coisa julgada.* São Paulo: RT, 1997.

PORTO, Sergio Gilberto. *Coisa julgada civil.* 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

SANDES, Márcia Rabelo. Mandado de segurança contra coisa julgada inconstitucional; admissibilidade e aspectos processuais. *In* NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto (Org.) *Coisa julgada inconstitucional.* Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 375-408.

SANTOS, Claudio Sonoé Ardenghy dos. Breve histórico da revitalização da coisa julgada no Brasil. *In* NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto (Org.) *Coisa julgada inconstitucional.* Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 21-44.

SAVARIS, José Antonio. Coisa julgada previdenciária como concretização do Direito Constitucional a um processo justo. *Revista Brasileira de Direito Previdenciário*, v. 1, pp. 65:86. Porto Alegre-RS: Lex-Magister, fev./mar. 2011.

SLAIB FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988:* aspectos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SILVA PACHECO, José da. *Direito processual civil.* São Paulo: Saraiva, 1976, v. II.

SOARES, Carlos Henrique. *Coisa julgada constitucional.* Coimbra-Portugal: Almedina, 2009, p. 90.

SOUZA, Gelson Amaro de. *Efeitos da sentença que julga os embargos à execução.* São Paulo: Academia Brasileira de Direito – MP – Editora, 2007.

_____. Eficácia da sentença e o efeito suspensivo do recurso. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, novembro, 2009, v. 80, pp. 61-70.

_____. Efeitos da sentença que acolhe embargos à execução da sentença por falta ou nulidade de citação na forma do art. 741, I, do CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 6, gênesis. Curitiba: setembro/dezembro, 1997; *RIPE*, v. 20. Bauru, dez./março, 1998; *REPRO*, v. 93. São Paulo: jan./março, 1999; *RNDJ*, v. 9. Ribeirão Preto. Setembro, 2000; *Revistas dos Tribunais*, v. 785. São Paulo: RT, março, 2001.

_____. A falta de prova e a falsa coisa julgada. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 93, pp. 36-51. São Paulo: Dialética, dezembro, 2010.

_____. Trânsito em julgado – Impossibilidade de ser apenas para uma das partes. *Revista Jurídica*, v. 229, pp. 24-26. Porto Alegre-RS: Notadez, novembro, 1996.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão.* São Paulo: RT, 2005.

TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil.* São Paulo: RT, 2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil.* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v. 1.

_____. THEODORO JUNIOR, Humberto. Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença. *REPRO*, v. 19. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/setembro, 1980.

THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização, *in* NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

VITAGLIANO, José Arnaldo. *Coisa julgada e ação anulatória.* Curitiba: Juruá, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo da sentença.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Meios de impugnação das decisões transitadas em julgado. *In* NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto(Org.) Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 301-330.

_____ ; _____. *O dogma da coisa julgada.* São Paulo: RT, 2003.

WELSCH, Gisele Mazzoni. A coisa julgada inconstitucional. *Revista Jurídica*, v. 364. Porto Alegre-RS, fevereiro, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. *In* NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto (Org.) *Coisa julgada inconstitucional.* Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 331-44.

A DESJUDICIALIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA: NOVA ONDA REFORMISTA?

ALEXIA BROTTO CESSETTI*
Especialista em Direito Processual Civil Contemporâneo (PUC/PR)

EXCERTOS

"Mesmo com as ondas reformistas e seus grandes avanços conquistados, o processo legislativo processual permanece ininterrupto, tentando regular situações muitas vezes inalcançáveis pela seara legislativa, evidenciando que as ondas inovadoras não atingiram seu ponto final"

"Ao mesmo tempo em que a via extrajudicial importa uma faculdade ao jurisdicionado, uma vez instaurado o procedimento pelo cartório e surgindo dúvidas a respeito do direito não tutelado ou mesmo necessidade de intervenção judicial, deve a demanda ser levada à esfera judicial"

"Como grande parte da população não acredita na Justiça, seja por experiências frustradas ou por desinformação, entendemos que o aumento da participação popular na administração da justiça torna esta mais democrática"

"Paralelamente ao processo de desjudicialização operado no âmbito do processo civil, outros ramos do direito conjugaram o mesmo interesse"

"Todo o movimento com vistas a desjudicializar, desformalizar e desburocratizar, conjugando celeridade e presteza na composição de interesses e conflitos, traz à baila a constatação de um sistema atual moroso e enfraquecido, que deve, portanto, ceder espaço à tendência contemporânea, de forma não a eliminar por completo os problemas da justiça mas, ao menos, viabilizar algumas soluções"

***Outra qualificação da autora**

Advogada. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental. Professora de Processo Civil (FESP/PR).

1. Introdução

O existente sistema judicial de resolução de litígios historicamente foi pautado pela judicialização, concebendo-se a justiça como instituto estatal de quase absoluta exclusividade no exercício da pacificação de conflitos. A par da contemporânea ênfase e implementação de métodos tidos como não jurisdicionais, extrajudiciais, alternativos ou paraestatais de resolução de lides – de ampla utilização em diversos países –, a celeridade processual e a reverência ao princípio da razoável duração do processo ainda são temas facejados pela justiça brasileira.

Como ensaio de solucionar o impasse, algumas práticas, antes sob monopólio do Poder Judiciário, foram declinadas paulatinamente à esfera extrajudicial, sendo manejadas pelos cartórios de notas. No âmbito do direito processual civil, tal fenômeno passou a abarcar alguns procedimentos especiais de jurisdição voluntária, tais como a separação consensual (antes da Emenda Constitucional 66/2010), o divórcio e o inventário, quando preenchidos os pressupostos autorizadores da via extrajudicial. Para tais casos, estimula-se uma nova opção além da via judicial, implementando celeridade aos procedimentos e liberando o magistrado para tratar de questões que exijam justificativa de intervenção do Poder Judiciário enquanto em sua função principal, contenciosa.

Na mesma via da celeridade almejada pelas novas legislações introduzidas no CPC, o anteprojeto e o projeto de um novo código de processo civil (n. 166/2010) buscam congruência prático-legislativa ao tratar de tais procedimentos especiais, tidos como consensuais, além de prosperar no avanço à desburocratização.

Neste contexto, a promessa legislativa é de manutenção e aprimoramento do desenvolvimento da desjudicialização, buscando sim celeridade mas, principalmente, segurança jurídica e paz social[1].

2. As ondas reformistas do Código de Processo Civil

Muito se discute a respeito da morosidade e ineficácia dos procedimentos judiciais. Todavia, tal questionamento não se encerra dentro das perplexidades contemporâneas da justiça, constituindo fator relevante há muito tempo.

A sistematização das ondas reformistas oriunda dos estudos de Cappelletti (1988, p. 31) permeia três fases distintas: a primeira,

conferindo maior assistência judiciária aos pobres; a segunda, vislumbrando a representação dos interesses difusos; e a terceira, viabilizando a efetivação do acesso à justiça com todos os meios a ela inerentes, inclusive "outros meios" de resolução de conflitos.

Assim, em meados dos anos 90, por influência da Constituição da República de 1988, formou-se a primeira grande onda reformista, que entre tantas inovações, como a nova feição à prova pericial e a ação monitória, criou os juizados especiais cíveis e criminais através da Lei 9.099/95, a qual, respaldada pelos princípios da oralidade, informalidade, ausência de custos e assistência facultativa de advogado até o limite de 20 salários mínimos em primeira instância, propiciou um amplo acesso à justiça, principalmente àqueles mais necessitados economicamente.

Outra singularidade foi a instituição da tutela antecipada em 1994 e, posteriormente, a tutela inibitória em 1998 – dois grandes marcos das tutelas de urgência –, encerrando o fatídico sistema anterior de utilização da tutela cautelar de forma indiscriminada, fenômeno conhecido como "patologia das tutelas de urgência", ou ainda "teratologia" das tutelas emergenciais (Fabrício, 2008, p. 2).

A segunda onda reformista concretizou-se pela defesa dos direitos coletivos e difusos, destacando-se a criação do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e o maior enfoque e responsabilização no que diz respeito ao direito ambiental. Igualmente, em meados do ano 2000, programou-se a regulamentação das decisões mandamentais e as obrigações de fazer e não fazer – tutelas do resultado prático equivalente –, conferindo maior eficácia a referidos provimentos bem como elasticidade às decisões, que poderiam consistir-se em sentenças *extra petita* por força do comando no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil.

Após alguns anos, especificamente em 2005, com as alterações do recurso de agravo e, principalmente, a cristalização do processo sincrético, facilitado pelo cumprimento de sentença (fase executiva dentro do processo de conhecimento), alcançou-se um efetivo acesso à justiça combinado com o ideal da razoável duração do processo, proporcionando maior efetividade da tutela jurisdicional pretendida.

Todavia, mesmo com as ondas reformistas e seus grandes avanços conquistados, o processo legislativo processual permanece ininterrupto, tentando regular situações muitas vezes inalcançáveis pela seara legislativa, evidenciando que as ondas inovadoras não atingiram seu ponto final. Há autores que apontam uma quarta onda

reformista, destacando as dimensões éticas dos operadores do direito e o ensino jurídico nas academias.

Outros, como Bacellar (2012, p. 19), ainda apontam uma quinta onda reformista fulcrada na "saída da justiça" e na "resolução adequada do conflito", características nas quais se assenta – além dos métodos autocompositivos ou "outros métodos de resolução de conflitos" – também o processo de desjudicialização, que não deixa de configurar uma "saída da justiça", justificada pela ausência de lide e desnecessidade de amparo judicial.

O futuro diploma processual regulamenta os procedimentos especiais de jurisdição voluntária enquanto "atos judiciais não contenciosos"

De fato, sem mencionar os inúmeros óbices ao sistema processual, deles destacando a admissão do processo, seu modo de ser, a justiça das decisões e sua efetividade (Cintra, Grinover e Dinamarco, 2008, p. 40-1), certo é que a incessante reforma legislativa no intuito de acelerar o andamento dos processos[2] por si só não extingue o problema da chamada crise do Poder Judiciário. Esta decorre, sim, da morosidade processual, mas igualmente de outros fatores como a cultura da litigiosidade, ausência de transparência, ampliação desmedida do acesso ao Judiciário, inexistência de filtros recursais efetivos ao processo judicial, má gestão da máquina judiciária, dentre outros.

Todos esses elementos, aliados ao alto custo do processo e morosidade, desembocam na chamada crise jurisdicional brasileira[3]. E como a crise não pode ser dissociada do ponto de vista de alguém que a está suportando (Habermas, 1999, p. 12), neste caso o próprio Poder Judiciário, essencialmente desintegrado de sua função primordial, impede o avanço qualitativo do processo, além de causar descontentamento social. Nesse sentido, Castro Junior (1998, p. 131):

"Como grande parte da população não acredita na Justiça, seja por experiências frustradas ou por desinformação, entendemos que o aumento da participação popular na administração da justiça torna esta mais democrática, através da instituição de procedimentos que desobstruem os canais de acesso à justiça, porque estes encontram-se emperrados pelas burocracia e corporativismo característicos do nosso serviço público."

Corroborando o posicionamento da crise afeta ao Poder Judiciário, Fux (1998, p. 7) concebe que:

"A crise judicial é enfermidade mais grave do que a da lei, porquanto multifária nos seus sintomas. Aqui e alhures, a justiça, como instituição responsável pelo bem e pela felicidade através da intermediação dos conflitos intersubjetivos, alcançou graus alarmantes de insatisfação popular, quer pela sua morosidade, quer pela ineficiência das formas usuais de prestação judicial, quer pela qualidade das decisões."

E a fim de conferir maior eficiência às formas de prestação jurisdicional, não se configura suficiente a incessante reforma legislativa sem um processo de *"desmitificação do sistema judicial, portanto, de transparência e simplificação das suas atividades"* (Castro Junior, 1998, p. 106).

Assim, todo esse ciclo de reformas, atinente aos anseios econômicos e sociais da época, acolita novo desafio ao Poder Judiciário: integrar-se aos processos de mudança orientando-se por novos parâmetros de funcionalidade burocrática (Araujo, 2004, p. 413), reforçando sua atividade jurisdicional com presteza e desburocratizando os procedimentos especiais de jurisdição voluntária, os quais não justificam a ingerência judicial.

3. Fenômeno da desjudicialização e celeridade processual

Ao longo do século XX verificou-se grande processo de judicialização dos conflitos sociais. Seja pelo método convencional, seja pela ampliação do acesso à justiça e a consequente criação do microssistema dos juizados especiais cíveis, fato é que o Poder Judiciário nunca fora tão demandado.

Sem mencionar os avanços concretos à cidadania e à dignidade humana proporcionados pela efetivação do acesso à justiça, o intenso processo de judicialização, aliado à cultura brasileira da litigiosidade, à ausência de difusão de outros métodos de resolução de conflitos e, principalmente, ao protagonismo exacerbado assumido pelo Poder Judiciário na tentativa de ordenar a "desordem selvática" (Sousa Santos, 1999, p. 18) do Estado Social, contribuiu para a promoção da morosidade e ineficácia do sistema judicial.

O processo de desjudicialização – composição e/ou regularização fora da esfera estatal – teve início na passagem do

século XX para o século XXI. A primeira ideia foi implantada pela Lei 9.307/96, que regularizou o instituto da arbitragem, procedimento já previsto como opção no Juizado Especial Cível (Lei 9.099/95) caso não obtida a conciliação, embora de pouca utilização no microssistema do JEC.

Paralelamente ao processo de desjudicialização operado no âmbito do processo civil, outros ramos do direito conjugaram o mesmo interesse. Nos primeiros anos do século XXI, a Lei 10.931/04 implantou o processo extrajudicial de retificação registral imobiliária. No ano seguinte, a Lei 11.101/05 reformulou o procedimento falimentar brasileiro – entre outras atribuições – introduzindo a possibilidade de recuperação extrajudicial da pessoa jurídica financeiramente descreditada.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p. 32) já no século XX mencionavam a *"desformalização enquanto tendência processual, quando se trata de dar pronta solução aos litígios, constituindo fator de celeridade"*. Do mesmo entendimento comunga Cerqueira, (2008, p. 244) ao estabelecer que:

"Tais mudanças, acompanhadas das tendências hodiernas da privatização do direito público, trazem a desprocessualização e a desregulamentação dos procedimentos, visando a dar celeridade e desafogar o judiciário a fim de uma melhor prestação jurisdicional."

De fato, todo esse movimento com vistas a desjudicializar, desformalizar e desburocratizar, conjugando celeridade e presteza na composição de interesses e conflitos, traz à baila a constatação de um sistema atual moroso e enfraquecido, que deve, portanto, ceder espaço à tendência contemporânea, de forma não a eliminar por completo os problemas da justiça mas, ao menos, viabilizar algumas soluções.

Assim, insta propagar a necessidade de desjudicializar determinados procedimentos que fogem à função basilar do Poder Judiciário, como o caso dos procedimentos de jurisdição voluntária, não consubstanciados no conflito.

4. Procedimentos de jurisdição voluntária e a Lei 11.441/07

Em que pese a distinção acadêmica das jurisdições "contenciosa" e "voluntária", pende divergência acerca da atividade jurisdicional em relação a esta última. A doutrina aponta três vertentes: a

corrente administrativista, que afirma a inexistência de atividade jurisdicional em tais procedimentos (Destefenni, 2012, p. 506); a *corrente jurisdicionalista*, que reforça a atividade jurisdicional do magistrado; e a *corrente eclética*, que concebe a atividade do magistrado na jurisdição graciosa diferente da administrativa e da jurisdicional.

Independentemente da predominância da corrente administrativista no direito brasileiro, no sentido do magistrado atuar na administração de interesses privados, é de se ressaltar a natureza desses interesses enquanto elementos de possível desjudicialização.

É comum tratar-se dos procedimentos de jurisdição voluntária como procedimentos sem lide, posto inexistirem direitos contrapostos, mas sim interesses comuns. E este é um fator relevante no processo de desburocratização de tais procedimentos, eis que existindo controvérsia entre os denominados interessados ou, ainda, existindo interesse público relevante que reclame a intervenção do *parquet*, a composição extrajudicial desses interesses deve ser encaminhada ao magistrado, por tratar-se de função tipicamente jurisdicional, sem possibilidade de manejo particular.

Neste sentido, a rudimentar etapa para a desjudicialização de alguns procedimentos do CPC irrompeu com o projeto 155/04, assentindo a realização de inventário e partilha extrajudiciais, de forma a consolidar nova redação ao artigo 2.015 do Código Civil brasileiro. Em sua justificativa, relatava o projeto a finalidade precípua de simplificar os procedimentos alusivos ao inventário e partilha amigável – mais simples e menos onerosa – celebrada entre partes capazes, sendo dispensada a homologação judicial.

Tal posicionamento foi viabilizado pela Lei 11.441/07, que, dentre outras inovações, modificou os artigos 982, *caput* e parágrafo único, 983 e 1.031, todos do CPC. Igualmente introduziu o artigo 1.124-A, oportunizando a separação e divórcio consensuais por escritura pública, desde que não haja filhos ou, havendo, sejam maiores e capazes, e observados os requisitos legais quanto aos prazos.

Posteriormente, a Resolução 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça regulamentou a Lei 11.441/07 a fim de adotar medidas uniformes e tornar os atos mais ágeis e com menor custo, descongestionando o Poder Judiciário. Estabeleceu, entre outras situações, a liberdade de escolha do tabelião de notas; a faculdade de opção pela via judicial ou extrajudicial – o que também já estava previsto no Projeto 155/04; a desnecessidade de homologação

judicial da escritura pública; e a participação do advogado perante o cartório.

Anos mais tarde entrou em vigor a Emenda Constitucional 66/10, que, alterando a redação do § 6º do art. 226 da Constituição Federal, estabeleceu o rompimento conjugal pelo divórcio sem a necessidade de separação de fato aliada ao prazo de dois anos para converter-se em divórcio, ou a separação judicial aliada ao prazo de um ano para obter tal conversão.

Antes da EC 66/10, apesar de omissa no texto legal a figura da conversão consensual da separação em divórcio prevista no art. 25 da Lei 6.515/77, parecia aos olhos da melhor doutrina que esta conversão também seria possível pela via extrajudicial, *"desde que a separação já tenha sido deduzida desta forma"* (Pinho, 2010, p. 387).

A incessante reforma legislativa no intuito de acelerar o andamento dos processos por si só não extingue o problema da chamada crise do Poder Judiciário

Nestes termos, a Emenda Constitucional 66 introduziu a figura do divórcio direto, inclusive podendo ser realizado por meio de escritura pública, desde que respeitados os requisitos legais e a situação de todos os filhos maiores e capazes.

Conforme Dias (2011, p. 628-9), tal orientação causa o entendimento da abolição do instituto da separação consensual, apesar de que outra corrente de juristas entende que o instituto subsiste (Medina, 2011, p. 1.047). Independentemente da contrariedade das posições, não se pode olvidar das outras uniões com objetivo de constituição de família diferentes do casamento, pois o § 6º do artigo 226 da Constituição da República diz que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. Sendo assim, nas dissoluções de uniões estáveis e nas homoafetivas pode-se utilizar ainda a separação consensual ou a judicial, dependendo do caso, além da ação de reconhecimento e dissolução dessas uniões.

Em particular à união homoafetiva, com o julgamento da ADI 4277/DF que equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis, além do Recurso Especial 1.183.378/RS, que julgou procedente o pedido de habilitação ao casamento de pessoas do mesmo sexo, surge a possibilidade de que, uma vez casadas, possam utilizar-se do divórcio extrajudicial.

Além disso, a viabilização do divórcio direto pela EC 66/10, não dirimiu a ação cautelar de separação de corpos, que perdura inalterada no art. 888, inciso VI, do CPC, com a interpretação extensiva que se faz de referido inciso para abarcar outras uniões que não o casamento.

Tal medida de separação de corpos, também contemplada pela Lei Maria da Penha no caso de agressão física ou moral à mulher, assume valorosa feição para estabelecer quando se deu a efetiva separação de corpos do casal, resguardando os direitos referentes à meação ou, simplesmente, evitando contratempos no momento de celebração de nova união ou até mesmo óbito.

Sendo assim, em que pese às considerações acerca de questões internas à Emenda Constitucional 66, fato é que, com sua entrada em vigor, suplantou-se o processo de desjudicialização favorecendo o divórcio extrajudicial e propiciando maior celeridade ao Poder Judiciário e sua adequada prestação.

5. Da liberdade de escolha do procedimento extrajudicial e a possibilidade de retorno à via judicial

O princípio do acesso à justiça, grande corolário da primeira onda reformista, atualizado pelo acesso também a uma prestação jurisdicional justa, adequada e tempestiva, conjuga, entre outros fatores, a liberdade do jurisdicionado a demandar judicialmente – seja a liberdade insculpida pelo princípio da demanda e inércia da jurisdição, ou a liberdade pela escolha do procedimento utilizado, como por exemplo optar pelo procedimento comum sumário ou o juizado especial cível quando não superado o teto, ou, ainda, exemplo mais pertinente ao estudo, escolher realizar divórcio ou inventário pela via judicial ou extrajudicial.

Neste último modelo despontam algumas posições conflitantes. Ora, se o objetivo desenvolvido pelas recentes legislações é a desjudicialização, pondera-se, num primeiro momento, que os procedimentos extrajudiciais deveriam ser levados a efeito, obrigatoriamente, no sentido de desafogamento do Judiciário e da atividade contenciosa do magistrado.

Todavia, não parece pertinente conferir o amplo acesso à justiça, mas frear alguns procedimentos de terem tutela jurisdicional, ainda que em tais casos não haja conflito, não haja atividade jurisdicional ativa do magistrado etc., etc. Isso porque a Constituição da República estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito, de forma a abarcar todas as espécies de lides, as contenciosas, as voluntárias, as homologatórias e as demais. Figuraria, portanto, o procedimento extrajudicial como uma opção a serviço do jurisdicionado.

Nesse sentido Cassettari (2007, p. 24) menciona que já existem casos conhecidos do distribuidor judicial negar-se a distribuir a ação judicial de separação e divórcio quando consensuais sob a alegação de que deverão ser feitas, obrigatoriamente, por escritura pública.

De fato, por uma questão de melhor acesso, presteza e celeridade processual, tais procedimentos deveriam ser levados à via extrajudicial, uma vez que prescindem de intervenção qualitativa do magistrado, podendo ser solucionados mediante procedimento administrativo extrajudicial.

Entretanto, a partir do momento que se incorpora o acesso à justiça ao insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, o procedimento extrajudicial deve servir como uma opção ao jurisdicionado e não obrigatoriedade.

Esse foi o entendimento do Conselho Nacional de Justiça ao redigir a Resolução 35/2007, contemplando em seu artigo 2º a liberdade de escolha pela via judicial ou extrajudicial, inclusive determinando a possibilidade de deslocamento da via judicial para a extrajudicial.

Dessa forma, ao mesmo tempo em que a via extrajudicial importa uma faculdade ao jurisdicionado, uma vez instaurado o procedimento pelo cartório e surgindo dúvidas a respeito do direito não tutelado ou mesmo necessidade de intervenção judicial, deve a demanda ser levada à esfera judicial.

Tal é a interpretação que se faz da leitura do artigo 1.124-A do CPC, combinada com o artigo 1.574 do Código Civil, eis que havendo controvérsia, litígio ou inadequação na tutela do direito material, a única via para resolução de tais pendências é a judicial. Para Pinho (2010, p. 386-7):

"Este dispositivo autoriza o juiz a deixar de homologar o acordo, caso entenda que o direito de um dos cônjuges não está sendo adequadamente tutelado. Com efeito, tal prerrogativa é exclusiva do juiz, não podendo se estender ao tabelião, que neste caso, a nosso ver, deverá invocar o referido art. 198 da Lei de Registros Públicos e suscitar dúvida. Este mecanismo de dúvida representa, hoje em dia, importante instrumento de proteção para o Tabelião, eis que há forte entendimento jurisprudencial no sentido de ser pessoal e objetiva sua responsabilidade civil por danos causados àqueles que utilizam seus serviços. O juiz, ao receber essa dúvida, deve determinar a extinção do procedimento administrativo e remeter os interessados à via judicial, a fim de que a complexidade da matéria possa ser analisada na sede adequada, pela autoridade judicial competente."

O posicionamento acima encontra guarida não somente no artigo 5º da Constituição da República e no teor da Lei 11.441/07, mas no próprio entendimento do significado da adequada prestação jurisdicional. Se algum requisito para a separação, divórcio ou inventário extrajudicial não estiver preenchido pelos jurisdicionados ou, ainda, se pairar qualquer dúvida a respeito do direito material tutelado, deve ser paralisado o feito administrativo, remetendo-o à via judicial.

6. Posicionamento do novo CPC em relação ao inventário, partilha e divórcio extrajudiciais

O próximo Código de Processo Civil, cuja votação do relatório geral do projeto foi adiada, congrega os ideais de celeridade, acesso e desformalização apresentados como solução ótima para a morosidade e adequada prestação jurisdicional.

Neste sentido, o futuro diploma processual regulamenta os procedimentos especiais de jurisdição voluntária enquanto "atos judiciais não contenciosos", dispostos na parte geral do código. Mantém os procedimentos especiais conhecidos como de "jurisdição voluntária" e promove a desjudicialização dos métodos meramente escriturais, ou seja, a separação consensual, o divórcio e o inventário, desde que preenchidos os requisitos autorizadores na regulação extrajudicial.

O novo CPC estabelece em seu artigo 596 a liberdade de escolha entre o procedimento judicial ou extrajudicial de inventário, havendo herdeiros capazes e concordes. Em relação à separação e ao divórcio, amplia o tema para abarcar também as extinções de uniões estáveis consensuais, bem como alteração de regime de bens. Determina em seu artigo 699 a possibilidade de divórcio e extinção de união estável consensuais não havendo filhos menores ou incapazes e observando-se os requisitos legais, reforçando-se, também, a desnecessidade de homologação judicial da escritura pública.

As delimitações propostas pelo novo CPC vêm ao encontro da exposição de motivos do Projeto 166, de 8 de junho de 2010, cujas premissas se pautam, entre outros fatores, na simplificação para a resolução de problemas, reduzindo-se a complexidade, asseverando um sistema coeso, ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e justo.

Contextualizar o fenômeno da desjudicialização como um dos nortes do esperado código desemboca na almejada efetivação da justiça, conjugando o princípio do acesso jurisdicional com todas as novas modalidades de solução não jurisdicionais de conflito e cumprindo o ideal de simplificação perpetrado pelo aspirante diploma.

7. Considerações finais

Considerando o cenário crítico pelo qual passa o Poder Judiciário, altamente demandado, enfraquecido, moroso e frequentemente não conseguindo prestar a tutela jurisdicional efetiva ao caso concreto, várias soluções compreendidas ao longo das ondas reformistas do Código de Processo Civil são apontadas como alternativas à conjuntura judiciária.

Para abandonar este panorama, cuja causa entre outros fatores reflete irresolvidos problemas de condução do próprio sistema (Habermas, 1999, p. 15), deve-se alongar o horizonte das possibilidades permitindo-se contemporâneas propostas tendentes à desformalização e desburocratização dos procedimentos a fim de conferir ao cidadão maior acesso, celeridade e adequada tutela de direitos.

De fato, as práticas alternativas podem estar dentro ou fora do sistema oficial, adquirindo vigor em razão da crise do paradigma judicial, pois o Estado não consegue mais ser absoluto na produção e aplicação do direito (Guérios, 1999, p. 71), tendo que reconhecer outras formas mais eficazes e céleres na resolução de seus conflitos.

Tais formas, provenientes das transformações do próprio Poder Judiciário e de anseios sociais, buscam desempenhar o papel jurisdicional do magistrado, com razoável duração do processo e efetividade, propiciando que inventário, divórcio e separação amigáveis possam ser resolvidos na esfera extrajudicial mediante um tabelionato de notas, posto que, sendo procedimentos de jurisdição voluntária, prescindem da atuação precípua do magistrado de resolução de conflitos.

De toda sorte, seja a desjudicialização a nova onda reformista a recomendar uma alternativa aos problemas do Poder Judiciário ou não, ao menos se está enfrentando a questão, apontando diagnósticos e possíveis soluções. Portanto, se há a promessa de maior

desformalização e desjudicialização dos procedimentos, em nome da celeridade e adequada prestação jurisdicional, deve ser mantida a esperança na concretização desses ideais, de forma a compor os interesses da jurisdição voluntária igualmente justa, legal, porém mais célere e efetiva, confirmando a satisfação dos jurisdicionados no ideal maior de pacificação social.

Notas

[1] "A pacificação social é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual (...). é um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício de jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um" (Cintra, Grinover e Dinamarco, 2008, p. 30).

[2] Além das reformas legislativas, sobretudo nos códigos de Processo Civil e Penal na tentativa de conferir maior celeridade aos processos, outras alternativas para a solução da morosidade foram buscadas na nomeação de juízes temporários (utilizada no Peru e Venezuela) (Banco Mundial, 1996, p. 83).

[3] "A crise do Poder Judiciário na sociedade moderna brasileira não é uma crise autônoma e com características exclusivas das suas próprias cultura e estrutura. Ela traduz a crise de expansão e do crescimento desta mesma sociedade, bem como a desestabilização dos poderes entre si, decorrente da expansão da ação do *Estado,* especificamente do Poder Executivo, nas esferas econômicas tradicionalmente reservadas à iniciativa privada e à atuação dos monopólios e grupos econômicos organizados" (Castro Junior, 1998, p. 19).

Referências

ALVES, Eliana Calmon. O perfil do juiz brasileiro. *Revista BDJur*, Brasília-DF, 2004, p. 1-14. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/278> Acesso em agosto/2009.

ARAUJO, Rosalina Corrêa. *O Estado e o Poder Judiciário no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BANCO MUNDIAL. *Relatório Técnico n. 319 do Banco Mundial*. O setor judiciário na América Latina e Caribe. Elementos para reforma. Redação: Maria Dakolias. Tradução: Sandro Eduardo Sardá. Washington, 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías, sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1974.

_____; BRYANT Garth. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASSETTARI, Christiano. *Separação, divórcio e inventário por escritura pública*: teoria e prática. São Paulo: Método, 2007.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. *A democratização do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

CERQUEIRA, Georgia Angela Gois. *In* Aspectos procedimentais da Lei 11.441/2007: Análise de seu contributo à efetividade no âmbito da separação e do divórcio extrajudiciais. *Revista da Esm*ape, Recife, v. 13, n. 28, jul.-dez./2008, p. 243-64.

CIMADON, Aristides. *Os operadores do direito*: características e perspectivas. *In* Crise da Justiça & Democratização do Direito. Antonio Carlos Wolkmer e Orides Mezzaroba (organizadores). Joaçaba: UNOESC, 1999.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

DESTEFENNI, Marcos. *Manual de processo civil individual e coletivo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Manual do direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Instituições de processo civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. II.

FUX, Luiz. O que se espera do Direito no Terceiro Milênio, frente às Crises das Leis, da Justiça e do Ensino Jurídico. *Revista BDJur*. Brasília-DF, 1998. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8659> Acesso em agosto/2009.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. Disponível em:http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio%20-formatado.pdf. Acesso em nov./2012.

GUÉRIOS, Cristiana M.M. *O Poder Judiciário*: fracassos e mudanças – Para uma renovação da Justiça. *In* Crise da Justiça & Democratização do Direito. Antonio Carlos Wolkmer e Orides Mezzaroba (organizadores). Joaçaba: UNOESC, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PINTO, Fernando Henrique. Separação e divórcio consensuais sem burocracia. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, ano 8, n. 30, p. 1-136, maio-agosto/2007, p. 117-22.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. A Reforma do Poder Judiciário e a Sociedade. *Revista BDJur*, Brasília-DF, 2002. Disponível em: <http://www. stj.gov.br/dspace/handle/2011/471. 2002> Acesso em julho/2009.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O direito constitucional à jurisdição*. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coordenador). As garantias do cidadão na Justiça. São Paulo: Saraiva, 1993.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Pela mão de Alice* – O social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1999.

UNA MIRADA AL MERCOSUR DESDE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

COMENTARIO AL FALLO *BIO SIDUS**

MARIANA PEÑA DE PINON**
Máster en Derecho Europeo (Universidad Paris I – Panthéon-Sorbonne, Francia)

EXCERTOS

"El modelo europeo y también el de la Comunidad Andina, establecieron una vía de consulta a los Tribunales Regionales entendida como un mecanismo de cooperación entre jueces que no establece ninguna jerarquía entre las dos jurisdicciones"

"Cuando la cuestión se plantee ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial según el derecho interno, este órgano estará obligado a someter la cuestión al TJUE"

"Las razones que sustentan la existencia de una violación del TA se dirigen a mostrar que los Estados se comprometieron a constituir y consolidar un mercado único entre ellos"

"Cómo resolverá la Corte una vez que reciba el expediente con la opinión del TPR es el segundo gran interrogante. Una cosa es cierta, en esta ocasión, el Máximo Tribunal parece decidido a obtener una respuesta"

"A pesar de no haberse reconocido la atribución de competencias soberanas en órganos supranacionales –el Mercosur reivindica su naturaleza intergubernamental– la participación del TPR en el proceso de consolidación del 'mercado común del sur' podría fortalecerse"

**** Outras qualificações da autora**

Abogada (Universidad de Buenos Aires). Doctoranda en Derecho (Universidad de Luxemburgo).

Introducción

El pasado 21 de mayo la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) dictó en la causa n. B. 87. XLV, *Bio Sidus S.A.* (TF 22.046-A) c. D.G.A., una decisión de gran trascendencia que pudo haber pasado desapercibida y en la que merece detenerse. El más alto tribunal dispuso –en cinco considerandos y poco menos de tres carillas– solicitar una opinión consultiva (OC) al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (TPR) sobre la compatibilidad con el Tratado de Asunción (TA) de la percepción de derechos de exportación sobre mercaderías originarias de un Estado Parte del Mercosur y destinadas a otro Estado Parte.

Con cuatro votos a favor y uno en disidencia, el precedente no es novedoso (I). En octubre de 2009 la CSJN ya había resuelto favorablemente una petición similar. Sin embargo, en aquella ocasión y ante el posterior desistimiento de la acción principal de la empresa interesada, la decisión de reenvío al TPR se dejó sin efecto y la opinión consultiva nunca llegó a los estrados de este órgano. Esta nueva oportunidad permite reflexionar sobre la importancia de utilizar esta herramienta de cooperación entre jurisdicciones (II) así como interrogarse sobre el alcance de las obligaciones internacionales suscriptas en el marco del TA y el impacto en la legislación nacional (III). Nos queda esperar la respuesta del TPR aunque el fallo de la CSJN permite extraer ciertas conclusiones por adelantado (IV): el derecho del Mercosur (re)cobra protagonismo.

I. La decisión de la Corte: ¿nada nuevo bajo el sol?

El presente asunto se inició cuando la empresa Bio Sidus S.A. se opuso al pago de derechos de exportación previstos en la Resolución 11/2002 del Ministerio de Economía y reclamados por el organismo aduanero en razón de las exportaciones realizadas a Brasil entre el 2002 y el 2003. Según la empresa demandante, la mencionada resolución es inaplicable en el caso bajo estudio en la medida en que contraría objetivos del tratado fundador del Mercosur, es decir, el TA, cuya finalidad ulterior es la creación de un mercado común. Tanto el Tribunal Fiscal de la Nación como la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal rechazaron la pretensión de la accionante. Contra la decisión en apelación, Bio Sidus interpuso un recurso extraordinario y, radicado el expediente

en la CSJN, solicitó al Alto Tribunal que se requiera una OC según lo previsto en el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur (PO).

En esas condiciones, habiendo dictaminado el Procurador General, el Máximo Tribunal de la Nación decidió solicitar al órgano de solución de controversias del Mercosur, el TPR, la siguiente OC: ¿El Tratado de Asunción impone a los Estados miembros del Mercosur la obligación de abstenerse de establecer derechos de exportación de mercaderías originadas en uno de ellos y destinadas a otros Estados miembros?

La respuesta que dará el TPR no es vinculante para el juez de la causa, como nos detendremos a examinar en el próximo acápite, aunque es de esperar que la Corte la integre al fallar en el recurso extraordinario interpuesto, que sigue pendiente de resolución.

Como se avanzó, no es la primera vez que la CSJN se dirige al TPR. La resolución comentada menciona el precedente dictado en la causa *Sancor* (Fallos: 332:2237) para elevar la OC y el voto en disidencia remite a sus fundamentos para rechazar, también en esta ocasión, el envío de la cuestión. Asimismo, el dictamen del Procurador, del 29 de julio de 2009, reenvía a los fundamentos dados en aquella causa por lo que propone declarar admisible el recurso pero confirmar la sentencia recurrida. Cabe aclarar que el Representante del Ministerio Público Fiscal se pronunció sobre el fondo del asunto y no sobre el pedido de elevación de la consulta al TRP. En atención a que en aquélla oportunidad se había planteado una consulta análoga a la aquí estudiada, es útil recordar que, según esta opinión, no existe ninguna obligación de los Estados del Mercosur de abstenerse de fijar derechos de exportación a la mercadería que tiene por destino otro Estado Parte. Por ello, la decisión de fijar este tipo de derechos es una cuestión de oportunidad, mérito y conveniencia sobre la que no corresponde a los tribunales pronunciarse.

A pesar de no haber recibido respuesta del TPR, el antecedente dejó asentado el criterio de la Corte sobre la procedencia de las OC[2], una herramienta más bien desconocida pero que puede ser sumamente útil en la práctica forense.

II. La importancia de utilizar el recurso a la opinión consultiva

El sistema actual de solución de controversias del Mercosur está regido desde el 2002 por el Protocolo de Olivos. Este instrumento instauró el TPR que entró efectivamente en funciones en el 2004. Puede entender en las controversias suscitadas entre los Estados

Partes en instancia única o en revisión de un laudo dictado por un tribunal *ad hoc*. Estas decisiones son obligatorias para las partes.

El protocolo previó también (artículo 3) una competencia consultiva del TPR a partir de un mecanismo –las OC– que le permite pronunciarse sobre el alcance e interpretación de una norma del Mercosur, cualquiera sea su rango. El Reglamento del Protocolo de Olivos (RPO), aprobado por la Decisión CMC n. 37/03, precisó el procedimiento a seguir para utilizar esta herramienta[3]. Los legitimados activos son: los Estados Partes, a condición de que actúen conjuntamente; los órganos del Mercosur con capacidad decisoria, es decir, el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur; y finalmente, los Tribunales Superiores de los Estados Partes con jurisdicción nacional cuando la cuestión verse sobre una cuestión de interpretación –nótese que no se mencionan las cuestiones de validez de las normas del Mercosur como es el caso de la vía europea equivalente, es decir, la cuestión prejudicial prevista en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)[4]– y se plantee en el marco de una causa judicial en trámite (artículos 2, 3 y 4 del RPO). El mismo reglamento menciona que el trámite interno a seguir en este último caso debe ser establecido por cada Tribunal Superior.

Hasta ahora, el TPR pronunció tres OC, todas procedentes de Superiores Tribunales de Justicia: la primera[5] originada en un juzgado paraguayo, enviada por la Corte Suprema de Justicia de este país con anterioridad a la fecha de adopción de la reglamentación interna a la que hace referencia el RPO; y las dos últimas[6] elevadas por la Suprema Corte de Justicia del Uruguay a raíz de los planteos recibidos en dos Juzgados de Primera Instancia en lo Civil.

La falta de reglamentación interna no ha sido pues óbice alguno para utilizar esta vía de acceso al tribunal regional. En la actualidad, los cuatro Estados fundadores del Mercosur han reglamentado este trámite[7], Venezuela deberá hacerlo próximamente.

Los requisitos de forma para presentar una OC han sido previstos en el artículo 5 del RPO. El artículo 6 prevé la integración con todos sus miembros, la convocatoria y el funcionamiento del TPR. El artículo 7 fija el plazo que tiene el Tribunal para expedir la OC en cuarenta y cinco días (prorrogado a sesenta y cinco por la Decisión CMC n. 15/10); lo hará por escrito y funcionará, en principio, a través del intercambio de comunicaciones a distancia, a menos que estime necesario reunirse. La competencia del TPR para recabar la información que sea necesaria para resolver la OC se deriva del artículo 8.

El artículo 9 estipula el contenido de las OCs y la obligación de que sean fundadas y suscriptas por todos los árbitros intervinientes. En cuanto a las formas de finalización del procedimiento de una OC, el artículo 10 menciona: la respuesta a la consulta, la comunicación fundada de la imposibilidad de emitir la OC o el inicio de un procedimiento de solución de controversias sobre la misma cuestión.

Los artículos 12 y 13 disponen, respectivamente, que la admisibilidad formal definitiva de la OC corresponde al TPR y que las que emita serán publicadas en el Boletín Oficial del Mercosur.

Comentario aparte merece el artículo 11 que establece el efecto no vinculante ni obligatorio de las OC. Todas las reglamentaciones internas retoman esta regla[8]. Esta disposición pone en juego la efectividad de la herramienta cuya finalidad es la de asegurar la uniformidad del derecho Mercosur. En efecto, tanto las normas de derecho originario (el TA y sus protocolos anejos) como las normas de carácter derivado (los actos dictados por los órganos con capacidad decisoria: sean Decisiones, Resoluciones o Directivas), pueden ser aplicados por cualquier juez de todos los Estados Partes. Esta posibilidad –que convierte al juez nacional en juez de derecho "comunitario" o del Mercosur– conlleva el riesgo de una aplicación divergente de este derecho.

Para evitar esa dificultad, el modelo europeo y también el de la Comunidad Andina, establecieron una vía de consulta a los Tribunales Regionales entendida como un mecanismo de cooperación entre jueces que no establece ninguna jerarquía entre las dos jurisdicciones. En la Unión Europea se la llama cuestión o renvío prejudicial y está prevista en el ya mencionado artículo 267 del TFUE. Cualquier juez puede elevar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) una o más preguntas sobre la interpretación o validez de una norma de derecho comunitario, llamado desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (el 01/12/2009), derecho de la Unión Europea. Cuando la cuestión se plantee ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial según el derecho interno, este órgano estará obligado a someter la cuestión al TJUE.

En el ámbito del derecho andino, esta consulta se llama Interpretación Prejudicial y será facultativa u obligatoria dependiendo también de la existencia o no de una vía de recurso jurisdiccional ulterior. Los artículos 33 a 36 del Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina así como los artículos 121 a 128 del Estatuto del Tribunal detallan su ejercicio y funcionamiento.

En ambos sistemas, las decisiones pronunciadas por los Tribunales de Justicia serán obligatorias para el juez que planteó la consulta que deberá resolver el litigio nacional de conformidad con esta respuesta.

Si la decisión del TPR no será obligatoria para la CSJN al momento de resolver el recurso extraordinario, podemos preguntarnos cuál es la finalidad de elevar una consulta sobre la interpretación del TA suspendiendo, en consecuencia, el trámite interno a la espera de esta respuesta.

La falta de reglamentación interna no ha sido pues óbice alguno para utilizar esta vía de acceso al tribunal regional

Como en el caso *Sancor*, la propia CSJN recordó en su cuarto considerando que las OC emitidas no serán vinculantes ni obligatorias. En aquella oportunidad, el voto de la mayoría había considerado también que "*resulta necesario para la decisión de la presente causa interpretar el Tratado de Asunción*". Si bien esta expresión no ha sido reiterada en la resolución comentada, la invocación del precedente, torna actual el planteo: si se requiere interpretar el TA y para ello debe elevarse una OC al TPR ¿cómo la respuesta puede ser meramente optativa para resolver el recurso extraordinario? En concreto, el TPR deberá precisar si los Estados Partes, al suscribir el TA con la finalidad de crear un mercado común han asumido obligaciones que les impiden fijar derechos de exportación entre ellos o no. Sea positiva o negativa la decisión del órgano permanente de resolución de conflictos, es difícil imaginar la motivación de un fallo que adopte una tesitura contraria respecto de la Resolución ministerial n. 11/2002 impugnada por la accionante.

Es posible que la redacción del artículo 11 del RPO haya obedecido a la necesidad de encontrar una aceptación unánime para adoptar el mecanismo consultivo –en el Mercosur, todos los actos de derecho derivado se adoptan por consenso[9]– sin afectar la soberanía nacional, en particular, la condición de máxime intérprete del derecho nacional que le corresponde a cada Tribunal Superior interno. Sin embargo, si esta disposición permitió adoptar esta herramienta, será también la que anule su utilidad si los jueces nacionales son libres de adoptar una decisión contraria a la emitida por el TPR. Es por ello que Alejandro Perotti[10] aconseja plantear la invalidez de esta norma por ser contraria a una de rango superior: el artículo 38 del Protocolo de Ouro Preto (POP) que prescribe la

obligación de los Estados de adoptar todas las medidas necesarias (entre las que cabe comprender las sentencias de los jueces nacionales) para dar cumplimiento a las normas emanadas de los órganos del Mercosur (lo que incluye los laudos del TPR).

Más allá de la crítica sobre la falta de efecto vinculante de las OCs, la existencia de este mecanismo debería ayudar a consolidar el derecho del Mercosur y, sobre todo, a garantizar su aplicación uniforme. En el modelo europeo, la cuestión prejudicial ha sido señalada innumerables veces como "piedra angular" del sistema jurídico[11]. Baste mencionar que los grandes principios en los que se apoya la relación entre el derecho UE y los derechos internos –el efecto directo y la primacía– han sido enunciados en sentencias prejudiciales[12]. La importancia de esta herramienta también ha sido resaltada en el sistema andino[13].

No hay razones para creer que su rol será menos importante en el ámbito del Mercosur. El envío del expediente *Bio Sidus* es un buen signo en la medida que deja entrever una muestra de reconocimiento de la autoridad del TPR para pronunciarse sobre la interpretación del TA. En este sentido, puede apreciarse también en la solicitud una búsqueda por lograr la uniformidad del derecho Mercosur.

III. La cuestión de fondo: los derechos de exportación y el derecho Mercosur

El litigio planteado en estas actuaciones permitirá al TPR expedirse sobre un asunto capital en la conformación de un mercado común. Recordemos que, en lo que aquí interesa, el artículo 1° del TA sienta las bases de este objetivo en los siguientes términos: "*el mercado común implica: la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente*".

Dos temas fundamentales merecen destacarse. El primero, objeto de la consulta, es determinar si al suscribir el TA los Estados han limitado su capacidad para percibir derechos aduaneros y, particularmente, derechos de exportación en las relaciones comerciales entre sí. En segundo lugar, y en caso de respuesta afirmativa al planteo anterior, podemos preguntarnos si los

particulares tienen derecho a invocar una disposición contenida en un tratado internacional –en el caso, el TA– para fundamentar la oposición al pago de estos derechos, previstos en una norma de derecho interno. Esta segunda cuestión fue resuelta positivamente por el Tribunal de Justicia europeo en el ya mencionado caso *Van Gend*. Según los jueces de Luxemburgo, la disposición del entonces Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea –el que constituye un ordenamiento jurídico propio–, podía ser invocada por los particulares, estando los jueces nacionales obligados a salvaguardar los derechos que de ella se derivan, a pesar de estar formulada como una obligación de no hacer dirigida a los Estados Miembros[14]. En Argentina, si bien no se le ha reconocido al TA el rango de ordenamiento jurídico autónomo, es fácil admitir que se trata de un instrumento de derecho internacional con rango supralegal[15]. También se ha aceptado la invocación ante los jueces nacionales de derechos contenidos en este tipo de actos por parte de los particulares[16].

Respecto a la posibilidad de los Estados de imponer derechos a la exportación a las mercaderías de sus países y que tienen por destino otro Estado Parte, podemos divisar dos posturas antagónicas: la posición del Procurador –expresada en la causa *Sancor*– y la representada por la actora en estas actuaciones. Según el primero, "*no hay en el tratado constitutivo* [del Mercosur] *ninguna norma que, de manera directa e indubitable, imponga a los Estados miembros la obligación de abstenerse de establecer tributos a la exportación de sus mercancías hacia los países miembros*". Para así concluir, recordó el principio de interpretación de buena fe de los tratados internacionales y tuvo en cuenta las disposiciones del TA que caracterizan las relaciones entre los Estados miembros. En concreto, examinó los artículos 7 y 8 del mencionado tratado que prevén la regla de tratamiento nacional y la cláusula de nación más favorecida, respectivamente, y las disposiciones pertinentes del programa de liberación comercial del Anexo I, en particular el artículo 3 que estipula la reducción progresiva de los gravámenes o derechos aduaneros de los países miembros entre sí con mención expresa de los derechos de importación sin aludir a los de exportación. De esta forma, según el entonces Procurador General de la Nación, del TA se deriva una obligación de no imponer gravámenes o restricciones a la mercadería que ingrese al país proveniente de otro Estado Parte del Mercosur así como el compromiso de crear un arancel externo común (artículo 1° del TA), de manera que exista "*un derecho de*

importación uniforme adoptado por el bloque, para las operaciones con terceros países cualquiera que fuere el país del Mercosur de destino de las mercaderías". Por todo ello, y en atención a que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de *ultima ratio*, el Procurador concluyó que debe confirmarse la sentencia de la Cámara de apelaciones la que, a su vez, permite la percepción de estos derechos.

En otro orden de ideas, podemos traer a colación el voto de la disidencia en el fallo *Sancor*, reiterado en este expediente. La doctora Highton de Nolasco alegó tres razones para rechazar la elevación de la OC: la extemporaneidad del planteo, la falta de legitimación activa y la ausencia de contenido comunitario de la cuestión sometida a consideración. Es especialmente el tercer motivo que resulta interesante examinar acá. Si bien la juez en minoría no se pronunció sobre la posibilidad de los Estados de instaurar derechos de exportación a pesar de haber suscripto el TA, la invocación de este argumento para fundamentar el incumplimiento de los requisitos de forma para enviar una consulta al TPR va de la mano con la visión recién expuesta. Según la magistrada, "*tratándose del reclamo de un particular –persona jurídica nacional del Estado contra el cual aquél se dirige–, relativo a los 'derechos de exportación' de bienes de ese mismo origen, no media en el caso elemento alguno que autorice al primero a requerir una opinión consultiva pues no se encuentran en juego, de modo directo, eventuales derechos de algún otro u otros Estados Partes del Mercosur, ni tampoco ningún nacional de aquellos*". Ahora bien, es de suponer que, en general, quienes invocan la incompatibilidad de los derechos de exportación con compromisos internacionales son los ciudadanos del mismo Estado contra el que se reclama. En estas condiciones, según el argumento que se acaba de transcribir, la situación puede calificarse de puramente interna y, por ende, fuera de cualquier contravención con un instrumento de derecho internacional. El Estado entonces habría conservado la potestad de imponer gravámenes a la exportación.

El punto débil de esta postura es la respuesta contradictoria que tendría el reclamo de un ciudadano o empresa de otro Estado Parte, un brasilero, por ejemplo, ante la imposición de los mismos derechos de exportación exigidos por la Argentina. En este caso, los intereses de un nacional de otro Estado estarían en juego, por lo que al menos la OC sería procedente habilitando la vía para que el TPR se expida sobre la compatibilidad de este comportamiento con el TA.

En sentido inverso, las razones que sustentan la existencia de una violación del TA se dirigen a mostrar que los Estados se comprometieron a constituir y consolidar un mercado único entre ellos. Esto es, un espacio territorial en el que "los bienes, los servicios y los factores productivos" circulen libremente, ignorando las fronteras estatales, asimilándolo a un mercado interior. A tal fin, asumieron obligaciones cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad internacional del Estado. Teniendo en cuenta la naturaleza del Tratado de creación del Mercosur y su jerarquía supralegal, la jurisprudencia *Ekmekdjian c. Sofovich* (Fallos: 315:1492) cobra virtualidad: la suscripción de tratados internacionales limita la actuación de todos los órganos del Estado y hace nacer una obligación en cabeza de los jueces nacionales que deben asegurar las obligaciones contraídas cuando se trata de normas "operativas".

Los requisitos de forma para presentar una OC han sido previstos en el artículo 5 del RPO

¿El TA dispone una obligación suficientemente clara, precisa e incondicional que otorgue a los particulares un derecho que los jueces deben salvaguardar absteniéndose de aplicar cualquier legislación interna contraria? Según esta tesis, la respuesta es afirmativa. Así también lo había entendido la Sala V de la misma Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en el varias veces mencionado caso *Sancor*. Esta jurisdicción se apoyó en el preámbulo del TA así como en sus artículos 1° –citado *ut supra*– y 5 que dispone, en lo pertinente, que: "*…los principales instrumentos para la constitución del Mercado Común serán: a) un Programa de Liberación Comercial, que consistirá en rebajas arancelarias progresivas, lineales y automáticas, acompañadas de la eliminación de restricciones no arancelarias o medidas de efectos equivalentes, así como otras restricciones al comercio entre los Estados Partes, para llegar al 31 de diciembre de 1994 con arancel cero, sin restricciones no arancelarias sobre la totalidad del universo arancelario…*". Entre las restricciones al comercio cabe incluir, para los partidarios de esta teoría, los derechos de exportación en la medida en que el coste suplementario que deben afrontar los exportadores de determinado bien perjudica su comercialización en otro Estado Parte. El compromiso de eliminar todos los obstáculos para facilitar la instauración de este mercado común incluye así los gravámenes a la exportación cuando el destino del bien sea otro Estado Parte.

La decisión entre una u otra postura deberá ser adoptada por el TPR. Su respuesta implicará algo más que una interpretación de una norma de derecho Mercosur. Será la definición de las obligaciones que han contraído los Estados al suscribir el TA y sus alcances. En buena medida, el avance hacia la creación del mercado común –que aún no ha sido establecido, contrariamente a lo previsto de manera ambiciosa en el citado artículo 5– depende de ella.

IV. El impacto del fallo *Bio Sidus* en el ámbito interno: un decisión repetida, ¿un mensaje insistente?

Cómo resolverá la Corte una vez que reciba el expediente con la opinión del TPR es el segundo gran interrogante. Una cosa es cierta, en esta ocasión, el Máximo Tribunal parece decidido a obtener una respuesta. Ello lo confirma el hecho que el 4 de junio pasado dos nuevas decisiones en idéntico sentido han sido pronunciadas: en la causa n. W. 52. XLVIII, *Whirpool Argentina S.A.* (TF 26.260-A) c. D.G.A. y n. B. 749. XLVIII, *Basf Argentina S.A.* (TF 28.163-A) c. D.G.A. Ambas citan, por supuesto, la resolución de la causa Bio Sidus y plantean una OC al TPR en los mismos términos. La recurrente ante la Corte es la accionante en el primer expediente, mientras que en el segundo, el remedio extraordinario fue interpuesto por la Dirección General de Aduanas ante la revocación de la sentencia del Tribunal Fiscal dictada por la Sala IV de la Cámara Contencioso Administrativo Federal. También en estos casos el pedido de una OC fue presentado por las empresas que impugnan el reclamo de la Aduana argentina en esta instancia.

En este punto, es válido recordar que el pronunciamiento del TPR no examinará de ninguna manera la legislación argentina. El órgano de solución de controversias regional no tiene competencia para determinar la compatibilidad o no con el TA, o con cualquier otro acto de derecho derivado de la Resolución ministerial n. 11/2002 en juego. Eso competerá a los jueces internos, en el caso, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Tampoco el renvío prejudicial europeo o la interpretación prejudicial andina habilitan a sus respectivos Tribunales de Justicia a fallar en ese sentido. Empero, si el juez de la causa no respeta la decisión del órgano jurisdiccional regional, la parte perjudicada podrá intentar una acción de responsabilidad. En el caso de la UE, según la vía procedimental interna; en la Comunidad Andina, el artículo 31 del

Tratado de creación del TJCA prevé un recurso de responsabilidad del Estado en caso de incumplimiento de las obligaciones comunitarias ante los jueces nacionales.

En el Mercosur, como ya se ha dicho, cualquier alejamiento de la opinión del TPR no debería tener consecuencias jurídicas. Sin embargo, habrá quien advierta que la decisión de elevar la OC puede interpretarse como un llamado de atención al Poder Ejecutivo. La Corte está dispuesta a enviar el asunto a una autoridad regional para interrogarla sobre el alcance de las obligaciones nacidas de un tratado internacional y si éstas limitan las competencias legislativas y reglamentarias de los Estados Partes.

Por otro lado, a pesar de no haberse reconocido la atribución de competencias soberanas en órganos supranacionales –el Mercosur reivindica su naturaleza intergubernamental– la participación del TPR en el proceso de consolidación del "mercado común del sur" podría fortalecerse. Con el dictado de tres decisiones que elevan una OC, otros jueces de instancias inferiores podrían seguir el ejemplo y animarse a plantear nuevas consultas sobre el derecho regional. El derecho del Mercosur se vería así dinamizado.

Notas

[*] El presente trabajo se publicó por primera vez en la *Revista de Doctrina Judicial* n. 35/2013, del 28 de agosto de 2013, editorial La Ley, Buenos Aires, págs. 17 y 21 a 27.

[1] Sobre el fallo *Sancor*, puede verse el comentario de la autora, "La Corte Suprema y el derecho del MERCOSUR. El fallo *Sancor*: un paso adelante en la construcción de la integración regional", *El Derecho*, Buenos Aires, 23 marzo de 2010.

[2] El cuadro normativo reglamentario de las OCs puede ser completado con las Decisiones CMC n. 30/05, que establece las reglas de procedimiento del TPR, y la n. 02/07, que prevé el reglamento de procedimiento de solicitud de las OCs.

[3] Aunque para Alejandro D. Perotti el hecho que el Reglamento del Protocolo de Olivos no haga alusión a las cuestiones de validez no debería impedir que el TPR se pronuncie en este sentido. Ver: "El rol de los abogados y jueces en las Opiniones Consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur. Valor jurídico de las Opiniones Consultivas. Acorada n. 13/08 de la Corte Suprema", ed. AAEF y Errepar, Buenos Aires, 2009, págs. 355 a 367 o en *Mercosur ABC*, Buenos Aires, 2009 (www.mercosurabc.com.ar) págs. 13 a 27.

[4] OC n. 1/2007, "Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante", de 3 de abril de 2007. Véase el sitio del TPR: http://www.tprmercosur.org/es/sol_contr_opiniones.htm

[5] OC n. 1/2008 y 1/2009, "Sucesión Carlos Schnek y otros c/Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos" y "Frigorífico Centenario S.A. c/ Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos. IUE: 2-43923/2007. Exhorto", de 24 de abril de 2008 y 15 de junio de 2009, respectivamente.

[6] El primero en hacerlo ha sido Uruguay a través de la Acordada n. 7604 de la Suprema Corte de Justicia (27/08/07); seguido por Argentina con la Acordada n. 13/2008 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (18/06/08); y Paraguay con la Acordada n. 549 de la Corte Suprema de Justicia (11/11/08). Finalmente, Brasil adoptó la Emenda Regimental n. 48, del 3 de abril de 2012, publicada en el *Diario Judicial electrónico* n. 69/12, f. 1 (10/04/2012).

[7] Art. 6 de la Acordada n. 7604 de la Corte Suprema de Justicia de Uruguay, art. 1° Acordada n. 13/08 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina; art. 7 de la Acordada n. 549 de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay y art. 354-M del Reglamento Interno del Supremo Tribunal Federal de Brasil.

[8] Artículo 37 del Protocolo de Ouro Preto.

[9] Alejandro D. Perotti, "¿Qué está pasando en el "otro" Mercosur? Hoy, las opiniones consultivas", Mercosur ABC, Buenos Aires, 2007, págs. 14 a 26, en especial, p. 21.

[10] Ver, por ejemple, Ricardo Alonso García, "Sistema Jurídico de la Unión Europea", Thompson-Reuters, Pamplona, 2010, 2° Edición, p. 167.

[11] *Van Gend & Loos* (sentencia del 5 de febrero de 1963, asunto 26/62, Rec. 1963, edición especial española, pág. 333) y *Costa c. ENEL* (sentencia del 15 de julio de 1964, asunto 6/64, Rec. 1964, edición especial española, pág. 99), respectivamente.

[12] Ver Ricardo Vigil Toledo, "La estructura jurídica y el futuro de la Comunidad Andina", Thompson-Reuters, Pamplona, 2011, págs. 120 a 123.

[13] El artículo 12 TCEE –hoy derogado– bajo examen en Van Gend & Loos, disponía: "*los Estados miembros se abstendrán de establecer entre sí nuevos derechos de aduana de importación y exportación o exacciones de efecto equivalente y de incrementar los que ya estén aplicando en sus relaciones comerciales recíprocas*".

[14] En el asunto *Cafés la Virginia* (sentencia de 13 de octubre de 1994), la CSJN reconoció la prioridad sobre toda norma interna del Acuerdo de Alcance Parcial n. 1 suscripto entre Argentina y Brasil en el ámbito de la ALADI. El TA

fue protocolizado como el Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica n. 18 (ACE 18) por lo que cabe otorgarle la misma jerarquía que al acuerdo examinado en el citado caso.

[15] En el asunto *Akmekdijan, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo y otros* (sentencia del 7 de julio de 1992) el Alto Tribunal admitió la pretensión del recurrente sustentada en el artículo 14 del Pacto San José de Costa Rica (derecho a réplica) que no había sido aún reglamentado por la legislación interna.

EM DESTAQUE

CAPTAÇÃO, INTERMEDIAÇÃO E APLICAÇÃO NO FINANCIAMENTO BANCÁRIO DO AGRONEGÓCIO

RENATO M. BURANELLO*
Mestre e doutorando em Direito Comercial (PUC-SP)

EXCERTOS

"É preciso, portanto, construir uma ponte entre os mercados financeiros e de capitais e o agronegócio – e isto em nível mundial, no qual o Brasil, por óbvio, não deve, de forma alguma, se fazer exceção"

"O financiamento do agronegócio via mercados financeiros externos deverá ser revisto dentro de parâmetros de maior participação na produção, infraestrutura e distribuição*, no desafio de encontrar o equilíbrio que torne esse sistema mais seguro, preservando ao mesmo tempo os benefícios da expansão do crédito"*

"Hoje a atividade agroindustrial compreende mais que o conjunto de atividades destinadas exclusivamente à produção *agropecuária primária em si considerada, gerando, modernamente, uma visão do processo agrícola como um autêntico* complexo agroindustrial*, representado pela* interligação *das cadeias agroindustriais"*

"Pode-se concluir então que o termo 'complexo agroindustrial' corresponde à interligação *das cadeias agroindustriais, compostas, por sua vez, pela conexão das fases de* produção, industrialização e comercialização *de produtos agrícolas, entre alimentos, fibras e biomassa"*

"Uma análise em termos de cadeia de produção agroindustrial permite uma visão global *do sistema, que evidencia a importância de melhor articulação entre os agentes econômicos privados e o Poder Público na direção da atividade"*

"O complexo agroindustrial apresenta uma visão sistemática do processo econômico, evidenciando como certos segmentos fornecem insumos à agropecuária e outros segmentos procedem à transformação industrial e à distribuição dos produtos in natura *ou transformados"*

*** Outras qualificações do autor**

Advogado. Professor do curso Direito Empresarial (PUC-COGEAE). Fundador do Instituto Brasileiro de Direito do Agronegócio (IBDA). Autor do livro Sistema Privado de Financiamento do Agronegócio e coautor da obra coletiva Direito do Agronegócio: mercado, regulação, tributação e meio ambiente. Membro do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (IBDS) e da Academia Nacional de Seguro e Previdência (ANSP).

"Um sistema financeiro saudável, ético e eficiente é condição essencial para o desenvolvimento econômico, social e sustentável do País."

Febraban

"Não existe agricultura familiar ou empresarial...
Não existe meio ambiente, ambientalistas contra ruralistas...
Não existe pequeno agricultor contra agronegócio...
A família produtora tem que ser empresarial...
O agricultor tem que ser ambiental...
O agronegócio é de pequenos, médios e grandes...
São contrassensos antiquados que só interessam a quem quer impedir nossa agricultura de fazer nos próximos 30 anos o que fez nos últimos 50 anos: o Brasil, um grande e respeitado país.
Um país agro!"

Marcos Fava Neves
Agricultura Integrada

Introdução

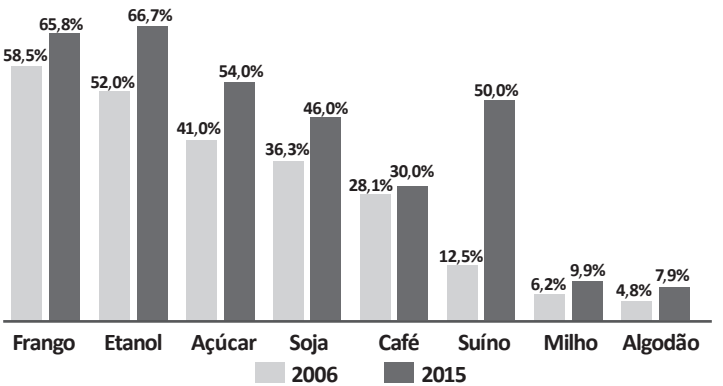
O maior problema da agropecuária brasileira é a inexistência de uma estratégia integrada para o seu desenvolvimento. Os países mais ricos do mundo têm a visão clara de que o setor primário da economia é o motor do resto e, a partir daí, criam políticas (geralmente protecionistas) para a estabilidade e crescimento econômico dos seus produtores rurais. O Brasil, ao menos de certa forma, não foge muito à regra: quando uma crise no campo se acentua, os produtores e suas instituições seguem para Brasília, buscando, junto ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Mapa), toda sorte de soluções para seus problemas. O equívoco, entretanto, é não enxergar que os instrumentos para isso estão justamente *fora* do ministério (e até, de certa forma, fora do *Estado*)[1].

Hoje, o Brasil cultiva aproximadamente 80 milhões de hectares, considerando todas as culturas, e, apesar das dificuldades referidas, temos obtido safras recordes de grãos, cana, carnes, leite e de produtos das florestas plantadas. De seus quase 200 milhões de hectares de pastagens, temos cerca de 96 milhões de hectares aptos para a agricultura, o que permitiria mais do que dobrar (!) a área plantada, além de favorecer novas tecnologias para ampliar ainda

mais a produtividade por hectare. Não é impossível pensar o país produzindo 350 milhões de toneladas de grãos e 300 bilhões de litros de etanol, e isto sem qualquer competição entre tais atividades[2].

A pergunta que se colocaria, então, seria o valor disso num contexto em que o eixo de poder parece estar se deslocando dos centros ditos mais "tradicionais" para as nações emergentes: é mais do que chegada a hora de uma estratégia concertada e coordenada para o aproveitamento da atual janela com um mínimo de eficiência, e o fato é que o setor agropecuário nos dá não apenas uma grande vantagem comercial (vide os contínuos superávits das nossas exportações), como também uma oportunidade única de ganho *geopolítico*: o Brasil tem enorme chance de atender a boa parte da (grande) demanda mundial por alimentos e biocombustíveis, ampliando sua área plantada e seu padrão tecnológico; mas para isso é necessário um grande planejamento para o futuro, em que se discuta (e defina muito bem) o papel dos setores público e privado.

Perspectivas de Participação Brasileira na Produção Mundial



Fonte: PENSA - USP

Neste cenário, surge naturalmente a questão da origem dos recursos para o custeio de maiores avanços e investimentos em prol do agronegócio brasileiro: ao contrário de países mais desenvolvidos – e cientes da importância da produção rural e agropecuária para as suas economias –, não temos o suficiente nem mesmo para proteger os nossos próprios mercados "contra" a eventual eficiência de produtores estrangeiros (mostrando aqui que, no caso da extraordinária produtividade brasileira, "vacina", para os estrangeiros, parece ter um outro sentido...); historicamente, o setor, no Brasil,

tem seguido a tendência mundial da pouca disponibilidade de crédito para financiamento da produção agrícola; e é justamente aqui que começa a se delinear o objetivo deste trabalho.

Se é verdade que se abre agora uma nova dinâmica para o agronegócio mundial, não é menos correto afirmar que o custeio da produção e distribuição de alimentos e bioenergia necessitará de *mais e maiores recursos*, e isto num cenário em que: 1) não há grande familiaridade nem de financistas, nem de investidores, com as virtudes (e vicissitudes) do setor agropecuário – o que termina por afastá-los dos mercados correspondentes, e 2) não há recursos disponíveis para atividades, economias e nações percebidas como de maior *risco*[3]. Neste ponto, de certa forma, o ciclo se fecha: sem um entendimento adequado do que seja (e deva ser) o agronegócio – e tudo o que ele encerra – numa era de crescimento populacional exponencial, crise energética e escassez de recursos, tudo isso aliado a ações governamentais completamente desencontradas, não há de florescer lavoura alguma nesse campo (com o perdão do trocadilho).

É preciso, portanto, construir uma ponte entre os mercados financeiros e de capitais e o agronegócio – e isto em nível mundial, no qual o Brasil, por óbvio, não deve, de forma alguma, se fazer exceção. Em outras palavras, é mais do que chegada a hora de, primeiro, bem compreender o agronegócio de uma vez por todas (especialmente na moldura geopolítica e econômica atual); e, em segundo lugar, fazer chegar a ele os recursos financeiros necessários ao seu funcionamento eficiente e sustentável. Diante disso, o financiamento do setor via mercados financeiros externos deverá ser revisto dentro de parâmetros de maior participação na *produção, infraestrutura* e *distribuição*, no desafio de encontrar o equilíbrio que torne esse sistema mais seguro, preservando ao mesmo tempo os benefícios da expansão do crédito. Parece então inevitável alterar as regras de funcionamento e fiscalização dos mercados financeiros, ainda que seja errado simplesmente pensar em mais regulação nesse sentido; é importante rever as atribuições e governança das instituições financeiras nacionais e internacionais, inclusive para ampliar a participação dos países emergentes, dentro da universalização do sistema[4]. Mas, antes, precisamos, sim, de um marco que seja mais eficiente, sem desestimular a criatividade e a inovação financeira.

Nesse sentido, este trabalho se propõe justamente a formular uma definição mais adequada para o objeto do agronegócio (*i.e.*, as atividades da chamada *cadeia agroindustrial*), a situação atual de seu financiamento no Brasil, além das possíveis oportunidades para

a sua melhora e evolução contínua. Com isso, pensamos ajudar/constituir as bases conceituais da intermediação financeira *no* e *para* o agronegócio, bem como no controle do crédito para o setor e na sua adequada regulação.

1. Desenvolvimento do agronegócio e complexo agroindustrial

A modernização da agricultura refletiu-se na expansão do trabalho assalariado no campo e no considerável aumento do uso de equipamentos como tratores, máquinas e insumos agrícolas, resultado do progresso técnico observado nas últimas décadas. Como consequência desse desenvolvimento, hoje a atividade agroindustrial compreende mais que o conjunto de atividades destinadas exclusivamente à *produção* agropecuária primária em si considerada, gerando, modernamente, uma visão do processo agrícola como um autêntico *complexo agroindustrial*, representado pela *interligação* das cadeias agroindustriais. Estas, por sua vez, integram os elos de fornecimento de insumos e matérias-primas e as etapas de produção propriamente dita às empresas processadoras de alimentos e fibras, buscando, na ponta final, as comerciais exportadoras.

Emoldurado esse cenário pela utilização de estruturas financeiras para a sua viabilização e desenvolvimento, tem-se então uma *nova dinâmica* que demanda um processo de *sistematização* das normas pertinentes à atividade, numa interpretação mais ampla e contextualizada. Este processo de produção envolve, assim, todo um *conjunto* de atividades que se inter-relacionam, representadas pela produção agrícola, pecuária, pesca e silvicultura, agroindustrialização, logística e distribuição de alimentos, comercialização interna e internacional, bolsas de mercadorias, políticas públicas, consumidores finais, fabricação de insumos e, ainda, a prestação de serviços técnicos e de consultoria.

Estreitando o conceito, uma cadeia industrial é definida a partir da identificação de um determinado produto *final*, em que são utilizados processos técnicos, comerciais e logísticos adequados, necessários a determinados fins que se pretende alcançar. Procurando sistematizar as características da cadeia agroindustrial, por conseguinte, podemos destacar: a) sucessões de operações de transformação encadeadas, passíveis de separação ou ligação entre si por procedimentos técnicos; b) conjunto de relações comerciais e financeiras que estabelecem, entre todos os estágios de transformação, um fluxo de troca entre

fornecedores; e c) conjunto de ações econômicas que permitam a valorização dos meios de produção e asseguram a articulação de operações.

Em nível mundial, todo o processo de transformação da agricultura acompanhou a evolução do setor agrícola norte-americano. Nesse contexto, devido aos estudos dos professores da Universidade de Harvard John Davis e Ray Goldberg[5], surgiu, em 1957, o termo *agribusiness*, que coloca a matriz insumo-produto no centro dos negócios agrícolas. Esta matriz, derivada da utilização de diversos processos produtivos e de serviços na nova realidade da agricultura, é definida como "a soma das operações de produção e distribuição de suprimentos, das operações de produção nas unidades agrícolas, do armazenamento, processamento e distribuição dos produtos agrícolas e itens produzidos a partir deles". Assim, chegamos à conclusão de que o termo mostra uma acepção da qual participam *também* os agentes que *produzem* e *coordenam* o *fluxo* dos produtos, como o governo, os mercados, as entidades comerciais e as instituições financeiras[6].

Pode-se concluir então que o termo "complexo agroindustrial" corresponde à *interligação* das cadeias agroindustriais, compostas, por sua vez, pela conexão das fases de *produção*, *industrialização e comercialização* de produtos agrícolas, entre alimentos, fibras e biomassa, conceito no qual estão inseridos *todos* os agentes que colaboram ou participam das cadeias (*inclusive* governo, mercados e as entidades comerciais, financeiras e de serviços): a acepção tanto do agronegócio quando da cadeia agroindustrial deve ser efetiva e propositalmente *ampla*; conceber uma ideia limitada ou atomizante desses conceitos levará inevitavelmente a conclusões, na melhor das hipóteses, *parciais* – e, por isso mesmo, inúteis ao dimensionamento adequado de suas esferas de influência na economia moderna.

2. O crédito e a sua representação jurídica

Delimitada a questão do alcance dos conceitos de agronegócio e cadeia agroindustrial, é necessária a investigação das instituições a viabilizar a sua implementação prática: até o momento, temos apenas que a *cadeia agroindustrial*, na sua concepção mais moderna, necessita de medidas adicionais que, ao menos aparentemente, lhe são *externas*; se assim não fosse, ela se aplicaria e aperfeiçoaria por si

mesma, hipótese esta que, obviamente não verificada na prática, leva à conclusão de que o elemento faltante a lhe possibilitar concretude no dia a dia deva efetivamente ser suprido vindo "de fora".

Esse elemento é o aspecto *jurídico* – ou seja, um comando (estatal) vinculante e obrigatório que determina a produção de certos efeitos, cuja aplicação efetiva se traduz no ordenamento e na segurança das relações sociais. Contextualizando então o conceito econômico aqui estudado (*i.e.*, a cadeia agroindustrial) e a sua aplicação na esfera jurídica, valeria dizer que, seja qual for a relação, esta é passível de formalização em documentos que exprimam *direitos* oriundos dos negócios que a engendraram – seja na forma de contratos ou dos chamados *títulos de crédito*; esses títulos, então, nascem com as relações (jurídicas), interpondo o elemento *temporal* em seu ajuste e execução; mas o crédito (direito) não se limita à entrega de numerário pura e simplesmente: ele também pode ser representativo de *bens* de qualquer natureza (móveis ou imóveis, produtos agrícolas em formação, beneficiamento ou industrialização, em transporte ou depositados etc.)[7]. Nesse aspecto, o direito cambiário (*i.e.*, o "direito dos títulos de crédito") supre quase completamente a vida dos negócios sobre os quais incide, compreendendo todo um conjunto de regras que vão desde a sua *criação* e *elementos essenciais*, passando pelo seu *pagamento*, até o seu *objeto* e *execução processual*[8].

Principalmente no que concerne à *circulação* do (direito de) crédito – aspecto este que exibe também uma faceta indisfarçavelmente *econômica* –, esses títulos seriam o que existe de mais eficaz, ágil, certo e seguro dentre todos os institutos jurídicos[9], devido à facilidade preconizada pelas normas que disciplinam a transmissão das obrigações neles contidas a terceiros outros que não participam da relação original; logo, a sua inegável eficiência nessa transmissão de prerrogativas negociais é uma dimensão que não pode, de forma alguma, ser ignorada (mesmo numa concepção puramente econômica do tema).

Os títulos de crédito, portanto, são instrumentos de *circulação indireta* de riqueza, destinados a tornar simples, rápida e segura a movimentação de seus direitos no chamado "tráfico jurídico-comercial"[10]. Isso significa que, ao lado das formas tradicionais de circulação de riqueza (*v.g.*, entrega de dinheiro ou de mercadorias, cessão ordinária de um crédito, dentre outras), os títulos de crédito surgem como uma forma (indireta e) alternativa (mas ainda assim *muito eficiente*) dessa circulação: o dinheiro, mercadoria ou crédito, então, no lugar de circularem diretamente, são representados

por documentos que seguem uma eficácia e regime *próprios* de circulação, o que lhes assegura as significativas vantagens de *simplicidade*, *celeridade* e *segurança* nas transações comerciais – e, logo, tornando-os essencialmente atrativos como modalidade sucedânea de titularidade e circulação de riqueza.

Assim, o elemento "externo" a que aludíamos no início deste item é justamente o *direito* (ou as *normas jurídicas*, se assim se preferir); as óbvias conveniências de certos instrumentos de nossa vida econômica e cotidiana apenas traduzem, na verdade, efeitos determinados em normas editadas pela ordem político-estatal: no regime jurídico próprio aos títulos de crédito, deve-se destacar características jurídicas comuns que compõem sua natureza e preveem certos efeitos – pois não pode ter as suas consequências práticas um instrumento que não se enquadre rigorosamente nas suas características (ditadas pela lei).

O setor agropecuário nos dá não apenas uma grande vantagem comercial, mas também uma oportunidade única de ganho geopolítico

Desta forma, somente produzirá efeitos como autêntico título de crédito o instrumento que preencher certos requisitos legais, os quais, em nosso entendimento, dividem-se em intrínsecos e extrínsecos: os *extrínsecos* referem-se ao título propriamente dito; os *intrínsecos*, à obrigação contida no título. Os requisitos intrínsecos seriam aqueles comuns *a todas as espécies de obrigações* (tais como a capacidade e o livre consentimento na sua assunção, não sendo matéria propriamente cambiária – ou seja, de *circulação* do crédito), mas dos negócios jurídicos *em geral*; já os requisitos *extrínsecos* seriam aqueles que a lei cambiária indica para constituição, validade e eficácia do respectivo título, conforme disposto no artigo 889 do Código Civil brasileiro.

Especificamente em relação ao tema objeto deste estudo, a Lei 11.076, de 30 de dezembro de 2004 (Lei 11.076/04), instituiu novos títulos de crédito, próprios ao financiamento *privado* do agronegócio[11]. São eles: *Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio* (CDCA); *Letra de Crédito do Agronegócio* (LCA); *e Certificado de Recebíveis do Agronegócio* (CRA)[12]. No requisito intrínseco essencial à validade desses títulos, devem estar caracterizadas obrigações representadas por negócios *agroindustriais* típicos entre os agentes da *cadeia agroindustrial*. De forma resumida, então, podemos apontar que estes são títulos de crédito nominativos, de livre negociação,

representativos de promessa de pagamento em dinheiro, vinculados a direitos creditórios originários de negócios realizados por produtores rurais, cooperativas agrícolas e demais agentes da cadeia agroindustrial, nas operações relacionadas com a produção, comercialização, beneficiamento ou industrialização de produtos ou insumos agropecuários ou de máquinas e implementos utilizados na atividade agropecuária, inclusive financiamentos ou empréstimos a essas atividades[13]. Desta forma, esses títulos deverão estar lastreados em *direitos creditórios*, que podem estar consubstanciados, inclusive, em outros títulos de crédito ou valores mobiliários representativos de negócios jurídicos, desde que relacionados *diretamente* ao (amplo) conceito legal acima descrito para a *cadeia agroindustrial* (e, por conseguinte, para o produtor agropecuário)[14].

3. Direitos creditórios do agronegócio

Após traçarmos as considerações sobre o alcance do conceito econômico moderno de produção agrícola, que pressupõe a existência de diversas etapas conectadas como uma interligação de elos, formando uma cadeia destinada à produção eficiente de alimentos, fibras e biomassa, é necessário analisar a sua aplicação no campo jurídico, relativamente à concepção de *direitos creditórios do agronegócio* e à interpretação da legislação brasileira em vigor.

Para uma melhor compreensão dos direitos creditórios que podem lastrear a emissão dos títulos do agronegócio acima lembrados, é necessário compreender de forma sistemática a formação, registro, funções e efeitos desses direitos *vis-à-vis* uma operacionalização de fato eficiente do financiamento privado do agronegócio. O foco, assim, deve ser direcionado à análise da natureza e constituição desses direitos creditórios (e/ou de outros a eles relacionados).

A compreensão do conceito acarreta a necessidade de identificar alguns elementos e definições legislativas. Para isso, destacamos a norma contida no artigo 23, parágrafo único, da Lei 11.076/04, o qual dispõe que os referidos títulos "são *vinculados a direitos creditórios originários de negócios realizados entre produtores rurais, ou suas cooperativas, e* ***terceiros, inclusive financiamentos ou empréstimos****, relacionados com a produção, comercialização, beneficiamento ou industrialização de produtos ou insumos agropecuários ou de máquinas e implementos utilizados na atividade agropecuária*" (grifamos e negritamos).

A definição, aparentemente restritiva, levaria à incoerência da própria lei, se aplicada de forma literal[15]. A partir dessa definição, aplicar-se-ia a lei de forma apenas parcial, na melhor das hipóteses, já que, aparentemente, somente os negócios realizados por pessoas físicas ou jurídicas que desenvolvam as atividades ali mencionadas estariam aptas a gerar direitos creditórios do agronegócio[16]. *Mas a motivação da lei, na verdade, é o financiamento de toda a cadeia agroindustrial, como se pode ver no destaque da necessária inter-relação das atividades econômicas referidas no próprio parágrafo único do lembrado artigo 23*[17].

Já se viu antes que a cadeia agroindustrial pode ser entendida como uma *sucessão de operações* de transformação passíveis de análise individual, estando contudo, *ligadas* entre si por um encadeamento *operacional*. A cadeia de produção é também um conjunto de relações comerciais (sempre passíveis de inserção do elemento financeiro e creditício) que estabelecem, entre todos os estados de transformação, um fluxo de troca situado antes e após a porteira, entre fornecedores e clientes; em muitos casos práticos, é verdade, os limites desta divisão não são facilmente identificáveis. Além disso, essa divisão pode variar muito, segundo o tipo de produto e o objetivo da análise (*e.g.*, produção de matérias-primas, industrialização e comercialização etc.)[18]. Mas a utilização do conceito de cadeia de produção como instrumento de formulação e análise de políticas públicas e privadas é útil fundamentalmente para identificar os elos mais fracos de uma cadeia de produção e incentivá-los por meio de uma política adequada: segundo essa visão, o sucesso de uma cadeia de produção agroalimentar é o resultado do desenvolvimento harmonioso de todos os agentes que nela atuam. Assim, no estabelecimento de políticas de financiamento (como aqui pretendemos sistematizar), uma das tarefas mais importantes é justamente identificar os elos da cadeia complementares às atividades primárias, e estimular seu desenvolvimento por meio de mecanismos de *fomento instrumental e de crédito*. Uma análise em termos de *cadeia de produção agroindustrial* permite uma visão *global* do sistema, que evidencia a importância de melhor articulação entre os agentes econômicos privados e o Poder Público na direção da atividade. Além disso, ela permite melhor coordenação entre os agentes envolvidos diretamente com as atividades da cadeia de produção e os agentes de apoio.

A cadeia de produção como conjunto de operações técnicas constitui a definição mais imediata e mais conhecida do conceito, assim como o olhar sobre as cadeias de produção como ferramentas

de descrição técnico-econômica. Este enfoque consiste em descrever as operações de produção responsáveis pela transformação da matéria-prima em produto acabado ou semiacabado. Segundo esta lógica, uma cadeia de produção apresenta-se como uma sucessão linear de operações técnicas de produção. Um procedimento que vem completar esta inferência é a consideração de uma cadeia de produção não somente como ferramenta de descrição técnica, mas também como ferramenta de *análise econômica*.

O complexo agroindustrial, assim, apresenta uma visão sistemática do processo econômico, evidenciando como certos segmentos fornecem insumos à agropecuária e outros segmentos procedem à transformação industrial e à distribuição dos produtos *in natura* ou transformados. Deve ser traduzido, assim, como o conjunto de cadeias de produção, com a funcionalidade comparável a um organismo, considerando que essas cadeias pertencentes aos mais diversos segmentos da economia, guardam ligação ou nexo entre si. O complexo agroindustrial, então, pode ser dividido em, no mínimo, quatro segmentos: o segmento I é composto pelas empresas fornecedoras de insumos; o segmento II é composto propriamente pelas empresas agropecuárias; o segmento III compõe-se das empresas processadoras de produtos agropecuários; e o segmento IV compõe-se das empresas comercializadoras e distribuidoras[19].

De um ponto de vista mais pragmático, na aplicação da diretriz inicial para formação das relações comerciais às obrigações comerciais e seus consequentes direitos de crédito, podemos visualizar o sistema agroindustrial e considerá-lo composto, em sua estrutura principal, por *três* grandes segmentos. O primeiro é o macrossegmento *rural*, o qual compreende todos os empreendimentos que desenvolvem atividades agropecuárias; o segundo é composto pelos *empreendimentos industriais de transformação da matéria-prima agropecuária*; e o terceiro é o de empreendimentos voltados à *comercialização dos produtos agroindustriais*, compreendendo as atividades atacadistas e varejistas. As empresas de primeira transformação, inseridas no segundo segmento, poderão ser caracterizadas como responsáveis pelo processamento da matéria-prima agropecuária, como trituração e moagem, no caso vegetal, ou fracionamento, no caso de animais. Os produtos dessa primeira transformação podem ser fornecidos diretamente à comercialização, ou ainda, servirem como matéria-prima para as indústrias usualmente denominadas de segunda transformação. São estas últimas que geram produtos mais elaborados, como os alimentos para consumo final[20].

Assim, ao estendermos a diretriz do artigo 23 da Lei 11.076/04 aqui lembrado ao conceito de cadeia produtiva e, ainda mais, à concepção de complexo agroindustrial, temos que contrapor não mais uma solução contratual referente a uma única transação em uma mesma etapa, mas a combinações de diferentes arranjos contratuais que se estabelecem nesse sistema como resposta às características das transações que ocorrem entre seus agentes. A organização de elementos materiais e de sua produção dá lugar a um conjunto de coisas que, por estarem *organizadas*, podem adquirir um valor diferenciado e compor objeto de negócios diversos[21]. Pode-se se estabelecer uma organização constituída de uma rede de fornecedores e distribuidores entre os quais se definem relações de cooperação, com o consequente aumento da especificidade dos ativos, com base na formação de direitos creditórios.

4. Políticas públicas, mercado financeiro e de capitais e financiamento da atividade agroindustrial

A atuação do Estado na formação de políticas públicas deve estar direcionada a um aumento da capacidade competitiva das etapas ou segmentos da rede (como promoção de centros de pesquisa, promoção das associações e da cooperação entre elas, centros de treinamento profissional, investimentos em infraestrutura e financiamento eficiente da atividade). Estes elementos colaboram com a formação da legitimidade e da reputação das agências públicas do Estado e com a promoção do conhecimento e da informação para os agentes produtivos.

Passando à tradução e aplicação desses conceitos econômicos na relação com o financiamento agroindustrial, entendemos o sistema financeiro como conjunto de instituições que facilitam e disciplinam a circulação e a transferência de riquezas, informando a capacidade de os mercados conseguirem transformar ativos líquidos advindos do patrimônio de um determinado agente econômico em obrigações de longa duração a serem assumidas por tomadores.

Os negócios bancários constituem instrumentos necessários para concretizar a função do sistema na mobilização do crédito, numa maior integração entre os agentes econômicos *vis-à-vis* a integração global dos sistemas financeiros na circulação transnacional de moeda e do crédito. Esse processo de destravamento jurídico e desbloqueio burocrático levou economias de crédito a se transformarem em

economias de títulos *negociáveis*, e tornou possível o acesso dos capitais privados a importantes espaços de acumulação real. Ademais, ensejou também o desenvolvimento de mecanismos destinados a assegurar maior *proteção*, *flexibilidade* e *liquidez* dos ativos financeiros, multiplicando as alternativas de serviços e de novos negócios ao ampliar o leque de ofertas em matéria de prazos, moedas e taxas de juros.

Com efeito, desde 1994, a legislação do agronegócio brasileiro conta com um instrumento valioso para o seu financiamento. Estamos nos referindo à Cédula de Produto Rural (CPR), instituída pela Lei 8.929, de 22 de agosto de 1994 (Lei 8.929/94). Podemos dizer que este pioneiro instrumento (jurídico) propicia àquele agente econômico diretamente ligado à *produção agropecuária* – expressão aqui utilizada no sentido de atividade *diretamente ligada* ao cultivo e produção de gêneros agrícolas, pecuários e de pesca – a possibilidade de obtenção de crédito junto aos agentes financeiros, já que é título representativo de entrega de *produtos rurais*. Vale destacar que o artigo 2º da Lei 8.929/94 estabelece que a emissão de CPRs é prerrogativa exclusiva do *produtor rural e suas associações, inclusive cooperativas.* Assim, fosse o interesse do legislador restringir o conceito de produtor rural àqueles agentes que desenvolvem única e exclusivamente atividades diretamente ligadas à produção agropecuária – vale dizer, atividades diretamente ligadas ao campo e à exploração da terra –, ele certamente *não* teria ido além, editando a Lei 11.076/04.

Desse modo, a intenção do legislador *foi efetivamente estender o conceito* ao editar a lei de 2004, dado que esta trouxe *outros* instrumentos jurídicos de características *específicas*, também ligados ao financiamento do agronegócio, só que agora *não mais direta e estritamente ligados* à atividade de *produção* agropecuária; com efeito, a Lei 11.076/04 criou o CDA e o WA, ligados à atividade de *armazenamento* de produtos agropecuários, de emissão exclusiva de armazéns agropecuários. Ou seja, estes títulos se prestam àqueles agentes que desenvolvem atividades que claramente extrapolam o âmbito da simples *produção agropecuária*, já que, no caso, são privativos daqueles que desenvolvem atividade de *armazenamento* de produtos agropecuários (muitas vezes até longe do campo).

Há ainda, na mesma norma, a instituição do CDCA, título representativo de promessa de pagamento *em dinheiro* e de emissão exclusiva de *cooperativas de produtores rurais* e de *outras pessoas jurídicas* que exerçam a atividade de *comercialização, beneficiamento ou industrialização* de produtos e *insumos agropecuários ou de*

máquinas e implementos utilizados na produção agropecuária. Nesse caso, o texto legal é claro ao direcionar o título em questão às atividades que já *não guardam relação direta e exclusiva* com a *produção agropecuária*; assim, tanto a criação do CDA/WA como a do CDCA, por si só, demonstram a intenção consignada na Lei 11.076/04 de criar mecanismos e instrumentos que viabilizassem o financiamento de *todos os sistemas ou cadeias agroindustriais* – ou, em contexto amplo, o *complexo agroindustrial*, no envolvimento das diversas cadeias agroindustriais[22].

Além dos agentes participantes da cadeia agroindustrial, aqui mantemos nossa atenção sobre os instrumentos que "titularizam" os direitos creditórios do agronegócio. Assim, devemos destacar inicialmente que, por se tratar de títulos diretamente vinculados à produção agroindustrial, os ativos referenciados compõem a expressão no sentido de designar todo e qualquer instrumento jurídico representativo de crédito ao seu titular, seja materializado de forma física (cartular) ou de forma eletrônica e abstrata (escritural) – estes últimos, portanto, também exprimiriam a evolução dos instrumentos *juscomerciais* de criação, circulação e mobilização de riqueza, reconhecida, hoje, na progressiva centralização regulatória do conceito de instrumentos financeiros, para noção conceitual ampla do mercado financeiro e de capitais[23].

O custeio da produção e distribuição de alimentos e bioenergia necessitará de mais e maiores recursos

E não poderia ser de outra forma, já que, como dissemos, tais títulos de crédito: i) têm sua origem e utilização diretamente ligadas às atividades relacionadas à produção agroindustrial, ou seja, *aos negócios jurídicos realizados na cadeia agroindustrial*, e ii) têm por objeto precípuo o *financiamento* relacionado a tais atividades.

Logo, é necessário o seu enquadramento como títulos que representam direitos creditórios do agronegócio, sem deixarmos de considerar a natureza do *conceito de direitos creditórios do agronegócio*. Mediante uma análise finalística do próprio regime jurídico do moderno agronegócio brasileiro, também é inegável que deve haver *outros ativos*, que, embora não tenham sua origem ligada diretamente à produção agroindustrial, podem perfeitamente materializar e representar direitos creditórios originados desse segmento econômico, aptos, portanto, a suportar a emissão válida e regular de outros títulos que os tenham por lastro[24].

Nesse contexto, entendemos que a expressão "produtor rural" trazida pelo artigo 23 da Lei 11.076/04, especialmente para os fins destinados ao financiamento de suas atividades, foi utilizada de forma no mínimo inadequada, devendo o parágrafo único ser interpretado de forma *sistemática*, a fim de abarcar *não só* as pessoas *diretamente* ligadas às atividades de *produção agropecuária* em sentido mais *estrito*, mas sim *todos os agentes envolvidos de forma direta ou indireta na cadeia produtiva do agronegócio*. Portanto, não nos parece ter sido o conceito da lei limitar o alcance dos direitos creditórios ali mencionados, adicionando-se, então, *à expressão literal* "***produtor rural*", *a caracterização de* ***cadeia agroindustrial***, considerada como tal a sequência que envolve *toda pessoa física ou jurídica que exerça função econômica na atividade agroindustrial ou no agronegócio*[25]. Repita-se: na sistemática da Lei 11.076/04 é plenamente razoável a conclusão de que, em maior ou menor grau, dada a dinâmica dos títulos nela criados, qualquer deles, imediata ou remotamente, *sempre* se relaciona com a fase de *produção*, ou seja, sempre há, mesmo que mediatamente, uma relação com o produtor rural; nesse aspecto, uma interpretação literal da lei, preconizando a necessidade *constante* de sua presença *direta* na geração de direitos creditórios aptos ao lastreamento de títulos da Lei 11.076/04, para nós é absolutamente inadequada e desconforme com a finalidade de suas normas.

Portanto, podemos dizer que os novos títulos do agronegócio vieram para englobar, de fato, *toda a cadeia agroindustrial*, e que cada um deles tem sua função específica dentro desse segmento econômico; ou seja, a CPR ligada diretamente à produção; o CDA/WA diretamente ligado ao armazenamento e comercialização dos produtos agropecuários; e os demais títulos (CDCA, LCA e CRA), por excelência financeiros, ligados ao financiamento de todas as atividades sobrepostas e inter-relacionadas de uma cadeia agroindustrial.

Dessa forma, é plenamente possível a conclusão de que o CDCA, a LCA e o CRA são títulos vinculados a *direitos creditórios* originários de negócios realizados por produtores rurais, cooperativas agrícolas, agroindústria e empresas de comercialização diretamente relacionados à cadeia agroindustrial, nas operações relacionadas com a produção, comercialização, beneficiamento ou industrialização de produtos ou insumos agropecuários ou de máquinas e implementos utilizados na atividade agropecuária, inclusive financiamentos ou empréstimos às atividades conexas. Esta, sim, nos pareceria uma interpretação bem mais adequada do parágrafo único do artigo 23 da Lei 11.076/04.

5. Evolução e cenário atual do crédito "titularizado" ao agronegócio brasileiro

Ao mesmo tempo em que é necessário reconhecer o alargamento da ideia de agronegócio – mais ainda a partir da ideia de *cadeia agroindustrial* e de tudo o que ela encerra –, também se fazem inevitáveis as conclusões pela investigação, num primeiro momento, da disponibilidade de recursos para financiar todos os seus elos, e, num segundo estágio, da suficiência de tais quantias.

Tradicionalmente, o setor agropecuário é carente de recursos financeiros – muito em função da percepção dos riscos ínsitos às atividades que mais o representam; são diversos os fatores a suscitar receio na oferta de crédito ao setor, desde aspectos totalmente além de qualquer forma de controle humano (clima, intempéries, quebras de safra, catástrofes naturais etc.), passando por elementos "conjunturais" (por exemplo, a falta de uma maior familiaridade do público com a dinâmica funcional do segmento), chegando a fatores sociais, econômicos e políticos (cujos maiores exemplos seriam, no caso brasileiro, as reivindicações de acesso mais "igualitário" à terra, e as consequências – sobretudo no âmbito jurídico – daí resultantes). Alie-se a isto o cenário econômico-financeiro vigente, que já preconizava a pouca disponibilidade de recursos para a simples *produção* agropecuária (que se dirá então para *todo o resto da cadeia*), e teremos aí um contexto ainda mais crítico.

Essa situação contrasta vivamente com a evolução macroeconômica do Brasil desde o início da década de 1990, a partir da inicial abertura comercial do país e do implemento do Plano Real. A definitiva inserção brasileira no cenário internacional e a estabilidade econômica promovida a partir de 1994 acarretaram sensíveis mudanças estruturais (e até culturais), as quais redundaram, após pouco menos de duas décadas, numa taxa de inflação média de cerca de 6,43%[26] ao ano, taxa média de crescimento de 3,2%[27] ao ano e em investimentos diretos estrangeiros num volume líquido da ordem de US$ 3,53[28] bilhões em 2009; a taxa de desemprego se encontra atualmente em torno de 7%[29], as reservas internacionais estão em cerca de US$ 259 bilhões[30], as exportações totalizaram US$ 153 bilhões[31] no ano passado.

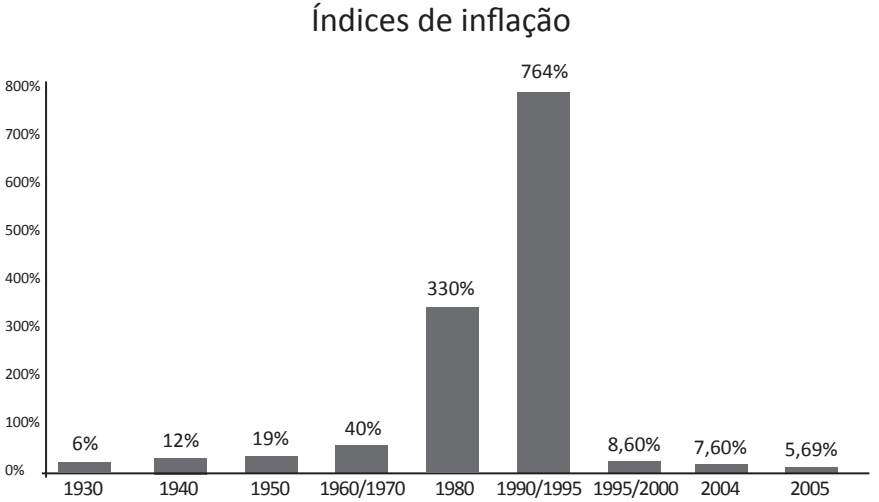


Gráfico inflação no Brasil entre 1930 e 2005
Fonte: IBGE

Mesmo assim, o agronegócio não se beneficiou totalmente dessa nova onda de bons auspícios econômicos para o Brasil, o que em parte se explica pelos motivos já apresentados acima. Os investimentos ainda são baixos, especialmente na parte de infraestrutura, e a produtividade do *agribusiness* nacional é fortemente penalizada por isso; a falta de escoadouros eficientes para a produção agropecuária brasileira é um enorme obstáculo a ser transposto, assim como a falta de fontes de financiamento para todos os elos da cadeia agroindustrial; há óbices de ordem fiscal, tributária, institucional, jurídica e econômica (principalmente quando se considera a situação atual de alguns de nossos maiores compradores internacionais – cujo apetite de consumo de *commodities* hoje depende sensivelmente da China).

Enquanto isso, o financiamento ao agronegócio até pouco tempo atrás se apoiava sobremaneira em linhas oficiais disponibilizadas principalmente pelo Banco do Brasil e pelo BNDES, oferecidas sempre a juros abaixo do mercado, em função do setor a que se destinavam; a, por assim dizer, "politização" do agronegócio não se deu apenas em questões *fundiárias* e *jurídicas*, exibindo um matiz algo "dirigista" também na alocação de recursos financeiros, por força de questões sociais – e até morais (afinal, trata-se aqui, em última análise, principalmente da produção de *alimentos*).

Nesse aspecto, o incentivo externo (*i.e.*, governamental) para versão de recursos no setor agropecuário se deu por meio de um

controle artificial dos juros praticados no crédito agrário. Como costuma acontecer nesses casos, à ação *do Estado* correspondeu prontamente uma reação *do mercado*: pouco dispostos a assumir os riscos ínsitos às atividades de seus tomadores rurais – inclusive após alguns resultados pouco animadores –, os bancos passaram a reduzir a oferta de recursos para o setor, que passou a depender cada vez mais do direcionamento forçado dos depósitos à vista. Não é difícil perceber as consequências desse modelo: as exigências aplicáveis para o acesso ao crédito rural subsidiado literalmente forçaram a exclusão dos pequenos (e até de alguns médios) produtores. Assim, quem realmente tinha necessidade de recursos mais baratos para produzir se viu totalmente fora do sistema por aspectos formais ou cadastrais (e, no máximo secundariamente, econômicos), gerando uma indisfarçável ineficiência e uma visível injustiça distributiva na alocação desses recursos.

Disto segue que essa oferta de crédito algo "enviesada" política e ideologicamente causa uma concentração do risco apenas no setor *bancário*, o que se agrava pelo fato de que as taxas (controladas) aí praticadas traduzem fraquíssimo incentivo para o ingresso de novos *players* nesses mercados. Temos então toda uma série de fatores a decorrer de uma oferta "anabolizada" de crédito ao setor agropecuário, cenário este que perdurou mais ou menos intensamente pelo menos até a criação das CPRs, em 1994. Disto para a necessidade inafastável de novas fontes de custeio para o agronegócio brasileiro foi, além de relativamente rápido, absolutamente inevitável.

Todavia, tudo isso apenas denota as questões, digamos, "intrínsecas" ao sistema estruturado para o oferecimento de crédito ao setor agropecuário nacional. Há fatores que lhe são clara e absolutamente *exógenos*, mas que podem influenciar a versão, nele, de excedentes financeiros, quase tanto quanto as externalidades geradas pela sua própria estruturação "matizada"; talvez a mais importante delas seja a já lembrada falta de familiaridade tanto dos financistas quanto do público investidor com o setor agropecuário (em comparação com outros segmentos da economia real – como o imobiliário, por exemplo); e, por intuitivo, nenhum novo mercado se desenvolve sem um necessário "aculturamento inicial", por assim dizer, daqueles que nele podem atuar e dele participar.

Esta conclusão pode inclusive ser corroborada por alguns dados numéricos: o setor agropecuário representa, hoje, mais de trinta por cento[32] do PIB nacional, respondendo por um resultado comercial de cerca de R$ 718 bilhões em 2009[33] e, no mesmo ano, por quarenta e

dois por cento das exportações brasileiras[34]; o resultado comercial total do setor ficou cerca de (apenas) seis por cento abaixo do ano anterior (2008), quando houve então um volume total de aproximadamente R$ 764 bilhões (e isto num ano de crise)[35]; no primeiro bimestre de 2010, o segmento agro já apresentava um resultado líquido positivo de US$ 5,84 bilhões, contra um déficit externo de US$ 5,62 bilhões dos demais setores exportadores[36] (logo, garantindo *sozinho* o superávit comercial do Brasil no início de 2010, puxando assim a recuperação econômica nacional no cenário pós-crise). Os novos títulos do agronegócio (CDA/WA, CDCA, LCA e CRA) foram criados em dezembro de 2004, e, em pouco mais de seis anos, já apresentam um volume histórico emitido superior a R$ 300 bilhões[37].

TÍTULOS DO AGRONEGÓCIO
Informações acumuladas dos títulos registrados em sistemas de registro até 31.03.2011

Ano	CDA-WA		CDCA		LCA		CRA		TOTAL	
	Número registros	Valor (R$ Milhões)	Número registros	Valor (R$ Milhões)	Número registros	Valor (R$ Milhões)	Número registros	Valor (R$ Milhões)	Número registros	Valor (R$ Milhões)
2005	22	-	25	28	148	168	-	-	195	196
2006	1.325	-	262	659	35	23	-	-	1.622	682
2007	1.817	-	670	2.435	684	3.569	-	-	3.171	6.004
2008	2.214	-	932	1.850	7.627	35.533	1	1	10.774	37.384
2009	1.323	-	871	1.641	16.016	63.287	10	22	18.220	64.950
2010	630	-	222	796	36.267	171.967	8	30	37.127	172.793
2011*	69	-	67	117	8.423	20.853	4	177	8.563	21.146
TOTAIS	7.400		3.049	7.527	69.200	295.399	22	230	79.672	303.155

Fonte: BMFBOVESPA e CETIP
2011 (*): Posição até Março

Esses ativos, como já dito, foram concebidos exatamente com a finalidade de financiar (todos) os elos da cadeia agroindustrial, a partir da nítida vocação para a captação de recursos da poupança popular e para a emissão *em massa* (dada a sua dinâmica de funcionamento – *i.e.*, operações de *securitização*) e a necessidade de seu registro perante centrais de registro, liquidação e compensação autorizadas pelo Banco Central do Brasil ou pela CVM (notadamente a Cetip).

Veja-se que mesmo com tudo isto, a carência de recursos permanece invencível, o que é facilmente constatável pela absoluta impossibilidade do financiamento do agronegócio nacional apenas via setor *bancário*: o Plano Agrário e Pecuário de 2011/2012, editado

pelo Mapa, por exemplo, prevê uma oferta total de crédito de R$ 107,2 bilhões em um ano para a agricultura comercial (contra R$ 100 bilhões na sua versão anterior, de 2010/2011); por fim, 64,1% deverão ser ofertados a juros *controlados* (atualmente de até 6,75% ao ano)[38] – apenas para se ter uma ideia, o volume total da Bovespa, considerado somente o mês de *maio* de 2011, foi da ordem de R$ 133,6 bilhões; no segmento "Pessoa Física" (que engloba apenas indivíduos e clubes de investimento), isoladamente considerado, o giro foi de cerca de R$ 57,95 bilhões[39].

Ou seja: *um único segmento* da Bolsa superou, com folga, em volume, *em um único mês*, *mais da metade* da oferta de crédito prevista pelo Governo Federal para a agricultura comercial na safra 2010/2011(!) – ficando apenas um pouco mais de um terço abaixo desta última. Tudo isto é importante para se constatar então que: i) sendo um setor de extrema relevância para a economia brasileira, o agronegócio não pode depender somente do financiamento *bancário* para custear sua expansão e investimentos; ii) mesmo com um volume considerável emitido em pouco mais de cinco anos, o cenário atual ainda é de sensível carestia de recursos para o setor; iii) é necessário que o setor agropecuário se volte para outros mercados, a fim de captar os recursos de que precisa para continuar crescendo, de forma que o volume necessário para o fechamento de seu *gap* de crédito terá que ser custeado via instrumentos e práticas alternativas ao financiamento bancário.

É exatamente nesse contexto que os novos títulos deveriam ganhar atratividade e aplicabilidade – o grande volume emitido desde 2004, ao menos em parte, até atestaria o seu (relativo) sucesso; cabe também relembrar aqui os aspectos ínsitos aos títulos de crédito e à sua eficácia jurídica, igualmente como grande fator de estímulo e incentivo à versão de recursos para o setor agropecuário brasileiro: com instrumentos específicos e ajustados à realidade do agronegócio, então, seria de se esperar suficiente o ferramental institucional imprescindível ao sucesso do carreamento financeiro para o agronegócio, propiciando, assim, a manutenção (e até aumento) da produtividade nacional, com nítidos ganhos para todos os envolvidos. Dito de outro modo, a interação entre o direito (dos títulos de crédito) e a economia (financeira, para custear a cadeia agroindustrial) deveria ter se traduzido numa dinâmica não apenas eficiente como também virtuosa.

Como já referido, é possível inferir que isso em parte até aconteceu – bastando para tanto uma breve análise sobre os expressivos volumes

históricos dos novos títulos do agronegócio em pouco mais de cinco anos. Mas, paradoxalmente, a falta de recursos persiste e o dinheiro não tem chegado aos produtores. Como explicar então as quantias históricas emitidas e esse contexto?

6. Aspectos estruturais e razões do paradoxo do crédito "titularizado" ao agronegócio brasileiro

A promulgação da Lei 11.076/04 configura um marco interessante na trajetória financeira do agronegócio do Brasil. Ainda que não tenha sido propriamente a pioneira a esse respeito – pois a Lei 10.200, de 14 de fevereiro de 2001, modificou a lei das CPRs (Lei 8.929/94) ao instituir a CPR com liquidação *financeira* –, a norma que criou os novos títulos do agronegócio já nascia com nítido viés *de mercado*, e vocação para a liquidez na negociação desses ativos, por conseguinte, para a sua disseminação entre o público investidor[40]; mas, algo estranhamente, a lei "não pegou", no sentido de que mesmo regulando a contento os institutos nela previstos (salvo talvez pela definição de "produtor rural", cuja problemática já foi exposta anteriormente), ela terminou não propiciando o desejado acesso de todos os elos da cadeia agroindustrial ao volume "represado" em modalidades mais conhecidas do mercado financeiro e de capitais. Isso se deve, em parte, aos fatores já lembrados em trechos anteriores, mas não explicam – e nem poderiam mesmo explicar – o contexto financeiro que se verifica atualmente. Há questões estruturais e institucionais a examinar aqui, para a correta apreensão do aparente paradoxo entre volume histórico emitido dos (novos) títulos do agronegócio e o pouco acesso de produtores aos recursos que deles deveriam advir.

Em primeiro lugar, esses ativos, em geral, têm liquidação *financeira*, enquadrando-se na modalidade de *renda fixa*, para fins tributários. No Brasil, os ativos de renda fixa têm uma tributação variável e decrescente em 2,5% semestrais, em função do prazo de permanência na respectiva aplicação até o limite mínimo de 15% (v. art. 1º da Lei 11.033, de 21 de dezembro de 2004 – Lei 11.033/04, e o art. 37 da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil n. 1.022, de 5 de abril de 2010)[41]; assim sendo, seus rendimentos, a despeito do pagamento em cupons periódicos ou em *bullets* junto com o principal numa única parcela no vencimento da dívida, têm, na tributação apurada semestralmente, um "fator redutor", por assim dizer[42].

A complexidade não reside na redução do valor pago como rendimento – normal, aliás, no caso de investimentos tributados. O grande problema, até pouco tempo atrás, era a forma eleita pela legislação brasileira para apuração da base de cálculo do imposto; essa metodologia, que foi criada com vistas a estimular (a permanência em) aplicações de prazos mais longos numa época em que havia necessidade de alongamento do perfil da dívida pública – o que talvez já não seja mais o caso hoje, diga-se de passagem –, era prejudicial à negociação dos títulos e, por isso mesmo, constrangedora da liquidez de que qualquer mercado minimamente eficiente deve se revestir[43]. Foram várias as consequências práticas desse contexto, todas infelizmente nocivas: primeiramente, ele gerava muitas dúvidas entre os intermediários financeiros a respeito da responsabilidade tributária pelo pagamento do imposto porventura devido (quem deveria recolher o imposto? os custodiantes? administradores de carteiras/fundos de investimento? bolsas? emissores dos títulos? seus ofertantes? administradores dos mercados de balcão em que os ativos estejam admitidos à negociação?); em segundo lugar, havia, como dito, insegurança na forma de apuração da base sobre a qual incidia a tributação gerada[44]; por último – mas nem por isto exaurindo a presente lista –, havia severos questionamentos sobre o procedimento a ser adotado no caso de troca de titularidade do ativo seguida de mudança de seu custodiante ou escriturador (*i.e.*, como se recuperaria o *track record* de negociação dos títulos nestas situações?). Um mercado de fato atrativo deve privilegiar sempre uma padronização de condutas para assim eliminar distorções "artificiais" que, por regra, geram apenas ineficiências; a pluralidade de regimes (no Brasil, nas negociações com ou sem intermediário financeiro – com retenção de fonte, no primeiro caso, e autorrecolhimento, no segundo) era também altamente prejudicial nesse sentido.

O desestímulo à negociação secundária, portanto, por qualquer razão, é indesejável do ponto de vista do desenvolvimento de um mercado e de sua atratividade. No caso da renda fixa, isto é especialmente verdadeiro e relevante quando se pensa que a) a liquidez, no caso da dívida pública mobiliária federal interna, por exemplo (já que esta parecia ser o principal indutor de uma forma tão complexa de tributação), propicia um melhor gerenciamento de seu perfil – um mercado secundário ativo pode reduzir o custo de seu serviço e viabilizar colocações de maior prazo e menores taxas de juros; b) talvez nem fosse necessário dizer, uma maior liquidez possibilita intervenções do Banco Central no mercado secundário, via

operações de *open market*, desta forma ajustando o volume dos meios de pagamento disponíveis na economia e, por conseguinte, a variação e expressão das taxas de juros e de outras variáveis econômicas; c) ela (*i.e.*, a liquidez) contribui para a redução de riscos do mercado, dos investidores e das instituições, ao permitir a revisão ágil e eficiente de posições, quando e se assim o desejarem os participantes de seus mercados; e d) ela promove a confiabilidade e atratividade dos mercados, o que se traduz em menores taxas de juros para títulos emitidos por prazos maiores.

Pelo que se viu, então, o cenário da renda fixa brasileira – no qual se incluem os títulos do agronegócio com liquidação *financeira* (*i.e.*, CDCA, LCA e CRA, bem como a CPR *financeira*) – se reveste de numerosas questões a serem devidamente endereçadas para o seu pleno e eficiente desenvolvimento (mesmo após a edição da Medida Provisória 517, de 30 de dezembro de 2010, que passou a endereçar melhor a questão, sem, entretanto, ainda ter gerado resultados estatísticos mais palpáveis relativamente à negociação secundária da renda fixa privada no Brasil). Mas também é verdade que, se assim fosse, sem maiores explicações, não seria de se esperar os volumes já emitidos dos novos títulos da Lei 11.076/04. Aqui há nova "distorção", igualmente de ordem tributária, por força da disciplina fiscal dos títulos do agronegócio: a Lei 11.033/04, em seu artigo 3º, IV, prevê a isenção das *pessoas físicas* do pagamento do imposto sobre a renda incidente na remuneração produzida pelos referidos ativos[45].

Esse benefício causou um efeito espetacular na dinâmica de emissão dos novos títulos do agronegócio: conforme já mencionado anteriormente, trata-se de ativos que se utilizam de uma "roupagem securitizadora", pois devem ser sempre "vinculados a direitos creditórios originários de negócios realizados entre produtores rurais, ou suas cooperativas, e terceiros, inclusive financiamentos ou empréstimos, relacionados com a produção, comercialização, beneficiamento ou industrialização de produtos ou insumos agropecuários ou de máquinas e implementos utilizados na atividade agropecuária" (no caso de CDCA, LCA e CRA, bem-entendido – v. Lei 11.076/04).

Ora, como o emissor de um título de crédito será *sempre* o "responsável primordial" pelo seu pagamento – pois é permitido que o ativo circule *sem a coobrigação* de certos endossantes[46] –, é natural que, com a sua vocação para a emissão *em massa*, a popularidade das ofertas de tais ativos se subordinasse à percepção de seu risco *pelo público*; por outras palavras, os títulos vistos como "menos arriscados"

pelos destinatários de tais operações teriam, evidentemente, maior êxito em sua colocação junto ao público.

Ocorre que esta conclusão passa essencialmente pela análise do risco *do emissor*, e, nesse aspecto, a isenção da Lei 11.033/04 produziu um outro efeito igualmente interessante: de um lado, certos de que os títulos emitidos por *instituições financeiras* (*i.e.*, bancos, principalmente) teriam "melhor qualidade de crédito", o público naturalmente se inclinou mais por esses ativos; de outro lado, os bancos enxergaram uma poderosa ferramenta de reposição de caixa na emissão de LCAs, tendo em vista que passaram a captar mediante custos (bem) menores, em função de não mais precisarem compensar seus aplicadores pela perda da rentabilidade decorrente da tributação (dos rendimentos dos títulos) pelo IR. Esse cenário aparentemente virtuoso seria "perfeito" não fosse por um detalhe: as LCAs admitem praticamente quaisquer direitos creditórios (do agronegócio) como lastro – a não ser, talvez (dado que persistem os debates a esse respeito), pela solitária exceção dos CRAs (que têm a mesma função *econômica* das LCAs, e delas se diferem apenas pelo seu emissor – isto é, as securitizadoras do agronegócio). Premidos pela necessidade de captação e pressionados pela crise que se iniciou em meados de 2008, a opção dos bancos pela LCA em lugar dos CDBs como ferramenta de reposição de caixa foi absolutamente óbvia, e lhes veio mesmo num momento de grande conveniência. O que se seguiu é facilmente perceptível no volume histórico registrado na Bolsa Brasileira de Mercadorias – BBM e na Cetip: cerca de R$ 295 bilhões (!) até 30 de março de 2011, correspondendo então a 97,4% (!) de todos os títulos da Lei 11.076/04 já emitidos no Brasil – e isto, repita-se, em pouco mais de seis anos.

Todo o processo de transformação da agricultura acompanhou a evolução do setor agrícola norte-americano

Esse dado, sem dúvida, distorce muito a percepção da atratividade e eficiência real dos ativos criados pela Lei 11.076/04 em preencher a sua finalidade de direcionamento de poupança para a cadeia agroindustrial; por outras palavras, em função desse "desvio", não é possível aferir corretamente a vocação financeira visada quando da concepção desses títulos, demonstrando que, mais uma vez, o elemento tributário, também no segmento agropecuário, acaba com a neutralidade para a escolha da modalidade operacional a ser praticada pelo mercado, e, logo, i) impossibilita a medição da real

eficiência de um título em relação a outro (já que a escolha é feita por critérios total e absolutamente *extramercado* – no caso, a tributação mais favorecida de um ativo que tem sido usado, primordialmente, não para financiar o agronegócio, como se desejava no início, mas para possibilitar uma captação mais vantajosa para as instituições financeiras), e ii) distorce e desequilibra o sistema em favor de um título *em detrimento dos outros*[47]. Os títulos da Lei 11.076/04, assim, se veem impedidos de cumprir o papel para o qual foram concebidos, por motivos que lhes são absolutamente *exógenos*, o que então "suja" por completo a medida de sua real efetividade.

É absolutamente desejável, portanto, que estes, primordialmente, fossem *de fato utilizados* no financiamento *da cadeia agroindustrial*. A sua distribuição a terceiros (por meio de negociações em mercado secundário) – que é quase tão importante quanto – seria apenas o passo natural, não fossem, a nosso ver, distorções fiscais que impedem uma autêntica neutralidade operacional baseada em efetivos critérios *de mercado* (e não de imposição tributária); na forma atual, existiria ainda essa "mancha" a remover para conclusões mais definitivas e adequadas a respeito da eficiência da "titularização" da oferta de crédito ao agronegócio brasileiro.

7. Conclusões

Segundo projeções, o Brasil, nos próximos 20 anos, deverá ser responsável por cerca de 40% da produção agroalimentar no mundo, apresentando-se também como instrumento à sustentabilidade da questão energética global. Mas, para um adequado equilíbrio a esse respeito, existe ainda um extenso caminho a percorrer na busca pela eficiência do financiamento do setor agropecuário brasileiro, sem exagero algum na conclusão de que, do sucesso dessa empreitada depende a manutenção de nossos recordes de produtividade e, por conseguinte, dos bons resultados de nossas contas externas.

No cenário econômico internacional, o momento atual se distingue pelo fato de que a liderança não está mais restrita aos europeus e norte-americanos. Com efeito, embora a China fosse a maior economia do mundo no século XVIII, foram os países, empresas e exploradores ocidentais que conduziram a maior parte do processo de globalização na formação do sistema econômico atual. Mas hoje é possível acreditar que esse fenômeno se inverta em virtude do "achatamento" do mundo, passando a ser cada vez mais articulado

por lideranças *não ocidentais*; o deslocamento do centro econômico do mundo para a Ásia não causa mais surpresa a ninguém; não se trata apenas do crescimento da China e Índia, mas da diminuição da pobreza em países que abrigam 80% da população mundial.

O desenvolvimento dos mercados emergentes e o crescimento do uso dos biocombustíveis na dicotomia com a demanda por alimentos formam nova agenda em torno das políticas públicas. Nesse aspecto, o peso do Brasil como potência agrícola parece assustar o mundo desenvolvido, e se evidencia como a base indutora do protecionismo estrangeiro *vis-à-vis* a nossa produtividade. Mas, com inúmeros produtos de alta demanda, o Brasil dispõe de competência suficiente para integrar-se ao comércio internacional de alimentos e fibras, igualando níveis mundiais de investimento e tecnologia: a atual abordagem da crise de alimentos desconhece as vantagens do agronegócio brasileiro, que possui recursos naturais inigualáveis, modernas cadeias agroindustriais e firme participação do mercado financeiro. Sabemos que há 1 bilhão de famintos no planeta, sendo que a população mundial vai ganhar mais 2,2 bilhões de pessoas nas próximas décadas; a boa notícia é que está ao nosso alcance suprir o aumento estimado da demanda alimentar e, ao mesmo tempo, preservar o meio ambiente. Para isso, precisamos de uma revolução agroambiental e planejamento estratégico do agronegócio[48]. E isto envolve todos os *stakeholders* afetados, sejam estes produtores, governo, distribuidores, exportadores, bancos, investidores etc.

A visão predominante, assim, é a de que há em andamento uma realocação global de capital na direção dos países emergentes com melhores fundamentos, estabilidade política, políticas macroeconômicas consolidadas, sistemas de intermediação financeira eficientes e seguros, base produtiva diversificada, capacidade empresarial reconhecida, governos com um mínimo de eficiência operacional, tamanho considerável do mercado doméstico e uma história de integração comercial e financeira com o resto do mundo. E isto o Brasil tem, estando relativamente bem posicionado por tudo o que conseguiu alcançar em termos de progresso econômico e institucional ao longo das duas últimas décadas[49].

O agronegócio brasileiro, portanto, ganha novo relevo e dimensões inéditas: afastado do antigo conceito agrário e da separação estanque entre os setores produtivos, industrial e de serviços, torna-se inevitável concebê-lo agora como um *complexo integrado* de atividades; e, nessa qualidade, ele congrega tanto a fabricação e o suprimento de insumos, quanto a formação de lavouras; vai da produção nas

unidades agropecuárias até o processamento, acondicionamento, armazenamento, distribuição e também consumo dos produtos de origem agrícola ou pecuária *in natura* ou industrializados. E, naturalmente, numa visão sistemática e holística do negócio agrícola, como é o caso atual, estão evidentemente envolvidas as formas de seu *financiamento*, quando e se necessário, *em cada etapa da cadeia*.

Nesse contexto, sabe-se que a carência de poupança e investimento entrou na ordem do dia do debate econômico nacional, especialmente tendo em vista a relativamente bem-sucedida e rápida saída da crise e as perspectivas concretas de retomada do crescimento. Há uma evidência na economia de que para sustentar o crescimento é preciso garantir uma taxa de investimentos que proporcione uma ampliação da oferta, isto é, da infraestrutura e capacidade produtiva das empresas, de forma a atender à elevação da demanda, sem gerar "gargalos" ou pressões inflacionárias[50]. Mais especificamente, espera-se que a demanda doméstica no âmbito dos BRICs (Brasil, Rússia, Índia e China) e no contexto geral do mundo continue vigorosa[51].

Há razões objetivas para se acreditar no fato de que, na ausência de uma alteração de rumo, o investimento possa crescer de forma mais intensa, retomando a trajetória crescente dos últimos anos, interrompida pela crise em 2009. Não é difícil projetar que o investimento como proporção do PIB possa atingir valores próximos a vinte e dois por cento já nos próximos anos. As razões são várias: contexto global favorecendo investimentos em economias emergentes com elevado potencial de crescimento de seu mercado consumidor (o mundo em busca do "consumidor final de última instância" para substituir o norte-americano); mercado doméstico no Brasil impulsionado pelo crescimento da sua classe média (que tende a ter uma maior propensão a consumir); e a manutenção da tendência de queda dos juros reais, favorecendo tanto a busca – no setor privado – por maior rentabilidade para o público investidor (sobretudo, evidentemente, no segmento de renda fixa), quanto o investimento em setores estratégicos da economia[52].

Contudo, repetimos, para tanto tem de haver um esforço concertado entre governo e setor privado, com vistas a eliminar barreiras (sobretudo *tributárias*) prejudiciais à neutralidade dos mercados e impeditivas da medição de sua eficiência e efetividade; isoladamente considerados, grandes volumes pouco significam no exame dessas questões – e pior, podem até mesmo representar um atalho para erros de avaliação absolutamente lamentáveis na análise da efetividade de um dado mercado ou modalidade operacional. E

de nada adianta pensar em negociações secundárias de quaisquer instrumentos se o critério a presidir a escolha do público ao fazer suas posições financeiras e ao tomar suas decisões de investimento for contaminado por aspectos absolutamente extrínsecos aos mercados em que atuam.

Não há mais tempo a perder aqui, portanto; trata-se de setor demasiadamente importante à economia brasileira para o desperdício da experiência, institucionalidade e massa crítica necessárias ao carreamento eficiente de recursos a custear o crescimento sustentado do Brasil. O tempo urge...

Notas

[1] Senão, vejamos: o orçamento de cada Ministério é da alçada do Ministério do Planejamento; ao Ministério da Fazenda cabe liberar os recursos, inclusive fixando os preços mínimos e os limites de crédito rural (mas as taxas de juros são definidas pelo Banco Central); quem cuida da logística e da infraestrutura (rodovias, ferrovias, portos) é o Ministério dos Transportes; já o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio (com suas Camex e Apex) define os mecanismos comerciais, e o Itamaraty negocia os acordos mundiais de comércio; Minas e Energia cuida dos biocombustíveis, sob o "olhar grave" da Petrobras e da Agência Nacional do Petróleo; florestas plantadas são controladas pelo Ministério do Meio Ambiente, o Ministério de Ciência e Tecnologia cuida da... ciência e tecnologia; a taxa de câmbio é assunto do Bacen; invasões de terra estão sob a jurisdição do Ministério do Desenvolvimento Agrário, sem desconsiderar as limitações impostas pelo Ibama, pela Funai, pelo Incra, pela Agência Nacional de Águas, pelo Inmetro e por mais de uma dúzia de outras agências e/ou instituições federais que, por sua vez, interagem com todo um (outro) emaranhado de organizações estaduais e municipais. Com esse cenário, não é de espantar a total inexistência de uma atuação coordenada em relação ao setor agropecuário brasileiro (talvez justamente o *contrário* é que o seria).

[2] O Brasil já dispõe da melhor tecnologia tropical do planeta – o que nos permitiu aumentar a produção de grãos em 147% nos últimos 17 anos, com um aumento da área cultivada de apenas 27% (para se ter uma ideia, a produção de frangos no período cresceu 220%; a de suínos, 140%; e a de bovinos, 90%).

[3] RODRIGUES, Roberto. Mais uma crise. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 6 dez. 2008. Com efeito, a agroenergia é um assunto que pode mudar a política mundial. Sabe-se que a área dedicada à produção de biocombustíveis no mundo é de aproximadamente 10 milhões de hectares; e que a área para agricultura é de aproximadamente 1,2 bilhão de hectares. Consolida-se, assim, um programa para a área de energia, pois o forte crescimento mundial acarretou crises em muitos lugares do mundo, como na África do Sul, no Cone Sul da América Latina e até mesmo na China.

É nos países tropicais que a agroenergia se desenvolverá, inclusive com financiamento dos países ricos, grandes consumidores de biocombustível, bioeletricidade e de outras formas de energia de origem agrícola, o que, sem dúvida, pode modificar o cenário geopolítico global. E em breve, seremos cerca de nove bilhões de pessoas no planeta, o que aumentará ainda mais a demanda por alimentos, fibras e energia. Sem uma nova revolução verde, entraremos numa roda-viva de turbulências, em que a crise financeira, a energética e o aquecimento global estão interligados, se retroalimentam e não possibilitam soluções atomizadas (v. RIFKIN, Jeremy. Somos viciados em petróleo. Entrevista concedida à equipe da *Revista Veja*, São Paulo, 21 dez. 2008).

[4] AMARAL, Sérgio. O G-20 e a governança econômica global. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 13 set. 2009, p. A2. Atualmente, o sistema monetário internacional cimenta a ligação das economias dos diferentes países, e a alta mobilidade do capital é um fato da vida econômica do início do século XXI (RAJAN, Raghuram. *Revista Veja*, São Paulo, n. 2.131, p. 36, 23 set. 2009); os modelos de negócio foram colocados em revisão na era digital, daí a necessidade de um verdadeiro equilíbrio entre regulação, transparência e criação da moeda e do crédito nessa nova ordem mundial da economia monetária e financeira. As recentes alterações no contexto de financiamento da economia global diante dos efeitos da última crise e a atual discussão sobre o modelo regulatório do sistema financeiro internacional, no qual se inserem os instrumentos nacionais de gestão do risco bancário, o crédito e financiamento bancário privado, são partes integrantes desse cenário (cf. VOLCKER, Paul; FRAGA, Armínio (Coords.). *Financial reform:* a framework for financial stability. Disponível em: <http://www.group30.org/pubs/reformreport.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2010), bem como STIGLITZ, Joseph *et al*. *The Stiglitz report. Reforming the international monetary and financial systems in the wake of the global crisis*. Nova York: The New Press, 2010).

[5] DAVIS, John; GOLDBERG, Ray. *A concept of agribusiness*. Boston: Harvard University, 1957.

[6] Adicionalmente, é importante pontuar que o conceito de complexo agroindustrial envolve, além da produção, industrialização e comercialização de *alimentos*, também o processo de produção de fibras (madeira, couro, bagaço etc.), o que demonstra não ser um sistema destinado somente àquela finalidade (*i.e.*, alimentos); a isso podemos acrescentar as operações de fornecimento de *insumos*, o armazenamento, o processamento e a distribuição de produtos agrícolas e derivados para consumo. No contexto socioeconômico atual, o agronegócio, portanto, é (bem) *mais* do que um marco conceitual que delimita os sistemas integrados da (mera) *produção* de alimentos, fibras e biomassa, operando desde o melhoramento genético até o *produto final*, no qual *todos* os agentes que se propõem a produzir matérias-primas agropecuárias devem invariavelmente se inserir, sejam eles pequenos ou grandes produtores, também podendo estar representados em qualquer de suas formas associativas.

[7] FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial.* São Paulo: Saraiva, 1962, v. VIII, p. 79 e 80.

[8] MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, v. 34, p. 50.

[9] ASCARELLI, Tullio. *Teoria Geral dos títulos de crédito*. Campinas: Servanda, 2009, p. 35.

[10] ANTUNES, José Engrácia. *Os títulos de crédito:* uma introdução. Coimbra: Almedina, 2009, p. 11.

[11] Para os fins deste trabalho, listamos aqui apenas os títulos que têm liquidação *financeira*, uma vez que o seu foco principal consiste em analisar os instrumentos "diretos" de concessão de crédito ao setor (v. mais detalhes na próxima nota).

[12] Além do *Certificado de Depósito Agropecuário* – CDA e do *Warrant Agropecuário* – WA (CDA/WA). O CDA e o WA são títulos emitidos sempre *conjuntamente*, embora possam ser negociados em separado; o CDA tem liquidação *física* e dá direito ao produto depositado junto a armazém credenciado. Já o WA tem liquidação *financeira* e confere direito de *penhor* sobre o produto depositado. Não os listamos acima, pois o foco primordial deste trabalho seriam os instrumentos aptos à captação *direta e autônoma* (exceto pela necessidade de lastros – v. adiante) de recursos para o custeio das várias etapas da cadeia agroindustrial (o CDA/WA é geralmente mais usado como *garantia* em operações estruturadas de financiamento ao agronegócio, e não como instrumento de *captação* propriamente dito).

[13] V. Lei 11.076/04, art. 23, parágrafo único; art. 24, *caput*; art. 26, *caput*; e art. 36, *caput*.

[14] A cadeia agroindustrial "acabaria", por assim dizer, mediante a intromissão de uma instituição financeira (ou companhia securitizadora) no fomento a um de seus elos anteriores; ou seja, como essas entidades são a interface entre os elos anteriores da cadeia e a poupança popular (cada qual em seu âmbito, seja no mercado financeiro, seja no mercado de capitais), em princípio não poderia haver uma nova "titularização" dos ativos por elas emitidos, uma vez que os recursos assim captados não estariam sendo canalizados para o setor agropecuário, e sim para a mera reposição do caixa da segunda emissora – voltaremos a esse ponto adiante.

[15] A esse respeito, recorremos, por analogia, ao conceito descrito na Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil n. 971, de 13 de novembro de 2009, ou seja, "pessoa física ou jurídica, proprietária ou não, que desenvolve, em área urbana ou rural, a atividade agropecuária, pesqueira ou silvicultural, bem como a extração de produtos primários, vegetais ou animais, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou por intermédio de prepostos". Ainda, sobre o conceito de "produtor rural", é importante destacar o Projeto de Lei do Senado n. 325, de 2006, que atualmente tramita no Congresso Nacional, dispondo sobre o Estatuto do Produtor Rural, e que conceitua o produtor como sendo "pessoa física ou jurídica que explora a terra, com fins econômicos ou de subsistência, por meio de agricultura,

da pecuária, da silvicultura, do extrativismo sustentável, da aquicultura, além das atividades não agrícolas que contribuam para o desenvolvimento da agricultura e para o progresso do meio rural, respeitada a função social da terra". Como se vê, trata-se de definições igualmente atomizadas para o conceito de "produtor rural".

[16] A despeito da redação do parágrafo único do art. 23, a própria lei nos parece dar plena margem ao entendimento pela maior abrangência da incidência do referido parágrafo, ao determinar títulos para *cada fase* (*elo*) *da cadeia*, inclusive em hipóteses nas quais, rigorosamente falando, não seria absolutamente necessário que (i) o produtor "em sentido estrito" estivesse presente, e (ii) ademais, é plenamente razoável a conclusão de que, em maior ou menor grau, dada a dinâmica dos títulos criados pela Lei 11.076/04, qualquer deles, imediata ou remotamente, *sempre* se relacionaria com a fase de *produção*. Nesse aspecto, não é necessário que o "produtor rural", no art. 23, deva estar sempre *diretamente presente* na geração dos direitos creditórios em questão.

[17] Em direito comparado, o Tratado da Comunidade Europeia (TCE) não oferece uma definição de empresa agrícola, mas, somente dos *produtos agrícolas*, entendidos como produtos do solo, da criação de animais e da pesca, como produtos de primeira transformação que estão em conexão direta com tais produtos. O direito comunitário leva em consideração não somente as *empresas agrícolas*, mas as *estruturas agrícolas*, isto é, o sistema de relações entre fatores internos da produção e da comercialização e os fatores externos que constituem o ambiente no qual o organismo produtivo opera e aos quais se encontra condicionado (art. 32 e segs.).

[18] A *produção de matérias-primas* reúne as firmas que fornecem as matérias-primas iniciais para que outras empresas avancem no processo de produção do produto final (agricultura, pecuária, pesca, piscicultura, silvicultura etc). Podem ser incluídos neste conceito as pessoas físicas ou suas associações, que se dedicam a produção primária de matérias-primas; a *industrialização* representa as firmas responsáveis pela transformação das matérias-primas em produtos finais destinados ao consumidor. O consumidor pode ser uma unidade familiar ou outra agroindústria; a *comercialização* representa as empresas que estão em contato com o cliente final da cadeia de produção e que viabilizam o consumo e o comércio dos produtos finais (supermercados, intermediários, distribuidores etc.) – podem ser também incluídas neste macrossegmento as empresas responsáveis somente pela logística de distribuição.

[19] Assim, para o fim de ilustrar os conceitos apresentados, vamos exemplificar os principais agentes econômicos atuantes dentro de uma cadeia e suas principais características, demonstrando sua relação com diversos segmentos do agronegócio, formando assim, o chamado complexo agroindustrial. Na área de venda de *insumos agrícolas*, encontramos empresas que atuam na produção e comercialização de fertilizantes, sementes e defensivos. Ainda atuam, as referidas empresas, nas vendas diretas a produtores rurais, cooperativas e agroindústria de máquinas, implementos e

equipamentos. Além da venda técnica, hoje comum à atividade de comercialização, o apoio em pós-venda, nas instalações e entregas locais, principalmente para as máquinas agrícolas. Esses agentes comerciais são repassadores de preços estabelecidos em níveis anteriores aos quais estão vinculados. As *agroindústrias* são as unidades empresariais onde ocorrem as etapas de beneficiamento, processamento e transformação de produtos agropecuários *in natura* até a embalagem, prontos para comercialização. Em agronegócios existem dois grupos distintos de agroindústrias: a) agroindústrias *não alimentares*: fibras, couros, calçados, óleos vegetais não comestíveis e outras e b) agroindústrias *alimentares*: voltadas para a produção de alimentos em geral, como sucos, polpas, extratos, lácteos, carnes e outros (cf. ARAÚJO, Massilon J. *Fundamentos de Agronegócios*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 88 e segs.). O *beneficiamento* de produtos agropecuários significa dar-lhes um tratamento sem lhes alterar as características *in natura.* Alguns produtos são submetidos a beneficiamentos, com objetivos de lhes melhorar a apresentação, evitar perdas, eliminar pragas, agregar-lhes valores, ou mesmo atender à preferência dos consumidores. Nesse caso, só há beneficiamento dos produtos e não acontece nenhum tipo de *transformação*, provocando-se uma melhoria apenas na forma de apresentação, principalmente. Compreendem-se por *processamento* alguns cuidados especiais efetuados com os produtos, que os tornam mais prontamente disponíveis aos consumidores e lhes garantem melhor qualidade. Por outro lado, entende-se por *transformação* as operações de obtenção de produtos diferentes fundamentalmente de suas matérias-primas, na qual são processados os produtos *in natura*, que podem conter misturas com outros produtos (*v.g.*, produção de queijos em laticínios, com base no leite *in natura*). Os *distribuidores* representam um número pequeno de produtos ou de empresas e atingem número elevado de clientes compradores; assim, são também formadores de preços em mercados locais. Já os atacadistas são constituídos por pequeno número de empresas de grande porte que compram diversos produtos de várias empresas e os comercializam para número elevado de outras empresas, podendo chegar diretamente aos consumidores. Os atacadistas são fortes formadores de preços regionais, tanto fazendo pressão nos níveis de comercialização anteriores no ato das compras, como determinando os preços nas operações de vendas. Já na fase de *comercialização internacional* de grande escala, os exportadores, as empresas comerciais exportadoras e as *trading companies* atuam mais representativamente, assim como certas sociedades comerciais com objeto na compra e venda de produtos agropecuários *in natura* ou processados, mas que também podem ser produtoras, representantes de produtores, atacadistas e outras, buscando a colocação de seus produtos no mercado externo. Os preços na ponta são formados fora do país e, em princípio, não deveriam influenciar muito os preços internamente. No entanto, os preços dos produtos tipicamente de exportação, como soja, café, açúcar, frangos, cacau, são altamente influenciados pelo comportamento dos preços internacionais, comumente mais elevados que os preços no mercado interno.

[20] BATALHA, Mário Otávio. *Gestão do Agronegócio*. São Carlos: EduFScar, 2005, p. 14-5.

[21] CALERO, Fernando Sánchez. *Princípios de Derecho Mercantil*. Madrid: Editorial Aranzadi, 2007, p. 65.

[22] Exemplificando o entendimento exposto, no sentido de que o agronegócio deve ser entendido de forma *mais ampla*, podemos considerar determinada Usina de Açúcar e Álcool que compra insumos e fertilizantes; desenvolve as lavouras de cana-de-açúcar; processa tal matéria-prima e armazena seus produtos resultantes (açúcar e álcool) em armazéns ou tanques próprios ou de terceiros. E ainda, comercializa seus produtos, faz as operações de mercado futuro (*hedge*), transporta e muitas vezes ainda exporta diretamente. Nesse caso, a referida Usina de Açúcar e Álcool, de acordo com a legislação aplicável, enquadra-se perfeitamente no conceito de produtor rural, sendo, portanto, apta a emitir, por exemplo, uma CPR. Além disso, enquadra-se também no conceito de pessoa jurídica que pratica o beneficiamento de produtos agropecuários, sendo, portanto, apta também à emissão de CDCA. Também a título exemplificativo do alargamento do conceito em estudo, podemos mencionar o caso de uma *trading company* que compra e vende produtos agropecuários, realiza atividades de logística de tais produtos e eventualmente recebe em seu favor CDA/WA, representativo da entrega de produtos depositados em armazéns agropecuários, como sendo pessoa jurídica apta a emitir CDCA tendo como lastro o CDA/WA recebido, por exemplo. Entre as vantagens aqui está o fato dos títulos representativos de produtos agrícolas permitirem maior flexibilidade na escolha do momento da venda, através do carregamento de estoque, com maior rentabilidade na sua comercialização (v. *Títulos do Agronegócio: CDA e WA – Certificado de Depósito Agropecuário e Warrant Agropecuário.* Associação Nacional das Instituições do Mercado Financeiro, Balcão Organizado de Ativos e Derivativos. Rio de Janeiro: ANDIMA/CETIP, 2009, p, 12). Devemos, todavia, ressaltar a imprescindível necessidade de verificação do caso concreto para a definição do enquadramento de determinada operação financeira dentro do conceito buscado pela lei, observando e destacando com clareza o objeto de sua atividade agroindustrial.

[23] ANTUNES, José Engrácia. *Os instrumentos financeiros*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 14.

[24] Por exemplo, uma debênture emitida por uma usina, ou uma nota promissória, por um produtor rural.

[25] Neste ponto, destacamos mais uma vez o conceito em trâmite no Congresso Nacional, o qual, dada a relevância do tema, visa a ampliar o conceito acima, descrevendo o agronegócio como "*conjunto global* das operações de *produção e distribuição de suprimentos agrícolas*, das *operações de produção nas unidades agrícolas*; do *armazenamento, processamento e distribuição dos produtos agrícolas e itens produzidos a partir deles*, incluindo os *serviços de apoio*". (grifamos)

[26] Disponível em: <http://wapedia.mobi/pt/Infla%C3%A7%C3%A3o#4>. Acesso em: 13 ago. 2010.

[27] Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pec/sdds/port/sddsp.htm?perfil=1>. Acesso em: 13 ago. 2010.

[28] Idem nota 25.

[29] Idem nota 25.

[30] Idem nota 25.

[31] Disponível em: <http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_12755_05327.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2010.

[32] Cf. Introdução do livro *Sistema Privado de Financiamento do Agronegócio*: Regime Jurídico. BURANELLO, Renato. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

[33] Disponível em: <http://www.canaldoprodutor.com.br/comunicacao/noticias/ pib-do-agronegocio/cai-6-em-2009-com-perdas-de-r-45-bilhoes>, site da Confederação Nacional da Agricultura – CNA. Acesso em: 19 jul. 2010.

[34] Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/mat/2010/02/18/em-2009-agronegocio-foi-responsavel-por-42-das-exportacoes-do-pais-915885067.asp>, site do jornal *O Globo*. Acesso em: 19 jul. 2010.

[35] V. nota 31 acima.

[36] Disponívelem:<http://www.iea.sp.gov.br/out/verTexto.php?codTexto=11860> site do Instituto de Economia Agrícola (IEA), da Agência Paulista de Tecnologia do Agronegócio (APTA), da Secretaria da Agricultura e Abastecimento do Governo do Estado de São Paulo. Acesso em: 19 jul. 2010.

[37] Fonte: Dados consolidados da CETIP e da BBM (BM&FBovespa), até 31.03.2011.

[38] Disponível em: <www.agricultura.gov.br>, site do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, p. 12 e 13. Acesso em: 19 jul. 2010.

[39] Os dados aqui citados foram acessados no site da BM&FBovespa em 5 de julho de 2011 (disponível em:

<http://www.bmfbovespa.com.br/shared/IframeHotSiteBarraCanal.aspx?altura=900&idioma=pt-br&url=www.bmfbovespa.com.br/informe/default.asp)>.

[40] Isto porque existe uma clara preferência do mercado por títulos liquidados desta maneira. Relativamente à Lei 11.076/04, aliás, a Exposição de Motivos (EM) da Medida Provisória que lhe deu origem (v. Medida Provisória n. 221, de 1º de outubro de 2004 – *MP 221/04*, disponível no site da Presidência da República <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Exm/EMI-110-MF-MAPA-04.htm>, cujo acesso se deu em 7 ago. 2010) parece indicar de maneira bastante ilustrativa a mentalidade a informar a elaboração da norma (ainda que citando textualmente apenas o CDA/WA – nossos, os grifos): "(...). A possibilidade de *emissão de títulos representativos de promessa de entrega das mercadorias* depositadas em armazéns transforma a simples guarda em oportunidades negociais, viabilizando não só a comercialização, mas, também, *o financiamento de carregamento de estoques e a criação do mercado secundário desses títulos.* (...)" (cf. item 7, EM da MP 221/04); "Os armazéns certificados pelo Ministério de Agricultura, Pecuária e do Abastecimento,

certamente serão, em futuro próximo, *uma nova porta de entrada do produtor rural e de suas cooperativas no mercado financeiro*, seja para promover a comercialização da produção, *seja para obtenção de financiamento junto aos investidores institucionais*, (...)" (item 9, EM da MP 221/04); "Nesse diapasão, cumpre ressaltar que o Certificado de Depósito Agropecuário – CDA e o Warrant Agropecuário – WA se apresentam como *instrumentos aptos a permitir a captação de recursos no âmbito do mercado de capitais*, constituindo relevante fonte de financiamento para o setor do agronegócio. Outrossim, esses títulos configuram *modalidade de investimento adicional para o público investidor, nomeadamente os investidores institucionais, dentre os quais se destacam os fundos de investimento*" (item 13, EM da MP 221/04).

[41] Trata-se aqui do *Imposto de Renda*.

[42] Exceto no caso das pessoas *físicas*, às quais se aplica a isenção do Imposto de Renda (v. abaixo).

[43] No caso de ativos com remuneração periódica, a propósito, essa distorção ficava muito clara: quando havia negociação em meio a um período aquisitivo de juros, os juros decorridos geralmente integravam o *custo de aquisição* do ativo, pois, evidentemente, quem o estivesse vendendo não tinha qualquer obrigação de renunciar ao rendimento a que ainda faria jus se permanecesse na aplicação (ou seja, não se trataria de efetivo *rendimento*, mas de *custo*); esse valor, portanto, integrava a base pela qual era apurado o eventual ganho de capital na alienação do título. Ocorre que o comprador do título era tributado pelo período *integral* do cômputo do juro periódico, ainda que tivesse ingressado na aplicação somente em data *posterior*: neste caso, não apenas *uma mesma quantia* era taxada duas vezes *pelo mesmo tributo*, como também o detentor do ativo na data do pagamento do cupom pagava o imposto por rendimentos que nem mesmo poderia ter auferido (!).

[44] Na nota anterior vemos um claro exemplo disso.

[45] No caso da CPR, a isenção está prevista no mesmo artigo, inciso V.

[46] Trata-se aqui de títulos emitidos *à ordem*.

[47] Seria interessante notar aqui, não obstante, que o "ciclo" de lastreamento de LCAs parece estar perdendo um pouco o fôlego: como esses ativos são de obrigação das instituições financeiras, alguns balanços já não suportam mais o peso de "carregar" tanto crédito em seus passivos; estando então já praticamente "tomados" nos seus limites máximos em LCAs, os bancos têm procurado alternativas adicionais para a retirada de tais obrigações de suas demonstrações financeiras, utilizando para tanto os CRAs – se estes terão a mesma receptividade do público havida com as LCAs, já é ponto para futuro exame empírico, mas, mesmo nesse caso, seria importante que se tratasse efetivamente de "dinheiro novo" (ou seja, *novas operações*), e não apenas de expedientes para livrar espaço no balanço dos bancos, a fim de recomeçar uma busca desesperada por lastro das LCAs (realimentando assim o mesmo ciclo de "securitização de crédito rural", em vez de levar autênticas operações a mercado com base nos títulos da Lei 11.076/04).

[48] REINACH, Fernando. Agricultural. *Revista Exame CEO*, outubro de 2009.

[49] MALAN, Pedro S. Mundo e Brasil: pós-crise e pós-Lula. *O Estado de S. Paulo,* São Paulo, 11 out. 2009, p. A2.

[50] LACERDA, Antonio Corrêa de. Poupança e investimento. *O Estado de S. Paulo,* São Paulo, 11 out. 2009.

[51] O'NEILL, Jim. Panorama é excitante e arriscado. *O Estado de S. Paulo,* São Paulo, 13 dez. 2009, p. B10.

[52] GOLDFAJN, Ilan. Salto alto na economia. Jornal *O Estado de S. Paulo*. São Paulo, 1º dez. 2009.

Referências

AMARAL, Sérgio. O G-20 e a governança econômica global. *O Estado de S.Paulo,* São Paulo, 13.09.2009, p. A2.

ANTUNES, José Engrácia. *Os instrumentos financeiros*. Coimbra: Almedina, 2009.

ANTUNES, José Engrácia. *Os títulos de crédito*: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2009.

ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. Campinas: Servanda, 2009.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DO MERCADO FINANCEIRO. *Títulos do Agronegócio*: CDA e WA – Certificado de Depósito Agropecuário e Warrant Agropecuário. Rio de Janeiro: ANDIMA/CETIP, 2009.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pec/sdds/port/sddsp.htm?perfil=1>. Acesso em: 13 ago. 2010.

BATALHA, Mário Otávio. *Gestão do Agronegócio*. São Carlos: EduFScar, 2005.

BMF&BOVESPA. Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/shared/IframeHotSiteBarraCanal.aspx?altura=900&idioma=pt-br&url=www.bmfbovespa.com.br/informe/default.asp>. Acesso em: 05 jul. 2011.

BURANELLO, Renato. *Sistema privado de financiamento do agronegócio*: Regime Jurídico. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Medida Provisória n. 221, de 1º de outubro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Exm/EMI-110-MF-MAPA-04.htm>. Acesso em: 7 ago. 2010.

CALERO, Fernando Sánchez. *Princípios de Derecho Mercantil*. Madrid: Editorial Aranzadi, 2007.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA AGRICULTURA – CNA. Disponível em: <http://www.canaldoprodutor.com.br/comunicacao/noticias/pib-do-agronegocio-cai-6-em-2009-com-perdas-de-r-45-bilhoes>. Acesso em 19 jul. 2010.

DAVIS, John; GOLDBERG, Ray. *A concept of agribusiness*. Boston: Harvard University, 1957.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1962, v. VIII.

GOLDFAJN, Ilan. Salto alto na economia. *O Estado de S. Paulo,* São Paulo, 1º dez. 2009.

INSTITUTO DE ECONOMIA AGRÍCOLA (IEA). Agência Paulista de Tecnologia do Agronegócio (APTA). Secretaria da Agricultura e Abastecimento do Governo do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.iea.sp.gov.br/out/verTexto.php?codTexto=11860>. Acesso em: 19 jul. 2010.

LACERDA, Antonio Corrêa de. Poupança e investimento. *O Estado de S. Paulo,* São Paulo, 11 nov. 2009.

MALAN, Pedro S. Mundo e Brasil: pós-crise e pós-Lula. *O Estado de São Paulo,* São Paulo, 11 out. 2009, p. A2.

MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO. Disponível em: <http://www.agricultura.gov.br>. Acesso em: 19 jul. 2010.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. Secretaria de Comércio Exterior. Disponível em: <http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1275505327.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2010.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, v. l, 34.

O GLOBO. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/mat/2010/02/18/em-2009-agronegocio-foi-responsavel-por-42-das-exportacoes-do-pais-915885067.asp>. Acesso em: 19 jul. 2010.

O'NEILL, Jim. Panorama é excitante e arriscado. *O Estado de S. Paulo,* São Paulo, 13.12.2009, p. B10.

RAJAN, Raghuram. *Revista Veja,* n. 2131, São Paulo, 23 nov. 2009, p. 36.

REINACH, Fernando. Agricultural. *Revista Exame CEO*, outubro de 2009.

RIFKIN, Jeremy. Somos viciados em petróleo. *Revista Veja,* São Paulo, 21 dez. 2008.

RODRIGUES, Roberto. Mais uma crise. *O Estado de São Paulo,* São Paulo, 6 dez. 2008.

STIGLITZ, Joseph *et al*. *The Stiglitz report*. *Reforming the international monetary and financial systems in the wake of the global crisis*. Nova York: The New Press, 2010.

VOLCKER, Paul; FRAGA, Armínio (Coords.). *Financial reform:* a framework for financial stability. Disponível em: <http://www.group30.org/pubs/reformreport.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2010.

WAPEDIA. Enciclopédia Móvel. Disponível em: <http://wapedia.mobi/pt/Infla%C3%A7%C3%A3o#4>. Acesso em: 13 ago. 2010.

LINGUAGEM FORENSE

ALBINO BRITO FREIRE
Juiz aposentado e membro da Academia Paranaense de Letras

1. ***Improver*** (improvimento) ou ***desprover*** (desprovimento) ?

Discute-se, no foro, se o certo é um ou outro. Um amigo nos pede para ajudar a resolver a pendenga. Vamos ser objetivos: os dicionários não registram a forma "improver". E por que não o fazem? Porque não existe. Mas, não se poderia criar um neologismo? Nesse caso, não, porque desnecessário, já que temos o verbo "desprover", dicionarizado. Vejam: O verbo "prover" tem dois sentidos: um, concreto, significando "abastecer", "fornecer". Outro, abstrato, que é, especificamente, "receber e deferir um recurso" (Celso Luft). Logo, é lícito concluir que "desprover", na linguagem forense, é "rejeitar e indeferir um recurso". Os defensores do neologismo "improver" (in+prover) afirmam que se alguém *desprovê* o recurso (des+provê) agora, é porque o *provera* anteriormente. Ou seja, somente em terceiro(?) grau se poderia "desprover" um recurso que, em segundo grau, tivesse sido provido. Ora, o argumento não convence, pois ambos os prefixos (*in*, *des*) são igualmente "de negação" e "de privação", e aquela distinção, sugerida, aliás, por Wouaiss, não parece muito clara. Mesmo porque, tal diferenciação só teria sentido se houvesse duas formas "concorrentes". E, como dissemos, só existe uma forma: *desprover*. "Improver" não existe. Procure no dicionário. Diferente é o caso de *impronunciar* e *despronunciar*, já que ambas as formas existem, são dicionarizadas.

2. a) Intemerato – íntegro, puro, incorrupto.
b) Intimorato – destemido.

3. "... para que o código se /adéqüe/ (pronúncia) ou adeqúe aos novos tempos"?

O verbo *adequar* é defectivo e não tem essas formas. No lugar dele, use o verbo *adaptar* ou outro sinônimo. O modo subjuntivo, tempo presente, de *adequar* não existe, nem mesmo o modo imperativo negativo, pois eles derivam da primeira pessoa do

singular do presente do indicativo (eu adéquo ou adeqúo) – que não existe. Diga, portanto: "... para que o código se adapte (ou se coadune) aos novos tempos."

4. **Município, Estado, União, Igreja, Nação, Pátria, Raça etc. –** escrevem-se com inicial maiúscula, exceto quando forem empregados em sentido geral ou indeterminado.

5. a) ***Doutor***, ***doutores***. Como se abreviam? ***Dr.***; ***Drs***.

b) Mestre, mestres. Como se abreviam? M.; Ms.

Observação: O Formulário Ortográfico Oficial não estabelece normas para as abreviaturas. Apenas oferece um registro delas, incompleto e arbitrário. Daí concluirmos que aquelas abreviaturas contidas no "registro" devem ser tomadas como obrigatórias. Quanto às demais, proceda-se conforme o bom senso determinar.

6. ***Lemos em jornal***:

"Não fosse aquela chuva providencial, a *perca* da soja seria inevitável." O certo é: "... a *perda*..."

7. ***Palavras cruzadas***:

a) ***A montante*** – para o lado da nascente de um rio.

b) ***A jusante*** – para o lado em que vaza a maré ou um curso de água.

8. ***"Usuários de Vioxx começam a ser restituídos."*** O que há de estranho (não errado, propriamente) é o uso do verbo restituir, que significa devolver (devolver algo). Alguns autores registram esta outra acepção, que não é usual: reembolsar, indenizar. Nesse sentido é que foi usado o verbo *restituir*, no exemplo dado.

A propósito, os jornais vêm usando o verbo "subir" com essa mesma regência, ou seja, como transitivo direto: "O Banco Central subiu (elevou) novamente a taxa de juros".

9. "São questões que não me ***cabem*** discutir." O problema está no verbo *caber* que, nesse caso, é impessoal. Logo, o certo é: "São questões que não me *cabe* discutir".

JURISPRUDÊNCIA

ENUNCIADOS DO TJPR

Enunciados da 1a. , 2a. e 3a. Câmaras Cíveis

Enunciado nº 17

Inaplicável aos créditos tributários a suspensão do prazo prescricional prevista no art. 2º e 3º da Lei 6.830/80, por não ter amparo em Lei Complementar.

Enunciado nº 16

A apelação não é recurso adequado contra sentença proferida em execução fiscal cujo valor da causa, à época do ajuizamento, era igual ou inferior a 50 ORTNs, que equivalem a 308,50 UFIRs, nos termos do art. 34 da Lei 6.830/80, que prevê os embargos infringentes, sujeitos à apreciação do próprio juízo de primeiro grau.

Enunciado nº 15

Até a edição do Decreto Estadual nº 5.708/02, permitia-se a restituição de créditos de ICMS decorrentes de ter sido a operação final realizada por valor inferior ao fato gerador presumido, porque expressamente prevista na ordem jurídico-tributária anterior do Estado do Paraná.

Enunciado nº 14

É vedado, salvo previsão legal específica na respectiva área federativa tributária, extinguir a execução fiscal com fundamento no valor ínfimo da dívida.

Enunciado nº 13

É inaplicável o Código de Defesa do Consumidor às relações tributárias.

Enunciado nº 12

É legítima a utilização da taxa Selic para atualização de créditos tributários, desde que haja previsão específica na legislação tutelar do tributo em cobrança, inadmitida a cumulação com qualquer outro índice de correção monetária ou juros de mora.

Enunciado nº 11

O parcelamento do débito tributário não implica extinção da execução fiscal, porque subsiste a obrigação até o pagamento integral e quitação do débito. Desse modo, o parcelamento apenas enseja a suspensão da execução fiscal.

Enunciado nº 10

Após a Emenda Constitucional nº 45/04, a Justiça do Trabalho passou a ter competência para processar e julgar ações referentes a contribuições sindicais.

Enunciado nº 9

Por se tratar de tributo real e direto, cujo lançamento ocorre, de regra, no primeiro dia do exercício anual, com base em informações cadastrais pré-existentes, a notificação do contribuinte acerca do lançamento do IPTU pode dar-se por quaisquer atos administrativos eficazes de comunicação, tais como: remessa de correspondência pertinente ou do carnê de pagamento; publicação de edital em jornal oficial ou em jornal de circulação no Município; e até mesmo através de fixação de edital em espaço próprio da Prefeitura, conforme dispuser a lei local.

Enunciado nº 8

O reconhecimento do vício da progressividade no critério de determinação das alíquotas do IPTU e a indicação de outra alíquota substitutiva da obrigação tributária não implicam nulidade do lançamento (art. 142 do CTN), importando apenas em redefinição do valor da execução.

Enunciado nº 7

É inconstitucional a cobrança da taxa de limpeza e conservação pública, por se tratar de serviço inespecífico, não mensurável e indivisível, cujo custeio é abrangido pelo produto da arrecadação dos impostos gerais.

Enunciado nº 6

A taxa de prevenção e combate a incêndio é legitima, quando atende aos requisitos de especificidade e divisibilidade, correspondendo a serviços prestados ou postos à disposição do contribuinte. Entretanto, o Município não pode instituí-la, por ser da competência tributária do Estado.

Enunciado nº 5

É legítima a cobrança da taxa de coleta de lixo, quando instituída por Lei Municipal como contraprestação de serviço essencial, específico e divisível, efetivamente realizado ou posto à disposição do contribuinte.

Enunciado nº 4

Impõe-se a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios, nas hipóteses em que a execução fiscal é extinta em razão do acolhimento de exceção de pré-executividade.

Enunciado nº 3

Ao requerer a extinção da execução fiscal em razão de superveniente cancelamento da dívida ativa por dispensa, anistia ou remissão do crédito tributário, autorizada por lei, a Fazenda Pública faz jus ao beneplácito do artigo 26 da Lei nº 6.830/80, que a isenta do pagamento de custas processuais.

Enunciado nº 2

Na fixação dos honorários advocatícios em ações de repetição da taxa de iluminação pública TIP julgadas procedentes, deve ser levado em conta também, e principalmente, o fato de que tais ações vêm repetidas em grande número. É adequado e suficiente o valor de R$ 50,00 para as ações individuais, aumentando-se conforme o número de pessoas integrantes do polo ativo, até o limite de R$ 700,00, para os casos de 10 (dez) ou mais litisconsortes ativos.

Enunciado nº 1

Por se tratar de valores pagos juntamente com a fatura mensal de energia elétrica, para o ajuizamento da ação de repetição da taxa de iluminação pública TIP, basta a juntada de uma fatura do período da repetição (anterior à EC 39, de 19.12.2002) ou do histórico de pagamentos fornecido pela Copel, ficando para posterior liquidação (art. 475-B, do CPC) a apuração do montante a ser restituído.

Enunciados da 4a. e 5a. Câmaras Cíveis

Enunciado nº 27

O afastamento cautelar do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, previsto no parágrafo único do art. 20 da Lei Federal nº 8.429/1992, não se justifica nos casos em que inexistentes elementos concretos de convicção acerca do perigo de lesão à regular instrução processual.

Enunciado nº 26

A alteração superveniente do entendimento jurisprudencial relativamente à matéria decidida autoriza, excepcionalmente, o manejo de embargos de declaração para modificação do julgado, respeitado o contraditório.

Enunciado nº 25

A indicação errônea da autoridade coatora não conduz à extinção do mandado de segurança por ilegitimidade passiva ad causam, devendo ser possibilitada a emenda da petição inicial em prestígio ao princípio

da instrumentalidade das formas; ocorrendo a correção e surgindo a incompetência absoluta, os autos deverão ser remetidos ao órgão julgador competente.

Enunciado nº 24

No inquérito civil ou em qualquer outro procedimento investigatório não é de rigor a observância do contraditório e da ampla defesa, pois apenas constituem meios de natureza inquisitória destinados a formar a convicção do Ministério Público acerca da existência ou não de elementos indiciários tendentes à deflagração da ação civil pública.

Enunciado nº 23

O termo de ajustamento de conduta (TAC) não supre a ausência de EIA/RIMA ou das licenças ambientais exigidas em lei.

Enunciado nº 22

Tanto o Estado quanto o Município possuem competência para legislar acerca de questões atinentes ao funcionamento de agências bancárias, em respeito ao direito dos consumidores, pois a União detém competência legislativa privativa apenas para regular o sistema financeiro nacional.

Enunciado nº 21

Compete à Administração Pública assegurar a nomeação e posse do candidato aprovado dentro do número de vagas ofertadas constantes do edital de abertura do concurso público, até o término do seu prazo de validade, visto se tratar, nesse caso, de um ato administrativo vinculado.

Enunciado nº 20

Os juros compensatórios devidos em caso de desapropriação incidem apenas até a data da expedição do precatório requisitório.

Enunciado nº 19

A alteração da taxa legal dos juros moratórios, para ajustá-la à legislação vigente no momento da execução, não viola a coisa julgada.

Enunciado nº 18

As sentenças condenatórias ilíquidas proferidas contra os Estados, Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público estão sujeitas ao reexame necessário, não incidindo, nesses casos, a exceção prevista no § 2º do art. 475 do CPC.

Enunciado nº 17

O enquadramento (ou reenquadramento) de servidor público é ato único de efeitos concretos, não constituindo relação de trato sucessivo, devendo, por isso, ser reconhecida a prescrição do fundo de direito quando a ação for proposta depois de cinco anos contados do respectivo ato legislativo ou administrativo.

Enunciado nº 16

As medidas judiciais visando a obtenção de medicamentos e afins podem ser propostas em face de qualquer ente federado diante da responsabilidade solidária entre a União, Estados e Municípios na prestação de serviços de saúde à população.

Enunciado nº 15

O pedido de reconsideração não suspende nem interrompe o prazo recursal.

Enunciado nº 14

De acordo com o art. 15-B do Decreto-lei nº 3.365/1941, introduzido pela Medida Provisória nº 1.997-34, de 13.01.2000, o termo inicial dos juros moratórios em desapropriações é o dia "1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição", devendo-se afastar a Súmula 70/STJ em relação às ações de desapropriação em curso, mesmo que iniciadas em período anterior.

Enunciado nº 13

Com o advento da Emenda Constitucional nº 62/2009, na cessão de crédito de precatório requisitório, a habilitação nos autos da execução, não cabe mais ser requerida em primeiro grau de jurisdição, pois é mera conseqüência da aceitação da comunicação, desse ato jurídico, pela Presidência do Tribunal, sendo este o Órgão agora competente para avaliar toda a regularidade do procedimento de substituição do credor.

Enunciado nº 12

Os juros compensatórios – que renumeram o capital que o expropriado deixou de receber desde a perda da posse e não os possíveis lucros não auferidos com a utilização econômica do bem expropriado – são devidos nas desapropriações a partir da imissão provisória e antecipada na posse ou da ocupação do imóvel, independentemente de ser improdutivo.

Enunciado nº 11

Na hipótese de o candidato insurgir-se contra as regras contidas no edital de concurso público, o prazo decadencial para requerer mandado de segurança deve ser contado da data em que publicado esse instrumento convocatório.

Enunciado nº 10

Faz-se necessária a comprovação do elemento subjetivo de conduta do agente para que se repute seu ato como de improbidade administrativa (dolo, nos casos dos arts. 11 e 9º e, ao menos, culpa nos casos do art. 10 da Lei nº 8.429/1992).

Enunciado nº 9

Inaplicável a teoria do fato consumado nas hipóteses em que os candidatos tomam posse mediante decisão liminar, sabedores de que seus processos judiciais ainda não foram concluídos; a ciência da posse precária e a possibilidade de julgamento em seu desfavor inviabilizam a aplicação dessa teoria.

Enunciado nº 8

Anulado o exame psicológico em concurso público, outro deverá ser realizado independentemente de pedido da parte, não implicando julgamento "extra petita" a decisão que assim determina.

Enunciado nº 7

Em concurso público, o fato de um candidato ter realizado anterior transação penal com base na Lei nº 9.099/1995, não enseja sua eliminação por inidoneidade moral à vista do princípio constitucional da presunção de inocência.

Enunciado nº 6

A Lei nº 8.429/1992 se aplica aos agentes políticos, que na verdade são espécie de agentes públicos, estando, assim, sujeitos à mesma disciplina destes quanto à responsabilização por atos de improbidade administrativa.

Enunciado nº 5

Extingue-se, sem resolução de mérito por superveniente perda de interesse processual, o processo – qualquer que seja a ação que o originou – no qual se impugna procedimento de licitação quando, durante o seu transcorrer, encerrar-se o certame com a homologação e adjudicação do seu objeto, desde que não haja liminar deferida anteriormente.

Enunciado nº 4

É lícita a exigência de exame psicológico para o ingresso na carreira policial militar.

Enunciado nº 3

Se o edital do concurso público veda a realização de segunda chamada de quaisquer das fases do certame, a Administração Pública não comete ilegalidade ou abuso quando indefere pedido nesse sentido.

Enunciado nº 2

Em sede de ação civil pública, a condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé; dentro de absoluta simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento jurídico, não pode o "parquet" beneficiar-se dessa verba, quando for vencedor na ação civil pública.

Enunciado nº 1

Em concurso público para o cargo de professor, o certificado emitido pela Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu – VIZIVALI, referente ao Programa de Capacitação para a Docência das Séries Iniciais do Ensino Fundamental (1.a. a 4.a. séries), não pode ser aceito como prova de habilitação em curso superior por falta de seu reconhecimento pelo MEC.

Enunciados da 6a. e 7a. Câmaras Cíveis

Enunciado nº 39

No caso de rescisão de contrato, cabe à parte prejudicada optar pela incidência da cláusula penal ou de indenização por perdas e danos (ex. alugueres pelo tempo de ocupação do imóvel objeto do contrato de compra e venda rescindido).

Enunciado nº 38

A negativa da existência de relação de consumo pelo fornecedor impõe ao consumidor a demonstração de sua qualidade.

Enunciado nº 37

Ainda que tenham exercido a atividade por transposição, asseguram-se a todos os auditores fiscais aposentados as benesses do cargo da aposentação (citem-se, a título de exemplo, as quotas de produtividade).

Enunciado nº 36

O reenquadramento deve assegurar, dentro do prazo quinquenal, a transposição de nível aos inativos.

Enunciado nº 35

As bases legislativas atuais impossibilitam a contribuição de inativos no Estado do Paraná.

Enunciado nº 34

Inexiste reexame necessário em execução, provisória ou definitiva, ou em cumprimento de sentença, a não ser no caso de provimento de embargos do devedor em execução fiscal.

Enunciado nº 33

Em se tratando de condenação ilíquida contra a Fazenda Pública, deve-se conhecer o reexame necessário independentemente do valor dado à causa.

Enunciado nº 32

Torna-se impositivo o conhecimento do reexame necessário sempre que houver condenação em desfavor da Fazenda Pública.

Enunciado nº 31

A intimação dos Procuradores do Instituto Nacional de Serviço Social – INSS deve ser feita sempre de modo pessoal.

Enunciado nº 30

O Instituto Nacional de Serviço Social – INSS está dispensado de efetuar o preparo no momento da interposição do recurso.

Enunciado nº 29

Não sendo o Paranaprevidência entidade previdenciária equiparada a Fazenda Pública, as execuções contra ele ajuizadas não seguem o rito do artigo 730 do Código de Processo Civil.

Enunciado nº 28

As execuções contra a Fazenda Pública ou entidade previdenciária a essa equiparada são regidas pelo rito insculpido no artigo 730 do Código de Processo Civil, tendo em vista que a determinação do procedimento se dá pela pessoa (no caso a Fazenda) e não de acordo com o valor executado.

Assim, ainda que se se trate de Requisição de Pequeno Valor (RPV) não há possibilidade de alteração ritual.

Enunciado nº 27

Em se tratando de pagamento de benefício previdenciário relativo a servidor público a taxa de juros moratórios aplicável é de 0,5% (meio por cento) ao mês, contanto que a ação tenha sido ajuizada após a vigência da Medida Provisória nº 2.180-35/01. Caso a questão envolva restituição de indébito (exemplo: contribuição de inativos) o regime de juros é no percentual de 1% (um por cento) tendo em vista sua natureza tributária.

Em resumo: a) restituição de indébito previdenciário: juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês.

b) pagamento de benefício para servidor público em processo anterior a 2001: juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês.

c) pagamento de benefício para servidor público em processo posterior a 2001: juros moratórios de 0,5% (meio por cento) ao mês.

Enunciado nº 26

Em se tratando de prestação previdenciária sonegada pelo ente responsável, aplica-se a Súmula 204 do Superior Tribunal de Justiça, vez que o crédito adquire feições puramente relacionadas à previdência. Em tais casos, contam-se os juros moratórios da data da citação válida.

Enunciado nº 25

Em se tratando de restituição de valores previdenciário descontados indevidamente (como ocorre, por exemplo, nas cobranças de inativos), a dívida assume caráter tributário, devendo ser aplicada a Súmula nº 188 do Superior Tribunal de Justiça. Em tais casos, contam-se os juros moratórios a partir do trânsito em julgado da sentença.

Enunciado nº 24

Nos termos da Lei nº 9.032/95, é possível estender a majoração do auxílio acidente para 50% (cinquenta por cento) do salário de benefício, tendo em vista o caráter amplo, geral e irrestrito da norma em adição às particularidades inerentes à legislação previdenciária (solidariedade, universalidade, ordem pública e de base hipossuficiente).

Enunciado nº 23

O auxílio acidente terá caráter vitalício (e, por decorrência, cumulativo com a aposentadoria) quando o fato se deu até a entrada em vigor da Lei nº 9.528/97.

Enunciado nº 22

O caráter alimentar e pro misero das normas previdenciárias coaduna-se com a ultratividade da legislação mais benéfica, sendo nos demais casos aplicáveis as regras de direito material vigente ao tempo de ocorrência do evento incapacitante.

Enunciado nº 21

Dado o caráter público das disposições previdenciárias, permite-se a aplicação do princípio da fungibilidade e, consequentemente, a alteração, tanto pelo julgador *a quo* quanto pelo ad quem, dos pedidos deduzidos pela parte.

Enunciado nº 20

O auxílio acidente se inicia no dia seguinte ao da cessação do auxílio doença. Cessado este último sem postulação do primeiro, o termo inicial para a concessão deste será o da citação válida.

Enunciado nº 19

Os benefícios previdenciários iniciam-se na data do término da concessão da benesse anterior ou da data do protocolo do requerimento formulado na via administrativa, caso se constate que a parte não tenha usufruído de nenhum outro benefício anteriormente. Não estando a hipótese concreta abrangida pelas já elencadas (recebimento de benefício anterior ou requerimento administrativo), considera-se marco inicial a data da citação válida.

Enunciado nº 18

É possível a compensação de honorários advocatícios, ainda que uma das partes seja beneficiária da justiça gratuita.

Enunciado nº 17

Em se tratando de demanda disputada por pessoa diversa da contratante originária, é necessário anexar aos autos o contrato de cessão de direitos para que se possa apurar a extensão da tratativa e dimensionar as consequências dela advindas.

Enunciado nº 16

É dever da Brasil Telecom guardar e exibir, sempre que lhe for solicitado, a "radiografia" do contrato ou outros documentos comuns às partes considerados pertinentes ao deslinde da causa.

Enunciado nº 15

A propositura da ação judicial independe do esgotamento da via administrativa.

Enunciado nº 14

Para o ajuizamento de ação condenatória contra a Brasil Telecom basta a apresentação da "radiografia" do contrato, sendo possível, no entanto, que no curso do processo (seja na fase de conhecimento ou de cumprimento de sentença), o julgador solicite a exibição de outros documentos necessários ao deslinde do caso concreto.

Enunciado nº 13

Nas ações ajuizadas contra a Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu – Vizivali no intuito de obtenção de diploma registrado do Programa Especial de Capacitação para a docência dos anos iniciais do ensino fundamental e da educação infantil ou de ressarcimento por danos morais e materiais é cabível a participação do Estado do Paraná como litisdenunciado, mas não como litisconsórcio passivo necessário.

Enunciado nº 12

Não havendo estipulação de preço para pagamento à vista do imóvel, desconsidera-se o valor fixado no contrato para quitação parcelada e determina-se sua apuração do montante em liquidação de sentença.

Enunciado nº 11

A indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias (inclusive as acessões) realizadas no imóvel independe de requerimento da parte.

Enunciado nº 10

No caso de rescisão do contrato de compromisso de compra e venda, há direito de retenção do imóvel até o ressarcimento das benfeitorias úteis e necessárias (nelas compreendidas também as acessões) nele realizadas.

Enunciado nº 9

Por configurar *bis in idem*, a cláusula penal compensatória não é cumulável com perdas e danos, a menos que fique comprovado o prejuízo excedente, quando então será possível indenização complementar.

Enunciado nº 8

O fato de se estar diante de um contrato de adesão não implica necessariamente na conclusão pela ilegalidade das cláusulas nele encartadas.

Enunciado nº 7

Ainda que se trate de relação de consumo, na qual se deve amparar a parte hipossuficiente, no processo em que se almeja a revisão contratual, a lide deve se limitar à verificação de onerosidade excessiva da avença, não sendo possível ao julgador interferir em aspecto intrínseco da tratativa (como, por exemplo, o preço acordado para pagamento à vista do imóvel) sobre o qual as partes tomaram conhecimento prévio e puderam optar, ou acatar, de forma livre e deliberada.

Enunciado nº 6

Colocado o cheque em circulação, não é possível opor exceções pessoais do devedor originário ao terceiro portador de boa-fé.

Enunciado nº 5

Nas ações monitórias, os juros de mora incidem desde a data da citação válida e a correção monetária, que deve ser feita pelo INPC, a partir do vencimento da dívida.

Enunciado nº 4

O prazo prescricional da pretensão deduzida em ação monitória para cobrança de dívida líquida constante de instrumento público ou particular (como ocorre, por exemplo, com os títulos de crédito sem eficácia executiva) é de 5 (cinco) anos, contado do vencimento do débito, salvo quando se tratar de cheque, onde a contagem se inicia no 31º (trigésimo primeiro) ou 61º (sexagésimo primeiro) dia, inclusive, após sua emissão, a depender da coincidência ou não com o local onde houver de ser pago.

Enunciado nº 3

É dever da concessionária de serviço público (exemplo: COPEL) guardar e exibir os documentos (ou cópias autenticadas) comuns às partes que lhes forem solicitados, a exemplo (e não necessariamente apenas) do contrato de eletrificação rural.

Enunciado nº 2

Nas ações propostas em face da prestadora de serviço público de energia elétrica (Copel) em que se busca o ressarcimento de investimento feito pelo consumidor nas obras de expansão da rede elétrica rural incorporada ao patrimônio da concessionária, devido é o ressarcimento do valor empregado com correção monetária desde o desembolso e juros moratórios a partir da citação válida.

Enunciado nº 1

A pretensão de cobrança dos valores aportados para a ampliação da rede de energia elétrica rural incorporada ao patrimônio da concessionária de serviço público (Copel) prescreve em 20 (vinte) anos para os contratos firmados antes de 11 de janeiro de 1993 e em 5 (cinco) anos quando pactuados após esta data, contados, neste último caso, da data da vigência do atual Código Civil.

Enunciados da 13a., 14a., 15a. e 16a. Câmaras Cíveis

Enunciado nº 12

As cotas de fundo de investimentos têm natureza de títulos e valores mobiliários com cotação em mercado, nos termos do artigo 2º da Lei nº 6385/76 e não se equiparam a dinheiro em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira.

Enunciado nº 11

O poupador titular de conta em agência bancária localizada no Estado do Paraná tem legitimidade para requerer o cumprimento de sentença decorrente das ações civis públicas que tratam dos expurgos inflacionários.

Enunciado nº 10

A legitimidade ativa para propositura de cumprimento de sentença em ação civil pública ajuizada pela APADECO independe de vínculo associativo com essa entidade.

Enunciado nº 9

É cabível a fixação de honorários advocatícios na primeira fase da ação de prestação de contas.

Enunciado nº 8

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.

Enunciado nº 7

O envio regular de extratos bancários aos correntistas não exime a instituição financeira de prestar contas, na forma da lei.

Enunciado nº 6

A exibição de documentos é ínsita à ação de prestação de contas.

Enunciado nº 5

A ação cautelar de exibição de documentos contra instituição financeira independe de prévio requerimento administrativo.

Enunciado nº 4

A exibição de documentos determinada pelo Judiciário não está condicionada ao pagamento de tarifas bancárias.

Enunciado nº 3

O banco depositário e/ou seu sucessor é parte legítima para figurar no polo passivo da ação de cobrança dos expurgos inflacionários.

Enunciado nº 2

Nas ações de cobrança de expurgos inflacionários em caderneta de poupança, os juros moratórios incidem da data da citação e são devidos até o efetivo pagamento.

Enunciado nº 1

Nas ações de cobrança de expurgos inflacionários em caderneta de poupança, o termo inicial da incidência dos juros remuneratórios e da correção monetária é a data em que as diferenças deveriam ter sido creditadas, tendo como termo final a data do efetivo pagamento.