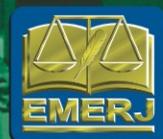


ISSN 1415-4951
(versão impressa)

REVISTA

EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - Vol. 11 - Nº 41 - 2008



ISSN 1415-4951
(versão impressa)

REVISTA DA

EMERJ

v. 11 - n. 41 - 2008
Janeiro/Fevereiro/Março

Rio de Janeiro

© 2008, EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

Min. Carlos Alberto Menezes Direito; Min. Luiz Fux; Des. Semy Glanz; Des. Laerson Mauro; Des. Sergio Cavalieri Filho; Des. Wilson Marques; Des. Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento; Des. Jorge de Miranda Magalhães; Des. Paulo Roberto Leite Ventura; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. José Carlos Barbosa Moreira; Des. Décio Xavier Gama; Des. Jessé Torres Pereira Júnior.

Coordenador Editorial: Des. Décio Xavier Gama.

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Editores:** Valéria Monteiro de Andrade;

Editores website: Jaqueline Diniz; **Capa:** André Amora; **Revisão ortográfica:** Suely Lima e Thereza Andrade.

Impressão: Divisão de Artes Gráficas - TJ/RJ.

Tiragem: 3.500 exemplares.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -
EMERJ, 1998.

Rio de Janeiro:

v.

Trimestral -

ISSN 1415-4951

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

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

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

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

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

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

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

www.emerj.rj.gov.br - emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br



Diretoria da EMERJ

Diretor-Geral

Des. Paulo Roberto Leite Ventura

Conselho Consultivo

Des. Roberto Wider

Des. Ronald dos Santos Valladares

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des. Nildson Araújo da Cruz

Des. José Carlos Maldonado de Carvalho

Des. Antonio Carlos Esteves Torres

Presidente da Comissão Acadêmica

Des. Newton Paulo Azeredo da Silveira

Presidente da Comissão de Iniciação e Aperfeiçoamento de Magistrados

Des. Indio Brasileiro Rocha

Coordenador dos Núcleos de Representação

Des. Amaury Arruda de Souza

Coordenador da Revista da EMERJ

Des. Décio Xavier Gama

Secretária-Geral de Ensino

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

Assessora do Diretor-Geral

Maria de Lourdes Cardoso da Rocha



Apresentação

Com o correr do tempo este espaço da Revista tornou-se reservado, não raro, para um diálogo sobre as atividades da Escola da Magistratura.

Dedicando-se mais ao preparo de seus estagiários, a ESCOLA se ocupa do ensino com professores orientadores, que dão realce ao estudo de casos concretos. Os índices de aproveitamento tornam-se mais evidentes e se destacaram no mais recente concurso público para a Magistratura do Estado: dentre os aprovados, 61.1 %, tinham formação em cursos da EMERJ e, em seguida, no concurso para a carreira do Ministério Público realizado no Rio de Janeiro, o percentual dos candidatos aprovados oriundos de cursos da EMERJ, foi de 54%.

Hoje voltamos a agradecer aos colegas a colaboração que nos trazem e que nos permitem ampliar a presença de magistrados no conjunto dos trabalhos de cada número da Revista. Sabemos da satisfação de os estagiários de encontrarem a orientação ou o ponto de vista do professor sobre temas diversos tratados.

Gostaríamos de ouvir também sugestões para melhoria de seriação de artigos por matéria, ou por apresentação. Uma vez que da capa, sua ilustração e cores, só ouvimos boas referências, em outros pontos poderiam residir motivos para algum reparo ou crítica. Depois de dez anos decorridos desde que se iniciaram as edições da Revista, passamos a pensar nas valiosas sugestões de colegas que poderiam nos levar a introduzir alterações, sem prejuízo da livre escolha dos temas pelos articulistas. De qualquer forma, uma vez tenha sempre ouvido boas referências à apresentação externa, com alterações nas cores de cada número, resta imaginar possíveis mudanças na forma de apresentação dos artigos, que não devem ser muitos longos, mas que podem ter distribuição diversa, por matéria, ou por localização. Por isto mesmo, temos evitado publicar trabalhos de tripla ou mais colaboração, no mesmo artigo, por exemplo, para identificação do autor da tese. Da mesma forma não acha-

mos conveniente a divulgação pela Revista de monografias, ou trabalhos que têm origem em autorizados cursos de Pós-Graduação ou de Mestrado. Nossa Revista não tem espaço para sequer acolher todos os artigos individuais que excedem quase sempre ao número que comporta o volume de um trimestre, de 300 páginas aproximadamente.

Entendo excelente qualquer que seja a manifestação crítica dos amigos e colegas sobre o rumo desta publicação da ESCOLA, que já ultrapassou o seu quadragésimo número.

Por outro lado temos recebido muitos *e-mails*, manifestando interesse por fazer assinaturas da Revista. Muitos pretendem adquirir números avulsos. Infelizmente, tal sistema de distribuição, ainda não pôde ser adotado. Outros, contudo, nos apresentam solicitações, de remessa de cópias de artigos, via Internet, dentre os que saíram em edições anteriores. Chegamos a atender, com prazer, cerca de vinte ou mais pedidos nesse sentido por mês.

Seria difícil mencionar os trabalhos que despertaram maior interesse nos leitores, tomando por base os pedidos de cópias de bons textos publicados. Um deles, contudo, destacamos, por tantos outros, tão grande foi o número de pedidos de cópia do artigo. Trata-se de "A Teoria da Perda de uma Chance em Sede de Responsabilidade Civil", do Desembargador Roberto de Abreu e Silva (Vol. 9, nº 36), com cerca de 40 pedidos, de várias regiões do Brasil, todos atendidos. Foi o de maior curiosidade intelectual manifestada sobre o tema, em curto período, talvez pela aguda reflexão do eminente expositor sobre a matéria.

Hoje registramos com satisfação o retorno de nosso articulista de primeira hora e grande Amigo da Revista, Desembargador José Carlos Barbosa Moreira, com mais um trabalho atualíssimo.

Décio Xavier Gama

Desembargador-Coordenador da Revista da EMERJ

SUMÁRIO

10 Anos da Revista EMERJ **17**

Manoel Carpena Amorim

Desembargador (aposentado) do TJ/RJ. Ex-Diretor da EMERJ.

Depoimento sobre a história da criação da Revista.

Observações sobre a Estrutura e a Terminologia do CPC após as Reformas das Leis nº 11.232 e 11.382 **19**

José Carlos Barbosa Moreira

Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Desembargador (aposentado) do TJ/RJ.

1. Introdução. 2. O panorama geral. 3. Aspectos da metodologia das reformas. 4. Estrutura atual do Livro I. 5. Estrutura atual do Livro II. 6. Questões terminológicas. 6.1. Um princípio desprezado. 6.2. A palavra "cumprimento". 6.3. A palavra "execução". 7. O Título III do Livro II. 8. Considerações conclusivas.

Parcelamento Judicial da Dívida **32**

Nagib Slaibi Filho

Desembargador TJ/RJ. Professor - EMERJ e UNIVERSO.

1. O intento de acelerar o procedimento com a reforma das leis processuais. 2. O acréscimo do art. 745-A do CPC e a possibilidade de se parcelar o débito do executado. 3. Possibilidade de se parcelar também o débito em caso de execução judicial e não apenas na extrajudicial.

Reflexos do Novo Código Civil nas Relações de Trabalho **37**

Arnaldo Sussekind

Ministro (aposentado) do TST e Titular da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

1. O liberal individualismo da Revolução Francesa e do Código de Napoleão; seus reflexos no CCB. Clóvis Bevilacqua e as tendências sociais modernas prestigiadas por normas do Direito do Trabalho e refletidas no novo Código Civil Brasileiro. 2. A liberdade de contratar e os limites da função social do contrato (art. 421). 3. A derrogação do art. 468 da CLT no que tange às alterações *in pejus* de que cogitam os incisos VI, XIII e XIV do art. 7º da Constituição. Renúncia e transação. Os arts. 166 e 843 do CC e as nulidades do novo Código.

Princípio da Proporcionalidade para além da Coisa Julgada **43**

Maria Berenice Dias

Desembargadora do TJ/RS e Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

1. Consagrou a jurisprudência o entendimento de que a decisão judicial sobre alimentos transita em julgado (art.15 da LA). 2. O princípio da proporcionalidade: necessidades do alimentando e possibilidades do alimentante. 3. O direito à vida de quem reclama alimentos. Nem na oferta de alimentos está o juiz adstrito ao valor oferecido pelo autor. 4. Fixação por acordo ou judicialmente. Revisão em qualquer tempo.

Infidelidade Partidária **50**

Roberto Felinto

Desembargador do TJ/RJ. Presidente da AMAERJ.

1. A regra geral da representatividade na Constituição (art. 14). 2. O sistema proporcional e majoritário dos arts. 44 e 46. 3. Mandado político sempre por intermédio de partidos políticos. 4. Desligamento do partido pelo candidato eleito representa infidelidade partidária. 5. O desrespeito e o não acatamento ao programa do partido. 6. O mandato parlamentar pertence ao partido.

Técnica de Sentença - Língua e Linguagem

54

Antonio Carlos Esteves Torres

Desembargador do TJ/RJ. Presidente do Fórum de Direito Empresarial - EMERJ.

I. A Sentença - Técnica. II. Linguagem. 1. Como pensam os juízes que pensam. 2. Como não abandonar a técnica e ao mesmo tempo não desertar da criatividade. As fontes do Direito e os julgados. III. A evolução científica e a lingüística - como atuar diante desses dois vetores que se desenvolvem em progresso de âmbito comum. Como contornar o formalismo, sem trair o idioma ou fracionar a função judiciária.

Constitucionalismo no Brasil - 1930-1945

82

Antonio Sebastião de Lima

Juiz de Direito (aposentado) do TJ/RJ. Mestre em Ciências Jurídicas - Professor de Teoria do Estado e Direito Constitucional.

1. Introdução. Fim da 1ª República. Revolução de 1930. II. A segunda República. Governo provisório. Constituição de 1934. Ciclo social-democrático. III. Interregno autocrático. Carta de 1937. Ciclo social-autocrático. IV. Conclusão. Fim da autocracia civil.

A Nova Disciplina da Progressão de Regime Trazida pela Lei nº 11.464/07

102

Maurício Magnus Ferreira

Juiz de Direito Titular da 2ª Vara Criminal de Barra Mansa do TJ/RJ.

1. Progressão de regime prisional. 2. A Lei nº 11.464/07. O § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072 e a data em que passou a vigorar a nova disciplina da progressão de regime. 3. O entendimento já manifestado em decisões dos Tribunais de Justiça e mesmo do STJ. 4. O cumprimento de, ao menos, um sexto da pena. 5. O art. 112, da L.E.P., e o Acórdão no H.C. 83.799-MS, Rel. Min. Maria Tereza Moura. 6. O acórdão no H.C. 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, e o enunciado nº 698 do STF.

O Dano Moral em Segunda Instância

108

Oswaldo Henrique Freixinho

Juiz de Direito do TJ/RJ na 29ª Vara Cível

1. Introdução. 2. O recurso. 3. A moderação em segunda instância. 4. A enviesada alteração da importância estabelecida. 5. Conclusão.

Da Sentença de Improcedência Liminar - Art. 285-A do CPC

113

Natacha Nascimento Gomes Tostes Gonçalves de Oliveira

Juíza de Direito do TJ/RJ - Professora de Direito Processual Civil da Unigranrio e Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho.

1. Da celeridade processual. 2. O que dispõe o art. 285-A do CPC. 3. Requisitos para a aplicação do art. 285-A, do C.P.C. 4. Dispensa de citação. 5. Do recurso de apelação. 6. Considerações finais.

A Penhora Incidente sobre Bem de Terceiro, Conceituada na Justiça Laboral como Decorrente de Responsabilidade Objetiva

126

Juary C. Silva

Juiz de Direito (aposentado) do TJ/RJ

A penhora de bens de terceiro na execução, quando adquiridos de sócios da executada. 2. Prática muito freqüente na Justiça do Trabalho. 3. Reconhecimento de responsabilidade objetiva desse terceiro? 4. Art. 593, inc. II, do CPC e a presunção absoluta. 5. Distinção pretoriana entre o débito e a responsabilidade do terceiro. O registro da penhora. A questão constitucional quanto ao direito da propriedade.

A Invocação ao Sobrenatural Vale como Prova?

133

Sergio Demoro Hamilton

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

Um caso concreto entre poucos outros sobre o tema. As experiências mediúnicas ou de documentos psicografados e sua relevância na decisão. Cabe definir o que seja psicografar ou o que significa psicografia, mesmo que já haja essas definições nos Dicionários (Aurélio, 1ª ed., pág. 1.154). Tipos de provas permitidas e vedadas no CPP. A doutrina quanto à vedação da prova psicográfica (Renato Marcão *in Fórum-MP* - "Psicografia e prova penal"). A influência de tendência religiosa ou filosófica conduzir a certo entendimento. O eventual exame pericial-grafotécnico do documento. O entendimento de Bonnier e sua increpação contra tal prova.

Crítica à Clássica Teoria Geral das Invalidades no Direito Privado Brasileiro **145**

Ricardo Luiz Pereira Marques

Professor universitário e especialista em Economia de Empresa pela FGV. Advogado.

1. Introdução. 2. As invalidades no direito privado brasileiro. 3. A teoria geral clássica das invalidades. 4. A análise crítica da teoria geral das invalidades. 4.1. O interesse privado. 4.2. Legitimidade para arguição. 4.3. Atuação jurisdicional. 4.4. Eficácias da declaração judicial. 4.5. Convalescimento pelo decurso do tempo. 5. Impossibilidade atual de uma teoria geral das invalidades. 6. Conclusão.

Condomínio de Fato ou Irregular: Legitimidade da Cobrança da Contribuição pela Associação de Moradores **156**

Guilherme Magalhães Martins

Membro do MP/RJ. Professor da EMERJ e da Universidade Cândido Mendes.

1. Situação geral do tema. Argumentos favoráveis e desfavoráveis ao reconhecimento do condomínio de fato. 2.

Ponderação de interesses no conflito entre os princípios da vedação do enriquecimento sem causa e da liberdade de associação. 3. Surge uma nova controvérsia jurisprudencial.

O Combate à Corrupção no Brasil: Responsabilidade Ética e Moral do Supremo Tribunal Federal na sua Desarticulação **175**

Emerson Garcia

Membro do Ministério Público no RJ. Pós-Graduado em Ciências Políticas e Internacionais.

1. Introdução. 2. Natureza jurídica das sanções cominadas na Lei de Improbidade. 3. Atos de improbidade e crimes de responsabilidade: noções distintas e inconfundíveis. 4. Interpretação constitucional. 5. Ideologia e dinâmica de interpretação constitucional. 6. A impossibilidade de a jurisdição constitucional ignorar a realidade. 7. Epílogo.

(In)Comunicabilidade da Sentença Penal no Processo Administrativo Disciplinar **205**

Elbert da Cruz Heuseler

Professor de Direito Administrativo e Direito Público no Curso de Pós-Graduação e Graduação em Direito na Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito da Administração Pública pela UGF.

1. Procedimento no Processo Administrativo. 2. Processo Administrativo Disciplinar (PAD). 3. As finalidades do Processo Administrativo Disciplinar. 4. A sanção disciplinar. 5. Fundamentos da autonomia do Processo Administrativo Disciplinar. 6. Subordinação do processo administrativo e comunicabilidade de instâncias. 7. Aspectos da comunicabilidade de instâncias. 8. Conclusão acerca da comunicabilidade de instâncias.

Alienação Fiduciária de Bens Móveis. Busca e Apreensão, Purgação da Mora e Consolidação da Propriedade

224

Melhim Namem Chalhub

Advogado - Professor na EMERJ.

1. Antecedentes. 2. A reformulação legal de 2004. 2.1 Emenda Modificativa ao Projeto de Lei nº 3.065/2004. 3. A garantia do direito à purgação da mora. 3.1. Estrutura e função do contrato de financiamento com garantia real. 3.2. O princípio da conservação do contrato. 3.3. A aplicação da cláusula resolutória a critério do consumidor nos contratos de adesão. 3.4. A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591. 3.5. A jurisprudência. 4. Consolidação da propriedade no credor.

Ação Individual e Ação Coletiva. O Fenômeno da Unitariedade e Legitimidade de Agir

235

Marcelo Daltro Leite

Procurador de Justiça do MP/RJ e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

1. Introdução. 2. Considerações sobre a ilegitimidade/legitimidade do indivíduo para ação individual de natureza coletiva unitária. 3. Duas propostas sobre a legitimidade ativa do indivíduo para ação individual de natureza coletiva unitária. 4. A legitimidade ativa do indivíduo para ação individual de natureza coletiva unitária e a extensão da coisa julgada aos demais co-legitimados para ações individuais ou coletivas. 5. A legitimidade ativa do indivíduo para a ação individual de natureza coletiva unitária e o processamento do feito como ação coletiva.

Cumprimento de Sentença: Executividade *Lato Sensu* ou Condenação Especial?

266

Alessandro Rostagno

Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas da Secretaria da Fazenda

do Estado de São Paulo, com mestrado em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor de Cursos de Pós-Graduação **Lato Sensu** em Direito Processual Civil e de Direito Processual Tributário.

1. A proposta da nova reforma do CPC. 2. Executividade **lato sensu**, mandamentalidade e condenação. 3. Cumprimento de sentença - uma condenação especial.

Relevância da Súmula de Jurisprudência Predominante **287**

Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos

Desembargador do TJ/RJ

Uniformização de entendimentos. Influências positivas. Repercussão na produtividade e qualidade dos provimentos judiciais. Racionalização da prestação jurisdicional e redução do prazo de duração dos recursos. Conformação com os princípios da efetividade processual e segurança jurídica.

"Devemos ser um Exemplo de Ética, não Mentir e ser Confiáveis" **291**

Um exemplo que vem de fora: Entrevista com o Juiz que se obrigou a pagar por um erro seu.

Colaboraram neste Número

Alessandro Rostagno, 266
Antonio Carlos Esteves Torres, 54
Antonio Sebastião de Lima, 82
Arnaldo Sussekind, 37
Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos, 287
Elbert da Cruz Heuseler, 205
Emerson Garcia, 175
Guilherme Magalhães Martins, 156
José Carlos Barbosa Moreira, 19
Juary C. da Silva, 126
Maria Berenice Dias, 43
Manoel Carpena Amorim, 17
Marcelo Daltro Leite, 235
Mauricio Magnus Ferreira, 102
Melhim Namem Chalhub, 244
Nagib Slaibi Filho, 32
Natacha Nascimento G. T. G. de Oliveira, 40
Oswaldo Henrique Freixinho, 108
Ricardo Luiz Pereira Marques, 145
Roberto Felinto, 50
Sérgio Demoro Hamilton, 133



10 Anos da Revista EMERJ

Manoel Carpena Amorim

Desembargador (aposentado). Ex-Diretor-Geral da EMERJ

Caros Leitores,

A nossa Revista completou, com a edição anterior, 10 anos.

Como eu disse no 1º editorial, de apresentação, em 1998:

"Quando assumimos a Direção da EMERJ, como não poderia deixar de ser, estabelecemos como um dos projetos prioritários - a Edição da nossa Revista.

A Escola, que tem várias publicações, Boletim Informativo, Boletim Acadêmico e Boletim da Biblioteca, ainda não tinha uma Revista com as galas de uma publicação cultural compatível com o nível de nossa produção científica."

Proseguindo...

"Dentre todas essas atividades, que vimos desenvolvendo com afinco, esta, a Revista, é certamente a mais tradicional e com toda a certeza a mais nobre"!!

E concluí:

"Trata-se, portanto, de motivo dos mais auspiciosos e que nos enche de orgulho!"

(Revista da EMERJ, vol. 1 - nº 1 - 1998).

Lembro-me bem de como foram difíceis aqueles tempos.

Outros setores do Tribunal não viam com bons olhos a publicação que, certamente, iria interferir em outras áreas que, então, também queriam desenvolver atividades culturais!

Vejam que assumi a Escola no início de 1997, mas só um ano depois, em março de 1998, conseguimos publicar o 1º número, apesar da nossa determinação de criar a Revista.

Enfim, os obstáculos foram removidos e a Revista tornou-se uma realidade pujante. Sem dúvida, no país inteiro nenhuma

outra publicação do gênero manteve por tanto tempo a sua qualidade.

Hoje podemos testemunhar a sua existência. Dez anos já se passaram!

Quando o eminente Des. Paulo Roberto Leite Ventura, que desenvolve uma administração brilhante e sem ressalvas, quis comemorar a maioria da Escola, lançando uma Edição lindíssima sobre as atividades que vem desenvolvendo à frente da Instituição, pediu-me que sintetizasse as criações de maior importância na minha gestão, não titubeei em apontar a Revista como uma delas.

Ficaram os registros históricos que ninguém tem o direito de subverter.

A Revista é um acontecimento auspicioso e quando ela completa 10 anos de existência cabe a todos nós, irmanados, nos reunir em torno da mesma mesa, entoando as mesmas canções, e agora não mais sonhando os mesmos sonhos, mas aplaudindo o trabalho que imaginei na minha gestão e que teve sempre o apoio e o prestígio dos demais diretores que se seguiram. Sergio Cavalieri e Paulo Ventura foram dois baluartes na manutenção da Revista, valorizando sobremaneira a publicação, que manteve durante esse tempo a sua extraordinária qualidade.

Na Direção-Geral recebi muitos convites para visitar outros países e nunca viajei sem levar alguns exemplares da Revista, que estão espalhados por bibliotecas de Consulados ou Embaixadas brasileiras até no Extremo Oriente. Quem for ao Japão, à China ou à Tailândia certamente vai encontrar esses registros, o que não deixa de ser, motivo do orgulho de todos nós.

Certa vez, em discurso proferido na ocasião da inauguração do retrato do Des. Sergio Cavalieri, na Galeria dos ex-Diretores Gerais tive a oportunidade de dizer que a EMERJ era uma Instituição iluminada, porque todos que passamos pela sua direção nos dedicamos de corpo e alma à sua vida e à sua grandeza.

Que Deus continue a nos abençoar. A EMERJ é a Escola do Juiz, onde pulsa o coração da magistratura fluminense.☞

Observações sobre a Estrutura e a Terminologia do CPC após as Reformas das Leis nº 11.232 e 11.382

José Carlos Barbosa Moreira

*Professor da Faculdade de Direito da UERJ.
Desembargador (aposentado) do TJRJ.*

1. INTRODUÇÃO

Não sabemos - e provavelmente jamais saberemos com algo que se aproxime da exatidão - se e em que medida as reformas do CPC operadas pelas Leis nºs. 11.232, de 22.12.2005, e 11.382, de 6.12.2006, estarão influenciando no ritmo da prestação jurisdicional, e em particular no da efetivação das decisões. Para que pudéssemos formar a esse respeito opinião menos arbitrária, precisaríamos de elementos concretos, colhidos na realidade forense, acerca do que vinha ocorrendo antes das reformas e do que passou a ocorrer depois delas. Que nos conste, porém, nunca se cuidou - e pouca esperança existe de que se venha doravante a cuidar - de colher dados confiáveis a tal propósito. É extremamente improvável, para dizer o menos, que as avaliações deixem de ser, como sempre têm sido, eminentemente subjetivas, restando aos interessados consolar-se com o pirandelliano "*così è se vi pare*".

O que ficou dito não deve entender-se por força qual condenação da empresa reformadora. Ninguém porá em dúvida o louvável propósito dos respectivos promotores, apostados em agilizar o funcionamento da máquina da Justiça. E de algumas inovações afigura-se manifesta a capacidade, se bem manejadas, de contribuir

para a consecução do fim. É de esperar que isso aconteça; mas qualquer juízo categórico há de pressupor que um belo dia (?) se resolva proceder a investigações empíricas e elaborar, com boa metodologia, estatísticas baseadas nos resultados - coisa de que ninguém parece cogitar até agora.

Entretanto, aspectos há que desde logo podem e devem ser objeto de exame, porque dizem de modo precípua com a técnica empregada nas leis reformadoras. A valoração, aqui, não depende essencialmente da maneira por que as inovações atuarão na prática, embora seja grave equívoco supor que uma coisa nada tenha que ver com a outra: a qualidade da técnica por certo repercutirá na conformação do quotidiano forense; de maneira benéfica ou maléfica. No segundo caso - o prognóstico é fácil - dará ensejo a dúvidas hermenêuticas, a divergências na interpretação e na aplicação do texto, com a inevitável seqüela da multiplicação de incidentes e de recursos, fonte de indesejáveis delongas.

É na perspectiva indicada que pretende colocar-se o presente escrito: interessa-lhe menos o *quid* do que o *quomodo* das modificações recentes do CPC. Consoante se procurará mostrar, uma avaliação cuidadosa porá em relevo não poucos defeitos, alguns decididamente graves.

2. O PANORAMA GERAL

Ninguém ignora que a modificação substancial do regime originário do Código consistiu no abandono, em regra, da dualidade de processos, o de conhecimento e o de execução, no tocante às hipóteses em que se faça imprescindível um suplemento de atividade judicial para converter o *decisum* em realidade - deixada à parte, ademais, a disciplina da execução fundada em título extrajudicial. Terá daí resultado, ao que tudo indica, a decisão de retraçar as fronteiras entre o Livro I e o Livro II do texto primitivo: várias das disposições constantes do antigo Livro II foram deslocadas, com as devidas alterações, para o Livro I, onde se incorporaram, na maioria, aos Capítulos IX (Da liquidação da sentença) e X (Do cumprimento da sentença) do Título VIII.

Desde logo é mister reconhecer que o deslocamento melhorou em mais de um ponto a estrutura do Código. A liquidação da

sentença, por exemplo, nunca estivera bem situada no Livro II, já que regulava (e regula) atividade substancialmente cognitiva, simples complementação da decisão, cujo conteúdo ela passa a integrar. O mesmo se dirá das disposições relativas às sentenças que julgam procedente pedido de condenação do réu a emitir declaração de vontade. Em nosso ordenamento - com a óbvia ressalva de condenações acessórias - não é preciso, nem cabível, suplemento algum de atividade ordenada à efetivação dessas sentenças: uma vez transitadas em julgado, elas produzem, por si sós, efeitos iguais aos que produziria o adimplemento do devedor. Era o que estatuíam os antigos arts. 639 a 641, de inserção clamorosamente heterotópica no Livro II,¹ em boa hora transferidos para lugar adequado (Capítulo VIII, Seção I, do Título VIII do Livro I), e com melhor seriação, a partir do dispositivo mais geral (art. 466-A) para o mais especial (art. 466-C).

Têm-se, destarte, dois conjuntos de disposições: um inserto no Livro I (arts. 475-A e segs.), outro no Livro II (arts. 566 e segs.). Abrange o primeiro bloco as regras concernentes à liquidação e ao chamado "cumprimento" da sentença (respectivamente, Capítulos IX e X do Título VIII do Livro I); o segundo, na maior parte, as referentes à execução fundada em título extrajudicial. Não se trata, no entanto, de compartimentos estanques: como se verá, não faltam superposições e contaminações recíprocas,² e o próprio texto reformado, *expressis verbis*, manda aplicar "subsidiariamente ao cumprimento de sentença, no que couber, as normas que regem o processo de execução de título extrajudicial" (art. 475-R). Para usar, sem quebra do devido respeito, expressão popular, os operadores do direito precisarão trabalhar "com um olho no padre, outro na missa". São evidentes os riscos; e fora bem melhor - sem embargo das temidas dificuldades na tramitação de projeto mais extenso no Congres-

¹ Tomamos a liberdade de remeter o leitor (inclusive para outras indicações bibliográficas) ao nosso artigo. "Aspectos da 'execução' em matéria de obrigação de emitir declaração e vontade", in **Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães**, Rio de Janeiro, 1999, p. 205 e segs., espec. 215. Cf., na mais moderna doutrina, ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, **Lições de Direito Processual Civil**, v. II, Rio de Janeiro, 2006, p. 270; ARAKEN DE ASSIS, **Cumprimento da sentença**, Rio de Janeiro, 2006, p. 82/3.

² Comparem-se os arts. 475-I, *caput*, princípio, e 644: é óbvia a redundância na remissão ao art. 461.

so Nacional - englobar toda a matéria numa única lei, em vez de dar-lhe tratamento fragmentário, para não dizer assistemático.

3. ASPECTOS DA METODOLOGIA DAS REFORMAS

À semelhança do que se vem fazendo noutros países (v.g. na Itália), o legislador brasileiro optou por manter, em regra, a numeração dos dispositivos não modificados ou só atingidos por modificações secundárias. Daí a necessidade, em que se achou, de assinalar os outros, portadores de novidades relevantes, com o acréscimo de uma letra em seguida ao número de cada qual: para ficarmos no exemplo mais gritante, o art. 475 vê-se agora distinguido com um séquito de nada menos de treze pingentes, de 475-A a 475-R. Mais um pouco, e teria de recorrer-se ao alfabeto grego...

Infelizmente, não se pôde, ou não se quis, tomar o cuidado de atrelar cada reboque a um carro-chefe a que ele se ajustasse *ratione materiae*. O art. 475, v.g., trata do duplo grau obrigatório de jurisdição - assunto com o qual praticamente nada têm que ver os arts. 475-A a 475-R, a ele justapostos. Foi o preço pago para conjurar perplexidades, supostamente inevitáveis numa renumeração geral, suspeita de vir a tornar menos fácil a localização dos textos cujos números já são familiares a quantos lidam com o Código.

A tal não se limitam, entretanto, os rangidos das novas dobradiças. Às vezes a heterotopia como que se desforra dos curativos feitos alhures. É o caso, por exemplo, dos já citados Capítulos IX e X do Título VIII do Livro I: a rubrica do título é "Do procedimento ordinário", mas facilmente se percebe que a ela de maneira alguma se acomodarão todas as hipóteses em que se haja de proceder à liquidação e/ou ao "cumprimento" da sentença. O alcance do conteúdo é mais vasto que o continente. Não deixa de ser curioso que o próprio texto reformado tenha achado necessário excluir a incidência das regras do Capítulo IX, ao proibir a emissão de sentença ilíquida "nos processos sob procedimento comum *sumário*" (art. 475-A, § 3º; grifamos): é intuitivo que sentença *líquida*, proferida naquele ou em qualquer outro procedimento, jamais comportaria liquidação, nem pois cairia no âmbito do capítulo.

Aliás, a rigor o problema começa antes: o Livro I continua a intitular-se "Do processo de conhecimento", embora não faltem no

Capítulo X disposições relativas a atos de índole ostensivamente *executiva*, como - para ficarmos num exemplo - as de que cuidam o art. 475-J e seus parágrafos.

4. ESTRUTURA ATUAL DO LIVRO I

O Livro I, com a rubrica "Do processo de conhecimento", apresentou sempre extensão bastante avantajada em confronto com os outros. Na versão original, continha 565 artigos, mais da metade do total (1.220). Em parte considerável, devia-se isso ao fato de não ter o legislador contemplado uma Parte Geral, onde se concentrassem as disposições genericamente aplicáveis às diversas espécies de processos, como as constantes dos Títulos I ("Da jurisdição e da ação"), II ("Das partes e dos procuradores"), III ("Do Ministério Público"), IV ("Dos órgãos judiciários e dos auxiliares da Justiça"), V ("Dos atos processuais") e VI ("Da formação, da suspensão e da extinção do processo") do livro sob exame.³

A superioridade em números continua a existir depois das reformas, e até aumentou, com a transposição de dispositivos do Livro II. Ela subsiste ainda a deixar-se de lado a remissão feita no art. 475-R, que em última análise concorre para inflar o Livro I, em particular o Capítulo X do Título VIII, com as normas do Livro II ditas aplicáveis, "subsidiariamente" e "no que couber" (fórmulas não raro de concretização problemática) ao "cumprimento da sentença".

Recapitulando, o atual Livro I na verdade compreende, em arrumação cuja falta de homogeneidade salta aos olhos:

a) disposições de incidência genérica, nele embutidos à mínima de uma Parte Geral;

b) com maior propriedade, regras que governam a atividade cognitiva (inclusive, agora, a liquidação), exceto as peculiares aos procedimentos especiais, relegadas ao Livro IV;

c) disposições - tradicionalmente situadas no campo da execução - relativas à atividade porventura necessária para dar efetividade a sentenças de procedência (arts. 475-I e segs.).

³ A opção foi criticada em sede doutrinária: v.g., HÉLIO TORNAGHI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, São Paulo, 1974, p. 70; em data mais recente, e com extensão bem maior, ARAKEN DE ASSIS, ob. cit., p. 3/4, o qual verbera a "hipertrofia" do Livro I "e o conseqüente desequilíbrio estrutural do CPC".

Disso tudo ressaí, ainda mais que antes das reformas, a impropriedade da rubrica "Do processo de conhecimento". Ela mistura alhos com bugalhos, soma quantidades heterogêneas, vício tão criticável em direito quanto em matemática.

5. ESTRUTURA ATUAL DO LIVRO II

O Livro II conserva, em grande parte, o conteúdo anterior às reformas, ressalvadas as disposições que se deslocaram para o Livro I e as constantes do antigo Título V, que tinham por objeto a remição de bens penhorados - instituto extinto pela Lei nº 11.382. A matéria própria do Livro II é, na substância, a execução fundada em título extrajudicial, mas nele se encontram não poucas regras aplicáveis ao "cumprimento da sentença", conforme deixa certo o supracitado art. 475-R. Nem surpreende a tradicional inclusão nesse livro da disciplina de processos tipicamente cognitivos por natureza, conquanto incidentes no curso de execução: é o caso dos "embargos do devedor" (arts. 736 e segs.).

Da eliminação do antigo Título V tampouco resultou, no Livro II, mudança de numeração: o Título VI continuou a ser tal. As rubricas são as seguintes: "Da execução em geral" (Título I), "Das diversas espécies de execução" (Título II), "Dos embargos do devedor" (Título III), "Da execução por quantia certa contra devedor insolvente" (Título IV), "Da suspensão e da extinção do processo de execução" (Título VI).

A propósito, bem se poderia ter aproveitado a ocasião para modificar a inadequada rubrica do Título III, substituindo-se "do devedor" por "do executado": de acordo com o desfecho desse pleito, é sabido, pode-se chegar à conclusão de que o executado na verdade não era devedor. Por sinal, claramente inculcava semelhante modificação o teor do primeiro dispositivo do Título III, *caput, verbis* "O **executado**, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos" (grifamos). Em todo caso, o legislador das reformas pode invocar, à guisa de atenuante, a circunstância de que o mau vezo não é invenção sua, mas remonta a 1973.

É intuitivo que a disposição do art. 598 ("Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo

de conhecimento") seria desnecessária caso se abrisse o texto do Código por uma Parte Geral, onde se localizassem as normas genericamente aplicáveis a todas as espécies de processos. Seja como for, e sem prejuízo das críticas pertinentes, corroborado fica que os Livros I e II não são compartimentos hermeticamente fechados: cada qual toma "de empréstimo" ao outro as disposições acaso imprescindíveis para complementar a respectiva disciplina. Existem, e já existiam antes das reformas, infiltrações e intrusões de um livro no outro.

6. QUESTÕES TERMINOLÓGICAS

6.1. Um princípio desprezado

Ensina antiga sabedoria que as leis devem, de preferência, empregar as palavras sempre em igual sentido. É uma estratégia superior à de traçar disposições definitórias: não raro o talhe do legislador-alfaiate produz roupa excessivamente justa ou folgada demais. Ao contrário, se invariável a acepção em que se emprega cada palavra, a doutrina, mediante o cotejo entre os vários dispositivos onde ela figura, sem dificuldade extrai daí conceito preciso.

Seria incorreto dizer que o CPC, desde a redação originária, rendeu a devida homenagem a esse princípio. Basta lembrar as névoas que toldaram os conceitos dos atos praticados pelo juiz, à vista das infidelidades, esparsas ao longo do texto, às definições do art. 162, §§1º a 3º.⁴

De qualquer maneira, é lamentável que as reformas recentes tampouco hajam dado ao princípio a devida atenção. As equívocidades são freqüentes. Vamos ilustrar o asserto com alguns exemplos.

6.2. A PALAVRA "CUMPRIMENTO"

O Capítulo X do Título VIII, acrescentado pela Lei nº 11.232, logo de saída, usa a palavra "cumprimento" na rubrica e no *caput* do

⁴ Vide BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, 13ª. ed., Rio de Janeiro, 2006, p. 241 e segs. Diga-se de passagem que a Lei nº 11.232 modificou para pior o teor do § 1º: uma extensa crítica em nosso artigo "A nova definição de sentença", in *Temas de Direito Processual* (Nona Série), São Paulo, 2007, p. 167 e segs.

primeiro dispositivo, o art. 475-I, *verbis* "O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos os demais artigos deste Capítulo". Vê-se com facilidade que o conceito de "cumprimento" não tem a mesma extensão em ambos os textos.

Com efeito: a rubrica abrange logicamente *todo* o capítulo, como é característico das rubricas, cuja função consiste justamente em identificar *in genere* o objeto das disposições que se lhes seguem. Nela, pois, é de supor que se compreendam *quaisquer* modalidades de cumprimento. O teor do art. 475-I, *caput*, entretanto, não se harmoniza com tal suposição. A conjunção "ou", alternativa que é, distingue nitidamente duas categorias: de um lado, as regidas pelos arts. 461 e 461-A, de outro as de "obrigação por quantia certa", nas quais incidem os "demais artigos" do capítulo. E a linguagem utilizada dá a entender que só estas se cumprem "por execução", ao passo que ao cumprimento daquelas não é adequado semelhante *nomen iuris*. Têm-se, pois, duas espécies de cumprimento, uma "por execução", outra sem denominação particular; e parece limitar-se àquela a incidência dos "demais artigos" do capítulo - desmentindo-se, assim, o caráter *genérico* da rubrica, que a rigor conviria, nessa óptica, a *uma única* das duas espécies.

A acepção genérica do termo volta à tona, contudo, no art. 475-P, *caput*, que enumera os juízos perante os quais se procederá à efetivação (batizada de "cumprimento") do julgado. Aí, é óbvio, tanto se alude às hipóteses de "obrigação por quantia certa" quanto a quaisquer outras, nada importando que sejam regidas pelo art. 461 ou pelo art. 461-A.⁵ Por exemplo: em se tratando de entrega de coisa, não sofre dúvida que as providências contempladas no § 2º do art. 461-A, caso necessárias, competirão ao "juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição" (art. 475-P, nº II, com ressalva do disposto no § 2º). Menos clara afigura-se a compreensão do art. 475-R, segundo o qual se aplicam subsidiariamente "ao cumprimen-

⁵ Com acerto sublinha ARAKEN DE ASSIS, ob. cit., p. 177, que, a despeito do teor literal do art. 475-I, *caput*, "na verdade a questão da competência surge em todas as espécies de cumprimento, independentemente da natureza da prestação imposta ao vencido ou do comportamento exigível do condenado para satisfazer o vitorioso". E a resposta a essa questão não varia, em regra, de um para outro caso.

to da sentença, no que couber, as normas que regem o processo de execução de título extrajudicial". Se é de normas tais que se cogita, ocorrerá talvez a algum intérprete que o dispositivo respeita exclusivamente às hipóteses de cumprimento "por execução", referidas na segunda parte do *caput* do art. 475-I.⁶

O que ficou dito concerne, ocioso frisar, ao uso da palavra "cumprimento" nos *textos reformados*. Se ampliássemos nosso horizonte, para alcançar também as disposições do código que as recentes reformas deixaram incólumes, verificaríamos que vêm de maior distância as variações de sentido. "Cumprimento" e respectivos cognatos, como o verbo "cumprir", assumem ao longo do código significados nem sempre coincidentes. Basta ver que em inúmeros lugares se cogita de comportamentos voluntários, prescritos em razão de dever ou de ônus, inteiramente alheios ao problema da efetivação de sentenças: v.g., arts. 39, parágrafo único, 284, parágrafo único, 328 etc.⁷

Em resumo: o princípio da univocidade, já desrespeitado na versão primitiva do estatuto processual, viu-se de novo ferido nas reformas de 2005/6. Seria demasiado esperar que o legislador se valesse do ensejo para corrigisse o defeito; mas era razoável pretender que pelo menos se abstinhasse de agravá-lo. O contrário é que aconteceu.

6.3. A palavra "execução"

Retomando o que ficou dito acerca do teor do art. 475-I, a nítida impressão dada pelo *caput* é a de que o emprego da palavra "execução" somente seria legítimo para *um tipo* de "cumprimento",

⁶ Dão a impressão de assim pensar - conquanto não explicitem o entendimento - LUIZ RODRIGUES WAMBIER - TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER - JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, São Paulo, 2006, p. 200, sobretudo à vista dos exemplos: "ordem dos bens a serem penhorados", "proibição de alienar o bem penhorado por preço vil", "concurso singular de credores".

⁷ No artigo "Cumprimento e execução de sentença: necessidade de esclarecimentos conceituais", in *Temas de Direito Processual* (Nona Série), São Paulo, 2007, p. 327, mencionamos por lapso o art. 657, que todavia já não ostenta a redação anterior à Lei nº 11.382, nem contém a palavra "cumprida" ou qualquer outra da família. Talvez valha a pena advertir o leitor que, no presente texto, estamos fazendo abstração do uso de "cumprimento" (ou cognato) no sentido do direito material, em que o termo também aparece em diversas disposições do código: exemplificativamente, arts. 63, 288, 585, § 2º...

o de sentença relativa a "obrigação por quantia certa".⁸ Em tal perspectiva, "cumprimento" e "execução" estariam, aquele e esta, em relação de *gênero* a *espécie*, desprovida a outra espécie (a regida pelos arts. 461 e 461-A) de designação especial.

A questão que de imediato se põe é: aplicam-se ao cumprimento segundo os arts. 461 e/ou 461-A as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 475-I, cujo texto apenas se refere, literalmente, à "execução"? Para começar: as noções de provisoriedade e definitividade da execução não se ligam senão a sentenças que imponham pagamento em dinheiro? A resposta há de ser negativa. Suponhamos que o juiz haja imposto ao réu um *facere*, e a sentença venha a ser confirmada em grau de apelação, porém o vencido interponha recurso especial. Enquanto pendente a apelação, a sentença ainda não produzirá efeito; depois disso, todavia, muda a situação: o recurso especial não tem efeito suspensivo, porém a sentença até aí não haverá transitado em julgado. Será ela suscetível de efetivação? Decerto que sim, mas a título provisório; a título definitivo, só após o trânsito em julgado. Significa isso que a palavra "execução", no § 1º do art. 475-I, não remete exclusivamente às hipóteses de "obrigação por quantia certa", senão a todas aquelas em que a satisfação do litigante vitorioso reclame um suplemento de atividade.⁹ E outro tanto se poderá afirmar, *mutatis mutandis*, do disposto no § 2º. Quer isso dizer que "execução" está empregada aí em sentido amplo, diverso do que sugere o *caput*.

Há mais. Ao arrolar os títulos executivos judiciais, o art. 475-N, inciso I, inclui no elenco "a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entre-

⁸ Supérfluo ressaltar que se faz aqui abstração da linguagem do atual Livro II, quanto à execução fundada em título extrajudicial.

⁹ Lê-se em NELSON NERY JUNIOR - ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *Código de Processo Civil comentado*, 9ª. ed., São Paulo, 2006, p. 586: "Aplicam-se às obrigações de fazer e não fazer, subsidiariamente, as regras do cumprimento de sentença, constantes do art. CPC 475-I *et seq*" (grifado no original). Cf. CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, *in A nova execução* (org. do próprio autor), Rio de Janeiro, 2006, p. 187/8, o qual, referindo-se às espécies dos arts. 461 e 461-A, sustenta que, mesmo nessas hipóteses, "poderá ser necessário ou conveniente, em determinados casos, o *cumprimento provisório* da sentença, a ser regido por analogia pelo mesmo regramento do art. 475-I e respectivos parágrafos e incisos, no que couber". Por seu turno, GUILHERME RIZZO AMARAL, no cit. vol. coletivo, p. 92, fala em "*cumprimento provisório e execução provisória*", deixando claro - não obstante a alusão separada a cada qual - que o conceito de provisoriedade é comum a ambas as modalidades de efetivação do *decisum*.

gar coisa ou pagar quantia". Consoante se percebe, a referência é genérica, não se restringe à área das sentenças que imponham pagamento em dinheiro. Ora, "título executivo" é expressão que somente pode significar "título hábil à instauração de execução". Por conseguinte, o texto autoriza o uso desta palavra com relação a sentenças atinentes a *quaisquer* obrigações, em sensível desarmonia com o disposto no art. 475-I, *caput*, que o limita aos casos de "obrigação por quantia certa". Outro exemplo de emprego por assim dizer promíscuo de palavras de ambas as famílias é o do art. 475-P, cujo *caput* fala em "cumprimento", ao passo que o parágrafo único alude a "exeqüente" e "executado".¹⁰

Em suma: o uso ambíguo da palavra "execução", do ponto de vista em que agora nos colocamos, nada fica a dever ao de "cumprimento". Se não se poderia negar que uma e outra já eram equívocas na redação originária do código, o legislador das reformas só fez agravar o defeito.

7. O TÍTULO III DO LIVRO II

Merece análise à parte, por suas peculiaridades, o Título III do Livro II. Já ficou registrado que não é nova a rubrica "Dos embargos do devedor", conquanto criticável, pois, afinal de contas, repita-se, bem pode suceder que, na verdade, o executado embargante *não seja devedor*. Mas vamos diretamente a outros pontos.

Compõe-se o aludido título de quatro capítulos, cujas rubricas são: "Das disposições gerais" (I), "Dos embargos à execução contra a Fazenda Pública" (II), "Dos embargos à execução" (III) e "Dos embargos na execução por carta" (IV). A rubrica do Capítulo III ("Dos embargos à execução") cobre, à evidência, matéria mais vasta do que sugere: basta atentar em que (a) os "embargos à execução contra a Fazenda Pública" nada mais são que uma espécie... de embargos à execução, individualizada apenas pela qualidade do sujeito passivo; e (b) a disposição solitária do art. 747, sobre questão de

¹⁰ Essa e outras incoerências levam água ao moinho de quem faz tábua rasa da diferença, que se pretendeu estabelecer, entre "cumprimento" e "execução": assim, enfaticamente, CASSIO SCARPINELLA BUENO, *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, v. I, São Paulo, 2006, p. 68: "Para todos os fins, a palavra 'execução' e a expressão 'cumprimento da sentença' podem e *devem* ser tidas como *sinônimas*" (grifos do autor).

competência, nem sequer contempla outra espécie, mas apenas incidente suscetível de ocorrer em qualquer hipótese.

O defeito assinalado por último já vem do texto original do código, mas o legislador das reformas bem podia ter aproveitado a oportunidade para corrigi-lo. Quanto ao resto, é exclusivamente sua a responsabilidade. Decididamente imprópria, reitere-se, porque restritiva demais, é a rubrica do Capítulo III, sob a qual poderiam perfeitamente situar-se as disposições dos Capítulos II e IV. Por outro lado, naquele, e só naquele, figura disposição (art. 743) que estabelece em termos expressos o conceito de "excesso de execução", como se a questão não pudesse surgir senão em face da Fazenda Pública. Nada menos exato, conforme aliás evidencia o art. 745, nº III, *principio*, localizado no Capítulo III ("Dos embargos à execução"), o qual igualmente se refere, embora sem defini-lo, ao "excesso de execução". Deve entender-se, é claro, que a enumeração do art. 743 vale também aí.¹¹

À vista da rubrica, parece que o Livro II trata unicamente da execução fundada em título extrajudicial. No entanto, o inciso I do art. 741 torna patente a estranhável intromissão de regra que, no contexto, só pode respeitar ao processo de conhecimento. Com efeito: autoriza ele a propositura de embargos na execução contra a Fazenda Pública, com fundamento na "falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia". Ora, não há conceber que a Fazenda deixe correr "à revelia" a execução mesma. A alusão remete por força ao processo de conhecimento: aí, sim, concebe-se que a Fazenda haja ficado revel.¹² O dispositivo é remanescente do antigo art. 741, nº I, que continha cláusula expressa, de alcance não limitado à hipótese ora em foco; a respectiva omissão, no texto novo, talvez revele no legislador certo escrúpulo em embutir a referência a "processo de conhecimento" em capítulo supostamente reservado à

¹¹ CASSIO SCARPINELLA BUENO, ob. cit., v. 3, p. 295, analisando o art. 745, remete expressamente ao art. 743 para a enumeração dos casos de excesso de execução.

¹² Corretamente, ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, *Manual de Direito Processual Civil*, v. 2, 11ª. ed., São Paulo, 2007, p. 215, a propósito do atual art. 741, inciso I: "A falta ou nulidade de citação, que é causa de embargos do devedor, não é a do *processo de execução*, mas a do de conhecimento, de onde se originou o título" (grifado no original).

disciplina de uma espécie de execução. A realidade, no entanto, transparece por sob o inútil véu.

8. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Em apertada síntese, assim se podem enunciar as principais conclusões a que o dito acima permite chegar com segurança:

1ª. Foi infeliz o legislador ao escolher o lugar onde inseriria as novas disposições, atinentes à liquidação e ao "cumprimento" da sentença - em parte, por falta de ligação substancial com o art. 475, ao qual se seguem; em parte ainda, e sobretudo, porque várias daquelas não têm natureza cognitiva, de modo que não ficam bem acomodadas no Livro I, e menos ainda no Capítulo X do Título III, que trata do procedimento *ordinário*;

2ª. Agravou-se a heterogeneidade do Livro I, e por conseguinte a inadequação da respectiva rubrica ("Do processo de conhecimento") - menos por culpa desta que da inchação do conteúdo;

3ª. Ao arrepio do que recomenda a boa técnica, e embora decerto não intencionalmente, exacerbou-se o defeito da equivocidade, sobretudo com o emprego um tanto promíscuo das palavras "cumprimento" e "execução" (e respectivos cognatos).

O presente artigo não se propunha submeter as reformas do CPC a análise crítica minuciosa, mas unicamente despertar a atenção dos reformadores e dos leitores para algumas questões técnicas a nosso ver nem sempre bem resolvidas. Por isso não nos deteremos em comentar deslizes de menor relevância, como o uso ora de "decisão", ora de "sentença", respectivamente nos arts. 718 e 719, para designar o mesmo pronunciamento do juiz, a decretação de usufruto, nem a superfluidade da adjetivação "móvel ou imóvel" (não há *tertium genus!*), na rubrica e noutros dispositivos da seção.

Uma pergunta final: será por demais atrevida a sugestão de que se "passe a limpo" o texto, para escoimá-lo, quanto possível, de imperfeições como as mencionadas? (E, já que estaríamos com a mão na massa, que tal "passar a limpo" o código todo, cuja sistemática, se tinha rachaduras de início, agora se acha decididamente reduzida a cacos?).

Parcelamento Judicial da Dívida

Nagib Slaibi Filho

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

Na reforma das leis processuais, intenta-se não somente acelerar o procedimento, mas, principalmente, atender ao dever institucional e razão de ser da Justiça, que é a resolução dos conflitos de interesse e a efetiva realização de suas decisões.

Neste desiderato, a Lei nº. 11.382/06 acrescentou o artigo 745-A ao Código de Processo Civil, dispondo sobre os embargos do devedor na execução por título extrajudicial, e a possibilidade de o executado requerer o parcelamento do débito em até 6 (seis) vezes, comprovado o depósito de 30% do valor da execução.

Assim, ensina-nos Humberto Theodoro Júnior:¹

A medida tem o propósito de facilitar a satisfação do crédito ajuizado, com vantagens tanto para o executado como para o exequente. O devedor se beneficia com o prazo de espera e com o afastamento dos riscos e custos da expropriação executiva; e o credor, por sua vez, recebe uma parcela do crédito, desde logo, e fica livre dos percalços dos embargos do executado.

E o estimado mestre esclarece que a medida visa à realização da execução de forma menos onerosa para o devedor, atendendo ao disposto no conhecido artigo 620 da lei processual, e garantindo,

¹ Humberto Theodoro Junior, *A Reforma da Execução do Título Extrajudicial*, Ed. Forense, 2007, p. 216.

de outro lado, o recebimento pelo credor do crédito em um prazo menor do que o inicialmente esperado.

A solução está prevista na lei somente para a execução por título extrajudicial, levando à natural indagação quanto à aplicação dessa moratória no procedimento do cumprimento de sentença.

Humberto Theodoro Júnior entende que não:

Com o parcelamento legal busca-se abreviar, e não procrastinar, a satisfação do direito do credor que acaba de ingressar em juízo. O credor por título judicial não está sujeito à ação executiva, nem tampouco corre o risco de ação de embargos do devedor. O cumprimento da sentença desenvolve-se sumariamente e pode atingir, em breve espaço de tempo, a expropriação do bem penhorado e a satisfação do valor da condenação. Não há, pois, lugar para prazo de espera e parcelamento num quadro processual como esse.²

Tal entendimento conduz a uma séria limitação para o magistrado na prestação jurisdicional, o que neste estudo se pretende obviar, pois:

A eficiência do Poder Judiciário deixa de ser matéria de exclusiva atenção dos integrantes da comunidade jurídica, para merecer do universo da sociedade a crítica e a vigilância daqueles que sabem que somente os órgãos da Justiça podem tratar, em igualdade de condições, os indivíduos que se diferenciam pela maior ou menor capacidade de lutar pelos seus interesses e, em conseqüência, de garantir a própria existência e desenvolvimento.³

Enfim, a lei é um roteiro seguro para o magistrado no julgamento da lide e no cumprimento da sentença, como indicam os arts. 126 e 127 do Código Processual, sem que, no entanto, nela se esgotem as possibilidades para as resoluções dos casos, pois o magistra-

² Humberto Theodoro, *op. cit.* p. 217;

³ Nagib Slaibi Filho, *Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2006, p. 538.

do também deve se ver obrigado a se socorrer da analogia, dos costumes, dos princípios gerais do Direito, somente podendo julgar por equidade quando autorizado pela norma legal.

A lei não prevê o parcelamento do débito no cumprimento da sentença, mas a tal se viu obrigado o signatário a conceder.

Houve um caso concreto em que um grande condomínio de unidades residenciais fora condenado a indenizar a viúva de condômino que caíra no fosso do elevador.

Após a devida liquidação, em fase de cumprimento de sentença, foi realizada penhora *on line*, o que levou a agravo de instrumento em que argumentava o condomínio que o valor penhorado inviabilizou o prosseguimento de suas atividades, como, por exemplo, pagamento de água, luz, mais de três dezenas de empregados e fornecedores, requerendo o levantamento da penhora.

Observou-se de plano que o condomínio sequer se dera ao trabalho de convocar assembléia-geral para instituir meio de cumprimento da sentença, com a cobrança de cotas-extras, se não houvesse outro meio.

Enfim, não podia o magistrado, em sede de cumprimento de sentença, socorrer-se de cômoda posição legalista em face da iminente ocorrência de caos na vida condominial por sua impossibilidade de pagar salários aos empregados e as obrigações com os fornecedores públicos e privados.

Imagine agora se esse mesmo caso ocorresse antes da vigência da Lei 11.382/06, que incluiu o artigo 745-A ao CPC.

Nesse caso, os aplicadores do direito que se sentem mais seguros com as regras legais logo invocariam o artigo 126 do Código de Processo Civil, que dispõe: O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Veja o que se decidiu no acórdão do Agravo de Instrumento nº 2007.002.03062, julgado pela Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

*“Agravo de instrumento nº 2007.002.03062
Agravante: Condomínio do Edifício Parque Residencial Centro
do Rio*

Agravado: Maria Efigênia Soares de Figueiredo

Interessada: Marítima Seguros S/A

DECISÃO

Cumprimento de sentença visando à satisfação da quantia de R\$ 140.558,52, valor de abril de 2006 (fls. 58/59 deste instrumento).

O condomínio reclama que a penhora on line chegou a R\$ 168.706,22, bloqueando-se a quantia de R\$ 34.108,02, o que inviabiliza o seu funcionamento, pois tem receita e despesa orçadas em mais ou menos R\$ 100.000,00 mensais com obrigações junto a 32 empregados, mais pagamento de água, luz, elevadores e encargos em outra causa.

Pediú reforma da decisão que mandou fazer a penhora on line com o acréscimo de 10% do art. 475-J do Código de Processo Civil, restringindo-se a penhora em 15% do que arrecadar diariamente, liberando-se a conta nesta proporção.

Reconheço a urgência do pedido condominial posto como liminar neste recurso incidental em face de suas obrigações perante empregados e terceiros, assim propiciando a continuação da vida comunitária.

Por outro lado, a credora é pessoa idosa.

Incide o disposto no art. 475-M da lei processual, pois o prosseguimento dos atos executivos, pelo modo pelo qual se realiza, poderá causar lesão insuportável a uma grande comunidade de pessoas, o que deve ser levado em conta juntamente com o direito da credora de ver o seu crédito satisfeito.

O fato é que os condôminos, neste caso, sequer se reuniram em assembléia-geral para discutir e encontrar solução para o pagamento a que foram condenados, razão pela qual devem ser compelidos ao cumprimento de seu dever social.

Assim, visando atender tanto quanto possível aos interesses dos envolvidos, propiciando meios razoáveis para o cumprimento da sentença e a manutenção da vida comunitária, procedo ao seguinte escalonamento da dívida:

a) mantenho a penhora de R\$ 17.000,00 (dezesete mil reais), liberando o restante que se encontra bloqueado;

b) como as cotas devem ser pagas até o dia 10 de cada mês, no dia 13 deste mês de fevereiro deverá ser bloqueada a quantia de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais);

c) restando, a grosso modo, a quantia de R\$ 135.000,00 (cento e trinta e cinco mil reais), e suprimindo a omissão dos condôminos-devedores que não instituíram cota extra para o pagamento de tal obrigação, decreto cota-extra, a ser satisfeita pelas 412 (quatrocentas e doze) unidades, durante 5 (cinco) meses, de R\$ 65,00 (sessenta e cinco) reais para cada uma delas;

d) a cobrança da cota extra ora constituída, ao menos por enquanto, não necessita de garantia pela penhora on line, pelo que determino ao Senhor Síndico, no segundo dia útil seguinte ao vencimento de cada contribuição, pagar o devido diretamente à credora, com cópia do demonstrativo do banco recebedor.

Em face do constante nos itens a) e b), a penhora on line será levantada integralmente no dia 15 deste mês, autorizando-se o pagamento, à credora, das quantias mencionadas em tais itens.

Delego à ilustre Juíza de Direito da 46ª Vara Cível o que mais for necessário para o cumprimento desta decisão.

Cópias desta decisão deverão ser urgentemente afixadas por Oficial de Justiça nas portarias e nos elevadores do Condomínio.

Oficie-se ao Juízo de origem.

Intimem-se a agravada e o interessado para impugnar este recurso, querendo, no prazo legal.

Rio de Janeiro, em 2 de fevereiro de 2007.

Desembargador Nagib Slaibi Filho

Relator"

Tal decisão relatorial foi prestigiada pelos integrantes do órgão fracionário.

Enfim, no julgamento dos casos concretos, ainda em sede de cumprimento de sentença, pela analogia autorizada pelo disposto no art. 126 da lei processual, pode e deve o magistrado, fundamentadamente, parcelar a dívida. ☐

Reflexos do Novo Código Civil nas Relações de Trabalho

Arnaldo Süssekind

*Ministro (aposentado) do TST e Titular da
Academia Brasileira de Letras Jurídicas.*

O Código Civil do doutíssimo Clóvis Bevilacqua refletiu, com indiscutível rigor, o liberal individualismo da Revolução Francesa, consubstanciado no Código de Napoleão. Já o novo Código Civil brasileiro, projetado por renomada comissão sob a presidência do emérito Miguel Reale, refletiu as tendências sociais contemporâneas, prestigiando princípios e normas que se sintonizam com as consagradas pelo Direito do Trabalho. Na esplêndida síntese do saudoso jurista e político Josaphat Marinho, que foi o relator do projeto no Senado. "O Código Novo vê o *homem*, integrado na sociedade; o antigo divisou o *indivíduo*, com seus privilégios" (**Novo Curso de Direito Civil**, de Pablo Stolge Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, SP, Saraiva, vol. I, 2002, p. XX).

A diretriz *mater*, a iluminar as normas atinentes ao contrato, está inserida no art. 421, *in verbis*:

"A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

Em esclarecedora palestra proferida no Rio de Janeiro, o douto Desembargador Sylvio Capanema acentuou:

"De um modelo individualista, solidamente alicerçado nos velhos dogmas do Estado Liberal, que transformava os princí-

pios da autonomia da vontade e da imutabilidade dos contratos em valores quase absolutos, passamos agora para um sistema profundamente comprometido com a função social do direito, e preocupado com a construção da dignidade do homem e de uma sociedade mais justa e igualitária.”

A boa-fé objetiva, que passa a exigir dos contratantes uma efetiva conduta honesta, leal e transparente, transformou-se em dever jurídico, em cláusula geral implícita em todos os contratos, substituindo o velho conceito de boa-fé subjetiva, que traduzia mera exortação ética, que pouco contribuía para garantir equações econômicas justas”.

Uma das características do Direito do Trabalho é a irrenunciabilidade de direito instituído por norma legal imperativa, e esse princípio alcança tanto a transação, que corresponde a um negócio jurídico bilateral, quanto a renúncia, que é um ato unilateral.

A renunciabilidade de direitos, em relação ao trabalhador, deve ser admitida apenas excepcionalmente, em face das condições especiais configuradas em cada caso concreto. Ainda que se trate de direito não imposto por norma jurídica de ordem pública, a renúncia, admitida em princípio, deve ser examinada de conformidade com os princípios tendentes a restringi-la. Destarte, são irrenunciáveis os direitos que a lei, as convenções coletivas, as sentenças normativas e as decisões administrativas conferem aos trabalhadores, salvo se a renúncia for admitida por norma constitucional ou legal ou se não acarretar uma desvantagem para o trabalhador ou um prejuízo à coletividade; são renunciáveis os direitos que constituem o conteúdo contratual da relação de emprego, nascidos do ajuste expresso ou tácito dos contratantes, ou quando não haja proibição legal, inexistir vício de consentimento que importe prejuízo ao empregado.

Consoante estatui a CLT serão nulos de pleno direito: a) os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação (art. 9º); b) a alteração contratual em prejuízo direto ou indireto ao trabalhador (art. 468), salvo nos casos expressos previstos em lei. Esses casos,

que na legislação trabalhista infraconstitucional eram raros, foram consideravelmente ampliados pela Constituição de 1988, cujo art. 7º facultou às convenções coletivas e aos acordos coletivos - deles participaram obrigatoriamente os sindicatos dos trabalhadores - a estipularem redução do salário contratual (inciso VI), compensação ou redução da jornada de trabalho (inciso XIII) e ampliação da jornada dos turnos ininterruptos de revezamento (inciso XIV). É evidente que essas exceções ao regramento geral não podem ser ampliadas, razão por que não se estendem aos temas tratados nos demais incisos, ainda que atinentes a prestações de natureza salarial: salário mínimo, piso salarial, 13º salário, adicionais de trabalho insalubre ou perigoso etc.

Por via de conseqüência, o art. 468 da CLT foi derogado no que tange às alterações *in pejus* de que cogitam os incisos VI, XIII e XIV do art. 7º da Constituição.

A transação é um negócio jurídico - ato bilateral - em virtude do qual, como escrevemos alhures,

“as partes interessadas extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas. Para que haja transação, é imprescindível que: a) duas pessoas, pelo menos, estejam vinculadas entre si, por força da relação jurídica da qual decorrem direitos e obrigações; b) haja incerteza no pertinente a determinado ou determinados direitos ou obrigações; c) a dúvida se refira a direitos patrimoniais, isto é, direitos incorporados ao patrimônio de uma das partes do contrato; d) a controvérsia seja extinta mediante concessões recíprocas”. (Instituições de Direito do Trabalho, SP, LTr., 22ª ed., v. I, p. 118).

Em virtude dos princípios que norteiam o Direito do Trabalho, a renúncia e a transação de direitos devem ser admitidas como exceção. Por isto mesmo, não se deve falar em renúncia ou em transação tacitamente manifestadas, nem interpretar extensivamente o ato pelo qual o trabalhador se despoja de direitos que lhe são assegurados ou transaciona sobre eles. Aliás, no concernente à transação, o novo Código Civil é explícito;

“Art. 843. A transação interpreta-se restritivamente e por ela não se transmitem, apenas se declaram ou se reconhecem direitos”.

O art. 166 do Código Civil, dentre os eventos determinantes da nulidade do negócio jurídico, preceitua que este será nulo quando:

“III - O motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - A lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir a prática, sem cominar sanção”.

A fraude, como soe acontecer, pode verificar-se, tal como explicita o Código Civil, em virtude de *simulação*, que se caracteriza, dentre outros motivos, quando o negócio jurídico contiver “declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira” (art. 167, inciso II). Nas relações de trabalho é comum a simulação de modalidade contratual com o objetivo de encobrir inquestionável relação de emprego. E o vício de consentimento imposto ao trabalhador pode advir de erro, dolo, coação, estado de perigo ou lesão irresistível.

Pelo Código Civil os negócios jurídicos são *anuláveis*, ao contrário do negócio nulo, e prevalecem até que a nulidade seja declarada em juízo:

*a) quando as declarações de vontade emanarem de **erro substancial** que poderia ser percebido por pessoal de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio (art. 138);*

*b) por **dolo**, quando este for a sua causa (art. 145), considerando-se doloso o silêncio intencional de fato ou qualidade que, se conhecido pela outra parte, o negócio não se teria realizado (art. 147);*

*c) por **coação** capaz de viciar a declaração de vontade de uma das partes (art. 151), cumprindo na sua análise, ter “em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias que possam influir na gravidade dela” (art. 152);*

d) quando o estado de perigo induz a parte a assumir obrigação excessivamente onerosa, premida da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte (art. 156);

e) por lesão, “quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta” (art. 157).

As precitadas normas, como se infere, irradiam luz para a cotidiana aplicação do Direito do Trabalho, fundamentado a interpretação que a doutrina e a jurisprudência vêm dando às nulidades nas relações de trabalho.

Ao ensejo do centenário de nascimento do notável jurista que foi Orlando Gomes, parece-me oportuno registrar alguns atos de que participou, correlacionados com a afirmação do Direito do Trabalho em nosso País e a sua influência na socialização de Código Civil de 2002.

No inesquecível Primeiro Congresso Brasileiro de Direito Social, realizado em maio de 1941, na cidade de São Paulo e primorosamente organizado pelo eminente Professor Cesarino Junior e o renomado advogado Ruy de Azevedo Sodré, fez sucesso a tese apresentada por Orlando Gomes sobre a “Influência da Legislação do Trabalho na Evolução do Direito”. Vale reproduzir, nesta oportunidade, os seus primeiros parágrafos.

“A legislação do trabalho é o mais importante processo normativo da sociabilização do Direito. Não deve ser compreendida, pois, como um simples fenômeno de especialização das disciplinas jurídicas.

Os princípios que a informam contrariam os postulados fundamentais do sistema jurídico tradicional. Seus preceitos trazem o incisivo caráter revolucionário da concepção filosófica que os inspira. Suas instituições básicas têm uma feição própria, singular, inconfundível. Seu objeto compreende relações, cuja estruturação se reveste, hoje, de capital importância para o desenvolvimento da sociedade.

Neste pressuposto, não se pode negar que as leis sociais estão exercendo uma profunda e decisiva influência na evolução do Direito, cuja intensidade não foi ainda devidamente sondada.

Em verdade, constituem uma precoce manifestação do direito futuro”.

Profetizou, portanto, o que o novo Código Civil Brasileiro consagrou, tal como assinalou nos seus trabalhos sobre a codificação desse ramo fundamental do Direito.

É inquestionável que o nome de Orlando Gomes está imortalizado na história do Direito Brasileiro, como é indubitável que diversas disposições do novo Código Civil se harmonizam com a legislação trabalhista. 📄

Princípio da Proporcionalidade para Além da Coisa Julgada

Maria Berenice Dias

*Desembargadora do TJ/RS. Vice-Presidente
Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de
Família - IBDFAM*

Diz a Lei de Alimentos (LA), no art. 15, com todas as letras: "A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado..." Essa assertiva legal foi amplamente contestada pela doutrina, consolidando-se o entendimento de que as sentenças proferidas em ações de alimentos, como quaisquer outras sentenças, podem ter sua eficácia limitada no tempo, quando fatos supervenientes alterem os dados da equação nela traduzida.¹ De nenhuma particularidade especial se reveste a sentença alimentária quanto à coisa julgada.² Essa orientação acabou sendo aceita pela jurisprudência, ficando, com isso, pacificado o entendimento de que a sentença que fixa os alimentos faz coisa julgada.

Como a obrigação alimentar, de modo geral, dilata-se por longos períodos de tempo, é comum ocorrer o aumento ou a redução quer das possibilidades do alimentante, quer das necessidades do alimentando. Portanto, são freqüentes as ações revisionais, o que, no entanto, não afronta a imutabilidade do decidido. A possibilidade revisional leva à falsa idéia de que a decisão sobre alimentos não é imutável. Transitada em julgado a sentença que estabelece a obri-

¹ Adroaldo Furtado Fabrício. *A coisa julgada nas ações de alimentos*, 28.

² Araken de Assis. *Breve contribuição ao estudo da coisa julgada nas ações de alimentos*, 90.

gação alimentar, atinge a condição de coisa julgada material, não podendo novamente esta questão ser reexaminada.³ Em se tratando de relação jurídica continuativa, a sentença tem implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, e a ação revisional é outra ação, tem objeto próprio e diferente causa de pedir. Diante de nova situação fática, não pode prevalecer decisão exarada frente a distintas condições das partes. Aliás, tal ressalva está expressa na lei, no mesmo artigo 15: "... pode a qualquer tempo ser revista em face da modificação da situação financeira dos interessados".

O estatuto processual, ao tratar da coisa julgada, estabelece que nenhum juiz decidirá questões já decididas (CPC, art. 471, I) salvo se, tratando-se de relações jurídicas continuativas, sobrevier modificação no estado de fato ou de direito. Assim, a sentença que decide sobre os alimentos passa em julgado em relação à situação de fato existente no momento em que é pronunciada, cessando seu efeito preclusivo quando, por eventos supervenientes, possa considerar-se alterado o estado de fato ou de direito precedentemente acertado.⁴ A sentença revisional não deixa de considerar a decisão judicial anterior: apenas adapta o valor dos alimentos aos novos fatos. Portanto, a sentença que decide alimentos faz, sim, coisa julgada.

A ação revisional de alimentos deve ser lastreada em fatos ocorridos após a origem da obrigação alimentar, ou seja, com base em fatos supervenientes. É o que diz de forma unânime a doutrina.⁵ Se não ocorre alteração, quer das possibilidades do alimentante, quer das necessidades do alimentando, o valor dos alimentos não pode ser alterado, exatamente por esbarrar na coisa julgada. Somente mediante a prova da ocorrência de mudança na situação de qualquer das partes, é possível alterar o valor dos alimentos. Proposta ação revisional, e não comprovada mudança na situação das partes, as demandas não são aceitas: são julgadas improcedentes ou

³ Sérgio Gilberto Porto. *Doutrina e prática dos alimentos*, 108.

⁴ Yussef Said Cahali. *Dos Alimentos*, 890.

⁵ Yussef Said Cahali. *Dos Alimentos*, 939; Belmiro Pedro Welter. *Alimentos no Código Civil*, 283; Sérgio Gilberto Porto. *Doutrina e prática dos alimentos*, 110; Fabiana Marion Spengler. *Alimentos: da ação à execução*, 1192.

são extintas, sem julgamento do mérito, pelo reconhecimento da ocorrência de coisa julgada (CPC, art. 265, V).⁶

Tudo isso decorre do princípio da proporcionalidade: a fixação dos alimentos deve atentar às necessidades de quem os reclama e às possibilidades do obrigado de prestá-los (CC, art. 1.694, § 1º). Havendo alteração nesse parâmetro, possível é, a qualquer tempo, revisar-se o valor da pensão alimentícia (CC, art. 1.699). Tais modificações, como provocam afronta ao que se passou a chamar de trinômio proporcionalidade/necessidade/possibilidade,⁷ autorizam a busca de nova equalização do valor dos alimentos. A exigência de obedecer a este verdadeiro dogma é que permite buscar a revisão (para mais ou para menos) ou a exoneração da obrigação alimentar. Portanto, o que autoriza a modificação do *quantum* é o surgimento de um fato novo que enseje desequilíbrio do encargo alimentar.

Essas possibilidades revisionais decorrem exclusivamente da exigência de respeito ao princípio da proporcionalidade. Aliás, esse é o fundamento que permite a alteração, a qualquer tempo, do valor dos alimentos, quer para majorá-los, quer para reduzi-los, quer, inclusive para pôr fim ao encargo quando não há mais necessidade do credor ou possibilidade do devedor. Mas a obediência a esse critério norteador da obrigação alimentar impõe-se não só após a fixação dos alimentos para efeitos revisionais. Tal é possível sempre que houver flagrada afronta a este preceito. Deve ser respeitado o princípio da proporcionalidade também por ocasião da fixação dos alimentos. Desrespeitado tal princípio, é necessário admitir a modificação dos alimentos, para ser estabelecido o equilíbrio exigido pela lei. Ora, se os alimentos foram fixados sem atentar às reais possibilidades do alimentante ou às verdadeiras necessidades do alimentado, houve desatendimento ao parâmetro legal, e o uso da via

⁶ "ALIMENTOS. Revisional. Coisa Julgada material. Para que possa cogitar-se de alterar o montante dos alimentos, impera seja alegado e comprovado tenha ocorrido modificação no binômio alimentar. Se, no entanto, o pedido confessadamente é de reapreciação da prova que já fora objeto de exame ao ensejo da ação de alimentos, esbarra na coisa julgada material, ensejando a extinção do feito sem julgamento de mérito, com amparo no art. 267, V, do CPC. Negaram provimento ao apelo do autor e proveram o apelo da ré." (TJRS - AC 70010170603 - 7ª C. Civ. - Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos - j. 13/04/2005).

⁷ Alice de Souza Birchall. *A relação processual dos avós no Direito de Família: direito à busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos*, 54.

revisional se impõe. Esta adequação pode ser levada a efeito a qualquer tempo, mesmo que inexista alteração nas condições econômicas ou na situação de vida de qualquer das partes.

Nessa hipótese igualmente não cabe alegar coisa julgada, pois esta não se cristaliza se, quando da fixação dos alimentos, foi desrespeitado o princípio da proporcionalidade. Outra não pode ser a solução. Esta é a única forma de impedir a perpetuação de flagrantes injustiças. Cabe o exemplo mais corriqueiro: quando os alimentos são fixados sem que tenha idéia o credor dos reais ganhos do devedor, até porque, em geral, não convivem alimentante e alimentado sob o mesmo teto e, muitas vezes, sequer residem na mesma cidade. Isso tudo sem considerar a intenção do devedor de não cumprir com a obrigação de sustento, sendo unilaterais os elementos trazidos como prova da sua condição de vida.⁸ Ora, ao tomar conhecimento o credor de que o valor estabelecido desatende ao princípio da proporcionalidade, cabe buscar a adequação, sem que possa o devedor sustentar que a pretensão esbarra na coisa julgada.

Cabe lembrar que a obrigação alimentar tem características próprias: visa a assegurar o direito à vida, emanção do direito da personalidade,⁹ que tem assento constitucional (CF, art. 5º), sendo regulado por normas cogentes de ordem pública, tanto que os alimentos são irrenunciáveis (CC, art. 1.707). Mais: é ao juiz que cabe fixar o valor dos alimentos, tanto que tem ele a possibilidade de estipular valor superior ao pleiteado pelo autor, sem que se possa falar em decisão *ultra petita* ou afronta ao art. 460 do CPC, nem tampouco ao art. 485, V, do mesmo estatuto legal.¹⁰ Desincumbe-se o juiz do dever de fixar o valor dos alimentos mediante a análise das provas vindas ao processo, atentando ao fato de que, nas ações de alimento, há a inversão dos ônus probatórios. Ao autor cabe tão-só provar a obrigação alimentar do réu (LA, art. 2º). É do alimentante o dever de comprovar seus ganhos, até porque é difícil ao credor ter acesso a tais dados, protegidos que se encontram pela inviolabilidade do di-

⁸ Francisco José Cahali. *Oferta de Alimentos*, 162.

⁹ Yussef Said Cahali. *Dos Alimentos*, 34.

¹⁰ Belmiro Pedro Welter. *Alimentos no Código Civil*, 274.

reito à privacidade e ao sigilo. Assim, vindo informações falsas ou incompletas, não dispõe o magistrado dos elementos para quantificar os alimentos segundo a baliza legal. E, fixados os alimentos com dados falsos ou incompletos, e evidenciada a afronta ao princípio da proporcionalidade, impõe-se a correção do valor do encargo a qualquer tempo.

Nem na ação de oferta de alimentos está o juiz adstrito ao valor oferecido pelo autor. Sem transpor os limites da demanda, pode estabelecer valor acima do que foi oferecido, ainda que não tenha o credor feito uso da via reconvenicional. Assim, há a possibilidade de fixação do **quantum** em valor superior ao ofertado, sem tornar a decisão **infra** ou **ultra petita**.¹¹

Inclusive quando os alimentos forem acordados pelas partes, pode o juiz negar a homologação, se a estipulação desatende flagrantemente ao interesse de uma das partes. Outro não é o motivo que impõe, nas ações de alimentos, a participação do Ministério Público, pois este dispõe da condição não só de fiscal da lei, mas de substituto processual,¹² podendo agir em nome da parte e fazer uso da via recursal até contra a vontade da parte, quando esta é menor ou incapaz, e seu representante não está atentando aos seus interesses.

Mesmo que os alimentos tenham sido fixados por acordo judicial ou extrajudicial, comprovado o desatendimento ao trinômio proporcionalidade/possibilidade/necessidade, possível a revisão do encargo a qualquer tempo. A motivação é a mesma. Alguém foi induzido em erro ao transacionar alimentos em valor menor do que a lei assegura. Em se tratando de encargo a favor de criança ou adolescente, sequer dispõe o guardião da possibilidade de aceitar quantia inferior e, com isso, exonerar o detentor do poder familiar do dever de sustento que a lei lhe impõe.

Portanto, desimporta que tenham os alimentos sido fixados por acordo ou judicialmente. Flagrado o desatendimento ao critério da proporcionalidade, cabe a correção pela via revisional. Inaceitar tal

¹¹ Francisco José Cahali. *Oferta de Alimentos*, 163.

¹² Sérgio Gilberto Porto. *Doutrina e prática dos alimentos*, 85.

possibilidade é permitir que o devedor se beneficie da própria torpeza, visto que, em decorrência de sua omissão ao não fornecer dados precisos de seus rendimentos, os alimentos não foram estabelecidos em obediência ao parâmetro legal.

Diante de todo esse leque de hipóteses, fica claro o descabimento da limitação da via revisional somente quando existir alteração de um dos pólos do binômio possibilidade/necessidade. A revisão dos alimentos é possível sempre que houver afronta ao princípio da proporcionalidade, quer porque houve alteração nas condições de qualquer das partes, quer porque este princípio foi desatendido por ocasião da fixação dos alimentos.

Aliás, esta foi a situação que deu origem a recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.¹³ Por acordo, os alimentos foram estipulados em dois salários mínimos e mais despesas de educação, quando o genitor recebia, somente de salário, doze mil reais, além de possuir rendimentos outros. Daí o pedido revisional. Ora, impedir o reequacionamento em obediência à coisa julgada é perpetuar a injustiça que o acordo consolidou. Dispõe o filho do direito de usufruir as mesmas condições de vida do genitor. O acordo desatendeu ao interesse do filho, com o que, inclusive, sequer poderia a mãe ter concordado. Por tais fundamentos é que a maioria, invocando a primazia do princípio da proporcionalidade sobre a coisa julgada, procedeu à necessária equalização do valor dos alimentos, fixando-os de forma proporcional aos ganhos do genitor.

Sobre a imutabilidade da coisa julgada, pairam princípios outros que justificam a perene possibilidade de os alimentos serem revisados.¹⁴ Ainda que haja coisa julgada em sede de alimentos, prevalece a necessidade de impor o atendimento a diretrizes mais relevantes. Não pode a Justiça favorecer quem age de má-fé e descumpre o dever de lealdade processual. Sobretudo, não pode ser conivente

¹³ "ALIMENTOS. REVISÃO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. COISA JULGADA. Fixados os alimentos desatendendo ao princípio da proporcionalidade, cabível sua revisão, ainda que não tenha ocorrido alteração no binômio possibilidade/necessidade. Não há falar em coisa julgada, quando ocorre desrespeito ao princípio norteador da fixação do encargo alimentar. Agravo desprovido por maioria, vencido o Relator." (TJRGS - AI 70011932688 - 7ª C. Civ. - Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos - j. 27/07/2005).

¹⁴ Maria Berenice Dias. *Manual de Direito das Famílias*, 487.

com quem desatende ao encargo maior do poder familiar: garantir a vida do filho.

Assim, estipulado o encargo alimentar - quer por acordo, quer por decisão judicial -, possível é a revisão do valor quando houver o desatendimento do princípio da proporcionalidade. Mesmo que não tenha ocorrido alteração, quer das possibilidades do alimentante, quer das necessidades do alimentado, impositiva a adequação, a qualquer tempo, do valor dos alimentos.

Comprovada a desproporção, mais do que possível, é aconselhável, é até recomendável a revisão do encargo alimentar a qualquer tempo.

Assegurando a Constituição Federal prioridade absoluta aos direitos das crianças e adolescentes - entre eles o direito à vida e à dignidade -, não se podem priorizar princípios outros que venham em benefício de quem desatenda à obrigação de assistência para com os filhos e o dever de lealdade para com a Justiça.

Não se pode admitir afronta à ética em nome da segurança das relações jurídicas.☐

Infidelidade Partidária

Roberto Felinto

Desembargador do TJ/RJ . Presidente da AMAERJ.

A Constituição de 1988 estabelece, em seu artigo 1º, que a República se constitui em Estado Democrático de Direito, esclarecendo ainda, no parágrafo único do referido dispositivo, que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.

Em síntese, podemos definir o Estado Democrático de Direito como a verdadeira consagração do poder popular.

Como o exercício do poder diretamente pelo povo ocorre apenas nas hipóteses previstas no artigo 14 da Carta Magna (plebiscito, referendo e iniciativa popular), tem-se que a regra geral é a da representatividade.

No que diz com o Poder Legislativo, objeto destas breves considerações, é exercido pelo Congresso Nacional a nível Federal, integrado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, casas que se compõem, respectivamente, por representantes do povo e dos Estados e Distrito Federal. Os deputados são eleitos pelo sistema proporcional, e os senadores segundo o princípio majoritário (artigos 44 a 46 da Constituição).

Por outro lado, o exercício do mandato político que o povo outorga a seus representantes se dá por intermédio dos partidos políticos, entidades cuja existência e fortalecimento mostram-se imprescindíveis para a preservação do Estado Democrático de Direito, como a seguir se verá.

O partido político é instância associativa permanente e estável, dotada de ideologia e programa próprios, destinados à arregimentação coletiva, buscando, conquistar o poder, seja pela ocupação de cargos, seja pela capacidade de influenciar nas decisões políticas.

Tem ele, portanto, como função fundamental organizar a vontade popular e exprimi-la na busca do poder.

Em suma: o partido político é o instrumento pelo qual se realiza a representação política do povo, até porque nosso sistema eleitoral não admite candidaturas avulsas, haja vista a regra do artigo 14, parágrafo 3º, inciso V, da Lei Maior, que exige a filiação partidária como uma das condições de elegibilidade.

A corroborar tal entendimento, prevê a legislação infraconstitucional a possibilidade, nas eleições proporcionais, do voto de legenda, ou seja, aquele que é dado exclusivamente ao partido, sem menção ao nome do candidato, sendo contado como válido para o cálculo dos quocientes eleitoral e partidário, os quais, por seu turno, determinarão o número de candidatos eleitos por cada agremiação.

Não é demais salientar, também, que, se a Constituição põe a democracia como princípio fundamental, como acima se observou, e estabelece o pluripartidarismo como princípio de organização partidária (artigo 17, *caput*), infere-se como corolário lógico a possibilidade de dissenso e a alternância no poder, o que pressupõe a existência, sempre, de uma maioria governante e uma minoria discordante.

Assim, enquanto o partido da situação e seus eventuais aliados desempenham a função governamental, procurando exercer o poder segundo as concepções constantes de seus programas, os partidos de oposição têm por encargo controlar os atos dos governos eleitos, nos âmbitos federal, estadual e municipal, constituindo-se, ainda, em alternativa válida para assumir a condução do Estado (aí incluídos todos os entes federativos) em eleições futuras, além de, no plano legislativo, constituir maiorias parlamentares.

Destarte, um dos pilares do regime democrático é a existência de partidos fortes e ideológicos, com programas de governo bem elaborados, discutidos e socialmente conhecidos.

Tecidas essas ponderações preliminares, passa-se a abordar o tema que dá título ao presente artigo.

Como exemplo da importância atribuída pela Constituição aos partidos políticos, tem-se a regra estatuída pelo parágrafo 1º do arti-

go 17, segundo a qual devem os respectivos estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias. E isso não se traduz em mera faculdade, mas em efetivo dever, já que se cuida de norma que tem natureza cogente.

Como observa José Afonso da Silva, em sua festejada obra **Curso de Direito Constitucional Positivo** (Malheiros, 25ª ed. p. 406), a disciplina deve ser entendida como respeito e acatamento do programa e objetivos do partido, às regras de seu estatuto, cumprimento de seus deveres e probidade no exercício dos mandatos, bem como a aceitação das decisões tomadas pela maioria de seus filiados e militantes. Ainda segundo o mesmo autor, o ato indisciplinar mais sério é o da infidelidade partidária, que se manifesta de dois modos: a oposição, pela atitude ou pelo voto, a diretrizes legitimamente estabelecidas pelo partido; e o apoio ostensivo ou disfarçado a candidatos de outra agremiação.

Além das duas hipóteses relacionadas pelo insigne constitucionalista, não se pode deixar de reconhecer também como infidelidade o fato de o candidato eleito se desligar do partido.

As constantes trocas que se verificam imediatamente após as disputas eleitorais, tendo como protagonistas os parlamentares recém-eleitos (as quais, com raras e honrosas exceções, são motivadas não por questões ideológicas, mas por inconfessáveis interesses particulares), constituem espetáculos deprimentes, que debilitam os partidos e desqualificam os envolvidos. Com efeito, ao migrar para outra agremiação, acabam eles por desrespeitar a escolha do eleitor, que, bem ou mal, ainda que mirando a pessoa do candidato, votou na legenda partidária. E isto porque, em tese, ao escolher seu representante, o eleitor se baseia nas idéias apresentadas, as quais devem estar sintonizadas com a linha estabelecida pelo partido.

Certamente, a conseqüência dessa conduta é o enfraquecimento da democracia e das instituições que a compõem.

Todavia, em que pese estarem os partidos obrigados a prever sanções para os atos de indisciplina e infidelidade, os quais poderão ir da simples advertência à exclusão, é certo que a Constituição não permite a perda do mandato por infidelidade partidária, vedando-a nas hipóteses distintas daquelas previstas em seu artigo 15, dentre as quais a mesma não se insere.

Embora não se desconheça que boa parte dos eleitores assumam "não votar em partidos, mas em candidatos", trata-se de cultura que não deve ser incentivada, até porque acaba estimulando o surgimento de líderes messiânicos, que, via de regra, se apresentam como verdadeiros salvadores da pátria, sem qualquer vinculação com as idéias e o programa dos partidos em cujas legendas tiveram abrigo.

Aliás, a história recente da República registra muitos exemplos nesse sentido, merecendo menção, pela notoriedade que dispensa até mesmo referências pessoais, dois casos de eleição de Presidentes da República com esse viés, ambas com resultados desastrosos, pelas crises institucionais que provocaram: uma culminou em renúncia precoce (apenas sete meses depois da posse), por motivos até hoje não suficientemente esclarecidos; e outra cujo desfecho foi também a renúncia, diante da iminente decretação, pelo Congresso Nacional, de *impeachment* do eleito, por suposto envolvimento naquilo que o genial Chico Buarque de Holanda, numa de suas obras-primas, denominou de "tenebrosas transações".

À conta de tais considerações, conclui-se que o mandato parlamentar pertence ao partido, e não ao candidato, que, ao menos teoricamente, se elegeu graças ao programa que apresentou ao eleitor. Esse entendimento, aliás, já foi manifestado pelo Tribunal Superior Eleitoral, cujos ministros, em resposta à Consulta nº 1.398, formulada pelo então Partido da Frente Liberal (atual Democratas), definiram, por maioria de 6 votos a 1, que os mandatos obtidos nas eleições proporcionais (deputados federais, estaduais e vereadores) são do partido. Faz-se necessário, pois, alterar a Constituição de modo a permitir não apenas a perda do mandato por parte dos infiéis, mas também a aplicação de sanções aos partidos que os receberem, de sorte a coibir a migração partidária e o uso da política como jogo de interesses pessoais, com o que certamente se contribuirá para o aperfeiçoamento da democracia no Brasil.☐

Técnica de Sentença (Língua e Linguagem)

Antonio Carlos Esteves Torres
*Desembargador do TJ/RJ - Presidente do
Fórum Permanente de Direito Empresarial da
EMERJ*

I - A SENTENÇA - TÉCNICA

Em ocasiões de estudo, revisitar conceitos é comportamento inevitável, imprescindível, para propósitos da permanente troca de experiência de que vive qualquer ramo científico.

Em linhas prévias e gerais, apesar das últimas alterações vindas a lume através de diplomas legislativos, como as da Lei nº 11.232/05, há consenso ainda quanto a considerar-se a sentença o ato mais importante da função jurisdicional. Para o sempre atual Moacyr Amaral Santos:

*É este o ato culminante do processo. Proferindo-a o juiz dá cumprimento à obrigação jurisdicional do Estado. Por ela se esgota a função.*¹

Ainda não está completamente assimilado o abandono da analogia entre sentença e silogismo, para a definição estrutural do mais significativo momento do processo. Para Moacyr Amaral Santos, ainda na década de 1960, este cotejo era de inegável serventia:

*Na formação da sentença, terá assim o juiz de estabelecer duas premissas: uma referente aos fatos, outra referente ao direito. São as premissas do silogismo.*²

¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Max Limond, 2 ed., 3 v., 1965, p. 12.

² Idem, *ibidem*. P. 17.

Já para Eduardo J. Couture, embora reconhecendo que durante muito tempo a doutrina tenha concebido a sentença como um resultado das mesmas operações realizadas com premissas, na seqüência do pensamento de Calamandrei, em edição da década de 1990 de seu precioso **Fundamentos Del Derecho Procesal Civil**³, assevera que esta concepção perde diariamente terreno frente à da doutrina mais recente que resiste a ver na sentença uma pura operação lógica e no juiz um ser inanimado que não pode moderar nem a força nem o rigor da lei, segundo o apotegma de Montesquieu.

Esta forma de pensar do grande autor uruguaio não o dispensava de conceber que a sentença tem, por sem dúvida, uma lógica que lhe é particular e que dela não pode ficar ausente. Aliás, para as nossas finalidades, vale repetir que Couture, após chamar a atenção para o fato de que, na busca da verdade, o juiz atua como um verdadeiro historiador, investigador dos fatos históricos, admite que a legislação processual de muitos países das Américas descreve tão minuciosamente a forma da sentença, impondo aos juízes uma ordem tão presa ao formulismo, segundo modelos clássicos, que acaba por dar às decisões um estilo arcaico que não contribui para a compreensão do povo.⁴

Diante dessas circunstâncias, era de se prever que, ao longo da evolução do processo, como ciência (matéria) autônoma, os teóricos emprestassem a este fator o conjunto de regras que o torne padronizado, disciplinado, organizado, limitado, dentro de critérios que os especialistas identificam como emanações de princípios, pressupostos e requisitos, que, como ensinou o mestre uruguaio, eleva-o ao resultado que se origina da operação a "*... que la doctrina llama formación o génesis lógica de la sentencia*".

Hoje, a teoria e a lei oferecem os trilhos definidores pelos quais percorre o carro decisório:

³ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Depalma, 3 ed., 1993, p. 280: "*Como documento, la sentencia es la pieza escrita, emanada del tribunal, que contiene el texto de la decisión emitida*".

⁴ Idem, ibidem. P. 292: "*La legislación procesal de nuestros países describe minuciosamente la forma de la sentencia, imponiendo a los jueces un orden y hasta un extraño formulismo, según los modelos clásicos. Esto da a los fallos un estilo arcaico que no contribuye a su comprensión por el pueblo*".

Art. 162, § 1º, do CPC. Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269 desta Lei. Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

Art. 215, do CPP. Na redação do depoimento, o juiz deverá cingir-se, tanto quanto possível, às expressões usadas pelas testemunhas, reproduzindo fielmente as suas frases.

Vale, a esta altura, recordar que a história do processo não dispensa a presença permanente de princípios e valores cujo contorno freqüentemente se lança ao terreno da intangibilidade material. Assim, desde épocas não muito bem definidas no passado, para que razões filosóficas, religiosas, sociais, não tornassem o processo uma imensa biblioteca de largos e cansativos volumes, pedidos, respostas e decisões passaram a ser parametrizados, com regras rígidas de elaboração, que, em resultado moderno, no caso da sentença penal, por exemplo, exigem até a indicação dos artigos de lei aplicados (art. 381, IV, do CPP⁵). Embora sem a certeza científica absoluta, é lícito supor que os articulados, que já vêm das Afonsinas, Manuelinas, e conservados nas Filipinas⁶, consubstanciavam, com

⁵ CPP. Art. 381. A sentença conterà: ... IV - a indicação dos artigos de lei aplicados;

⁶ **Ordenações Filipinas. Ordenações e leis do Reino de Portugal. Recopiladas por mandato d'el Rei D. Felipe, o Primeiro.** "Título LIII - EM QUE MODO SE FARÃO ARTIGOS, PARA AS PARTES SEREM OBRIGADAS DEPOR A ÊLES. Para os artigos serem feitos em forma, que a parte, contra quem se derem, seja obrigada a depor a êles, se requererem 6 cousas. A 1ª, que sejam feitos sôbre causa certa, porque se forem fundados sôbre cousa incerta, não será a outra obrigada a depor a êles... A 2ª cousa, que se requer, é que os artigos sejam pertencentes ao feito, de que se trata, porque não o sendo, não será a parte, contra quem se dão, obrigada a depor a êles; ... A 3ª cousa, que se requer, é que os artigos não sejam em si contrários; ... A 4ª cousa, que se requer é que os ditos artigos sejam fundados em cousa, que consista em feito, e não em ponto de Direito; ... A 5ª cousa é que os artigos não sejam meramente negativos, porque sendo-o, não será a parte obrigada a depor a êles, salvo para se deixarem no juramento da parte, contra quem se põem, e não para se dar a êles a outra prova... A 6ª cousa, que é necessária para o litigante ser obrigado a depor aos artigos, é que não sejam os artigos criminosos, porque no feito crime não é a parte obrigada a depor aos artigos, que contra êles foram dados." (Texto com introduções, breves notas e remissões redigidas por Fernando H. Mendes de Almeida. São Paulo: Saraiva, 1966, 3º v., p. 192/195).

severa crítica telefônica do Prof. Sérgio Bermudes, que entendeu a assertiva como pedante, a inclinação organizativa dos pleitos, ao estilo de antepassado do art. 282, do CPC, e 41, do CPP.⁷

Para que não nos percamos nos meandros históricos, embora necessários, evidentemente, estamos convidados a destinar atenção mais credenciada aos incisos II, do art. 458, do CPC, e III, do art. 381, do CPP⁸. No primeiro, o juiz está obrigado a fundamentar a análise e, no segundo, a indicar os motivos em que fundar a decisão. É, ontologicamente, a mesma coisa. Trata-se da fundamentação a que alude o cânone constitucional do art. 93, IX,⁹ prevendo pena de nulidade para a inobservância, sob o grau de princípio.

Embora este não seja o momento oportuno, apenas para auxílio da exposição, rememoram-se as dificuldades por que passaram os teóricos da processualística na tentativa de definir o real papel da sentença no tecido social. Liebman, em prefácio à segunda edição de seu *Eficácia e Autoridade da Sentença*, deixa bem claro que "...a sentença é o ato pelo qual o Estado, titular do poder jurisdicional, cumpre sua função, distribuindo justiça entre os consociados..." Em complemento, revela, como corolário desta "descoberta" (a palavra é do cientista) que a sentença não pode ser equiparada a contrato, circunstância a que o mestre destina o epíteto de relíquia histórica, mas sim como ato jurisdicional, ao lado do ato legislativo, ou administrativo¹⁰.

⁷ CPC. Art. 282. A petição inicial indicará: I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida; II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu; III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - o pedido, com suas especificações; V - o valor da causa; VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; VII - o requerimento para a citação do réu.

CPP. Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

⁸ CPC. Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: ...II- os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

CPP. Art. 381. A sentença conterá: ... III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;

⁹ CRFB. Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: ... IX- todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

¹⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. V.

A frase inicial deste parágrafo, como se colhe da reprodução em nota, é "Os tempos mudaram..." E, ousando embarcar no mesmo estilo, continuam a mudar. E, agora, com mais velocidade do que nunca e com violência raramente observada antes. A configuração dos interesses muda a face do direito. Coletivos, difusos, individuais, homogêneos, dessa ou daquela geração, lançam o juiz ao torvelinho da prática e à angústia da teoria. O Juiz, como se apreendia da redação anterior do art. 463, do CPC¹¹, ao proferir a sentença, dava por cumprido o seu ofício. A despeito de não haver mudança dogmática, o magistrado, resolvendo o conflito, remanesce pondo fim a uma etapa de seu mister, mas, agora, dá prosseguimento, não mais com um novo processo de execução, mas perseguindo a realidade eficaz de seu trabalho, continuando seu ofício, em direção ao cumprimento do que fora decidido, como o impõem os artigos 475-I e 475-R, do CPC¹².

É sintomática a dissertação de Liebman¹³ ao eleger a linguagem como a responsável pela descoberta inconsciente da verdade sobre o fato de a autoridade da coisa julgada não ser efeito da sentença e sim uma qualidade, como se extraiu das palavras usadas no caminho da conceituação legislativa de seus atos, imutabilidade, definitividade, intangibilidade, incontestabilidade, vocábulos que dizem respeito a um atributo do objeto a que se referem. São termos que não subsistem por si sós.

Com este instrumental, fixa-se o propósito de estimular o raciocínio sobre o significado social de uma sentença, como elemento que garante as relações e o equilíbrio da coletividade. Para o desavisado ou para o leigo, torna-se dificultoso entender que não se trata de uma determinada sentença. Mas de milhares, milhares e milhares, em todo o território nacional, diariamente, elevando a fun-

¹¹ CPC. Art. 463. Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la:...

¹² CPC. Art. 475-I. O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo. Art. 475-R. Aplicam-se subsidiariamente ao cumprimento da sentença, no que couber, as normas que regem o processo de execução de título extrajudicial.

¹³ Idem, *ibidem*. P. 5/6.

ção jurisdicional ao patamar de arcabouço, suporte, para a segurança da existência jurídica de uma nação.

Há momentos em que esta missão se agiganta no desempenho de seu papel, corporificando a peça aglutinadora de atos e fatos jurídicos de tão amplo significado que a tornam um êmbolo dinamizador das funções sociais, alterando não apenas situações comportamentais particulares mas impondo correção de rumo da própria história. Ficam neste patamar, por exemplo, as sentenças confirmadoras das condições humanas dos escravos¹⁴; as que impuseram penalidades aos poderosos; as que, como a da condenação pelo assassinio de Vladimir Herzog¹⁵, mudaram regimes e destinos.

Estes momentos modernos são o somatório de lutas cuja dimensão ainda não pode ser aquilatada inteiramente. Há fatos históricos que necessitam de séculos até a configuração material de sua importância no cenário mundial. Penso, neste momento, na Revolução Francesa, que, para muitos, ainda não chegou ao seu término.

Mas a confecção de um ato decisório, no formato que hoje se conhece, exigiu a transposição de longos e tortuosos caminhos teóricos e dogmáticos. Para o nosso propósito, é conveniente trazer à tona o aspecto pedagógico que se renunciou ainda na Alta Idade Média, quando a inexistência de escolas especializadas em direito englobava a ciência jurídica na metodologia chamada *trivium*, pela qual o ensino se apoiava na gramática, na retórica e na dialética, ligando indissolúvelmente os destinos das práticas jurídicas ao das línguas, numa mecânica tão especial que, além de tornar os ramos inseparáveis, ainda fornece a base para o raciocínio sobre a influên-

¹⁴ GRINBERG, Keila. *Liberata, a lei da ambigüidade: as ações de liberdade da Corte de Apelação do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 86: "Julgo por sentença... para que produza seus devidos e legais efeitos. Exiba a libertanda em juízo, por seu curador, a quantia de um conto e duzentos mil réis em que foi avaliada, e seja citado seu senhor para receber a dita quantia no dia e hora que o Escrivão marcar para exibição, pagas pela libertanda as custas. Rio, 8 de outubro de 1872. João Sertonio"

¹⁵ Processo nº 136/76. "... Pelo exposto, julgo a presente ação PROCEDENTE e o faço para, nos termos do artigo 4º, inciso I, do Código de Processo Civil, declarar a existência de relação jurídica entre os Autores e a Ré, consistente na obrigação desta indenizar aqueles pelos danos materiais e morais decorrentes da morte do jornalista Vladimir Herzog, marido e pai dos Autores, ficando a Ré condenada em honorários advocatícios que, a teor do artigo 20, § 4º, do mesmo diploma legal, fixo em Cr\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzeiros). Determino, outrossim, com fundamento no artigo 40 do Código de Processo Penal, sejam extraídas e remetidas ao Sr. Procurador Geral da Justiça Militar, para as providências legais que couberem, ...Custas *ex lege*. ...P.R.I. São Paulo, 27 de outubro de 1978. MÁRCIO JOSÉ DE MORAES. Juiz Federal."

cia do direito canônico, porque as matérias eram ensinadas nos conventos e mosteiros¹⁶.

Na segunda metade do século XVIII, evitando que houvesse abuso, ofensa, incerteza, nas decisões influentes nos misteres da organização social, o Rei de Portugal, declarando a autoridade do direito romano, do canônico, e dos assentos, estilos e costumes, editou a Lei de 18 de agosto de 1769, em que se determinam regras sobre a segura interpretação das leis, restringindo o campo de atuação dos julgadores à observância da boa razão.¹⁷

II - LINGUAGEM

Que nos seja permitido transitar a reboque do último pensamento de Liebman, centralizado no poder das palavras e na força da linguagem. Também este vetor, a exemplo do ar que se respira, em termos técnicos e dogmáticos, desempenha papel de importância solar no amálgama social.

Língua não é exatamente linguagem. Esta, em muitas circunstâncias, dispensa palavras. Talvez, seja até mais útil e importante do que a língua, no caminho do objetivo da comunicação.

Em elogiada conferência proferida na EMERJ, há dois anos, o ilustre Prof. Evanildo Bechara, falando sobre língua e linguagem, definiu esta última como o instrumento que se serve de qualquer sinal de comunicação para uma comunidade:

Linguagem. 1 Rubrica: lingüística. Qualquer meio sistemático de comunicar idéias ou sentimentos através de signos convencionais, sonoros, gráficos, gestuais, etc.

Idioma. 1 a língua própria de um povo, de uma nação, com o léxico e as formas gramaticais e fonológicas que lhe são peculiares. Ex.: o belo i. dos filósofos gregos.

¹⁶ PACHECO, José da Silva. **Evolução do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2. ed., 1924, p. 36. "Na alta Idade Média da Europa Ocidental é comum assinalar a inexistência de escolas especificamente jurídicas, convergindo o estudo do direito para as escolas conventuais e catedrais que, na base da organização do *trivium*, lecionavam a matéria jurídica no âmbito da gramática, da retórica e da dialética. Resumia-se, pois, tal estudo ao que se ensinava nos conventos, mosteiros, igrejas, com escopo prático."

¹⁷ **Apêndice às Ordenações Filipinas** - Texto, com introdução, breves notas e remissões, redigidas por Fernando H. Mendes de Almeida. São Paulo: Saraiva, 1966, 2^o v., p. 146.

*Língua. 5. lingüística. Sistema de representação constituído por palavras e regras que as combinam em frases que os indivíduos de uma comunidade lingüística usam como principal meio de comunicação e de expressão, falado ou escrito.*¹⁸

Em uma pequena grande obra, editada pela Penguin Books, no início dos anos setenta, na Inglaterra, Frank Palmer, estudioso da lingüística, conjectura sobre a necessidade de se estudar gramática, invocando passagem interessantíssima de Alice no País das Maravilhas, na qual Alice, em diálogo com Humpt Dumpty (o ovo enigmático), se indaga sobre se é possível fazer com que palavras possam significar coisas diferentes, obtendo como resposta que a grande questão é saber quem exerce o comando entre elas. O interlocutor esclarece que elas têm temperamento, especialmente os verbos, os mais orgulhosos. Com adjetivos você pode fazer o que quiser. Não com os verbos. Ainda assim, eu posso controlar o conjunto. Enigmáticamente, complementa: impenetrabilidade. É o que eu digo!

O autor se recorda de que, para poupar as crianças do aborrecimento, o ensino da gramática passou a ser tirado dos resumos e, diferentemente de Alice, eles podem muito bem jamais saber a diferença entre um adjetivo e um verbo. Bechara, naquele memorável encontro, também ressaltou a secessão de fases pedagógicas, em que ora se privilegiava a gramática e ora o puro entendimento.

Criticando o deplorável estado das coisas, Palmer argumenta que poucas áreas de nossas experiências são tão próximas de nós ou mais freqüentemente conosco do que a nossa linguagem. Resumindo a importância de estudar gramática, o especialista assevera que a

... parte central da nossa linguagem (sua mecânica, seu cálculo - qualquer outra metáfora serve) é a sua gramática. E este deve ser de interesse vital para qualquer pessoa inteligente educada. Se não houver este interesse, a culpa deve recair na forma como a matéria terá sido apresentada, ou no fracas-

¹⁸ HOUAISS, Antonio e VILLAR, Mauro de Salles (1939). *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Elaborado no Instituto Huaiiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1.763; p. 1.566 e p. 1.762.

*so no reconhecimento da sua importância nesta atividade humana essencial, a linguagem.*¹⁹

Estes conceitos devem ser considerados suficientes para o objetivo deste trabalho, porque, nem de longe, há a pretensão de se solver o problema científico que se aloja na definição entre língua e linguagem, o que, aliás, não nos impede de transitar pelos caminhos da correlação entre a sentença, sua técnica, e os instrumentos vernaculares obrigatórios, através dos quais as decisões se materializam.

A partir da lição de Bechara, com apoio na lição de Palmer, e apenas para definição dos limites de nossa proposta, não será de todo inútil a lembrança de que, embora, sejam quais forem suas técnicas, instituições e modo de vida, todos os grupos humanos tenham à sua disposição ao menos um sistema de signos que se aproxima do que é utilizado por outros grupos para permitir que possamos chamá-lo de língua, (...) o fato é que estamos muito longe de conhecer todas as línguas passadas, presentes ou futuras (...) e, ainda assim, através dos sentidos, combinação de sons, sem ligação direta com caracteres de representatividade, retira-se a contribuição que nos permite falar de linguagem, mesmo se o inventário das línguas não seja exaustivo (...). Seja tratando-se de linguagem ou de língua, o problema é saber primeiramente se há um princípio que permita distinguir claramente o que é linguístico do que não é. E esta questão não se apresenta de fácil solução, até porque são numerosas as ciências que acumulam um grande número de conhecimentos, sem que se saiba exatamente o que lhes constitui seu denominador comum (...)²⁰

¹⁹ PALMER, Frank. *Grammar*. Middlesex: Penguin Books, 2 ed., 1972, p. 7. *The central part of a language (its 'mechanics', its 'calculus' - others metaphors will do) is its grammar, and this should be of vital interest to any intelligent educated person. If it has not been of vital interest to any intelligent educated person. If it has not been of such interest, then the fault must be in the way in which it has been presented, or in the failure to recognize its importance within this essentially human activity, language.*

²⁰ **Le Language**. Encyclopédie de La Pléiade. Volume publicado sob a direção de André Martinet. Bruges: Sainte-Catherine, 1968, p. 4/5. : "*Quels que soient leurs techniques, leurs institutions et leurs modes de vie, tous les groupes humains ont à leur disposition au moins un système de signes que se rapproche suffisamment de ceux utilisés dans les autres groupes pour qu'on puisse tous les appeler du nom commun de langues...Ce qui est remarquable, c'est à la fois l'universalité du phénomène et la diversité des formes qu'il prend... Qu'il s'agisse du langage ou des langues, le problème est donc d'abord de savoir s'il y a un principe qui permette de distinguer clairement ce qui est linguistique de ce qui ne l'est pas. Cette question n'est pas du tout de simple rhétorique : nombreuses sont les sciences qui accumulent un grand nombre de connaissances, sans qu'on sache exactement ce qui constitue leur dénominateur commun.*"

Ainda de acordo com Palmer, o que torna o homem diferenciado do resto do mundo animal é a habilidade para falar. Mas o papel da gramática é essencial para esta característica humana. Outros animais podem dar significado aos sons. Mas a ligação entre som e significado é, para eles, muito mais primitivo do que para o homem. A ligação para o homem é simplesmente a gramática.

Em recente palestra apresentada na EMERJ, Ives Gandra da Silva Martins, para assegurar o aspecto de perenidade que cerca o direito à vida, exaltou o uso do modo indicativo na expressão²¹ reproduzida da obra do **Direito Fundamental à Vida**, fazendo recordar o conceito deste modo para Napoleão de Almeida²².

Assim, a própria ontologia da mecânica gramatical possibilita o esclarecimento de textos importantíssimos e garante-lhes os resultados. Dificilmente se poderia conjecturar sobre melhor oportunidade para retratar o papel gramático intrínseca e extrínsecamente na peça da comunicação.

Este particular pode ser visto de forma mais clara se dermos uma olhada na idéia de comunicação. Apesar de interessado por séculos na sua linguagem, apenas recentemente o homem passou a examiná-la sob o enfoque científico, como um sistema de comunicação.²³

Assim, com estas premissas fundamentais para estabelecer a inevitabilidade evolucionista e mutante da linguagem, perante o pensamento, de que é a mais adequada roupagem, penso ter sido de

²¹ **Direito Fundamental à Vida**. Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 361. *Que los aludidos pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida de la persona humana desde el momento de la concepción. En efecto el art. 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica establece: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción."*

²² ALMEIDA, Napoleão Mendes de. **Gramática Metódica da Língua Portuguesa**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 5. 413. *MODOS*: Como a própria palavra está dizendo, *modo* na conjugação de um verbo vem a ser a maneira por que se realize a ação expressa por esse verbo. De três maneiras podemos enunciar uma ação; daí, os três modos verbais. 1 - Modo indicativo: Indica este modo que a ação expressa pelo verbo é exercida de maneira real, categórica, definida, quer o juízo seja afirmativo, quer negativo, quer interrogativo: faço, vejo, fiz, vi, fizera, não irás?, não irei.

²³ Idem, ibidem. P. 8. *We can see this point more clearly if we look briefly at the idea of communication. Men have for centuries been interested in the language they speak but only in recent years have they attempted to examine it in an objective or 'scientific' way. Some scholars, in their resolve to look at language without prejudice and preconception, have begun with the premise that language is a communication system.*

substancial conveniência, reproduzir as lições anteriores e agregar experiências atuais que ilustrem a redação.

Em uma certa noite de planejamentos familiares, surpreendime, ao comentar sobre pretensões exageradas de um auxiliar, ao acusá-lo de estar "abusando de minha paciência", utilizando a expressão "forçando a barra". Expressões coloquiais que se afastam do meu cotidiano profissional. Nesta ocasião, Luísa, adolescente, destinou olhar de condescendente censura sem verbo. Mas quis, com toda certeza, dizer: aí ...hem...

Neste caminhar, episódio ainda no seio familiar reacende esperanças. A mesma adolescente que se utilizou das expressões "paradinha e bolada" (se não fiz referência antes - lembrem-se de que o trabalho se origina de uma palestra - farei, com certeza, logo adiante), para esclarecer o que o velho pai exprimiu com todas as letras "é você", ou seja, para explicar a terrível redação sobre o utilizado na Internet, usa da completude terminológica. É um fenômeno encontradiço das expressões "ce, ocê", etc.

Em artigo sobre o idioma colhe-se do **Jornal do Commercio**:

*A partir da Internet, houve uma revolução nos meios de comunicação. O uso do computador exige bom senso no ambiente de trabalho. Não é nada profissional receber uma mensagem de alguém que você nunca viu na vida com saudações do tipo "oi fofa" ou "oi gato". Gafe maior é fazer gracinha, escrevendo como um **teenager**, por exemplo: "o evento foi tudooooo de bom", e por aí afora.*²⁴

*Escrever de forma abreviada, como trocar você por vc, quando por qdo e hoje por hj, só se a pessoa tiver 15 anos.*²⁵

O episódio é ilustrativo de uma verdade lingüística inafastável: em sociedade, somos, natural e inevitavelmente, ao menos, bilíngües. Usamos um vocabulário para o ambiente de trabalho e um

²⁴ **Jornal do Commercio**, B-9, *Tecnologia*, 26.7.2007. "Tempos mais do que modernos criam etiqueta digital no trabalho", por Vera Fiori.

²⁵ Idem. Por Fabio Arruda.

outro na intimidade do lar. São reconhecidas outras modalidades de comunicação, dependentes da ambiência em que os interlocutores se encontram.

De acordo com a sistemática exposta por Bechara, a estruturação lingüística se estende através de três planos: universal, histórico e individual.

O primeiro é o plano universal. Chama-se universal porque é o plano que está acessível a todas as pessoas que nascem com todas as suas faculdades psico-físicas e, portanto, estão devidamente preparadas para entrar neste domínio da universalidade da linguagem ...é o plano do pensar, é o plano de trabalhar com as regras elementares do pensar.

.....
O segundo plano da linguagem é o plano histórico, é o plano das línguas ... Porque uma língua não é nada mais, nada menos que o mergulho do homem na sua historicidade.

.....
O terceiro plano é o plano individual e se chama individual porque falamos sempre com alguém. Falamos sempre em uma determinada circunstância. Falamos sempre a respeito de um tema. Esse entorno do discurso nos leva sempre a adequar a nossa linguagem à pessoa que nos ouve, ou à pessoa que nos lê... É uma característica da linguagem que se chama alteridade.²⁶

Seja qual for o enfoque oferecido à matéria, um ponto comum aproxima os fatos que parecem tão dispersos na linha científica: a necessidade de comunicação. Para este particular, cumpre trazer à tona diferenciais inarredáveis da evolução lingüística: mesmo que não haja palavra adequada, através de sinais ou sons, alguém pode se comunicar com alguém, não raro criando termos e expressões populares, que, dependendo da aceitação, acabam por integrar o

²⁶ Conferência proferida em 6.5.2005 na abertura do projeto "Justiça aos Imortais"- Encontros Literários realizados pelo Cultural EMERJ - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Transcrito na *Revista da EMERJ*, Vol. 8, nº 32, 2005, p. 18/20.

vocabulário oficial e até logrando promoção para os escalões superiores do falar culto. Este fenômeno tem sido descrito com a expressão do inglês *“upgrade”*.

Nesta linha de desenvolvimento, importa trazer ao debate um fator que, para o exercício da comunicação, em geral, introduz dificuldades e desafios, para os que se servem da língua através de canais reservados a atividades profissionais: a evolução do idioma sob o ponto de vista de tempo e espaço impõe compromisso cerrado com a atualização, especialmente diante de outra vertente inevitável: o direito, por exemplo, é para todos, não distinguindo classes sociais, raças, credos,... como se observa do comando constitucional: do e no idioma.

A força da linguagem que evolui velozmente é de tal ordem que, em pouco tempo, não superior ao espaço de uma década, muitos desses comentários deixarão de fazer sentido, porque, de forma gradual e lenta, expressões que nascem da necessidade de comunicação popular se incrustam no idioma padronizado, abandonando o estágio de gíria, passando a gozar de qualidade aceita no cabedal do linguajar comum, se impondo, como termos e vocábulos inevitáveis do falar cotidiano, a ponto de se tornarem indispensáveis à compreensão.

Numa leitura ocasional do Código de Trânsito Brasileiro, Lei 9.503/97, diploma de amplo espectro de interesse geral, atingindo a todas as camadas e níveis sociais, em muitas passagens, o legislador foi obrigado a esclarecer, com tradução simultânea, o significado, por exemplo, de "guia de calçada", lembrando tratar-se do comuníssimo "meio-fio", art. 48; sendo que, nas definições e conceitos do Anexo I, explica que catadióptrico quer simplesmente dizer "olho-de-gato".

O uso de expressões específicas de um determinado momento em determinado local, nem sempre pode obedecer a controles rígidos de adequação.

Embora, como lembra Bechara, fosse inimaginável, num deslize lingüístico, em condolências pela morte do pai de alguém, se pudesse ouvir: - Meus pêsames, por seu pai ter "batido as botas", o fato é que, descontado o exagero de tendência pedagógica, em alguma situação, os falantes podem adiantar o caso restrito de um

determinado falar, empregando a linguagem coloquial em circunstâncias ainda não receptivas da modernidade. Tudo estruturalmente correto, mas lingüisticamente inadequado.

Durante uma das últimas audiências que presidi como juiz de primeiro grau, após exaustivas tentativas de estimular o acordo, renitentes as partes quanto aos seus pontos de vista, uma jovem advogada, deixando-se levar pela espontaneidade do seu estado de espírito, automática e incisivamente, desistindo da conciliação, "requereu", impositivamente: Excelência, "manda ver!" O "requerimento", prontamente entendido como sendo a definitiva desistência quanto a transigir, para pôr fim ao processo, figurou na assentada *ipsis litteris*, não sem alguma surpresa por parte da profissional, que esperava a tradução para um simples "Excelência, requeiro seja proferida a decisão", sem saber que, naquele instante o episódio era recolhido para uma ocasião científica futura, como efetivamente veio a ocorrer.

Em dias atuais, anda em voga, substituindo declarações de aprovação, quanto a determinado comportamento ou atitude, em lugar do comum "muito bem" ou mesmo do anacrônico "bravo" de origem italiana, reservado a ambientes operísticos, o enfático "mandou bem", sobre o qual, por enquanto, embora já antevendo sua permanência, dado o fato de já estar sendo usado em faixas diversas da escala social, prefiro não me estender em comentários, até porque, como já revelado, pai de adolescente, ao relatar esta vivência à mesma filha mais nova, esta, em lugar de se referir ao fato, à ocorrência, à experiência... vá lá, "à tal coisa", em crítica acerba sobre minha intolerância com a modernidade, limitou-se a, com um ar de enfado, confirmando meu anacronismo irreversível, destinar-me um "você ainda fica bolado com essa paradinha, pai?" (?!?!?)

Não sei (há muito não-sei neste opúsculo) se em algum momento desta exposição, como já advertido, originalmente realizada em palestra na EMARF, terei ressaltado - se o fiz ainda em reiterações, encareço me seja concedida condescendência, visto que o discurso diante de platéia, ainda mais da categoria da que se encontrava naquela Escola, irmã da EMERJ, permitia e até exigiria o retorno a pontos já traçados, para, repisando-os, torná-los mais claros - que estes relatos configuram etapas indispensáveis para conjugar o exercício profissional do juiz à recepção de notícias, dados, revela-

ções, vindas do exame de documentos ou da coleta da palavra de depoentes de qualquer origem, de qualquer nível social, de qualquer parte do país e até de fora dele, quando a lei, ainda que o magistrado domine o idioma do estrangeiro depoente, obriga a que funcione intérprete²⁷.

Nestas circunstâncias, lembre-se de que o contato entre o juiz e a testemunha, colaboradora da justiça, é pessoal, intransferível, direto, ao contrário do sistema da *common law*, em que se adota a mecânica do *cross-examination*²⁸, pela qual o próprio advogado se dirige à testemunha, com resultados raramente ortodoxos no sentido da lisura e integridade da coleta. As emoções, às vezes, escapam do controle. As reações nem sempre podem ser bloqueadas. De certa feita, numa comarca do interior do estado, recebendo a revelação de que um determinado cidadão, chamado a depor, tinha como sua mãe uma de suas irmãs, de alguma forma, meu semblante deve ter demonstrado a repulsa ao incesto, de tal forma evidente e indisfarçável, que a profissional, requerente da prova, tentando contornar o mal-estar constrangedor, usando de uma frase típica da região, em seu modestíssimo entender, amenizadora do peso que passou a reinar no ambiente, esclareceu ao juiz, referindo-se ao pai incestuoso: "Ele era muito arteiro, doutor..."

Navegar nesses mares não muito serenos da comunicação é apenas uma das dificuldades que tornam o exercício profissional do direito, em qualquer de suas facetas, mais tormentoso e desafiante. A dependência direta da comunicação e do fiel resultado de seu recebimento ou transmissão impõe ao operador das mecânicas procedimentais, embora cingido aos termos dos instrumentos processuais, o redobro do poder criativo, para, sem desertar das exigências vetustas das regras e normas acumuladas ao correr dos tem-

²⁷ Código de Processo Civil. Art. 151. O juiz nomeará intérprete toda vez que o repute necessário para: I - analisar documento de entendimento duvidoso, redigido em língua estrangeira; II - verter em português as declarações das partes e das testemunhas que não conhecerem o idioma nacional; III - traduzir a linguagem mímica dos surdos-mudos, que não puderem transmitir a sua vontade por escrito. Art. 156. Em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso do vernáculo. Art. 157. Só poderá ser junto aos autos documento redigido em língua estrangeira, quando acompanhado de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado.

²⁸ *Black's Law Dictionary. The examination of a witness by a party.* Minn, USA: St. Paul, 5 ed., 1979, p. 339.

pos e sob domínio de fórmulas estruturais seculares, todas voltadas para os objetivos de clareza e segurança a que aludia o Rei D. José, ao editar a Lei da boa razão, cumprir o seu relevante papel no desenvolvimento social.

A migração dentro do território nacional intensifica-se em progressão geométrica de ano para ano. Os aeroportos brasileiros vêm sofrendo a crise quantitativa, hoje, no momento da elaboração deste trabalho, agravada pelos problemas funcionais de controle do tráfego aéreo no Brasil. As emissoras de televisão e rádio cobrem o país continente sem hipótese de cessação por um segundo sequer. Os linguajares regionais, embora mantidos, não oferecem dificuldades de compreensão e até figuram como fator identificativo da origem de cada falante, aqui e ali, imitados em situações de diversos matizes, especialmente em contatos pessoais e obras literárias apresentadas em teatro, cinema ou na pequena tela, quando não em ondas radiofônicas. Repórteres localizados em capitais regionais mantêm o sotaque de sua terra natal, tornando o Brasil um país diferenciado, sem os problemas por que passam Itália e Espanha, por exemplo. O Piemontês se diferencia do Napolitano, como o Catalão do Galego, em distância idiomática carente, muitas vezes, de legendas e dicionários.

Apesar de percalços notórios, há entendimento de que, a despeito das polêmicas sobre imersão lingüística nas escolas, a Catalunha vive no bilingüismo sem problemas... Embora o catalão seja forte na escola, o castelhano domina em muitos ambientes. Acusa-se a atual "*generalitat*" de relaxar com a política de imersão escolar em catalão²⁹.

Estas conclusões encimam oportuno artigo de 29.7.2007, de *El País*, em que se atesta: "*No hay persecución lingüística. La convivencia entre los dos idiomas se da con la inmigración*".

Mesmo assim, aqui e ali, se colhem declarações, como "a realidade é que muitos professores, em todos os níveis, dão suas aulas

²⁹ *El País*, 29.7.2007, 8 BILINGÜISMO. *Vivir en catalán y en castellano. Pese a las polémicas sobre inmersión lingüística en las escuelas, Cataluña vive el bilingüismo sin problemas, señala el autor. El catalán es fuerte en la escuela, el castellano domina en muchos ámbitos. Jordi Pujol acusa a la actual Generalitat de relajar la política de inmersión escolar en catalán.*

em castelhano³⁰. Depreende-se, então, que a convivência não é tão poética como se possa imaginar.

Entre nós, num primeiro momento, se alguém emite uma seqüência fraseológica como (...digamos) *pó pô pó*, interrogativamente, fora de contexto, ninguém tem a possibilidade de entendê-la de pronto. No entanto, se transportarmos a fala para um ambiente familiar, localizarmos uma pessoa na cozinha, com a missão de providenciar a fervura de água, com o intuito de fazer café, chegando o líquido ao ponto de 96º, se o encarregado da tarefa, com dúvida, indaga em voz alta a quem está na sala, sobre a oportunidade de adicionar o produto para a infusão, nenhum genuíno brasileiro, com toda a certeza, deixaria de decifrar a dúvida..." posso pôr o pó? ", sem precisar dominar a gramática ao ponto de reconhecer no fenômeno conceitos morfológicos, como de redução, aférese, síncope ou apócope³¹.

COMO PENSAM OS JUÍZES QUE PENSAM

Este título, na verdade, é o subtítulo de uma obra que tenho utilizado exaustivamente em atividades intelectuais desta natureza: o senhor HERRENDORF, professor de direito, para abordar o difícil tema da fragilidade judicial no México, faz um trabalho de retrospectiva histórica e de comparação entre sistemas judiciais, examinando a ontologia da existência do cargo de magistrado, traçando um minucioso mapa da atividade, o que não dispensou a análise do estilo de pensamento dos juristas e da fenomenologia da sentença, com surpresa não investigado suficientemente.³²

Porém, curiosamente, e para assombro dos juristas contemporâneos, nenhuma das grandes correntes do pensamento jurídi-

³⁰ Idem, *ibidem*. *La realidad es que muchos profesores, em todos los niveles, dan sus clases em castellano.*

³¹ CUNHA, Celso. *Nova Gramática*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985, p. 657. 1º) A CRASE, ou seja, a fusão de duas vogais idênticas numa só... 2º) A AFÉRESE, ou seja, a supressão de sons no início da palavra. É o caso do emprego da forma 'stamos por estamos... 3º) A SÍNCOPE, ou seja, a supressão de sons no meio da palavra, o que sucede na pronúncia esp'ranças por esperanças... 4º) A APÓCOPE, ou seja, a supressão de sons no fim da palavra...

³² HERRENDORF, Daniel E. *El Poder de los jueces - Cómo piensan los jueces qué piensan*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2 ed. 1994, p. 65. "*Pero curiosamente, y para a sombro de los juristas contemporâneos, ninguna de las grandes corrientes del pensamiento jurídico se ha ocupado de ese tan peculiar modo de pensar. Es asombroso porque siempre, desde que los hombres debieron convivir en este mundo, ha habido derecho; desde que existe la convivencia y, por lo tanto, las relaciones recíprocas, existe también el derecho; desde que esas relaciones jurídicas exponen entuertos, existen jueces y, con ellos, un modo peculiar, muy peculiar, de pensar esas relaciones.*"

co se tem ocupado deste modo de pensar tão peculiar. É assombroso porque sempre, desde que os homens se determinaram a conviver neste mundo, existe o direito; desde que exista a convivência e, portanto, as relações recíprocas, existe também o direito; desde que essas relações jurídicas causem prejuízos, existem juízes e, com eles, um modo peculiar, muito peculiar, de pensar essas relações.

Apesar disso, não há como se negar que a ciência jurídica se desenvolve através de um modo próprio, diverso do das outras ciências; o que é percebido pelas expressões que os juristas empregam para dar a conhecer suas idéias; as sentenças são as fórmulas mais peculiares de que se utilizam os juristas para expor sua maneira de pensar; nunca deixou de haver alguém, um sábio, um conselho de decanos ilustres, um príncipe, um oráculo, que fizesse o papel de julgador. Pode não ter havido doutrina. Mas direito e julgador jamais deixaram de se encontrar.³³

O juiz não deixa de ostentar sua condição humana para exercer suas funções. Como já se deixou lavrado, ser pensante que é, não pode se afastar de preceitos ideológicos, ainda mais que, a axiologia, um dos pilares da filosofia jurídica, ao lado da ontologia, da lógica jurídica formal e da lógica jurídica transcendental, dirige as condutas que se desdobram em direção a valores, questão que se tornou o centro das atenções atuais do direito.

DE COMO NÃO ABANDONAR A TÉCNICA E AO MESMO TEMPO NÃO DESERTAR DA CRIATIVIDADE. AS FONTES DO DIREITO E OS JULGADOS.

A despeito de conhecidas diatribes filosóficas sobre o que se considera fonte do direito, a teoria que divide a matéria em dois significados parece ter aceitação genérica: fontes de criação e pro-

³³ Idem, ibidem. P. 69. "*De todas estas expresiones que utilizan los juristas y que, de algún modo exponen su modo de pensar, la más peculiar de todas son las sentencias ...Lo curioso es que hay un funcionario que socialmente nunca ha faltado: se trata del juzgador. Bajo la forma de un anciano sabio, un consejo de ilustres decanos, un príncipe, un oráculo, o un funcionario investido a ese efecto, siempre hay en la organización social un juzgador, esto es, un órgano del cual, sociológicamente, se admite una actitud judicial, que se distancia y diferencia de la actitud legisferante y la actitud ejecutiva o administrativa.*"

dução e fontes de cognição. Para estas últimas, segundo a doutrina italiana, a tarefa está em reconhecer nos textos a norma jurídica. Já para as demais, o núcleo é a dinâmica que leva ao ordenamento, ressaltando-se o seu surgimento e dos preceitos jurídicos. Assim, no dizer incisivo de TRABUCCHI, são fontes formais, a lei, a norma e os usos, capitaneando a constituição³⁴. Esta doutrina reserva para a jurisprudência o papel de fonte indireta, centralizando magistrados e doutores na vida do direito³⁵. O nosso sempre lembrado Caio Mário da Silva Pereira, com a visão de lince futurista, opta por considerar a jurisprudência como fonte informativa ou intelectual do direito, descrevendo o papel dos tribunais na sua vivificação e adaptação às transformações sociais³⁶.

O fato é que a jurisprudência entre nós ajusta a inteligência do direito positivo, adequando-a aos casos concretos, através da fórmula da incidência e da primazia dos princípios. Em suma, como ensina Firmino Ferreira Paz "...interpretar regra jurídica é conhecer-lhe o suporte fáctico e lhe verificar a possibilidade jurídica de incidir. Só."³⁷

Se o juiz não pode afastar-se das regras de interpretação do direito, a metodologia de adaptação dos princípios que devem suplantar os obstáculos em direção ao fazimento de justiça deve con-

³⁴ TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. Padova: CEDAM, 32 ed.1991, p.13. "Sono quattro le fonti formali di produzione: leggi, regolamenti, norme in materia di lavoro, usi (art. 1 disposizioni prel. Al cod.civ)(1)... Le strutture fondamentali della vita giuridica sono regolate specialmente nella Costituzione, che è entrata in vigore il 1º gennaio 1948(2). Essa contiene, nei Principi generali e nella Parte prima (diritti e doveri dei cittadini), precetti e alcune solenni affermazioni di principio (bills of rights), le quali fissano giuridica; in modelli di un sistema economico e sociale cui si deve informare tutta la vita giuridica; in altre parole, la funzione dovrebbe essere quella di assicurare alcuni valori fondamentali nello sviluppo di una società in movimento."

³⁵ Idem, ibidem. P. 21. "10.LA GIURISPRUDENZA, LA DOTRINA, L'EQUITÀ, LE CIRCOLARI MINISTERIALI. Oltre alle fonti summenzionate, che sono riconosciute espressamente dal código civile, si sogliono ricordare, come fonti indirette, la giurisprudenza, cioè il complesso delle decisioni giudiziarie, la dottrina, cioè risultati dello studio scientifico del diritto e l'equità. Magistrati e dottori, sempre al centro della vita del diritto (i primi, per dirla come i francesi, quase possessori dei testi legislativi da applicare, i secondi moralmente responsabili della retta interpretazione delle norme e del sistema) ebbero, nei tempi passati, una funzione vicina a quella del legislatore."

³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 20 ed., 2004, vol. I, p. 58. "Mas não negamos à jurisprudência o valor de fonte informativa ou intelectual do direito. Na sua função específica, os tribunais, aplicando e interpretando a lei, vivificam-na e adaptam-na às transformações econômicas e sociais. Pela autoridade intelectual de seus juizes, como em razão de constituírem os julgamentos o meio material de se apurar como a regra jurídica deve ser entendida, a consulta à jurisprudência é elemento informativo de constante utilidade. À medida que se distancia a época em que a lei é votada, o seu texto puro perde a vivacidade original, e é então a discussão perante as Cortes, como a palavra destas, que mantém a norma em plena atualidade."

³⁷ PAZ, Firmino Ferreira. *Incidência de Regra Jurídica*. São Paulo: Lex, p. 55.

tar com a mecânica da criatividade que se expressa através da linguagem. A EC 45, com a instituição da súmula vinculante, esmoreceu as resistências quanto ao papel da jurisprudência na formação do direito.

Aqui está o ponto mais importante para a reunião das três componentes do título do trabalho.

As razões históricas, geográficas, temporais, sociológicas, filosóficas, doutrinárias conduzem o julgador a um tipo de linguagem característica da profissão. Ainda assim, a inevitabilidade da arte de escrever muita vez se anuncia, impingindo ao magistrado fórmulas pouco usuais de manifestação, mas justificáveis diante deste fenômeno técnico da produção científica humana.

É bem de ver que, para o caso das sentenças, os cuidados exigem desdobro, visto que se trata de documento que não só compõe o litígio entre partes mas e muitas vezes dão o rumo do desenvolvimento social, solidificando em direito o que os usos e as tendências geralmente aceitas prescrevem para a vida das comunidades.

Há cento e setenta anos, para um caso de estupro ou atentado violento ao pudor (?), assim se manifestava o magistrado:

"O adjunto de promotor público, representando contra o cabra Manoel Duda, porque no dia 11 do mês de Nossa Senhora Sant'Ana, quando a mulher de Xico Bento ia para a fonte, já perto dela, o supracitado cabra que estava de tocaia em uma moita de mato, sahiu della de supetão e fez proposta à dita mulher, por quem queria para coisa que não se pode trazer a lume, e como ella se recuzasse, o dito cabra abrafolou-se dela, deitou-a no chão, deixando as encomendas della de fora e ao Deus dará. Elle não conseguiu matrimônio porque ella gritou e veio em assucare della Nocreto Correia, assim como Norberto Barbosa, que prenderam o cujo em flagrante. Dizem as leises que duas testemunhas que assistam a qualquer naufrágio do sucesso fazem prova.

Considero: Que o cabra Manoel Duda agrediu a mulher de Xico Bento para conxambrar com ella e fazer chumbregâncias,

*coisas que só ao marido della competia conxambrar, porque casados pelo regime da Santa Igreja Catholica Romana; Que o cabra Manoel Duda é um suplicante debochado que nunca soube respeitar as famílias de suas vizinhas, tanto que quiz também fazer conxambranas com Quitéria e Clarinha, moças donzellas; Que Manoel Duda é um sujeito perigoso e que se não tiver uma cousa que atenuie a perigança dele, amanhã está mettendo medo até nos homens. Assim, CONDENO o cabra Manoel Duda, pelo malefício que fez à mulher de Xico Bento, a ser CAPADO, capadura que deverá ser feita a macete. A execução desta peça deverá ser feita na cadeia desta Villa. Nomeio carrasco o carcereiro. Cumpra-se e apregue-se editais nos lugares públicos. Manoel Fernandes dos Santos - Juiz de Direito da Vila de Porto da Folha, aos 15 de outubro de 1833".*³⁸

Recusando-se à obediência das fórmulas rígidas do estilo forense, o hoje Desembargador Federal, José Geraldo da Fonseca, não resistiu ao comando da veia poética e decidiu entre outros casos da seguinte forma:

ENTENDA O CASO

O empregado pediu rescisão indireta do contrato de trabalho, por falta grave do patrão. Rescisão indireta é a terminação do contrato de trabalho por iniciativa do empregado, quando este (o empregado) não quer pedir demissão. Na rescisão indireta, o empregado acusa o patrão de ter praticado alguma falta grave, e, se vencer a ação, leva o total da indenização, como se tivesse sido dispensado pelo patrão, sem justa causa. Neste caso, o empregado acusou o patrão de pô-lo PELADO, em companhia de centenas de empregados, todos em fila indiana dupla, e de ser revistado, para ver se não estava furtando nada. O "pelado" era escolhido mediante sorteio. Fiz a sentença em versos. Veja:

³⁸ <http://jomal.valeparaibano.com.br/2004/03/28/dom/wcsecos.html>

1ª Junta de Conciliação e Julgamento de São Gonçalo

ATA

Em 10/12/91 , às 12h30min , depois de vistos , discutidos e relatados os autos do Processo nº 12/91 , em que são partes Jorge Luís de Matos e Casas Sendas Comércio e Indústria S/A . , proferiu-se esta sentença:

I

*Quem dera aqui pudesse ser um canto assim,
deitado eternamente em berço esplêndido,
ao som do mar e à luz do céu profundo,
de riso farto e fácil , do tom do carmim
da boca das crianças enfeitando o mundo.
Pudesse cada qual depois da labuta
imaginar a vida entre olhares cândidos,
sentar pra descansar , vencida a eterna luta,
espargir perdão em inocentes cânticos.
Patrão e empregado num passe de mágica
repartindo o pão feito um acordo tácito,
meio a meio , irmãos , como convém à lógica,
quebrando a predição desesperada e trágica.
A fome saciada ao suor do rosto
e a sede mitigada no pálido da túnica
cúmplice da razão indivisivelmente única
e o sonho acalentado aos ventos de agosto ...*

.....

XIV

*No Decreto Universal,
na Carta , que é Federal
e no Estatuto Repressivo,
o delito do patrão,
por ser evento lascivo,
afronta à alma e ao pudor.
Antes que passe em julgado
este nosso decisório, se nos
empreste auxílio,*

que a Junta faça um favor:
oficie à DRT noticiando o ocorrido
e lhe peça providência
com absoluta urgência
antes qu'outro trabalhador
seja 'inda mais ofendido.

.....

XVI

Roga-se ao leitor pouco espanto
por tal julgado esquisito
à moda de verso e canto
e não de escrito erudito,
pois que a solidão do ofício
enliça o homem ao martírio,
faz do julgar, suplício,
e do justicar, delírio.
Juiz é ser dividido,
fato que a judicatura
longe de ser sinecura
se apressa mais a mostrar;
coisa de reverso e verso
feito imagem e seu oposto,
talhada com gênio e gosto
neste opúsculo de GULLAR:

"Uma parte de mim é todo mundo,
outra parte é ninguém, fundo sem fundo.

Uma parte de mim é multidão,
outra parte estranheza e solidão.

Uma parte de mim pesa e pondera,
outra parte delira.

Uma parte de mim almoça e janta,
outra parte se espanta.

Uma parte de mim é permanente,
outra parte se sabe de repente.

Uma parte de mim é só vertigem,
outra parte linguagem.

*Traduzir uma parte noutra parte
que é uma questão de vida e morte
será arte?
será arte?*

.....
§ 5º SOBRE O NAUFRÁGIO DO PROJETO

XI

*A pobre "Nau Capitânia",
de que aqui teimo em falar,
serviu pra tudo no mundo,
menos pra andar no mar.*

.....
**§7º SOBRE A IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS POSTOS
NA INICIAL E A REVERSÃO DA SUCUMBÊNCIA**

XIV

*Copio de Camões a arquitetura
de um dos seus sonetos mais bonitos
e cumpro a sina da judicatura
de calmar à minha moda os mais aflitos.
Ponho em versos crus meus desencantos*

.....
*Oh!, Nau minha, infeliz que nem partiste
porque deu no seu projeto tudo errado
repousa em Jurujuba, só e triste
até que se ache e puna o seu culpado.*

CONCLUSÃO

Do que veio exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso ordinário interposto pelo CLUBE NAVAL para reformar inteiramente a sentença de primeiro grau e julgar improcedentes os pedidos, com reversão de sucumbência quanto a custas. Mantenho o valor da causa fixado em sentença e declaro prejudicado o recurso adesivo interposto pelo reclamante.

A C O R D A M os Juízes da Sétima Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, por unanimidade, dar provimento ao

recurso, em conformidade com a fundamentação do voto do juiz-relator.

Rio de Janeiro, ... de 2004.

Juiz José Geraldo da Fonseca

Relator

Assim como a técnica jurídica prevista para a redação de sentenças é rígida, por outro lado, também a mecânica vernacular (verna - escravo nascido na casa do senhor, original) exigiu sempre propriedade de termos (palavras); respeito à gramática (do contrário, sem um padrão gramatical, em muito pouco tempo, a comunicação estaria prejudicada, a necessitar de um novo Champollion); a acertada disposição da frase (uma bela professora pode não ser uma professora bela). O conselho de Freire aos estudiosos da língua, ainda prevalece.

*O difícil do escrever está em observar a pureza vernácula, que compreende não só, como entende Castilho Antônio, as palavras genuínas, tomadas na verdadeira acepção, e a correção gramatical no uso delas, mas ainda a disposição dos vocábulos e frases segundo os costumes, gosto e índole do idioma.*³⁹

De toda sorte, com a velocidade globalizada das transformações sociais, nem sempre os artífices da teoria lingüística conseguem medida equilibrada de propostas estruturais. Agora mesmo, como se colhe de oportuna crítica do Prof. Alberto R. Guerra Filho⁴⁰, "... quando se vai aos meandros do Acordo Ortográfico, vem a frustração: constata-se que as alterações são irrelevantes. Limitam-se a 0,5 % do vocabulário usado no Brasil e a 1,6% do empregado em Portugal, por exemplo... É vôo (ou voo?) de galinha..."

A discussão em torno de quase nada é bem sintomática da pouca importância que algumas exigências prevaleçam em detri-

³⁹ FREIRE, Laudelino. *Regras práticas para bem escrever*. Rio de Janeiro: Lócus do Saber, 2000, p. 11.

⁴⁰ *Jornal do Brasil*. *Caderno Opinião A 11*, sobre as tentativas de unificação do expressar lusófono, através de reformulação gráfica.

mento da plena comunicação, com diferença ortográfica ou mesmo sem ela.

A EVOLUÇÃO CIENTÍFICA E A LINGÜÍSTICA - DE COMO ATUAR DIANTE DESSES DOIS VETORES QUE SE DESENVOLVEM EM PROGRESSO DE ÂMBITO COMUM. DE COMO CONTORNAR O FORMALISMO, SEM TRAIR O IDIOMA OU FRACIONAR A FUNÇÃO JUDICIÁRIA.

Este texto lido para a audiência não oferece qualquer dificuldade de entendimento, embora elaborado há mais de cem anos:

*Uma noite destas, vindo da cidade para o Engenho Novo, encontrei no trem da Central uma rapaz aqui do bairro, que eu conheço de vista e de chapéu. Cumprimentou-me, sentou-se ao pé de mim, falou da lua e dos ministros, e acabou recitando-me versos. A viagem era curta, e os versos pode ser que não fossem inteiramente maus. Sucedeu, porém, que, como eu estava cansado, fechei os olhos três ou quatro vezes; tanto bastou para que ele interrompesse a leitura e metesse os versos no bolso."*⁴¹

A língua mantém um padrão que resiste ao tempo... "*To be or not to be*" já se aproxima de quatrocentos anos e mesmo quem não fala inglês (e até quem fala) não deixa de perceber o significado deste símbolo da dúvida existencial hamletiana.

Nem se há de censurar o juiz que se expressa em poesia ou se utiliza de expressões modernas de aceitação genérica. Há pouco tempo, um magistrado empregou "vou direto ao assunto" de forma a deixar bem claro que não ia perder tempo com circunlóquios (ou perífrases?). Entendi muito bem e todos que leram também. Pode não estar de acordo com o padrão mais ortodoxo da linguagem jurídica. Mas dentro de uma década será expressão considerada erudita.

Aí vai a colaboração - intento único deste lembrete expositivo - para os que escrevem e para os que lêem (ou leem?), com a men-

⁴¹ ASSIS, Machado de. Trecho de *Dom Casmurro*.

sagem de otimismo no sentido de que a comunicação não será prejudicada pelas alterações evolutivas do linguajar nem o universo dos operadores do direito diminuído com a técnica da manutenção das regras mínimas da gramática, da retórica ou da dialética, exigindo apenas dos profissionais um pouco de atenção a estes parâmetros que protegem a clareza do que se diz ou se escreve.

Para um término de trabalho, não se pode deixar de trazer a exame o fato inegável de que o próprio direito passa por transformações dogmáticas que, no dizer de Sanchís⁴², se alojam entre crises de positivismo legalista e do descrédito da jurisprudência conceptual, com o perigo de prevalência do irracionalismo, que ameaçava apoderar-se de todo o processo de interpretação ou aplicação jurídica, do Direito, em última instância. Para a empresa de resgate do controle sobre o reacionarismo jurídico e sobre a argumentação judicial, era necessário assumir o ensino da crítica antiformalista e reformular os termos da exegese, para explicar a atuação dos tribunais na solução dos conflitos. Tratava-se de um postulado fundamental do sistema de legitimidade do Estado de Direito. O que se propunha era formar o processo de decisão judicial de acordo com certos critérios objetivos e ideologicamente plausíveis de modo a não ceder passo à pura arbitrariedade subjetiva, inaugurando um novo horizonte completamente novo e aberto à ação transformadora e ideológica da judicatura. A parte central da interpretação, ao menos, a que se mostra como mais relevante na análise jurídica, consiste na atribuição de um significado ao enunciado normativo previamente selecionado, o que não é uma mera questão de fato, visto que as leis estão formuladas com uma linguagem natural e, obviamente, todo enunciado de uma língua natural se acha, em certa medida, contaminado de indeterminação semântica. O juiz, que não forma parte

⁴² SANCHÍS, Luis Prieto. *Ideología e Interpretación Jurídica*. Tese para a cátedra da Universidad de Castilla. La Mancha, 1986, reimpr. 1993, p. 47. *Tras la crisis del positivismo legalista y el descrédito de la jurisprudencia conceptual, el irracionalismo amenazaba con apoderarse de todo proceso de interpretación o aplicación jurídica y, en última instancia, del Derecho mismo; pero, a su vez, cualquier empresa que se propusiese recuperar un control sobre el razonamiento jurídico y sobre la argumentación judicial había de asumir las enseñanzas de la crítica antiformalista y aparecer formulada en términos muy diferentes a los de la exégesis. El principio de vinculación a la ley era algo más que un expediente técnico, al parecer fracasado, para explicar la actuación de los tribunales en la resolución de los conflictos; era, sobre todo, un postulado fundamental del sistema de legitimidad del Estado de Derecho ...*

de uma comunidade lingüística perfeita e homogênea, é chamado a eleger dentro do universo da determinação, sem praticar atos de asserção, mas sim diretivos, não justificáveis com referência a fatos, mas sim a valores⁴³.

Neste exercício nada simples, os magistrados se deparam com fórmulas de comunicação variadas, não podendo se afastar da inevitabilidade de características próprias de todas - todas, vejam bem, - as áreas de atuação, artes, ciência, filosofia, política, sendo que, a propósito de política, como alguém já disse, com uma surpreendente franqueza, "a moral política não corresponde à moral jurídica". Para ficar bem marcada a imensa dificuldade interpretativa da linguagem, ao menos no tocante a este último segmento, sirvome de uma assertiva que pode muito bem atuar como advertência conclusiva com respeito a tudo que quisemos expor, no atinente à delicadeza do tema, visto que o juiz há de transpor os umbrais das vontades subjacentes no âmago psicológico para extrair, em muitas e muitas circunstâncias o lírio do lodo: Em nosso tempo, o discurso político e os textos são largamente a defesa do indefensável, porque, como incisivamente expõe Orwell "A linguagem política é estruturada para fazer mentiras parecerem verdade, assassinatos, respeitáveis, e dar aparência sólida ao vento."⁴⁴

Conjurar mentiras, condenar homicídios, revelar a realidade da vida, trazendo a verdade ao proscênio, reduzindo os atentados contra a vida ao reles patamar de crime e concretizar as genuínas aspirações dos homens de bem, custe o que custar, através do uso desta maravilhosa ferramenta, a sua língua, é a missão ideológica com que o verdadeiro juiz materializa do seu sacerdócio.☞

⁴³ Idem, ibidem. P. 92. *El momento central de la interpretación o, al menos, el que se muestra como más relevante en el análisis jurídico, consiste en la atribución de un significado al enunciado normativo que ha sido previamente seleccionado... El juez, que no forma parte de una comunidad lingüística perfecta y homogénea, viene llamado a elegir dentro de esa área de indeterminación y, por tanto, cuando adscribe un significado ejecuta un acto lingüístico no asertivo, sino directivo, que no puede ser justificado por referencia a hechos, sino a valores.*

⁴⁴ ORWELL, George. *Why I Write*. London: Penguin Books, 2004, p. 114. *In our time, political speech and writing are largely the defense of the indefensible. Things like the continuance of British rule in India, the Russian purges and deportations, the dropping of the atom bombs on Japan, can indeed be defended, but only by arguments which are too brutal for most people to face, and which do not square with the professed aims of political parties. Capa: Political language is designed to make lies sound truthful and murder respectable, and to give an appearance of solidity to pure wind.*

Constitucionalismo no Brasil (1930-1945)

Antonio Sebastião de Lima

Juiz de Direito (aposentado) do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Ciências Jurídicas. Professor de Teoria do Estado e Direito Constitucional

I - INTRODUÇÃO

Instaurada a República, no Brasil, cresceram a população e os problemas. Os costumes e a mentalidade no mundo político não se afeiçoaram ao republicanismo. O espírito de nobreza e o desprezo pelo trabalho manual continuavam. A política nacional gravitava em torno dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais, como gravitara, no Império, em torno das províncias nordestinas, no ciclo do açúcar. Os demais Estados seguiam a reboque, como vagões de uma locomotiva. A competição pelos cargos eletivos primou pela deslealdade e violência. A disputa política estava adstrita aos membros das oligarquias regionais, sem participação popular. No interior, o mando político estava nas mãos dos coronéis. Havia permanente tensão entre o governo federal e os governos estaduais. Cargos administrativos destinavam-se aos apadrinhados independentemente de preparo ou eficiência. A economia se manteve essencialmente agrícola, individualista e liberal, tendo como carro-chefe a produção cafeeira. Os campônios desempregados, sem terra para lavrar, sem gado para cuidar, sem mina para explorar, vieram para a cidade e se empregaram em fábricas e serviços gerais, formando a camada baixa da sociedade. Profissionais liberais, funcionários públicos, empregados do comércio, proprietários de imóveis e de casas de comércio, militares, formavam a camada média da sociedade. Havia estabelecimentos industriais, comerciais, bancários,

estradas de ferro e companhia de bondes. Os proprietários das indústrias (têxtil, química, farmacêutica, metalúrgica, mecânica, cerâmica, roupas, calçados, alimentos, bebidas, fumo, couro, borracha, madeira, mobiliário, papel) juntamente com fazendeiros, usineiros, banqueiros e grandes comerciantes, formavam a camada alta da sociedade (aristocracia rural e urbana). Culturalmente, os brasileiros, em geral, tinham os olhos postos na Europa e nos EUA. Expressões da cultura nacional eram menosprezadas (regionalismos, carnaval, música popular, literatura, esporte).

Os capitalistas estrangeiros e nacionais investiam na produção de bens. Excluía a produção de máquinas e equipamentos porque: (i) aos estrangeiros interessava manter a economia brasileira dependente da economia dos seus países (ii) aos nacionais interessava a produção de bens de consumo por ser menos dispendiosa, ter mercado interno e assegurar bons lucros. Como não havia leis protetoras da classe trabalhadora, institutos de previdência e assistência social, nem espírito humanitário da classe patronal, os operários recebiam salários baixos, trabalhavam até 16 horas por dia, as famílias moravam em casas sem conforto, casebres ou cortiços, pagavam aluguel abusivo, alimentavam-se mal e careciam de cuidados com a saúde e higiene. Crianças e adolescentes submetiam-se ao mesmo regime de trabalho dos adultos. Ante as péssimas condições de vida, os operários começaram a reagir e a promover greves, como a de São Paulo, em 1917, que começou na capital e se espalhou para o interior e para fora do Estado, com quebra-quebra, saques, tomada de bondes, além da inatividade das fábricas e dos transportes ferroviários. O pleito dos grevistas era por melhor padrão de vida (salários, condições de trabalho, qualidade dos alimentos, redução dos preços dos bens de primeira necessidade e do valor do aluguel da moradia). Da classe operária faziam parte os imigrantes, entre os quais, anarquistas italianos, espanhóis e portugueses experientes na luta social. Objetivando o amparo material e a defesa de direitos, os trabalhadores organizaram sindicatos e instituições beneficentes e de socorro mútuo. Diante disso e da pressão social, o governo criou a Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários (1923) como primeiro passo da sua atuação no terreno previdenciário.

Entretanto, militava contra os operários a fartura de mão-de-obra, da qual se aproveitava a classe patronal para aviltar o valor da força de trabalho e negligenciar a salubridade. Dispondo do poder político, a classe patronal servia-se do aparelho estatal para reprimir os movimentos sociais dos trabalhadores. Ficou célebre a afirmação atribuída ao presidente Washington Luiz, de que a questão social era uma questão de polícia. O presidente teria dito que a questão operária interessava mais à ordem pública do que à ordem social. Prevaleceu, porém, a versão divulgada pelos opositores políticos.

O ativismo do Partido Comunista Brasileiro e a rebelião dos tenentes do Exército levaram o presidente Artur Bernardes a decretar o estado de sítio (1923/1926). Os jovens oficiais estavam descontentes com os oficiais superiores que, segundo eles, colocavam o Exército a serviço da aristocracia e não a serviço da nação. Qualificavam de corrupto o sistema político em vigor. Mostravam-se preocupados com o custo de vida e com as precárias condições em que vivia grande parte da população. Na disputa presidencial para o quadriênio 1923/1926 esses jovens oficiais apoiavam o candidato da oposição (Nilo Peçanha). Em torno dessa candidatura uniram-se Pernambuco, Bahia, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, movimento conhecido como *reação republicana*. O mineiro Artur Bernardes venceu as eleições. O estopim da revolta foi o fechamento do Clube Militar e a prisão do seu presidente, marechal Hermes da Fonseca, cujo filho, capitão Euclides da Fonseca, tomou o Forte de Copacabana e atacou o quartel-general do Exército. A ação arrojada repercutiu em outras unidades militares. Um grupo de oficiais e praças ignorou o estado de sítio e saiu do Forte de Copacabana para enfrentar a tropa do governo, num gesto corajoso, rebelde e suicida. Somente dois escaparam com vida: Siqueira Campos e Eduardo Gomes. Posteriormente (1924), unidades militares de São Paulo se rebelaram contra o governo central. Os oficiais reivindicavam um governo provisório, a convocação de uma assembléia constituinte e reforma política que incluísse o voto secreto. Houve combates nas ruas e bairros da cidade. Os rebeldes marcharam para o Sul e se juntaram, no Paraná, aos rebeldes que vinham do Rio Grande do Sul, formando a denominada *Coluna Prestes*. De lá, partiram para o Norte do

país, vencendo as batalhas travadas com as forças governamentais em todo o percurso. O propósito da marcha era: (i) despertar a consciência do povo brasileiro para a perversidade do sistema político em vigor e a necessidade de um novo modelo (ii) mostrar discordância com a conduta servil do comando militar. O povo se manteve esquivo, aguardando o desfecho. Após 3 anos de marcha (30.000 km), Luiz Carlos Prestes declarou encerrada a missão por entender que não havia mais motivo para prosseguir, pois, Bernardes já não era mais presidente e os reflexos positivos da rebelião já se faziam sentir. No Amazonas, o movimento rebelde, liderado por um tenente, tinha por objetivo mudar o modelo econômico de capitalista para socialista. Os rebeldes assumiram o governo, formaram uma junta governativa e, entre outras medidas, prenderam negociantes que especulavam com bens de primeira necessidade. Decorrido um mês, aproximadamente, as forças situacionistas retomaram o governo local. A rebelião de oficiais e praças caracterizava violação do dever de obediência e colocava em risco a organização militar brasileira, cujas colunas mestras eram a hierarquia e a disciplina. Os líderes da revolta exilaram-se na Bolívia. A dissidência no seio da oficialidade advertira o Brasil sobre a nova realidade mundial descortinada nos céus alemães, russos e italianos.

O almejado equilíbrio de forças em face das desavenças entre os países europeus culminou em guerra mundial (1914/1918). Em consequência do conflito, o mercado europeu retraiu-se. O preço do café despencou. A economia brasileira encolheu. Impossibilitado de pagar a dívida externa, o governo brasileiro valeu-se da moratória até 1927, quando reiniciou os pagamentos. A situação agravou-se, novamente, com a crise mundial do capitalismo (1929). Escoaram-se os créditos brasileiros ganhos durante a guerra mundial provenientes do fornecimento de cacau, açúcar e borracha aos aliados. Enquanto o governo dos EUA, abatido pela crise, trocava o capitalismo liberal pelo capitalismo intervencionista, o governo brasileiro buscava solução caseira. Disputavam a sucessão de Washington Luiz (que sucedera Arthur Bernardes na presidência da República) o paulista Julio Prestes (nenhum parentesco com Luiz Carlos) pela situação e o gaúcho Getúlio Vargas, pela oposição.

Pernambucanos, baianos, cariocas e gaúchos uniram-se para acabar com o domínio de paulistas e mineiros na política nacional. Alegando fraude nas eleições que perdera, Vargas rebela-se contra a ordem em vigor. Paraíba e Minas Gerais, vítimas das fraudes, se uniram ao Rio Grande do Sul. As forças rebeldes depuseram Washington Luiz, impediram a posse de Julio Prestes e assumiram o comando da Nação. Enquanto uma junta militar ocupava o governo, o comando da revolução, sediado em Ponta Grossa-PR, deslocava-se para o Rio de Janeiro com o objetivo, segundo Vargas, de realizar o programa constante da plataforma da Aliança Liberal anunciada por ele, durante a campanha eleitoral, na Esplanada do Castelo (centro do Rio de Janeiro). O novo governo seria por prazo indeterminado. A primeira república chegava ao fim.

II. A SEGUNDA REPÚBLICA

1. Governo Provisório

Getúlio Vargas chega ao Rio de Janeiro, recebe a chefia do governo das mãos da junta militar (03/11/1930) e baixa o decreto nº 19.398, de 11/11/1930 (carta constitucional da transição) instituindo o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil. Isto implicava o exercício pleno das funções legislativas e executivas até que fosse eleita uma assembléia constituinte. Foram dissolvidos todos os órgãos deliberativos nas esferas federal, estadual e municipal. O direito anterior ficou sujeito às modificações introduzidas pelo novo regime. Na esfera do direito privado, continuaram em vigor as relações jurídicas constituídas na forma da lei e garantidos os respectivos direitos adquiridos. Na esfera do direito público, mantinham-se as relações jurídicas que estivessem em harmonia com o interesse público e com a moralidade administrativa. Para administrar cada Estado foi nomeado um Interventor. Os Estados e o Distrito Federal mantiveram, formalmente, a autonomia financeira. O governo provisório se propôs a garantir a ordem e a segurança pública e promover a reorganização geral da República. A futura Constituição deveria manter a forma republicana federativa, sem restringir os direitos dos municípios e os direitos individuais arrolados na Constituição de 1891. Até a promulgação da nova Constituição, as garantias consti-

tucionais ficariam suspensas e excluídos da apreciação judicial os atos do governo provisório. Criou-se um tribunal especial para processo e julgamento de crimes políticos e funcionais definidos em lei e situados fora do âmbito do *habeas corpus*. Foram designadas eleições para a assembléia constituinte e instituída comissão para elaborar o projeto de Constituição (decreto 21.402 de 14/05/1932). A aristocracia paulista, duplamente contrariada por ter sido afastada do Poder e pela tardança do chefe do governo provisório em reunir a assembléia constituinte, serviu-se da força pública estadual, com adesão das forças federais aquarteladas nos Estados de São Paulo e de Mato Grosso, para ir à luta e exigir uma Constituição. A refrega começou em 9 de julho e terminou em 3 de outubro de 1932, com a derrota dos rebeldes. Houve prisões e exílios; depois, anistia geral. A *Comissão Itamarati* (assim chamada porque se reunia no Palácio das Relações Exteriores e era chefiada pelo chanceler Afrânio de Melo Franco) retomou os trabalhos e os apresentou à assembléia constituinte instalada em 15/11/1933. A assembléia formulou emendas, votou e promulgou a nova Constituição (16/07/1934).

2. Constituição de 1934

A Assembléia Nacional Constituinte se propôs a organizar um regime democrático que assegurasse unidade, liberdade, justiça e bem-estar à nação. Dela participaram deputados eleitos pelo sufrágio universal e deputados eleitos por seus respectivos órgãos de classe. Estruturou-se uma tríplice ordem: política, econômica e social. Foram *mantidos*: (i) a forma republicana e federativa de Estado (ii) o sistema de governo democrático, representativo e presidencialista (iii) a separação dos Poderes e o controle recíproco (iv) a declaração dos direitos individuais. Foram *incluídos*: (i) na Câmara dos Deputados, representantes eleitos pelas organizações profissionais agrupadas em 4 divisões: (a) lavoura e pecuária (b) indústria (c) comércio e transportes (d) profissionais liberais e funcionários públicos (ii) órgãos de cooperação nas atividades governamentais (ministério público, tribunal de contas, conselhos técnicos como representação corporativa) (iii) função moderadora do Senado (coordenação dos Poderes, continuidade administrativa, velar pela Constituição, cola-

borar na feitura de leis) **(iv)** Justiça Federal, Eleitoral e Militar **(v)** voto feminino **(vi)** disciplina autônoma da ordem econômica e social **(vii)** territórios federais autônomos (Acre, Guaporé, Iguazu, Ponta-Porã, Amapá) **(viii)** autonomia municipal.

O Legislativo bicameral recém-constituído elege Vargas, em 17/07/1934, Presidente da República, com mandato até 03/05/1938. O tribunal de cúpula do Poder Judiciário passou a denominar-se *Corte Suprema*, em cuja competência foi incluído o recurso extraordinário. Nos tribunais estaduais 1/5 dos lugares foram destinados aos membros do Ministério Público e advogados. Entre as garantias dos juízes foi incluída a inamovibilidade. Ao juiz eram proibidas atividade político-partidária e qualquer outra função, salvo a de professor. O juiz estava obrigado a sentenciar. Ante a lacuna da lei, o juiz devia decidir por analogia, equidade ou aplicar os princípios gerais de direito. Foram *proibidos*: **(i)** foro privilegiado **(ii)** tribunais de exceção **(iii)** prisão por dívidas, multas ou custas **(iv)** extradição por crimes políticos ou de opinião **(v)** penas de morte, banimento, confisco e de caráter perpétuo. Os necessitados podiam obter assistência judiciária e gratuidade quanto às despesas processuais. Foram mantidas as cautelas relativas à prisão do indivíduo, com o dever da autoridade de comunicá-la imediatamente ao magistrado. O direito processual foi unificado. Coube, à União, legislar sobre direito processual, direito rural e arbitragem comercial.

Constaram, do texto constitucional, os direitos a liberdade, subsistência, segurança individual e propriedade. A inclusão do direito a *subsistência* refletia o aspecto social da Constituição. A cidadania ativa foi ampliada com a inclusão das mulheres e dos sargentos e a redução da idade mínima para 18 anos. O voto era obrigatório para os homens e facultativo para as mulheres, salvo se estas exercessem função pública remunerada. Continuaram excluídos os analfabetos, os mendigos, os cabos e soldados e todos os que estivessem privados dos direitos políticos. O acesso aos cargos públicos era permitido a todos os brasileiros, vedada acumulação. A primeira investidura dependia de exame de sanidade e concurso público de provas ou títulos (o que não acontecia na primeira república). No rol das garantias, o legislador constituinte acrescentou o direito adquiri-

do, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada (que constavam da lei civil) e criou o *mandado de segurança* para defesa de *direito certo e incontestável*, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O interesse social ou coletivo foi lançado como limite ao exercício do direito de propriedade, permitida a desapropriação por necessidade ou utilidade pública. Na hipótese de perigo, atual ou iminente, o Estado podia usar a propriedade particular. As marcas de indústria, de comércio e o nome comercial receberam proteção. O direito de prover à própria subsistência e à da família, mediante trabalho honesto, foi reconhecido a todos. Coube, ao poder público, amparar os indigentes, na forma da lei. Das repartições públicas foi exigida celeridade tanto nos procedimentos como no fornecimento de certidões para defesa de direitos. As profissões de escritor, jornalista e professor ficaram isentas de tributação. Qualquer cidadão podia pleitear anulação dos atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios.

3. Ciclo social-democrático

Com a Constituição de 1934, a social-democracia ingressa no constitucionalismo brasileiro. À União, aos Estados e aos Municípios, couberam atribuições no setor social, tais como: (i) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados (ii) estimular a educação eugênica (iii) amparar a maternidade e a infância (iv) socorrer as famílias de prole numerosa (v) proteger a juventude contra toda exploração e abandono físico, moral e intelectual (vi) adotar medidas: (a) legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade infantil (b) de higiene que impedissem a propagação de doenças transmissíveis (vii) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais (viii) favorecer o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral (ix) proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País (x) prestar assistência ao trabalhador intelectual. Cabia à família e ao Poder Público ministrar educação visando à eficiência de fatores da vida moral e econômica da nação, que desenvolvesse no espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana. O ensino era facultado a estabelecimentos particulares, leigos ou religiosos.

O ensino religioso era facultativo e ministrado de acordo com os princípios da confissão religiosa do aluno. Era garantida a liberdade de cátedra. O vínculo do casamento era indissolúvel. A família estava sob a proteção do Estado. Os nubentes tinham de apresentar prova de sanidade física e mental. O casamento era civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso era reconhecido, desde que observasse os procedimentos legais e fosse inscrito no registro civil. A ordem econômica e social tinha por base a justiça e as necessidades da vida social, de modo a possibilitar a todos uma existência digna. Dentro desses limites, a Constituição garantia a liberdade econômica. Autorizava, entretanto, o monopólio estatal de indústria ou de atividade econômica quando assim o exigisse o interesse público. Nacionalizava os bancos de depósito, as empresas de seguro, as minas, as jazidas e as fontes de energia hidráulica. Cabia à lei, promover essa nacionalização, o fomento da economia popular, aperfeiçoar e expandir o crédito. Era reconhecida a liberdade sindical. Nos termos da lei, promover-se-ia o amparo à produção e estabelecer-se-iam as condições de trabalho na cidade e no campo orientadas à proteção social do trabalhador e aos interesses econômicos do país. A legislação trabalhista deveria obedecer a inúmeros preceitos, tais como: **(i)** proibir diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil **(ii)** estabelecer um salário mínimo capaz de satisfazer às necessidades normais do trabalhador, conforme as condições regionais, uma jornada de trabalho que não excedesse 8 horas, repouso hebdomadário preferencialmente aos domingos, férias anuais remuneradas, indenização por dispensa do trabalho sem justa causa **(iii)** proibir trabalho a menores de 14 anos, trabalho noturno a menores de 16 anos e, em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres **(iv)** regulamentar o exercício de todas as profissões e reconhecer as convenções coletivas de trabalho **(v)** organizar assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando, a esta, descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego **(vi)** instituir previdência mediante contribuições do empregado, do empregador e da União Federal para os casos de velhice, invalidez, maternidade, acidentes do trabalho e morte.

O legislador constituinte: **(i)** declarou a indistinção entre o trabalho manual, técnico e intelectual e a igualdade de direitos entre os respectivos profissionais **(ii)** determinou a educação rural e a preferência do trabalhador nacional na colonização e aproveitamento das terras públicas, bem como, a organização de colônias agrícolas destinadas aos habitantes de zonas empobrecidas e aos sem trabalho **(iii)** disciplinou a entrada e a permanência de imigrantes no território nacional **(iv)** criou a justiça do trabalho vinculada ao Ministério do Trabalho, porém, com poder jurisdicional, constituída de tribunais e comissões (juntas) de conciliação para dirimir questões entre empregados e empregadores regidas pela legislação social **(v)** concedeu usucapião especial a todo brasileiro que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupasse, por 10 anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra até 10 hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele a sua morada **(vi)** reduziu o imposto sobre imóvel rural de 50 hectares ou menos **(vii)** instituiu imposto progressivo sobre a transmissão de bens por herança ou legado **(viii)** assegurou respeito à posse das terras pelos silvícolas **(ix)** vedou a propriedade de empresas jornalísticas políticas ou noticiosas, a estrangeiros e a sociedades anônimas por ações ao portador; assegurou estabilidade no emprego, férias e aposentadoria aos respectivos redatores e empregados **(x)** reservou a brasileiros natos, na proporção de 2/3, a propriedade, a armação, o comando e a tripulação dos navios nacionais **(xi)** reservou percentagem de brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos de comércio e indústria **(xii)** remeteu à lei, medidas de controle tarifário dos serviços concedidos ou delegados para que, no interesse coletivo, os lucros dos concessionários, ou delegados, não excedessem a justa retribuição do capital necessário à respectiva expansão.

III - INTERREGNO AUTOCRÁTICO

1. Carta de 1937

A Constituição de 1934 teve curta duração em decorrência da instabilidade institucional gerada, principalmente, pelo antagonismo entre os integralistas e os comunistas. Greves se sucediam. Luiz

Carlos Prestes se filiara ao comunismo e fundara a Liga de Ação Revolucionária (1930) lançando um manifesto à nação. Qualificava como *limitado* o propósito da Aliança Liberal (sustentáculo de Vargas) de mudar pessoas no Poder. Dizia que: (a) eram vãs as promessas de moeda estável, voto secreto, liberdade política e respeito à Constituição (b) qualquer revolução, sem a participação popular, reveste o caráter de disputa entre oligarquias, as quais, compostas de proprietários dos latifúndios e dos meios de produção, apoiadas nos imperialismos estrangeiros, exploram e dividem o povo brasileiro (c) essa minoria dominante só seria vencida por uma insurreição geral da massa urbana e rural.

O fascismo europeu repercutiu no Brasil e inspirou as idéias de Plínio Salgado, bem recebidas em setores conservadores da camada média da população e do círculo militar. Essas idéias, reunidas em programa, serviram de base à fundação da Ação Integralista Brasileira (1932). O movimento, de caráter nacionalista e anticomunista, adotou o lema *Deus, Pátria e Família*. Pretendia organizar um Estado forte, com a extinção de todas as organizações representativas de classes. Às elites cabia exercer o governo. Às massas faltava preparo para governar a nação. O governo seria autoritário a fim de garantir o novo regime e impedir a volta da desordem democrática. O objetivo do novo Estado era o de pacificar a sociedade mediante mecanismos de conciliação entre as classes, intervir nos negócios privados sempre que assim o exigisse o interesse público e promover o progresso do Brasil dentro da ordem.

Anarquistas, socialistas, comunistas e furta-cores organizaram a Aliança Nacional Libertadora e escolheram Luiz Carlos Prestes como presidente de honra (1935). Entre os objetivos desse movimento estavam o de suspender o pagamento da dívida externa, nacionalizar empresas de países imperialistas, proteger os pequenos e médios proprietários de terras, entregar aos trabalhadores rurais as terras dos latifundiários, ampliar as liberdades cívicas e instaurar um governo popular. O governo, apoiado pelos integralistas e na lei de segurança nacional, reprimiu esse movimento da esquerda e fechou todos os seus núcleos no país. Sob a direção de Prestes, em novembro de 1935, os comunistas reagiram a partir de Natal-RN. O movi-

mento, conhecido como *intentona comunista*, espalhou-se para Olinda, Recife e Rio de Janeiro. O governo venceu os confrontos armados e prendeu os insurretos, inclusive Prestes e sua companheira, a alemã Olga Benário, deportada para a Alemanha, onde foi fuzilada (1942).

A repressão aos comunistas abriu válvula ao potencial autocrático de Vargas. O declínio do liberalismo político no continente europeu e a ascensão de ditaduras de direita (Europa ocidental) e de esquerda (Europa oriental) serviam de amparo ideológico a propósitos autocráticos no Brasil. Sintomáticas eram as relações do governo brasileiro com o governo alemão. Nas trocas internacionais, a Alemanha nazista foi a principal e maior parceira do Brasil (1936). Para as eleições de 1938, havia 3 candidatos à presidência da República: Armando Salles de Oliveira, José Américo de Almeida e Plínio Salgado. Temendo o restabelecimento da república velha pelo futuro vencedor do pleito, temor real ou fictício, o grupo civil/militar de apoio a Vargas tramou o golpe, forjou um documento comunista denominado *Plano Cohen*, divulgou-o como verdadeiro e provocou a decretação do *estado de guerra* pelo Legislativo. Esse *estado de guerra* foi invenção dos parlamentares, *ad terrorem*, pois, a Constituição em vigor já previa o estado de sítio. Francisco Campos redigiu o projeto de uma nova Constituição, que foi aprovado pelo grupo conspirador composto, entre outros, por Plínio Salgado, Eurico Gaspar Dutra, Góes Monteiro e Filinto Müller. O Presidente da República outorgou o projeto à nação (10.11.1937).

A Carta de 1937 foi inspirada na lei fundamental da Polônia de 1935. Getúlio Vargas afirmou que a Carta era provisória e se destinava a propiciar uma economia forte, sem a qual, na opinião dele, nenhum país é livre. Almejava pacificar a política interna e alcançar a união e a integração nacional. Pontos programáticos dos integralistas constaram dessa Carta. Foram *mantidos*: (i) a forma federativa de Estado (ii) o sistema presidencialista de governo (iii) a separação funcional dos Poderes (iv) a declaração de direitos com restrições (v) as normas sobre família, educação, cultura e economia (vi) as leis do antigo regime compatíveis com o novo (vii) os símbolos nacionais. Foram *excluídos*: (i) o Senado Federal (ii) os

órgãos de cooperação nas atividades governamentais (iii) as justiças federal e eleitoral (iv) os símbolos estaduais e municipais. Foram criados: (i) o Parlamento Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Conselho Federal (ii) o Conselho de Economia Nacional para colaborar na função legislativa, composto de representantes da produção nacional, com paridade entre empregados e empregadores designados pelas associações profissionais e pelos sindicatos. Na cúpula do Poder Judiciário situava-se o Supremo Tribunal Federal. Ao Judiciário era vedado conhecer de questões exclusivamente políticas. Foram mantidas, com restrições, as garantias dos juízes: (i) vitaliciedade, com aposentadoria compulsória aos 68 anos de idade ou por invalidez (ii) inamovibilidade, com remoção compulsória em virtude do interesse público, por decisão de 2/3 dos juízes do tribunal superior (iii) irredutibilidade de vencimentos, sujeitos, entretanto, a impostos. Foi mantido o controle judicial da legalidade e da constitucionalidade dos atos dos poderes Legislativo e Executivo. Da cidadania ativa foram excluídos os analfabetos, os militares em serviço ativo, os mendigos e os que estivessem privados dos direitos políticos. Assegurava os direitos derivados da liberdade, segurança individual e propriedade. O direito à subsistência foi tratado no tópico sobre a família. Aos direitos de feição liberal havia restrições, tais como: (i) censura prévia da imprensa, do teatro, do cinema e do rádio (ainda não havia televisão) (ii) proibição à circulação, difusão e representação, a critério da autoridade e no interesse da paz, da ordem e da segurança pública (iii) pena de morte para delitos contra o Estado e para o homicídio praticado por motivo fútil e com extremos de perversidade (iv) exclusão da prisão disciplinar do âmbito do *habeas corpus* (v) tribunal especial para o processo e julgamento dos crimes contra o Estado e contra a economia popular. O exercício dos direitos e garantias individuais estava condicionado ao bem público, às necessidades da defesa, ao bem-estar geral, à paz, à ordem e às exigências de segurança da nação e do Estado. Não havia liberdade de expressão e comunicação.

Vargas defendia o *Estado Novo* contra as investidas da parcela da aristocracia rural e urbana que pretendia restaurar as práticas da primeira República. Os opositores sofriam perseguição implacá-

vel. No interesse do serviço público, ou por conveniência do regime, o governo podia aposentar ou reformar funcionários civis e militares a seu exclusivo arbítrio, nos 60 dias após a promulgação da Carta. À camada baixa da sociedade, que sempre ficara à margem do processo político, as restrições à liberdade política pouco ou nada afetavam. Essa Carta, em suas disposições transitórias e finais: **(i)** declarava o estado de emergência em todo o País **(ii)** previa plebiscito nacional para confirmá-la ou rejeitá-la e que seria regulado mediante decreto do Presidente da República **(iii)** renovava o mandato do presidente em exercício até a realização do plebiscito **(iv)** dissolvia os órgãos legislativos federais, estaduais e municipais, cabendo ao presidente, depois de realizado o plebiscito, marcar as eleições ao Parlamento Nacional **(v)** determinava que, antes das eleições, fosse constituído o Conselho da Economia Nacional **(vi)** atribuía ao presidente o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União, enquanto o Parlamento Nacional não se reunisse **(vii)** recepcionava todo o direito anterior que fosse compatível com o novo regime.

2. Ciclo social-autocrático

O plebiscito nacional que submeteria a Carta à aprovação ou reprovação do povo, nunca se realizou. Enquanto não fosse reunido o Parlamento Nacional, a função legislativa cabia ao Presidente da República. Como o Parlamento nunca se reuniu, o presidente legislou durante o período em que se manteve no Poder (1937 a 1945). O *estado de emergência* só acabou em 30/11/45, pela lei constitucional nº 16. A ordem econômica e social reproduzia, em grande parte, as disposições da Constituição brasileira de 1934, da Carta do Trabalho italiana e do programa da Ação Integralista Brasileira. Isto se nota dos seguintes preceitos: **(i)** a riqueza e a prosperidade nacional fundam-se na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público **(ii)** a intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção de maneira a evitar ou resolver conflitos e introduzir no jogo das competições individuais os interesses da na-

ção representados pelo Estado (essa intervenção poderia ser mediata ou imediata, revestindo a forma de controle, de estímulo ou de gestão direta) **(iii)** o trabalho é um dever social antes de ser um direito individual **(iv)** o trabalho honesto, como meio de subsistência do indivíduo, é um direito de todos **(v)** o trabalho constitui um bem que cabe ao Estado proteger **(vi)** dos contratos coletivos de trabalho concluídos pelas associações de empregadores, de trabalhadores e artistas, deviam constar a duração do vínculo, a remuneração, a disciplina interna e o horário de trabalho **(vii)** a modalidade do salário seria a mais apropriada às exigências do operário e da empresa **(viii)** nas empresas de trabalho contínuo, a mudança de proprietário não rescindia o contrato de trabalho; os direitos que o empregado mantinha com o antigo, eram mantidos com o novo proprietário **(ix)** as associações de trabalhadores tinham o dever de prestar aos seus associados auxílio ou assistência quanto às práticas administrativas ou judiciais relativas aos seguros de acidentes de trabalho e aos seguros sociais **(x)** embora admitida a liberdade sindical, somente o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tinha o direito de (a) representação legal dos que participavam da respectiva categoria de produção (b) defender os direitos dos associados (c) celebrar contratos coletivos de trabalho obrigatórios para os associados (d) impor contribuições aos associados (e) exercer funções delegadas **(xi)** a greve era nociva ao capital e o *lock-out* era nocivo ao trabalho (conluio dos proprietários para colocar fora de operação suas empresas), ambos incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional **(xii)** a produção seria organizada em corporações, entidades representativas das forças do trabalho nacional colocadas sob a assistência e a proteção do Estado **(xiii)** as corporações são órgãos do Estado e exercem funções delegadas do Poder Público **(xiv)** usura punível **(xv)** o processo de nacionalização da economia persiste **(xvi)** as terras dos silvícolas são inalienáveis **(xvii)** concessão de terras de área superior a dez mil hectares dependia de prévia autorização do Conselho Federal.

Os tópicos sobre família, educação e cultura receberam especial atenção. A infância e a juventude deviam ser objeto de cuidados e garantias especiais, cabendo ao Estado todas as medidas des-

tinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importava em falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação. Na hipótese de abandono, cabia ao Estado prover as crianças e adolescentes de conforto e dos cuidados indispensáveis à sua preservação física e moral. Aos pais miseráveis assistia o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da prole. A educação integral da prole era o primeiro dever e o direito natural dos pais, cabendo ao Estado suprir as deficiências e lacunas da educação particular. A arte, a ciência e o seu ensino eram livres à iniciativa individual e à de associações ou de coletividades públicas e particulares. Era dever da nação e do Estado assegurar às crianças e jovens carentes uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais, mediante a fundação de instituições públicas de ensino em todos os graus. O primeiro dever do Estado, em matéria de educação, era o ensino pré-vocacional e profissional destinado às camadas menos favorecidas. As indústrias e os sindicatos econômicos tinham o dever de criar, na esfera de sua especialidade, escolas de aprendizes destinadas aos filhos dos seus operários ou dos seus associados. Apesar da gratuidade do ensino primário, instituiu-se contribuição módica e mensal à caixa escolar para quem tivesse condições de pagar. O ensino cívico, a educação física e os trabalhos manuais eram obrigatórios em todas as escolas primárias e secundárias. Instituições seriam fundadas com o fim de organizar, para a juventude, períodos de trabalho anual nos campos e nas oficinas e de promover-lhe a disciplina moral e o adestramento físico, de maneira a prepará-la ao cumprimento dos seus deveres para com a economia e a defesa da nação.

IV - CONCLUSÃO

No período revolucionário (1930/1945) foi marcante a tensão entre liberalismo e socialismo. A solução conciliatória entre os extremos caracterizou, daí para frente, o constitucionalismo brasileiro. A inclusão do povo no processo político ocorreu modestamente através de algumas vozes na assembléia constituinte no curto período

democrático que precedeu à autocracia. O governo era para o povo, mas, não pelo povo (o mesmo princípio defendido por D. Pedro I). A tensão entre governo federal e governo estadual foi resolvida em favor do primeiro. O poder do governo federal tornou-se incontestável e acabou com a chamada *política dos governadores*. As conquistas dos trabalhadores foram inúmeras. O progresso econômico e social foi notável. Sem descuidar da classe produtora, Getúlio Vargas suspendeu o pagamento da dívida pública externa e deferiu ao Banco do Brasil o monopólio cambial (1938). Amparou a classe trabalhadora, da qual recebia simpatia e apoio político. Ao iniciar os seus discursos, dirigia-se aos *trabalhadores do Brasil*, de modo a salientar o ângulo social do seu governo. A liderança de Vargas atendia aos interesses das oligarquias dissidentes, porém, quando multidões o aclamaram no Rio de Janeiro e em São Paulo, percebeu que o povo estava sedento de mitos. Luiz Carlos Prestes tornara-se um mito: *cavaleiro da esperança*. Vargas entendeu que as manifestações populares em torno do seu nome eram de apoio ao mito, ao herói da revolução, ao homem providencial, ao *salvador da pátria*. Aceitou o papel e colocou-se acima das facções, causando estranheza e contrariedade aos oligarcas. Afastou-se do liberalismo individualista para organizar um *Estado Novo*, intervencionista, fundado no bem-estar geral. Colocou-se a meio-caminho entre os liberais e os socialistas. Instaurou um governo social-autocrático à moda fascista. No uso do poder de tributar, fortaleceu a União. Os Estados, devedores do Banco do Brasil, ficavam dependentes do governo central. Isto os reduzia à condição de províncias. Além do apoio da massa popular, Vargas recebia o apoio da parcela dos militares (principalmente dos *tenentes* de 1922 e 1924), liderada pelo coronel Góes Monteiro, que desejava um governo forte o suficiente para implantar uma política que atendesse aos interesses nacionais e não, apenas, aos interesses de alguns Estados e de oligarquias regionais; um governo que resolvesse a questão social, amparando a camada baixa da sociedade brasileira. Os militares não aspiravam ao exercício direto do Poder e sim garantir um *Poder Nacional* exercido dentro daquelas diretrizes. A resistência ao governo revolucionário de Vargas localizava-se em setores da camada alta e da ca-

mada média da sociedade. Resistência velada enquanto o presidente mantinha o flanco protegido; desvelada quando ele convocou eleições ao cabo da segunda guerra mundial.

Na área econômica, as exportações declinaram em face da crise internacional do capitalismo (1929). O governo aristocrático (Washington Luiz) tentou equilibrar a queda do café com exportações de frutas. A produção voltou-se para o mercado interno (café, algodão, açúcar, cacau, fumo, cereais, erva-mate, carnes, leite, manteiga, ovos, vinhos, frutas, madeira, borracha). No intuito de proteger a produção, o governo autocrático (Getúlio Vargas) criou o Departamento Nacional do Café e os institutos do Alcool, do Pinho, do Mate, o que beneficiou a camada alta da sociedade. Com uma política protecionista, o Brasil entrou, definitivamente, na era da industrialização. A orientação era no sentido de produzir máquinas e equipamentos a fim de livrar o Brasil da dependência econômica em relação aos países industrializados. Durante a segunda guerra mundial cresceram, substancialmente, as exportações de material estratégico para os EUA (borracha e minérios). O governo criou: (i) o Conselho Nacional do Petróleo (1938) embrião da Petrobrás (1953) (ii) a Companhia Siderúrgica Nacional (1941) (iii) a Companhia Vale do Rio Doce (1942). Conjugou os interesses da classe patronal com os da classe trabalhadora ao criar órgão único tutelar do capital e do trabalho: o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

No terreno da previdência social foram criados, sucessivamente, os institutos de aposentadorias e pensões dos marítimos, dos comerciários, dos bancários, dos trabalhadores em trapiches e armazéns de café, dos operários estivadores, e dos industriários. Assim, ficaram amparadas todas as categorias de trabalhadores urbanos. No que tange à cidadania, foi elaborado o Código Eleitoral (1932) que instituiu a justiça eleitoral, o sufrágio universal, o voto direto, secreto, obrigatório, masculino e feminino, representação proporcional e candidatura avulsa. O Congresso Nacional votou a Lei de Segurança Nacional (1935). Foram publicados os Códigos Penal, Processo Penal, Processo Civil, Caça e Pesca, Minas, Águas, o Estatuto dos Funcionários Públicos e a Consolidação das Leis do Trabalho. O período foi desfavorável à liberdade política. A expansão da

burocracia estatal ensejou milhares de empregos. A educação pública atingiu uma eficiência jamais superada. Em qualidade de ensino somente os colégios de jesuítas tinham condições de competir com a escola pública. Para bem organizá-la foi criado um ministério próprio. Apesar da ênfase da autocracia nos deveres dos governados, a dimensão social dos direitos fundamentais encontrou amparo no ideário do grupo civil/militar que apoiava o presidente, fundado na experiência do governo Mussolini, que prestigiava o capital, o trabalho, a família, a saúde, a educação e a cultura.

Exibindo oportunismo e visão de estadista, Vargas reprime a sua simpatia pessoal para com os governos autoritários do Eixo (Itália-Alemanha-Japão) e alinha-se com os EUA na segunda guerra mundial, ao lado de outros países americanos, em sintonia com a posição firmada, anteriormente, na conferência dos chanceleres no Rio de Janeiro (1932). Vargas permite a instalação de bases aéreas estadunidenses em Belém, Natal e Recife. Combatendo ditaduras na Europa, as forças armadas ficaram numa situação contraditória, sustentando uma ditadura no seu próprio país. Côncio disto, Vargas expede lei constitucional convocando eleições gerais (28.02.1945). Os parlamentares eleitos teriam poderes para reformar a Carta de 1937. Políticos e professores universitários aproveitaram o ensejo para divulgar manifesto à nação em que levantavam suspeita de que haveria fraude nas eleições. O movimento ganhou fôlego e apoio das forças armadas. O presidente retira-se do governo (29/10/1945). Assume a presidência da República, José Linhares, presidente do Supremo Tribunal Federal, que recebeu o cargo das mãos do Ministro da Guerra. O novo presidente expede: (i) a lei constitucional nº 11, de 30 de outubro de 1945, emendando o artigo 92, da Carta de 1937, para atribuir funções eleitorais aos juízes (ii) a lei constitucional nº 13, de 12 de novembro de 1945, declarando que os candidatos eleitos para a Câmara e para o Senado, nas eleições marcadas para 2 de dezembro de 1945, teriam poderes constituintes e se reuniriam, 60 dias após as eleições, em assembléia constituinte para elaborar nova Constituição. A república autocrática chegava ao fim.

Há episódios pitorescos no constitucionalismo brasileiro. Obtida a independência, o primeiro Chefe de Estado brasileiro foi um

português (?). Na república, candidato só impugna processo eleitoral fraudulento se perder as eleições; se vencer, defende o *status quo*. Ditador é deposto consensualmente (?). Ministro da Guerra (escalon subalterno) dá posse a Presidente da República (escalon superior). Realista, sensato, cõnscio dos rumos sociais e políticos do seu tempo, Getúlio Vargas, sem resistência, deixa o poder nas mãos do grupo militar que sempre o apoiou e que agora o pressionava. O cerco ao Palácio do Catete foi simbólico, sem intenção bélica (29/10/45). O objetivo era mostrar, ao povo, a nova roupagem democrática das forças armadas. Vargas retorna à terra natal em avião militar com honras de Chefe de Estado. A sua popularidade e a eficiência da máquina eleitoral bem azeitada ficaram provadas quando: (i) dois meses depois de ter deixado o governo ele é eleito senador por dois Estados (SP e RGS) e deputado por vários Estados, fato inédito na história do Brasil (ii) participa da assembléia constituinte (iii) o Ministro da Guerra do seu governo é eleito Presidente da República (1946/1950) (iv) na eleição seguinte, o povo o recoloca na presidência (1950). 📄

A Nova Disciplina da Progressão de Regime Trazida pela Lei nº 11.464/07

Mauricio Magnus Ferreira
*Juiz de Direito Titular da 2ª Vara Criminal de
Barra Mansa do TJ/RJ*

No dia 29 de março de 2007, entrou em vigor a Lei nº 11.464/07 que alterou a redação do artigo 2º, da Lei nº 8.072, de 28 de julho de 1990.

Em razão dessa nova lei, o parágrafo 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90 passou a ter a seguinte redação:

"Art. 2º.....

.....

§ 1º - A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

§ 2º - A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente."

Verifica-se, pois, que foi concedido, aos condenados por crimes hediondos, crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas e afins e terrorismo, direito à progressão de regime.

Resta, portanto, apurar a partir de quando essa nova lei será aplicada.

O antigo parágrafo primeiro, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90 preceituava que: *"A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado"*.

Assim, em termos de legislação (*lege lata*), era expressamente vedada a progressão de regime aos apenados por crimes previstos no *caput*, do artigo 2º, da citada lei. Por óbvio, a Lei nº 11.464/07, ao possibilitar a progressão de regime, é mais benéfica (*novatio legis in mellius*) e, portanto, por força do parágrafo único, do artigo 2º, do Código Penal, deve ser aplicada, mesmo para as hipóteses que antecederam sua entrada em vigor.

No entanto, em muitas ocasiões, não vem sendo este o entendimento adotado pelos Tribunais de Justiça e, em especial, pelo Superior Tribunal de Justiça.

Isso porque, *data venia*, parte-se de uma falsa premissa e, por conseqüência, chega-se a uma conclusão equivocada e injusta.

Entendem alguns que pelo simples fato de o Supremo Tribunal Federal ter, *em controle difuso*, declarado a inconstitucionalidade do parágrafo primeiro, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, prevaleceria o artigo 112, da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84).

Vale dizer, o citado dispositivo estabelece a progressão de regime com o cumprimento de ao menos um sexto da pena no regime anterior.

Assim, se comparada a Lei nº 11.464/07 com o artigo 112, da LEP, é evidente que a primeira lei seria o que a doutrina classifica de *novatio legis in pejus* e, portanto, não teria retroatividade.

Nesse sentido, traz-se à colação recentíssimo acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

"CRIMES HEDIONDOS. PROGRESSÃO. REGIME. LAPSOS TEMPORAIS. LEI N. 11.464/2007.

Trata-se de habeas corpus substitutivo impetrado contra ato do Tribunal a quo por ocasião do julgamento do anterior writ em favor do paciente que afastou o óbice à progressão de regime imposto na sentença condenatória de 4 anos e 8 meses de reclusão por tráfico de entorpecentes, mas impondo a observância do lapso temporal previsto na Lei n. 11.464/2007. Explica a Min. Relatora que essa lei baniu expressamente a vedação à progressão de regime prisional em casos de condenados por crimes hediondos, contudo estabeleceu lapsos tem-

porais mais gravosos para os condenados desses crimes, constituindo-se nesse ponto verdadeira **novatio legis in pejus**, cuja aplicação retroativa é vedada pelo art. 5º, XL, da CF/1988 e art. 2º, do CP. Assim a novel legislação deve incidir apenas nos crimes hediondos e assemelhados praticados após 29 de março de 2007. Ressalta que este Superior Tribunal adotou o mesmo posicionamento quando do advento da Lei n. 8.072/1990, ficando sua aplicação restrita aos crimes cometidos após sua vigência por também se tratar de norma mais prejudicial ao condenado. Com esse entendimento, a Turma concedeu a ordem para afastar a incidência dos lapsos temporais previstos na Lei n. 11.464/2007, para que o juízo das execuções criminais analise os requisitos objetivos e subjetivos do paciente para a obtenção da progressão de regime de acordo com o regramento do art. 112 da Lei de Execuções Penais." HC 83.799-MS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 25/9/2007.

No entanto, esse raciocínio jurídico é falacioso.

Isso porque, como acima já foi asseverado, o Supremo Tribunal Federal, recentemente e por diversas vezes, declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 8.072/90, especificamente na parte em que se vedava a progressão de regime.

Oportuno transcrever o **leading case** no Excelso Tribunal.

"PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. **PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL.** Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado.

Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90." (HC 82959 / SP - SÃO PAULO - *HABEAS CORPUS* Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 23/02/2006 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

Deve ser consignado, no entanto, que, em termos quantitativos, ou seja, em quantidade de julgados, prevalece no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a antiga redação da Lei nº 8.072/90 era constitucional. Registre-se que desde a entrada em vigor da Lei 8.072, em 1990, o Supremo Tribunal Federal, por diversas oportunidades, atestou a sua constitucionalidade.

Nesse sentido, é ler:

"EMENTA: Habeas corpus. 2. Processual Penal. 3. Crime hediondo. 4. Progressão de regime. 5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a constitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072, de 1990. Precedentes. 6. Entendimento contrário dos Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio. Ressalva de uma melhor análise da matéria. 7. Habeas corpus indeferido" (HC 82638 / SP - SÃO PAULO - *HABEAS CORPUS* Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE

Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 19/12/2002, Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

.....

"HABEAS CORPUS. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. PENA CUMPRIDA NECESSARIAMENTE EM REGIME FECHADO. CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º. PAR. 1º. DA LEI 8.072. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO, ONDE O ARTIGO 2º. PAR. 1º. DA LEI 8.072, DOS CRIMES HEDIONDOS, IMPÕE CUMPRIMENTO DA PENA NECESSARIAMENTE EM REGIME FECHADO. NÃO HÁ INCONSTITUCIONALIDADE EM SEMELHANTE RIGOR LEGAL, VISTO QUE O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NÃO SE OFENDE NA IMPOSSIBILIDADE DE SER PROGRESSIVO O REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA: RETI-

RADA A PERSPECTIVA DA PROGRESSÃO FRENTE A CARACTERIZAÇÃO LEGAL DA HEDIONDEZ, DE TODO MODO TEM O JUIZ COMO DAR TRATO INDIVIDUAL A FIXAÇÃO DA PENA, SOBRETUDO NO QUE SE REFERE A INTENSIDADE DA MESMA. HABEAS CORPUS INDEFERIDO POR MAIORIA." (HC 69657 / SP - SÃO PAULO - HABEAS CORPUS
Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO
Relator(a) p/ Acórdão: Min. FRANCISCO REZEK
Julgamento: 18/12/1992, Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

Tanto é assim, que o Excelso Tribunal editou o Verbete nº 698, com a seguinte redação: "*Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura.*"

Tal verbete deixa evidente que o Supremo Tribunal Federal apenas admitia a progressão de regime, dentre os crimes relacionados no *caput*, do artigo 2º, da Lei 8.072/90, ao crime de tortura, isso porque a Lei 9.455, de 07 de abril de 1997, expressamente admitia no parágrafo sétimo, do artigo primeiro.

É bem verdade que, por conta das recentes alterações na composição do Excelso Tribunal, nos últimos meses, prevaleceu, mas não de forma pacífica, a posição que considerava a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime, por violação a garantia constitucional de individualização da pena (artigo 5º, LXVI, da Constituição da República de 1988).

No entanto, *todos* os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal que envolveram essa questão foram feitos através de Recurso Extraordinário ou de *habeas corpus*.

Como se sabe, as decisões proferidas tanto em Recurso Extraordinário, quanto no citado remédio constitucional, têm efeito, apenas, *inter partes*.

Vale dizer, em nenhuma oportunidade o órgão máximo do Poder Judiciário declarou a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime por meio de uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI), o que teria o condão de atingir a todas as pessoas.

Sequer o Supremo Tribunal Federal se fez valer do comando constitucional previsto no artigo 52, X, da Carta Magna.

Por conta disso, é forçoso reconhecer que o antigo parágrafo primeiro, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90 permaneceu em vigor até o início da vigência da Lei nº 11.464/07.

Isso porque *tecnicamente* uma lei *apenas* deixa de vigorar quando é declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado, ou quando é revogada por uma nova lei.

Repise-se que simples e eventuais declarações de inconstitucionalidades, *operadas em controle difuso*, não têm o poder de expelir do mundo jurídico uma lei.

Por tais razões, *tecnicamente*, deve a Lei nº 11.464/07 ser aplicada aos fatos anteriores a sua vigência, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado, por força do parágrafo único, do artigo 2º, do Código Penal, uma vez que possibilita a progressão de regime, enquanto a lei anterior (Lei nº 8.072/90) a vedava expressamente. Trata-se, como já foi consignado, de uma *novatio legis in melius*.

Adotar entendimento diverso, além de não encontrar eco no ordenamento jurídico em vigor, vai de encontro ao anseio social.

Vale dizer, um pronunciamento judicial que confere a um condenado pela prática de um crime hediondo ou assemelhado o direito de progredir de regime ao final do cumprimento de apenas 1/6 (um sexto) de pena é desprovido de bom-senso e de Justiça. Gera, no seio social, uma perigosa sensação de impunidade, que contribui, inequivocamente, para a reiteração e proliferação de práticas criminosas.☐

O Dano Moral em Segunda Instância

Oswaldo Henrique Freixinho
Juiz de Direito TJ/RJ

"Nunca ande pelo caminho traçado, pois ele conduz somente até onde os outros foram" (Alexandre Graham Bell).

1. INTRODUÇÃO

Como é notório, a lei regula os assuntos de um modo amplo, fixando princípios e conseqüências. Não estabelece para cada evento uma relação específica, nem tampouco decide casos isolados.

Em decorrência, vai o aplicador da lei, situado em seu tempo e ambiência, plasmando e oxigenando o sentido e alcance de dispositivos legais, diante de cada situação exurgente.

Carlos Maximiliano, *in Hermenêutica e Aplicação do Direito* - 11^a Edição, Forense, p. 60, já alertou que "não pode um povo imobilizar-se dentro de uma fórmula hierática por ele próprio promulgada; ela indicará de modo geral o caminho, a senda, a diretriz; valerá como um guia, jamais como um laço que prenda, um grilhão que encadeie. Dilata-se a regra severa, com imprimir elasticidade relativa por meio da interpretação".

Nesta toada, algumas posições acerca do montante do dano moral podem ser submetidas aos estudiosos, certamente tolerantes e receptivos a novas idéias.

2. O RECURSO

Pode, a câmara ou turma, modificar o *quantum* do dano moral fixado na sentença recorrida?

Até intuitivamente a resposta positiva é logo colocada.

Com efeito, sabe-se que, em decorrência do desvirtuamento e manipulação dos recursos, nos séculos anteriores, houve mesmo a sugestão, nos debates que informaram a Assembléia Constituinte Francesa, em fins do século XVIII, de supressão dos recursos.

Todavia, prevaleceu a decisão, naquela notável sede, de admitir os recursos, sujeitando-os ao sistema do duplo grau de jurisdição.

O princípio do duplo grau de jurisdição é apenas implícito na Lei Maior, quer por inerente ao devido processo legal, quer pela competência recursal atribuída aos tribunais.

Ao longo do tempo, alinham-se vários fundamentos para os recursos, destacando-se, entre muitos:

- a) o inconformismo da parte vencida;
- b) a falibilidade, em diversos sentidos, do julgador monocrático;
- c) o equilíbrio do binômio segurança e justiça na composição dos litígios;

d) a necessidade de mitigar a aflição psíquica, já que, como bem realçado por Gabriel Rezende Filho, "psicologicamente, o recurso corresponde a uma irresistível tendência humana".

A par disso, ínsito aos recursos é o efeito devolutivo, definido por Vicente Greco Filho como aquele "consistente em transferir ao órgão *ad quem* o conhecimento da matéria julgada em grau inferior de jurisdição".

Trata-se, como se infere de plano, da atribuição, cometida ao segundo grau, de conhecer a matéria hostilizada, na esteira do princípio *tantum devolutum, quantum appellatum*.

Neste corrimão, o acórdão (vide, ainda, decisão monocrática do relator) normalmente substitui a sentença impugnada.

Como bem pontuam, entretanto, ilustres doutrinadores, entre eles Gilson Delgado Miranda e Patrícia Miranda Pizzol, "o órgão julgador não está adstrito ao pedido formulado pelo recorrente, ou à manifestação do recorrido", podendo julgar o recurso, em alguns casos, como nas matérias de ordem pública, fora dos limites do pedido de nova decisão.

Tudo isso prestigia a resposta afirmativa à indagação inicial deste breve enfoque, i. é, de que pode a câmara ou turma alterar o valor do dano moral.

Será que tal conclusão deve ser absoluta?

Com todas as vênias, entendo que não.

Primeiramente, averbo, em sintonia com inúmeros juristas de renome, que nem sempre o recurso espelha sincera convicção de que a sentença guerreada não é a adequada ao caso, por isso que, não raramente, ele é manejado com desígnio procrastinatório ou outras esconsas razões.

Por outra face, reconhece-se que os Magistrados cíveis de primeiro grau, muitas vezes aflitos com a colossal carga de serviços e acoçados pela exortação de atender às estatísticas, fixam o valor do dano moral com fundamentação genérica, sem exteriorizar um mínimo de parâmetros objetivos, tanto quanto possível.

Contudo, já está ocorrendo sensibilidade para melhor explicitação do convencimento que levou ao patamar estipulado.

3. A MODERAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

É claro que o órgão de segundo grau pode concluir pela configuração, ou não, do dano moral.

Porém, salvo nos casos de valor teratológico, fixado evidentemente muito além ou aquém do admissível para aquela lide, estaria ele na escorreta postura de livrar-se da instintiva tentação de modificar a importância estabelecida, pois, do contrário, substituiria uma conclusão, de cunho predominantemente subjetivo, por outra igualmente subjetiva, em terreno tão movediço, ainda que com indicação de paradigmas.

Lamentavelmente, emergem freqüentes alterações de valores, por exemplo entre R\$ 2.000,00 e R\$ 5.000,00, o que, sobre não parecer adequado, tisona ou coloca em dúvida o esperado despojamento do órgão revisor.

Aliás, mesmo relativo a instituto diverso, não é impertinente que se traga a lume o entendimento de que a decisão concessiva da tutela antecipada só deve ser modificada se teratológica, ou contrária ao ordenamento em vigor.

Neste compasso, já se percebe que os dois princípios - duplo grau e devolução da matéria - não devem ser potencializados ao ponto de ensejar a substituição de um convencimento subjetivo ra-

zoável por outro, até proveniente de órgão colegiado, no que tange ao valor do dano moral.

Veja-se que as recentes modificações no Processo Civil, bem como a adoção da súmula vinculante, mitigaram sobremodo o duplo grau e a devolução da matéria à instância superior, algumas vezes até eliminando aqueles princípios.

Outrotanto, quando o Magistrado de primeiro grau fixa o montante do dano moral, acha que o faz razoavelmente, porque mais de perto presidiu a cognição processual, concretizando o princípio da identidade física do juiz.

No Recurso Especial nº 659.420-PB (DJ de 01-02-06), o STJ deixou consignado que:

"A revisão do valor estipulado como compensação pelos danos morais sofridos só é possível em casos excepcionais, para que se afaste flagrante descompasso em relação ao que ordinariamente entende o STJ como "justa compensação". Tal medida se justifica, na presente hipótese, porque não é de se aceitar que o Tribunal reduza o valor compensatório estabelecido na sentença apenas com fundamento em um prévio tabelamento de valores financeiros, válido para toda e qualquer demanda, de forma a relegar a um plano secundário as circunstâncias fáticas específicas de cada lide."

4. A ENVIESADA ALTERAÇÃO DA IMPORTÂNCIA ESTABELECIDADA

Há, também, o meio indireto de alterar o valor do dano moral, qual seja o concernente à data da incidência da atualização monetária e/ou dos juros moratórios.

Antes de adentrar nesta última vereda proposta, incumbe gizar, em aligeirada lembrança, que se até os juros, que são um *plus*, podem ser deferidos sem pedido expresso (art. 293, do CPC), com maior razão também deve ser reconhecida a atualização monetária na mesma hipótese, porquanto esta representa somente a conservação da quantia apontada.

No que respeita à correção monetária, pretorianamente resta assentado, em linhas gerais, que ela deve incidir a partir da data do

efetivo prejuízo, em se falando de ato ilícito, ou da em que deveria ser cumprida a obrigação, na culpa contratual.

Já o início dos juros de mora varia de conformidade com a espécie analisada, podendo ser a contar do vencimento ou termo, da citação, do evento danoso, do desembolso etc.

Não se olvide que, se a verba foi indexada, em salários mínimos ou outro índice, inadmissíveis seriam a atualização monetária e os juros, sob pena de *bis in idem*.

Mas tudo isso não se aplica ao dano moral, mesmo tendo-se em mira que ele ocorreu em determinado momento.

É que a correção monetária e os juros não podem retroagir para incidir sobre valor zero, posto que, antes do fixado na sentença, valor algum existia.

Outrossim, se tal retroação fosse permitida, quando os cálculos atingissem a data da sentença, importância diversa seria encontrada, aberrante e paradoxalmente, em comparação à que nela foi estipulada.

A Súmula nº 97, do TJ/RJ segue na mesma esteira.

5. CONCLUSÃO

A temperada apreciação do que foi dito, sem apriorístico preconceito de autoridade, aconselha o pensamento aberto a novos entendimentos, mesmo que de relance afrontem as práticas que estão sendo adotadas

Ao fecho, cabe realçar que esta despretençiosa abordagem tem o fito de instigar a reflexão dos operadores do Direito, no sentido do moderado exercício do duplo grau de jurisdição e da devolução do conhecimento da matéria ao segundo grau.☐

Da Sentença de Improcedência Liminar (Art. 285-A do CPC)

**Natacha Nascimento Gomes Tostes
Gonçalves de Oliveira**

*Juíza de Direito do TJ/RJ. Juíza Diretora
Executiva da 9ª Regional da AMAERJ. Juíza
Representante do XII Núcleo da EMERJ.
Mestre em Direito pela Universidade Gama
Filho. Professora de Direito Processual Civil
da Unigranrio.*

1 - DA CELERIDADE PROCESSUAL

Com a inserção, no art. 5º da Magna Carta¹ do inciso LXXVIII, trazendo para o texto constitucional garantia já prevista nas Declarações Internacionais de Direitos Humanos, inclusive na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, subscrita em 22 de novembro de 1969, em San Jose, na Costa Rica, que faz menção, em seu art. 8º, item I² da garantia de duração do processo dentro de tempo razoável, vem o legislador nacional reformista buscando meios legislativos para a concretização da garantia da duração do processo dentro de um tempo razoável, uma vez que o próprio texto constitucional determina a adoção de medidas que garantam a celeridade da tramitação do feito.

¹ Art. 5º, inciso LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

² Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (art. 8º, item I do Pacto de San Jose da Costa Rica, grifo nosso).

A questão da celeridade da tramitação dos feitos é preocupação concreta, até porque efetivamente se reconhece que "o maior problema da Justiça é a lentidão"³. Não se imagine, porém, que o problema da lentidão da Justiça seja uma questão exclusivamente nacional. Ao contrário, trata-se de questão recorrente, inclusive nos países europeus, sendo certo que freqüentemente a França é censurada pela Corte de Haia pela morosidade no trâmite processual.⁴

Foi dentro do objetivo de inserir no direito brasileiro mecanismos para garantir a celeridade processual que foram levadas a cabo as reformas processuais de 1994, 1998, 2001/2002, e, agora, as reformas de 2005 e 2006, com a edição das Leis 11.187/05, 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06, 11.280/06 e 11.341/06.

2 - DO DISPOSITIVO DO ART. 285-A DO CPC

Talvez o mais polêmico dos dispositivos trazidos pelas reformas processuais seja o novel art. 285-A do CPC, inserido no CPC pela Lei 11.277 de 2006, em vigor desde maio de 2006, que possibilita ao juiz o indeferimento da inicial, com julgamento liminar da improcedência do pedido, em se tratando de caso idêntico a outros que foram, pelo juízo, julgados improcedentes.

Inicialmente, parece haver equívoco na localização do dispositivo, que ficou "perdido" entre artigos que fazem menção a pedido dentro do sistema processual. Melhor teria sido sua colocação como art. 295-A, ou 296-A do CPC, no tópico, assim, que trata do indeferimento da inicial.

O dispositivo, que acirra discussões entre os processualistas, recebeu a seguinte redação:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

³ VELLOSO, Caio Mário da Silva. "O Poder Judiciário e a Súmula Vinculante", conferência magna proferida na EMERJ em 06.02.98, *REVISTA DA EMERJ*, v. 02, nº. 5, Rio de Janeiro: EMERJ, 1999, p. 23.

⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 91.

Cuida-se, como já acentuado, de mais uma norma inserida no ordenamento jurídico em busca da celeridade processual, até em razão da necessidade de garantia da duração do processo em tempo razoável ter sido erigida à categoria de garantia fundamental pela EC 45/04 (art. 5º, inciso LXXVIII, CF⁵), e, tratando-se de obrigação referente à atividade judiciária do Estado, seu descumprimento é suscetível de gerar obrigação de indenizar, inclusive sob o aspecto da responsabilidade objetiva, prevista no art. 37, § 6º da Carta Magna. É que não se trata, aqui, de ato judicial típico, mas da atividade-meio do Poder Judiciário. A atividade-fim é a prestação jurisdicional, mas seu desenvolvimento, o atendimento aos litigantes, e no caso em comento, o *prazo de duração do feito, até a entrega do provimento final*, insere-se na atividade-meio, denominada de atividade judiciária, nada sendo diferenciada, assim, das demais atividades prestadas pelo Estado, donde a perfeita adequação à previsão de responsabilidade por descumprimento através da aplicação do art. 37, § 6º da Magna Carta.

Um dos grandes obstáculos à célere prestação jurisdicional são as chamadas ações repetitivas, que se multiplicam em centenas ou milhares pelos Tribunais. Pode-se pensar, à guisa de exemplo, na edição de uma lei, ou na adoção de um plano econômico, que supostamente venha a ofender direitos de toda uma categoria. Pouco tempo depois, ingressam em juízo, visando à obtenção de decisão de acerto a respeito da aplicabilidade ou não da norma, seus efeitos, eventuais aspectos pecuniários, dentre outros, de uma miríade de ações, onde o único elemento diferenciador é o nome do autor.

Em verdade, cuida-se de caso onde seria preferível o manejo de ações coletivas, mas como estas não são obrigatórias, até porque feririam o direito constitucional de acesso à justiça, multiplicam-se no Judiciário as ações individuais, cujas iniciais são verdadeiros formulários, apenas alterado o nome do postulante.

Tais ações assoberbam o Judiciário, e, antes da medida trazida a lume pela Lei 11.277/06, mesmo depois de no juízo já terem sido

⁵ Vide nota 1.

prolatadas diversas sentenças afastando o cabimento da pretensão do autor, as ainda não julgadas, e as que continuavam sendo ajuizadas, tinham de seguir todo o iter procedimental, citando-se o réu e cumprindo-se todos os atos processuais, até a sentença final, cujo teor de todos já era previamente conhecido.

Instituíam-se, assim, o chamado processo "troca de papel". A inicial vem redigida na forma de formulário, assim como a contestação, a réplica, os memoriais, os recursos e as contra-razões recursais. As próprias decisões judiciais traziam os mesmos fundamentos, posto que os casos são idênticos, com alteração apenas do nome do autor.

Daí a necessidade de adoção de sistema que permita decidir-se, no nascedouro, tais lides, eis que as mesmas estão, desde o nascedouro, fadadas ao insucesso, mas, antes da norma do art. 285-A, causavam verdadeiro "engarrafamento" no Judiciário, arrastando-se nas serventias, servindo de desgaste inútil aos litigantes, e trazendo prejuízo àqueles que aguardavam com lide que efetivamente demandava conhecimento específico de caso concreto não repetitivo, e que ficavam aguardando meses a fio, na fila dos processos, precedida pelas ações repetitivas que haviam sido anteriormente ajuizadas.

A prática de indeferimento liminar da inicial, com o afastamento meritório da pretensão autoral, foi positivada através do artigo ora inserido no ordenamento jurídico, mas já era adotada, com relativa freqüência, no âmbito da Justiça Federal do Estado do Rio de Janeiro, onde se multiplicam os processos idênticos e ações repetitivas.

Alguns processualistas aduzem que a possibilidade do art. 285-A do CPC é a contrapartida da antecipação de tutela. Quando o direito do autor é reconhecido como bom e digno de ser atendido desde logo, pode, e deve, o julgador antecipar os efeitos do provimento meritório, na forma do art. 273 do Diploma Processual, evitando que o autor tenha de aguardar até julgamento final para haver sua pretensão, com desnecessário dispêndio de tempo e energia.⁶

⁶ ZEFIRO, Gabriel. "Seminário sobre a Reforma do Código de Processo Civil", 2006, Rio de Janeiro, disponível em gravação em fitas VHS e DVD na videoteca da EMERJ, Rio de Janeiro.

Doravante, se para os autores com direito a ser atendido de forma pré-reconhecida já existia a antecipação de tutela, o reconhecimento liminar da improcedência do pedido é a contrapartida aplicável aos casos em que já se reconheceu, seguramente, a improcedência da pretensão autoral, evitando-se desgaste para o réu, que terá de passar por todo um trâmite processual, muitas vezes moroso e dispendioso, com conseqüências malélicas, além de contribuir-se para o assoberbamento dos juízos de primeiro grau, com ações em trâmite cuja sorte já estaria desde o início conhecida.

Desta maneira, com todas as vênias às vozes que se levantam em contrário, parece-nos que se trata de dispositivo tendente a melhorar a prestação jurisdicional. Todavia, há de se cuidar para a adequação dos dispositivos necessários para a correta aplicação do ditame processual, a fim de que o mesmo não se transforme em instrumento de negação de direito, em vez de servir de meio para a melhoria do sistema jurisdicional.

Para tanto, passa-se a apreciar os requisitos para a aplicação do dispositivo.

3 - REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DO ART. 285-A DO CPC

Para o indeferimento meritório da inicial exige a lei que a matéria controvertida seja UNICAMENTE de direito. Quanto a este primeiro ponto, existem processualistas que vêm interpretando estritamente o dispositivo, aduzindo que o mesmo somente encontra aplicabilidade quando os autos versarem sobre matéria exclusivamente jurídica. Temos, entretanto, que a melhor interpretação não deve ser esta, até porque em qualquer caso concreto levado à apreciação judicial existem fatos em questionamento, uma vez que os processos não versam sobre teses abstratas, mas sobre problemas reais e humanos.

O necessário é que o ponto nodal da questão jurídica, a incidência da norma sobre a questão, seja considerada como a *ratio decidendi* na situação, sendo certo que a controvérsia, assim, gira a respeito da matéria jurídica, e não sobre matéria fática.

Outro ponto necessário é que casos *idênticos* já tenham sido apreciados no juízo anteriormente, e julgados improcedentes. Com

razão afirma Humberto Theodoro Junior que a identidade é de casos, e não de causas, eis que do contrário estar-se-ia diante de litispendência, e não de lides repetitivas.⁷

Com justiça critica-se a expressão sentença de total improcedência lançada no texto legal, eis que a sentença ou é de improcedência, ou não. Não há sentença de improcedência parcial, uma vez que, neste caso, o julgamento é de procedência, pois parte da pretensão autoral terá sido atendida.

Assim, há de o julgador observar se a matéria lhe trazida naquela inicial é efetivamente *idêntica* a casos anteriores já julgados improcedentes naquele juízo. Observe-se que não há necessidade de se tratar de julgados do mesmo juiz, mas do órgão judiciário onde tramita a demanda.

Para o juízo de adequação, apreciando-se a identidade entre as questões, novamente o julgador terá de lançar mão de criterioso exame entre o caso concreto em apreciação e os casos-paradigma, anteriormente julgados; somente cabendo a aplicação do dispositivo em caso de perfeita similitude, sob pena de afronta ao princípio da isonomia e da própria segurança jurídica que o dispositivo também pretende alcançar.

Observe-se que se a parte entende que seu caso, apesar de similar, diferencia-se de casos anteriormente julgados, deverá, até por medida de cautela, expor na própria inicial os pontos de distinção, o que indica necessidade de também ser feito um juízo prévio de comparação com casos-paradigma eventualmente julgados no âmbito daquela circunscrição territorial.

Neste mesmo sentido é a lição de Humberto Theodoro Junior:

"é indispensável que a questão de direito suscitada na nova demanda seja exatamente a mesma enfrentada na sentença anterior. As causas identificam-se pelo pedido e pela causa de pedir. Se a tese de direito for a mesma, mas a pretensão é diferente, não se pode falar em 'casos idênticos' para os fins do

⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 17

*art. 285-A. Da mesma forma, não ocorrerá dita identidade se, mesmo sendo idêntico o pedido, os quadros fáticos descritos nas duas causas se diferenciarem."*⁸

Encontrando identidade entre os casos, *poderá* o juiz proferir, desde logo, sentença de improcedência. Afirma a lei que deverá reproduzir o teor da sentença anteriormente prolatada. Doutrinadores vêm defendendo que deverá, então, simplesmente o julgador copiar a sentença anterior. Temos que não é este o espírito da lei. Um caso A tem de ser julgado por sentença para aquele caso A, e não através de sentença que foi proferida no caso B. Desta forma, o julgador tem de lavrar sentença para aquele caso em julgamento. A reprodução do julgado anterior deve estar inserida na fundamentação do julgado, a fim de se demonstrar que o caso concreto é idêntico aos casos-paradigma, sendo certo que alguns defendem a possibilidade do inteiro teor da sentença anterior, ou das sentenças anteriores, acompanharem, por cópia, o julgado atual. A necessidade, porém, é que o julgador *demonstre*, de forma clara, que o caso em comento é *idêntico* a casos anteriormente julgados improcedentes, para possibilitar a aplicação do julgamento liminar de improcedência.

4 - DISPENSA DE CITAÇÃO

Convencendo-se o julgador de que se enquadrar o caso nas disposições do art. 285-A do CPC, a sentença meritória é proferida sem prévia oitiva do réu.

Não há ofensa ao contraditório na questão, uma vez que se contraditório, através do binômio informação-participação, é garantir à parte o direito de expor seus argumentos, para influenciar a formação de convencimento do julgador, e se o réu, no fim das contas, obterá um julgamento que lhe é integralmente favorável, não se justifica a necessidade de citá-lo, pois a decisão lhe será necessariamente favorável.

⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. Ob. Cit., p. 16.

O argumento de que a hipótese é excepcional, pois gerará coisa julgada material, sendo, então, necessária a cientificação do réu, não resiste a um aprofundamento na questão.

É que não será este o único caso em que se formará coisa julgada material sem participação do réu.⁹

Por opção legislativa, no direito brasileiro prescrição e decadência são consideradas matérias meritórias, e seu reconhecimento levam à solução meritória da questão (art. 269, inciso IV do CPC).

Ora, desde que o CPC entrou em vigor, possibilita-se ao julgador o indeferimento da inicial, por reconhecimento de plano da prescrição e da decadência, cabendo lembrar que após a Lei 11.280/06, prescrição passou a ser matéria cognoscível de ofício pelo julgador.

Assim, de há muito que o juiz, ao reconhecer de plano, na cabeça da inicial, a existência de decadência ou prescrição, indeferia a inicial, sendo o feito encerrado, *com exame de mérito*, formando-se, assim, coisa julgada material, e em momento algum revoluções levantaram-se contra a não citação do réu na questão.

Mais uma vez podemos nos valer das lições de Theodoro Junior, quando afirma que:

*" Em tais espécies é perfeitamente possível limitar o julgamento à questão de direito, sem risco algum de prejuízo para o demandado, e sem indagar da veracidade ou não dos fatos afirmados pelo autor. Se a questão no plano de direito não lhe favorece, pode a pretensão ser denegada **prima facie**, sem prejuízo jurídico algum para o demandado, que ainda não foi citado."*¹⁰

Daí é que temos não ser necessária qualquer comunicação ao réu, mesmo após a sentença proferida, pois não haverá nenhum interesse recursal do réu, também não havendo qualquer imperativo jurídico em dar-se ciência ao réu, após o trânsito em julgado da sentença, uma vez que a esfera jurídica do demandado nenhuma alte-

⁹ Veja-se, a respeito, Theodoro Junior, ob. cit., p. 14.

¹⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto, ob. cit., p. 16.

ração sofreu, e, em se tratando de casos repetitivos, o réu já teve ciência, prévia, nos outros feitos que foram julgados com sua participação, das razões de decidir do juízo em casos similares.

Todavia, considerando a previsão de comunicação ao réu do trânsito em julgado da sentença que reconhecia a prescrição ou a decadência - o que pode ser feito na "cabeça da inicial" - há previsão legislativa de comunicação oficial ao réu do julgado, o que deu ensejo ao entendimento esposado pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, consolidado no enunciado abaixo mencionado:

"AVISO TJ Nº 33, de 07/07/2006 (ESTADUAL)

O Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Desembargador Sergio Cavalieri Filho, o Diretor-Geral e os Diretores Adjuntos do Centro de Estudos e Debates - CEDES, Desembargadores Walter Felipe D'Agostino, Sylvio Capanema de Souza, Carlos Eduardo da Fonseca Passos e Ricardo Silva de Bustamante A V I S A M aos senhores Magistrados, Membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, advogados e demais interessados, que foram aprovadas, por ocasião do Encontro de Desembargadores de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, realizado em Angra dos Reis nos dias 30 de junho, 01 e 02 de julho de 2006, as primeiras concepções acerca da Reforma Processual abaixo transcritas:

1- O réu será intimado, por via postal, da sentença proferida com base no art. 285-A, do Código de Processo Civil após o trânsito em julgado, em caso de não-interposição de recurso pelo autor, na forma do art. 219, § 6, do mesmo estatuto.

.....

5 - DO RECURSO DE APELAÇÃO

Proferida a sentença com fulcro no art. 285-A do CPC, poderá o autor da mesma apelar. Esta apelação foi regulamentada de maneira especial, em um misto da apelação tradicional com a prevista das sentenças dos demais casos de indeferimento da inicial, regulada pelo art. 296 do CPC.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

Observe-se, então, que semelhantemente às demais hipóteses de indeferimento da inicial, esta apelação terá efeito misto ou iterativo, eis que possibilitado o juízo de retratação.

A apelação deve ser oposta no prazo de 15 dias, devidamente preparada, seguindo-se todos os preceitos atinentes à apelação tradicional.

Recebendo-a, fará o juiz, inicialmente, o juízo de admissibilidade da peça, podendo negar seguimento ao recurso, caso ausente um dos pressupostos de admissibilidade recursal, inclusive utilizando-se do dispositivo do art. 518, § 1º do CPC: não será recebida a apelação quando a sentença estiver lastreada em súmula do STJ ou do STF, aplicando, assim, a súmula impeditiva de recurso.

Feito o juízo de admissibilidade positivo, poderá o juiz reformar a sentença, caso em que a inicial será admitida, e seguirá o processo seu curso habitual. Mantida, porém, a sentença, não subirão os autos automaticamente ao Tribunal, como sói acontecer nas demais hipóteses de indeferimento da inicial, nos termos do art. 296 do CPC, exigindo a lei que seja o réu citado para responder ao recurso, retomando, então, a prática anterior à Lei 8.952/94.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

O réu é citado, assim, para responder ao recurso. O prazo, por conseguinte, não é o correspondente ao prazo de defesa na ação em curso, mas sim o prazo para contra-razões, mesmo que diverso do prazo de contestação na ação em específico.

Apresentada a resposta do réu, subirão os autos a julgamento pelo Tribunal.

Já se iniciam as discussões a respeito da possibilidade de o Tribunal, apreciando o recurso, e estando a causa madura para julgamento, proferir julgamento meritório, inclusive de *procedência* do pedido.

Temos que, desde que tenha sido de tal o réu advertido no mandado de citação expedido, e que a causa apresente-se ao Tribunal efetivamente *madura* para julgamento, nada obstará que assim seja procedido, até por aplicação analógica do disposto no art. 515, § 3º do CPC.

É que entendendo o Tribunal que a causa não comportava aplicação do art. 285-A do CPC, por não ser idêntica aos casos anteriores e não estar em condições de imediato julgamento, com efeito deverá *anular* a sentença, determinando a baixa dos autos ao primeiro grau, para que a causa seja instruída e julgada.

Todavia, quando entender o Tribunal que a causa está pronta para receber julgamento meritório, e já havendo o réu colocado suas teses defensivas, seria um contra-senso baixar os autos ao juiz de primeiro grau para que nova sentença fosse proferida.

Isto porque não pode o Tribunal determinar a baixa dos autos ao julgador para que seja proferida sentença de procedência, pois tal quebraria o princípio da independência do julgador e de sua livre formação de convencimento. Desta forma, baixando os autos ao juiz de primeiro grau, agora com a manifestação do réu, certamente, já que a causa está madura para julgamento, somente resta ao juiz de primeiro grau proferir nova sentença. E de acordo com seu convencimento já manifestado, nova sentença de *improcedência* haverá de ser proferida, com nova apelação, para remessa ao Tribunal, que julgaria a apelação interposta. Não se argumente que o réu deva ser citado para apresentar contestação, ou que novo prazo deva-lhe ser aberto para contestação. Se a questão é de direito, as teses defensivas do réu devem ser expostas nas contra-razões de apelação, sendo esta a *ratio* da norma.

Não fosse este o intuito do legislador, teria seguido a praxe do art. 296 do CPC, quando os autos sobem ao Tribunal sem citação do réu, e, havendo cassação da sentença, baixando os autos a primeiro grau, aí sim, o réu será citado para contestação. Não vale aqui o argumento de que as hipóteses do art. 296 são diversas, por referirem-se a sentenças terminativas, eis que, conforme já ressaltado, o juiz pode indeferir uma petição inicial por reconhecimento de prescrição ou decadência, o que leva a uma apreciação meritória da questão.

Na hipótese do art. 285-A do CPC se o réu é citado para responder ao recurso, tal ato serve precisamente para que o réu apresente ao Judiciário seus argumentos, e não simplesmente para tomar ciência da causa.

Há de se lembrar, ainda, que a Câmara estará preventiva. Assim, se determinar a baixa dos autos ao juízo de primeiro grau, por entender que não era caso de improcedência, mas sim de procedência, da nova sentença proferida (lembrando-se de que não pode o Tribunal determinar ao juiz de primeiro grau que julgue procedente o pedido do autor) caberá nova apelação, que tornará à mesma Câmara, a qual irá, depois deste círculo que o feito seguiu, proferir o julgamento que desde o início já estava preestabelecido.

Se o objetivo da reforma foi de efetivamente garantir a celeridade processual, e antes da norma do art. 285-A já havia se permitido ao Tribunal desde logo julgar o mérito, em se tratando de causa madura para julgamento, na hipótese do art. 515, § 3º do CPC, outro entendimento não resta correto que não a permissão ao Tribunal de, entendendo meritoriamente incorreta a conclusão do julgador, mas estando a causa madura para julgamento, prover a apelação, julgando procedente o pedido.

Não há afronta ao duplo grau de jurisdição. Argumentarão alguns que o réu não terá oportunidade para apelar deste julgado. Ora, em qualquer caso de reforma de sentença meritória, a parte que se viu vencida no Tribunal não poderá apelar do julgado proferido, que reverteu sua situação em julgamento de apelação.

De outro turno, não há, repita-se, ofensa ao contraditório ou à ampla defesa, uma vez que citado o réu para responder ao recurso, teve plena oportunidade para apresentar ao Tribunal todos os fundamentos de sua defesa.

6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos verificar, assim, que é positiva a inserção do art. 285-A na ordem processual nacional, constituindo poderoso instrumento para a consecução da celeridade processual, permitindo a rejeição de lides repetitivas, com dedução de pretensões já examinadas e rejeitadas pelo Judiciário liminarmente, contribuindo, assim, para que os feitos tenham fim dentro de um prazo razoável.

Não há inconstitucionalidade no referido artigo quanto à dispensa de citação antes da sentença, eis que a mesma será de improcedência, não havendo prejuízo jurídico para o réu, não sendo o único caso em que a inicial é indeferida meritoriamente, pois quando o julgador reconhece prescrição ou decadência indefere a inicial e encerra o feito com exame de mérito.

Havendo apelação, o réu será citado para apresentar contra-razões ao recurso, oportunidade em que deverá apresentar todos os seus argumentos defensivos, uma vez que outro não seria o sentido da norma. Daí é que, inclusive por aplicação analógica do art. 515, § 3º do CPC, temos que é possível ao Tribunal prover o recurso, para o julgamento da procedência do pedido do autor, sem aquebrantar o contraditório e a ampla defesa, pois nesta hipótese o réu terá tido oportunidade para apresentar seus argumentos, participando democraticamente do feito.

Ressalte-se, ainda, que não há incompatibilidade da norma do art. 285-A do CPC com a norma do art. 518, § 1º do mesmo diploma legal, podendo o juiz negar seguimento à apelação da sentença que *in limine* julgou improcedente o pedido do autor, caso esteja a sentença lastreada em súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.

Finalmente, para manejar corretamente o novel dispositivo, haverão os operadores do direito de desenvolver técnicas de criteriosa comparação entre os feitos anteriormente ajuizados e julgados, e o feito em questão, para apurar-se a identidade de casos, verificando se a questão envolve verdadeiramente a mesma *fattispecie*, uma vez que a aplicação do art. 285-A do CPC somente pode ser feita quando há perfeita identidade de questões entre os casos paradigma e o caso colocado em apreciação.☐

A Penhora Incidente sobre Bem de Terceiro, Conceituada na Justiça Laboral como Decorrente de Responsabilidade Objetiva

Juary C. Silva

Juiz de Direito aposentado

Na Justiça Trabalhista é bastante comum a incidência de penhora sobre bens de terceiros, adquirentes de sócios das empresas executadas. Verificada a inexistência ou insuficiência de bens sociais, o juiz desconsidera a personalidade jurídica da empresa e direciona a execução contra bens dos sócios, ainda que estes já os tenham alienado.

Daí resulta que terceiros, inteiramente desconectados da lide, venham a sofrer constrição em bens seus, móveis ou imóveis. Surpresos, eles correm para o advogado, que logo, interpõe embargos de terceiro, remédio jurídico previsto no Código de Processo Civil, já que silente, no particular, a Consolidação das Leis do Trabalho.

Trata-se de reconhecimento jurisdicional de típica responsabilidade *objetiva*, isto é, desligada do elemento culpa¹. Todavia, a doutrina italiana assinalava que a referência à culpa como pressuposto indefectível e elemento essencial da responsabilidade não constitui senão um mito².

¹ RENATO SCOGNAMIGLIO, verbete "Responsabilità Cívile" em *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Turim, 1982, v. XV. P.634.

² RENATO SCOGNAMIGLIO, *Ob.Cit.*, p.635

O permissivo legal que embassa a penhora figura no art. 593, II, do Código de Processo Civil, *verbis*:

"Considera-se em fraude de execução a alienação de bens

.....
II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência"

Esse dispositivo, à toda obviedade, estabelece uma *presunção*; é como se disse: "presumem-se em fraude à execução as alienações, etc.". Mas que espécie de *presunção*, absoluta ou relativa? A praxe forense laboral entende-a absoluta.

Com isso, firma-se uma espécie pretoriana de distinção entre débito e responsabilidade, originária da doutrina germânica, que estabeleceu a diferença entre *Schuld* (dívida, ou débito) e *Haftung* (responsabilidade), sujeições jurídicas que atingem pessoas distintas. Quanto a essa distinção, juridicamente nada há a objetar, de vez que ela exprime tão-só fenômeno correntio na vida do Direito.

O que causa espécie é a amplitude com que o art. 593, II, do Código de Processo Civil vem sendo interpretado, como se ele tivesse criado uma *presunção* absoluta de fraude, quando, na verdade, o texto a estabelece tão-só relativa.

De outra parte, a matéria envolve questão nitidamente constitucional. O direito de propriedade é conceituado como direito fundamental, atendida a sua função social (Constituição Federal, art. 5º, incisos XXII e XXIII), mas nesta última não se inclui, evidentemente, a aptidão para servir de objeto executório para quem quer que seja. Logo, se penhorado bem de terceiro, entra em testilha o direito de propriedade deste, por força de constrição processual, que não tem índole constitucional. Na penhora de bem do próprio devedor, logicamente não existe esse problema, por isso que aquele, efetivamente, é o obrigado.

Quando, porem, se penhora bem de terceiro, o direito de propriedade deste é afrontado, não obstante cuidar-se de direito fundamental. O conflito, entretanto, não adentra a seara constitucional, situando-se no âmbito infraconstitucional, onde, preferencialmente,

há de resolver-se. Mas, de qualquer sorte, cumpre ter em mente que a propriedade constitui direito fundamental, quando que a penhora não é direito, mas simples faculdade processual.

Quando a execução afeta bem de terceiro, diz-se que a responsabilidade executória é secundária, conforme se expressou Enrico Tullio Liebman³. Na fraude à execução não se requer a presença do *consilium fraudis*; pouco importa, também, a boa-fé do adquirente; ainda no dizer de Liebman, "a intenção fraudulenta está *in re ipsa*"⁴. Inexistindo a prévia sujeição do bem objeto da execução, ou seja, quando se cuidar de pendência de ação fundamentada em direito real, termos do art. 593, I, do Código do Processo Civil, deverá o credor demonstrar a insolvência do devedor (*eventus damni*). Todavia, essa hipótese é conceptualmente impossível de ocorrer na Justiça Laboral, visto como nesta inexistente execução fundada em direito real.

A construção legal da execução sobre bem de terceiro não é puramente objetiva, tendo em conta que ela admite a análise da questão da boa-fé do adquirente, correntia na jurisprudência. O codificador de 1973 foi rigoroso - como o fora o de 1939 - apenas porque não vislumbrou que a execução pudesse atingir bem de terceiro, que, às épocas, era exceção, e hoje é quase regra geral. Por isso, o elemento da boa-fé passou a ser argüido e discutido, em tais execuções, como dado crucial para ensejar a constrição.

Na justiça comum, a jurisprudência mostra-se oscilante, porém o mais das vezes adotam-se temperamentos à exeqüibilidade sobre bens de terceiros, teor do que se colhe dos seguintes acórdãos:

"Não é eficaz a alienação feita a terceiro que de boa-fé adquire o bem de um sucessor do devedor, embora contra este corresse ação de cobrança capaz de reduzi-lo à insolvência, se dela o comprador não tinha conhecimento." (ST) - 4ª Turma,

³HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Processo de Execução*. LEUD São Paulo, 6ª ed.1981, p. 153.

⁴HUMBERTO THEODORO JUNIOR, ob. cit. p.169.

Resp 185.813-MG, rel. Min. Ruy Rosado, J.5.11.98, deram provimento, v.u., DJU 1.2.99, p. 214⁵.

"Ainda que se admita que ineficaz a alienação de bem penhorado, mesmo não registrada a penhora, o mesmo não sucede quando feita por terceiro, que não o executado. Necessidade de amparar aquele que, não tendo adquirido o bem do devedor, agiu de boa-fé." (STJ-RJ 669/186). Neste sentido: STJ-RT 691/190, RT 720/142, JTAERGS 102/260⁶

"Execução. Alienação de bem penhorado, não estando registrada a penhora. No caso da alienação do bem já por um terceiro, impõe-se resguardar a boa-fé, estando comprovada, do adquirente, por não ter adquirido o bem do devedor. Procedência dos embargos de terceiro." (STJ - 3ª Turma, Ag. 9.500 - SP-AgRg, rel. Min Nilson Naves, j. 21.5.9.1, negaram provimento, v.u., DJU 17.6.91, P. 8.208)⁷.

Esses arestos enfrentaram e resolveram a questão, com juridicidade e adequação ímpares, em todos os seus aspectos fáticos e jurídicos.

Em primeiro lugar, os julgadores empregaram a terminologia apropriada, em termos de direito privado: eficácia (ou ineficácia) da alienação, em face do credor-exeqüente, porquanto é disso que se cuida, isto é, saber se o ato de alienação deve ou não produzir efeitos, ante a penhora incidente sobre o bem. Seria de todo equivocado, ao revés, falar de "nulidade" da alienação, ou de "invalidade" da penhora. A questão jurídica em conflito reside justamente em saber que instituto deve prevalecer, se a penhora, se a alienação.

Em segundo lugar, eles levaram em conta, com todo acerto, o tratar-se de bem penhorado *após* sua alienação a terceiro, o que induz chamar à colação o tema da boa (ou má-fé) do adquirente. Com efeito, são radicalmente distintas as hipóteses de alienação pelo

⁵ THEOTONIO NEGRÃO e JOSÉ ROBERTO FERREIRA GOUVÊA, *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, ed. Saraiva, São Paulo, 35ª ed, 2003, nota 16 ao art. 593.

⁶ THEOTONIO NEGRÃO e JOSÉ ROBERTO FERREIRA GOUVÊA, ob. cit., mesma nota.

⁷ THEOTONIO NEGRÃO e JOSÉ ROBERTO FERREIRA GOUVÊA, ob. cit., mesma nota.

devedor, ou por quem suceder a este; na primeira, o adquirente revela imprudência, ou seja, corre voluntariamente um risco; na segunda, em princípio, ele estará amparado pelo princípio da boa-fé, até prova em contrário. Logicamente, na última hipótese inverte-se o ônus da prova, que recairá no exequente, no sentido de demonstrar que o adquirente agiu imbuído de má-fé.

Por último, os julgadores analisaram, detidamente, as demais circunstâncias envolvidas com as hipóteses em causa: saber se a demanda em curso contra o devedor seria, ou não, capaz de reduzi-lo à insolvência, tópico previsto no art. 593, II, do Código de Processo Civil, mas comumente relegado a segundo plano, na discussão da causa; saber se a penhora fora ou não registrada, porque, sem esse ato, não se há presumir que o adquirente tinha notícia da constrição.

Subjacente a todo esse raciocínio figura a questão da boa (ou má)-fé do adquirente, sem cuja solução exata o deslinde da controvérsia assemelhar-se-á mais a espécie de adivinhação do que a qualquer outra coisa, uma vez que juridicamente impossível julgar o problema sem atenção meticulosa ao tópico da boa-fé do adquirente.

Pelo que se está a ver, esses arestos acolhem, irrestritamente, o princípio da boa-fé, como critério a tutelar a posição do *dominus* do bem objeto da constrição, tornando destarte relativa a presunção exarada no art. 593, II, do Código de Processo Civil. É uma construção jurisdicional bem lastreada, que só merece encômios.

Curioso notar que o direito italiano trata essa questão de maneira frontalmente oposta à nossa, situando-a no Código Civil, no qual se prevê ação revogatória⁸, como *prius* para a execução sobre bens alienados a terceiros. Por via de consequência, não é dado ao credor penhorar bens de terceiro, antes de propor (e vencer) aludida ação. Apresenta-se óbvio que o legislador italiano resguarda muito mais o direito de propriedade, mercê desse requisito, do que faz o nosso.

Como observa, com nímia acuidade, Crisanto Mandrioli, nisso o ato de constrição atinge terceiro que não o proprietário e, por isso,

⁸ Art. 2901, do Código Civil Italiano

se fala em expropriação contra "o terceiro proprietário", mas no instante em que se instaura o processo expropriatório, esse terceiro deixa de ser tal no plano processual, assumindo a posição de parte nesse plano, e só continuando a ser terceiro no âmbito material.⁹

Isso ocorre porque, até onde se perceba, nosso Direito, ao revés do italiano, não acolheu o princípio comum de que *possession vaut titre*, o qual não encontrou aceitação em Portugal, razão por que toda essa matéria, no Brasil, está ainda dominada pelas regras do Direito Romano.¹⁰

Dado que o processo de execução é lento por natureza e refesto de dificuldades, não é raro ocorrer que o juízo trabalhista venha a apreciar a validade de sucessivas penhoras decretadas no mesmo feito e até em processos distintos. Não examinada a questão da boa-fé, a questão quase sempre é decidida contra o embargante, entendimento que costuma, também, ser mantido no julgamento do agravo de petição interposto.

De outra parte, o exame da boa-fé depende da instrução probatória ampla, não se podendo dirimi-lo à luz tão-só de prova documental e do cotejo das datas das alienações. Caso haja denegação de prova, cumprirá ao interessado agravar de instrumento ou pelo menos formular protesto para obstar o cerceio de defesa.

Se qualquer dessas providências não surtir o efeito desejado, no agravo de petição interposto dever-se-á argüir a questão constitucional, fundada na prevalência de simples faculdade processual (a penhora) sobre o direito de propriedade, ao amparo da Lei Magna. Aí, não mais será possível passar ao largo da seara constitucional, por isso que, caso o proprietário perca o bem, a Justiça terá dado prevalência a mera faculdade processual sobre lídimo direito, caracterizado na Carta Política como fundamental.

Claro está que existem alienações fraudulentas, praticadas com o exclusivo escopo de frustrar a execução, mas tampouco será jurídico decidir a matéria com açodamento, atento à singela literalidade do art. 593, II, do Código de Processo Civil, o qual pressupõe,

⁹ CRISANTO MANDROLI, *Corso di Diritto Processuale Civile*, Giappichelli, Editore, Turim, 11^a ed., v. III, p.122.

¹⁰ ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Processo de Execução*, ed. Saraiva, 1946, p.178.

logicamente, que se cuide de alienação feita pelo próprio executado, não por terceiro. Para desvelar os contornos da fraude, impende instruir meticulosamente o feito dos embargos de terceiro, a fim de que a matéria se aclare. Se os órgãos jurisdicionais não se dispuserem a isso, melhor seria acaso confiar a solução dos embargos a um computador, visto como esses engenhos eletrônicos são hábeis a jogar xadrez e ganhar de mestres exímios deste jogo, o que os habilita, ao menos em tese, a deslindar questões jurídicas. ☐

A Invocação ao Sobrenatural Vale como Prova?

Sergio Demoro Hamilton

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

1. A matéria objeto do presente estudo raramente é versada entre os tratadistas da prova em razão da sua episódica incidência no campo do processo penal, muito embora, vez por outra, o tema venha à baila através de noticiários esparsos da imprensa, quase sempre abordados de forma superficial, buscando mais o sensacionalismo da notícia que a informação técnica e precisa. Fica-se, assim, sem saber, ao certo, até que ponto a prova emanada de experiências mediúnicas ou de documentos psicografados influenciou ou não na decisão da causa, pois somente através de percuciente exame dos autos respectivos é que se poderia emitir um pronunciamento seguro a respeito dos fundamentos do julgado em que ela restou apreciada e até que ponto o dado sobrenatural teve relevância na decisão.

2. Valho-me, inicialmente, para o estudo do nosso assunto, de um caso concreto, distribuído à 16ª Vara Criminal - GB, em que tive a oportunidade de officiar, quando ainda Promotor Substituto, ao tempo do extinto Estado da Guanabara, atuando somente na fase final do processo, ou seja, quando da apresentação das alegações finais escritas (art. 500 do CPP).

O feito criminal em tela pode ser assim resumido: os denunciados no processo em questão (nº 2.2596) C.G. e H.G. haviam conhecido o lesado, O.S.M.P., no distante ano de 1928 e, desde então,

passaram a exercer domínio sobre a pessoa do ofendido, O.S.M.P., mediante ardil, a ponto de dominar-lhe a vontade, dizendo-se, C.G., com a participação de H. G., porta-voz de um "Mago Peruano" imaginário. Por aconselhamento do tal "Mago Peruano", O.S.M.P., homem de grande fortuna, passou a fazer a entrega de elevadas importâncias em dinheiro aos referidos C.G. e H.G., bem como a transferir bens imóveis para os acusados.

A atividade criminosa dos réus teve início em 1942, prolongando-se até setembro de 1959. Portanto, estendendo-se por longos 17 anos.

Vendo-se espoliado em seu patrimônio, O.S.M.P. pretendeu reaver os bens materiais que havia entregue aos réus, por influência do aludido "Mago Peruano". C.G. e H.G. alegaram, então, que não devolveriam as vultosas quantias em dinheiro e os imóveis, que lhes tinham sido doados, sob o argumento de que o ofendido, igualmente, não lhes poderia restituir os "bens espirituais" (*sic*) recebidos através da ação do tal "Mago Peruano".

O processo em exame gozou, na época, de grande repercussão, pois tanto o lesado como os imputados eram pessoas bastante conhecidas, tendo o ofendido arrolado uma série de testemunhas de notória representatividade social, entre elas o jornalista e empresário Roberto Marinho, presidente das Organizações "Globo" (Jornal, Revistas, TV etc...), que, ao prestar depoimento, se disse velho amigo da vítima e que certa feita ouvira do próprio O.S.M.P. declaração de que a figura de um "Mago Peruano" o influenciara para entregar recursos dele, lesado, para negócios imobiliários em favor dos denunciados.

Igualmente, prestou depoimento Eloy Dutra, político bastante influente naquele momento, afirmando que conhecia O.S.M.P., tido e havido como protetor dos irmãos C.G. e H.G.. Salientou, em seu depoimento, que o lesado fora vítima de um estelionato uma vez que fora induzido em erro por meio de "fraudes religiosas" (*sic*) aplicadas pelos irmãos C.G. e H.G.. Tais informações, segundo disse, foram prestadas ao conhecido homem público pelo próprio ofendido.

Como de fácil observação, era o próprio ofendido, O.S.M.P., que alegava que os irmãos C.G. e H.G. atuavam como porta-vozes do "Mago Superior".

C.G. e H.G. se viram denunciados por infração ao art. 171 do Código Penal, na modalidade da ficção legal do crime continuado, tendo em vista o lapso de tempo decorrido e o número de crimes perpetrados.

Esta, de forma bastante resumida, a *quaestio iuris* na parte que interessa ao nosso estudo, pois o volumoso feito contou com outros desdobramentos tais como, o aditamento da denúncia além de duas preliminares de natureza processual, que, aqui, não merecerão análise por não apresentarem qualquer relevância para o presente trabalho.

Chamado a officiar em alegações finais escritas (art. 500 do CPP), portanto na fase final da instrução postulatória, após refutar as preliminares suscitadas, neguei qualquer valor, à prova sobrenatural, isto é, à atuação do "Mago Peruano" que, por intermédio dos réus, em atuação mediúnica, fez com que o lesado transferisse para os acusados elevadíssimas somas em dinheiro, além de imóveis.

Pareceu-me que havia entre o ofendido e réus uma sociedade de fato, que se estendeu por quase duas décadas e que, em determinado momento, por razões ignoradas, chegou ao fim. As transações poderiam ter sido feitas através de atos jurídicos simulados ou por meio de negócios fiduciários praticados entre as partes. Ressaltei que se tratava de mera hipótese, pois jamais me foi possível saber o que havia de subjacente na relação comercial de que participaram as partes em contenda.

A esdrúxula e infantil alegação trazida aos autos de que o "Mago Peruano", também indicado no processo como "Mago Superior", através dos irmãos C.G. e H.G., exercia sobre o lesado total influência, mantendo-o sob domínio absoluto, não mereceu da minha parte qualquer relevância, até porque ridícula. Com efeito, o lesado era homem de indiscutível inteligência, empresário bem sucedido no seu campo de atividades, tendo, inclusive, exercido o cargo de Ministro da Fazenda em caráter interino. Em contrapartida, os réus pareciam-me pessoas de poucas letras, sendo conhecidos como lutadores de jiu-jitsu, que desfrutavam de grande popularidade.

Dessa maneira, não é crível que o lesado fosse aceitar a influência de um "Mago", soando-me inverossímil a afirmação de que

transferira para os réus vultosas somas em dinheiro e imóveis em troca de "benefícios espirituais" obtidos graças ao aconselhamento do "Mago Peruano", através dos médiuns C.G. e H.G.. Para os não-iniciados, médium, na doutrina espírita, é o intermediário entre os vivos e a alma dos mortos. É o que ensina o léxico.

A sentença criminal, da lavra do saudoso juiz Deocleciano d'Oliveira, endossou o pronunciamento do Ministério Público desacolhendo as preliminares argüidas e, *circa merita*, absolveu os denunciados.

No juízo cível, igualmente, foi rechaçada a pretensão de O.S.M.P., buscando a reparação do dano, tendo a sentença salientado que se algum ilícito fora praticado nas relações havidas entre as partes, O.S.M.P. seria quem o praticara.

3. Há outras experiências mediúnicas relatadas envolvendo a figura do conhecido médium brasileiro "Chico Xavier", falecido em 2001, em que, em três casos emblemáticos, suas psicografias acabaram por influenciar no resultado de três crimes que culminaram com a morte das vítimas. É o que narra o douto Promotor de Justiça, Renato Marcão, em seu apreciado artigo "Psicografia e prova penal"¹. Salienta o ilustre membro do Ministério Público de São Paulo, que, nos três casos por ele indicados, as psicografias influenciaram a prova em benefício dos réus. Dos três episódios a que se refere o aludido doutrinador, dois ocorreram no Estado de Goiás, em 1976, e os respectivos processos foram distribuídos, em momentos diversos, ao julgamento do mesmo juiz de direito. No primeiro caso, deu-se a absolvição sumária (art. 411 do CPP), não chegando o réu a ser submetido a julgamento pelo Júri. No segundo, o acusado acabou absolvido pelo Tribunal Popular por seis votos contra um. Em ambos, ressalta o Autor citado, havia relatos baseados no espiritismo, ligados os dois à psicografia. No terceiro evento, ocorrido em 1980, no Mato Grosso do Sul, o réu veio a ser condenado, em segundo julgamento, pela prática de homicídio culposo, tendo por vítima sua mulher.

¹MARCÃO, Renato. "Psicografia e prova penal" *in* *Forum - MP*, acesso em 13 de março de 2007, 00:51h.

4. Nos casos narrados (2 e 3, supra) há notórias diferenças quanto à maneira com que se deu a intervenção sobrenatural. No feito criminal em que atuei como Promotor de Justiça não houve o uso de psicografia, pois o "Mago Peruano" ou "Mago Superior" incorporava nos irmãos C.G. e H.G. para influenciar a vítima. Havia uma troca de benefícios. O lesado fornecia dinheiro e patrimônio em troca de "benefícios espirituais" obtidos através da ação do "Mago". É certo que, no processo, havia uma correspondência redigida em código entre os dois acusados e o lesado, que não me foi possível decifrar, não podendo afirmar se ocorreu na hipótese, também, o emprego de psicografia.

Já nos eventos envolvendo os três casos de homicídio (3, supra) as repercussões processuais no campo da prova ocorreram em razão do uso da psicografia.

5. Antes de examinar o *thema* sob o ângulo jurídico em função do nosso direito positivo, gostaria de deixar bem claro que não é meu intento ofender ou menosprezar aqueles que, professando o espiritismo, acreditam na veracidade de tais fenômenos sobrenaturais.

Professo, com respeito, o irenismo. Minha análise irá ater-se, tão-somente, em função do nosso *ius positum*, para que se possa chegar a uma conclusão se, diante da lei, podem eles embasar uma decisão judicial.

Com efeito, desde que se examine a nossa Constituição Federal veremos que ela considera inviolável a liberdade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos e protegendo os locais de culto e suas liturgias na forma da lei (art. 5º, VI); além disso, *apertis verbis*, afirma a nossa Carta Magna que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política ... (art. 5º, VIII).

Dessa maneira é a própria Lei Maior que, ao consagrar o Estado laico, exige tal postura por parte do intérprete.

Portanto, que fique bem claro nosso posicionamento diante de tão delicado assunto, envolvendo matéria de crença religiosa, que respeito ainda quando não a aceite.

6. Nos episódios examinados, envolvendo a psicografia (3, supra), o assunto torna-se mais delicado, que o evento noticiado relativo ao "Mago Peruano", este, ao meu pensar, totalmente bizarro e inaceitável.

A razão da maior dificuldade no enfrentamento do problema reside no fato de que o documento psicografado ganha materialização nos autos, permitindo, portanto, exame crítico de um dado concreto.

Cabe, assim, por primeiro, definir o que seja psicografar ou, mais ainda, o que significa psicografia.

O verbo psicografar significa "*redigir o que é ditado por espíritos*"² ao passo que o substantivo psicografia consiste na "*escrita dos espíritos pela mão do médium*"³. Por seu turno, como já definido (2, supra), o médium figura como intermediário entre os vivos e os mortos.

Nessa ordem de idéias o que vem para os autos é um documento, tal como o define nossa lei processual penal em seu artigo 232. Para ela consideram-se documentos "quaisquer escritos".

Portanto, *prima facie*, cogita-se de meio de prova previsto em lei (art. 232 do CPP, Capítulo IX, Título VII, Livro I do CPP, que se ocupa "Da Prova"). Se assim é, em um primeiro exame da matéria, dever-se-ia aplicar o brocardo *nulla restrictio sine lege*, tendo em vista que as restrições, todas elas, são de direito singular, isto é, não existem sem lei expressa que as consagrem. Haverá, assim, prévia, regra vedando a prova, podendo ela ser encontrada na lei processual ou na lei material, estejam tais vedações expressas nos códigos respectivos ou, ainda, em leis extravagantes. Outras vezes, a proibição decorrerá de manifesta incompatibilidade com os princípios consagrados na própria Constituição da República.

Esta, portanto, há de ser a orientação consentânea com os sistemas do livre convencimento e com a busca da verdade real consagrados em nossa lei processual penal, que estabelece a ampla

² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, Editora Nova Fronteira, 1ª edição, p. 1154.

³ *Apud* op. cit. *in* nº 2, dessas notas..

liberdade na produção de provas (nº VII da "Exposição de Motivos" do CPP).

O Código de Processo Civil, quando se ocupa "Das Provas", declara, em suas "Disposições Gerais", que "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos (...) são hábeis para provar a verdade dos fatos ..." (art. 332, Seção I, Capítulo VI, Título VIII do Livro I), preceito que, sem sombra de dúvida, encontra aplicação no processo penal (art. 3º do CPP).

Sabe-se, da mesma forma, que o procedimento probatório passa por diversas fases, a saber: a propositura da prova pela parte; a admissão da prova pelo juiz; a produção da prova e, por fim, a valoração da prova pelo magistrado, por ocasião da sentença.

Dessa maneira, diante da natural perplexidade com que se depara o magistrado diante da indicação pela parte de uma prova arrimada no sobrenatural, deve ou não o juiz admiti-la ainda na primeira fase do rito probatório?

Renato Marcão, no artigo acima assinalado a respeito do uso da psicografia como prova penal, salienta que não há no ordenamento jurídico vigente qualquer preceito expresso que proíba a apresentação de documento produzido por psicografia uma vez que de prova ilícita não se trata, concluindo por afirmar que no sistema jurídico brasileiro não há como normatizar o uso do documento psicografado como meio de prova, seja para autorizá-lo seja para vedá-lo. O Estado, no fim de contas, é laico.

Portanto, de acordo com o pensamento daquele ilustre Promotor de Justiça a prova em questão merece ser admitida, produzida e valorada pelo juiz por não se tratar de prova obtida por meio ilícito.

De outra banda, deve deixar-se ao juiz, de acordo com o sistema do livre convencimento, dar ao documento o valor que entender cabível, como procederia com qualquer outro meio de prova.

7. Coloco-me tomado por séria dúvida diante de tal posição em relação ao *thema*.

Como será possível a valoração de prova que, se não é vedada expressamente, jamais poderá ser normatizada?

Em conseqüência da indagação, vejo-me levado a uma outra pergunta: como colocar a sorte de um feito criminal nas mãos das convicções religiosas do magistrado?

Um juiz, fosse ele agnóstico, ou, mais ao extremo, fosse ele ateu, jamais admitiria tal modalidade de prova. Por outro vértice, um julgador que fosse adepto da crença espírita aceitaria como válida a psicografia ao argumento de que ela não é, expressamente, proibida pela lei processual e que vem ao encontro de sua crença religiosa.

Restaria a possibilidade do exame caligráfico do documento, regulado minuciosamente no art. 174 do CPP, que versa a respeito do reconhecimento de escritos, por comparação de letra.

Mas que letra? Do médium? Do espírito?

Seria uma forma técnica pela qual se poderia chegar a uma conclusão definitiva?

Não creio.

Penso que, ainda assim, tal modalidade de exame grafotécnico não daria suficiente respaldo para a aceitação da validade da psicografia, pois não seria possível, caso assim desejasse uma das partes (ou o determinasse o próprio juiz), submeter-se ao crivo do contraditório o espírito desencarnado, para que confirmasse o laudo (se positivo a respeito da autoria do escrito) ou viesse a contestá-lo (se negativo em relação ao valor do documento).

Tal direito não poderia ser sonogado à parte acusadora, caso desejasse, por tratar-se de direito individual assegurado pela Constituição Federal aos litigantes em qualquer processo judicial (art. 5º, LV). Referi-me, de modo especial, ao Ministério Público ou ao querelante, pois tanto quanto me foi dado observar, a psicografia somente tem sido utilizada em favor dos réus. É certo que, na espécie, restaria a possibilidade de sabatinar, sob o crivo do contraditório, o médium. Porém, ele não seria o autor intelectual do escrito, mas mero copista daquilo que o espírito lhe teria ditado.

O documento, por si só, dada a peculiaridade da prova, não poderia merecer aceitação, sem que se completasse através da prova oral. Mas como fazê-lo?

Bonnier⁴, examinando o valor emanado da prova obtida por meio de invocação ao sobrenatural, lança, sem meias palavras,

⁴BONNIER, Edouard. *“Procédure Civile”*, Paris, 1847, Joubert.

vigoroso anátema contra seu aproveitamento no processo, *in verbis*:

"En el día no se permitiría ya, como hijo un Tribunal escocés en 1754, que dos testigos afirmaron bajo juramento que les había revelado un espíritu celestial el nombre del autor de un homicidio."

No mesmo sentido, o pensamento de Julio Acero⁵, que transcreve, inclusive, o ensinamento de Bonnier.

8. Averbese-se que, no caso de crime de competência do Tribunal do Júri, a valoração do documento psicografado torna-se especialmente delicada, partindo do fato de que o veredicto não é fundamentado. Ali não há falar em livre convencimento, sistema adotado pelo juiz de direito para validar suas decisões. No Júri, ao contrário, o sistema esposado é o da íntima convicção dos jurados, tornando lotérica a decisão que viesse a acolher como prova o documento psicografado. Bastaria que o Conselho de Sentença se visse composto, em sua maioria, por adeptos do espiritismo ou por pessoas influenciáveis por tais fenômenos para que a prova obtida por meio de psicografia ganhasse relevo incomensurável em relação às demais, mesmo quando estas a desmentissem totalmente.

Releva observar que os casos emblemáticos acima referidos (3, supra) envolviam, todos, crime doloso contra a vida (homicídio) e, pois, deveriam merecer julgamento pelo tribunal popular.

9. Rechaçar a psicografia importaria numa limitação à prova, pois o documento em que ela se consubstancia constitui meio de prova lícito (art. 231 e sgts. do CPP)?

Penso que não.

No meu entendimento, o documento psicografado não deveria chegar, sequer, à fase de valoração da prova. Esbarraria na fase

⁵ ACERO, Julio, "Procedimiento Penal", p. 226, 4ª edição, Editorial José M. Cajica, Jr S.A., Puebla, Puc, México.

de admissão, cumprindo ao juiz indeferi-lo, *in limine litis*, escoimando-o dos autos.

Não haveria em tal maneira de decidir qualquer ato de arbítrio do julgador, pois não somente as provas ilícitas são inadmissíveis. Igualmente, as provas absurdas e que não apresentam um mínimo de verossimilhança são incabíveis e impertinentes.

É bom assinalar que fatos que escapam aos limites da nossa inteligência, por mera questão de bom-senso, não merecem, evidentemente, aceitação como prova, pois não podem ser submetidas a um juízo crítico severo.

No caso da psicografia haveria formalmente um documento nos autos, que tornaria lícita a prova pretendida. Porém, tal documento seria, de todo, descabido, impertinente e imprestável por não ser capaz de trazer qualquer contribuição para a verdade real, uma vez que não se pode afirmar nem tampouco infirmar o que nele está contido.

10. É interessante observar que no caso do "Mago Peruano" (2, supra), caso tivesse oficiado nos autos desde o início do procedimento, não teria sequer oferecido a denúncia por falta de justa causa para a imputação, pois jamais admitiria formular acusação contra os indiciados naquelas circunstâncias.

11. Deparando-me com a psicografia, como salientei (7, supra) de nada valeria igualmente colher o depoimento do médium, não somente porque o conteúdo do escrito não lhe pertenceria pois fora ditado por um espírito, como também porque estaríamos diante de uma verdadeira petição de princípio, paralogismo em que se estaria acolhendo previamente como verdadeiro aquilo que se tinha em mira demonstrar. Torna-se evidente que o médium iria confirmar haver recebido a mensagem do espírito.

Demais disso, resta saber se o padrão gráfico estampado no documento emanava do punho do médium ou provinha do espírito. Se do primeiro, estaríamos, novamente, diante de uma petição de princípio. Se do segundo, haveria, em tese, a possibilidade da realização do exame grafotécnico, efetivado por meio das indicações

constantes do art. 174, II e III do CPP. Porém, dada a peculiaridade da prova assim colhida, não se poderia prescindir da inquirição do autor do escrito. Como fazê-lo?

12. Há um dado intrigante em relação à psicografia que exige, por certo, análise cuidadosa. É que ela vem sendo usada, de forma sistemática, em benefício dos réus. Nunca me deparei diante de uma acusação originária do Ministério Público fundada na psicografia.

Outro aspecto que merece ser destacado reside na circunstância do seu aproveitamento, também usual, nos processos da competência do Júri. Ali, mais que nunca, passando da fé à mera credence, o jurado sofre, sem dúvidas, grande influência para absolver o réu, tanto mais que sua decisão não vem motivada.

Outras vezes, movido pelo medo do desconhecido ou ainda por simples superstição, o jurado tende a acatar a comunicação do além, sempre muito bem explorada pelo tipo de oratória usado pela defesa da tribuna do Júri.

Não se pode olvidar que os jurados são pessoas oriundas das mais diversas camadas da população, muitas vezes desprovidas de formação religiosa e cultural, sujeitos, portanto, aos apelos emocionais lançados no interesse da defesa no objetivo de obter a absolvição.

Tanto quanto eu saiba, repito, os espíritos jamais auxiliaram o Ministério Público ...

13. Pode-se, em resumo, chegar a algumas conclusões:

13.1. A prova mediúnica, por não poder ser infirmada nem confirmada, não deve merecer aceitação uma vez que não enseja ao juiz e às partes a realização de um juízo crítico adequado;

13.2. No caso da psicografia, por tratar-se formalmente de prova documental prevista em lei, não pode ela ser acoimada de prova ilícita;

13.3. Porém, trata-se de prova incabível para a demonstração dos fatos, não podendo servir de base quer para a condenação, quer para absolvição;

13.4. Como tal, deve ser expungida, desde logo, do processo, não ultrapassando a fase de admissão da prova;

13.5. Quando muito, caso chegue à fase de valoração da prova, merecerá desacolhimento;

13.6. De nada valerá o depoimento do médium, por evidenciar-se, no caso, uma verdadeira petição de princípio;

13.7. Não deixa de ser estranhável que a invocação ao sobrenatural se dê sempre em favor dos réus, buscando inocentá-los;

13.8. A psicografia tem sido admitida, ao que sei, em processos da competência do Júri, justamente em razão de que lá o veredicto é imotivado, sofrendo o jurado, pelas razões mais diversas, toda a sorte de influências (medo, superstição, credence etc...);

13.9. Não haverá qualquer cerceamento para a parte, caso o juiz não admita, desde logo, a produção de qualquer prova fundada no sobrenatural;

13.10. Qualquer fato que escape aos limites da nossa inteligência, no estágio atual de nosso conhecimento, não poderá merecer aceitação como prova.☐

Crítica à Clássica Teoria Geral das Invalidades no Direito Privado Brasileiro

Ricardo Luiz Pereira Marques

Mestrando em Direito Privado pela PUC/MG. Especialista em Direito da Economia e da Empresa pela FGV. Professor universitário. Advogado.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo se propõe a analisar a viabilidade de uma teoria geral das invalidades no atual Direito Privado brasileiro. Para tanto, percorrerá algumas etapas, a começar pela definição do que sejam as invalidades, e das dificuldades de abordagem do tema. Em seguida, serão levantados tratamentos doutrinários até então realizados, reunindo-os em uma hipotética teoria única, para facilidade de sua análise crítica. E, a partir desta análise crítica, pretende-se apresentar uma resposta à pergunta constante do título deste texto.

2. INVALIDADES NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

A invalidade, ou nulidade em sentido genérico, é a consequência prevista pelo Direito para os negócios jurídicos - e também para os atos jurídicos, por força do art. 185 do Código Civil - firmados mediante circunstâncias específicas ou sem a observância de certas exigências previamente fixadas nas normas jurídicas. E a natureza dessa consequência pode ser deduzida de sua própria nomenclatura: isto é, deixa o ordenamento de reconhecer validade àquele ato, relegando-o à margem de seu âmbito de ação e influência. Ele é até reconhecido como existente - e, portanto, capaz de

gerar certos efeitos, ainda que transitoriamente¹-, porém, não encontrará proteção, a menos que a condição geradora da invalidade seja, de certo modo, e quando possível, reparada em tempo e modo igualmente estabelecidos em lei.

Atualmente, as hipóteses de invalidade e suas respectivas conseqüências são inúmeras. Assim, a utilidade prática e didática de um esquema que sistematize o tratamento dessas diferentes situações é inegável, e praticamente todos os estudos sobre teoria geral do direito privado se debruçam sobre a tentativa de cumprir essa missão. Todavia, ela não é uma tarefa fácil.

A grande maioria dos textos sobre invalidade dos negócios jurídicos no Brasil menciona o quão tormentoso é tratar a matéria em nosso Direito, diante da absoluta falta de uniformidade entre os autores:

São por demais conhecidos os embaraços que se apresentam a um estudo mais completo das nulidades, e parece bem certo que tais dificuldades se agravam em conseqüência da opinião divergente dos autores. Estes, na exposição de suas pesquisas, além de variarem na linguagem e na inteligência dos textos que examinam, quase sempre se prendem a fatos de outros tempos, ou a circunstâncias de outros lugares. (FERREIRA, 1963, p. 29)

Tal desencontro acaba por se refletir nos textos legais que, sem uma sólida base doutrinária a lhes subsidiar, adotam diferentes soluções entre si:

As legislações não têm disciplinado, com perfeição, a teoria das nulidades, certamente porque a doutrina não conseguiu ainda assentar com exatidão e uniformidade as suas linhas-mestras. Ao contrário, a matéria é muito obscurecida, carece de boa exposição dogmática, e alimenta acentuada desarmonia entre os escritores, não somente no que se refere à fixação dos conceitos, como ainda no que diz respeito à terminologia, que é algo descontraída

¹ Sobre a separação e análise dos atos ou dos negócios jurídicos em planos distintos de existência, validade e eficácia - que não são objeto deste estudo - sugere-se a leitura da obra **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**, de AZEVEDO, Antonio Junqueira. São Paulo: 2002.

e imprecisa. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 629).

E, num círculo vicioso, essas normas provocam a elaboração de novos estudos, que, tratando e valendo-se das expressões e disposições específicas das regras por eles analisadas, ao invés de corrigir, acentuam a distância entre as diferentes abordagens de invalidades levadas a efeito.

Entretanto, e até pelo acima exposto, uma dúvida se coloca ao estudioso do Direito Privado no Brasil: a despeito de desejável, é possível, ainda hoje, se falar em uma teoria das invalidades dos negócios jurídicos no Direito Privado brasileiro?

Os privatistas, em geral², defendem que sim - ainda que parte deles apresente suas ressalvas³. Nesse sentido, alguns elaboram teorias mais complexas, com comparações a partir de vários critérios de distinção - os interesses protegidos, por exemplo, ou a legitimidade para sua argüição, passando pelos efeitos e eficácia do reconhecimento. Outros, mais precisos talvez, elaboram distinções a partir de apenas um ou dois critérios.

Uma breve reunião dessas teorias⁴, sintetizando os diferentes aspectos por elas propostos no que será chamado a partir deste ponto de "teoria geral clássica das invalidades", é o objeto do próximo tópico.

3. TEORIA GERAL CLÁSSICA DAS INVALIDADES

Os doutrinadores fixam, inicialmente, o que seriam duas espécies de invalidades: as nulidades (em sentido específico) e as anulabilidades⁵. E, a partir desse ponto, estabelecem distinções entre ambas, decorrentes dos seguintes critérios:

² Ob. cit.

³ Como é o caso de Amaral que, inicialmente, argumenta no sentido de concluir pela impossibilidade (AMARAL, Francisco. **Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 510-511), mas, em momento posterior, como se verá adiante, apresenta sua proposta de teoria geral.

⁴ Cumpre destacar que somente foram analisadas teorias elaboradas à luz do Código Civil de 2002 e da legislação anterior por este não revogada, uma vez que o referido diploma normativo trouxe mudanças no tratamento normativo das invalidades.

⁵ Textos mais antigos fazem referência, ainda, às "nulidades de pleno direito", que representariam defeitos tão graves que sequer dependeriam de declaração judicial para serem invalidados. Contudo, essa categoria não encontra lugar no Direito Moderno, ao menos não no plano da validade, como bem observa o conhecido texto do professor Valle Ferreira (FERREIRA, José G. do Valle. "Subsídios para o estudo das nulidades". **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, ano XIV, nº 3, 1963).

a) o interesse protegido⁶: as nulidades⁷ protegeriam o interesse social ou público; e as anulabilidades buscariam somente o interesse privado das partes que firmaram o negócio jurídico⁸;

b) legitimidade de argüição: enquanto as nulidades poderiam ser invocadas por qualquer interessado, mesmo o Ministério Público, as anulabilidades somente poderiam ser argüidas pela parte que firmou o negócio e que por elas foi prejudicada;

c) atuação jurisdicional: as nulidades poderiam ser julgadas e declaradas de ofício pelos magistrados; já as anulabilidades somente poderiam ser analisadas após provocação da parte legitimada para argüi-las;

d) eficácia da declaração judicial: que, tratando-se de nulidades, teria efeitos retroativos, e, quando de anulabilidades, somente a partir da data em que for proferida;

e) convalhecimento pelo decurso do tempo: também impossível nos negócios eivados de nulidade, mas ocorrente naqueles viciados por anulabilidades;

f) possibilidade de ratificação: impossível quando se trata de nulidades, o contrário ocorrendo nas anulabilidades.

Valendo-se dessa teoria geral, restaria ao intérprete, no caso concreto, apenas definir se o vício incidente sobre o negócio jurídico sob sua análise seria uma nulidade ou anulabilidade, pois todas as conseqüências daí advindas, especialmente a forma de se atuar frente ao problema, seriam dadas pelas distinções acima estabelecidas. Dessa praticidade na operacionalização das normas, bem como da facilidade proporcionada ao estudo desse instituto, é que decorre o sentido de se buscar uma teoria geral das invalidades. Todavia, como dedutivo, qualquer teoria geral somente se mostra apta a cumprir esse papel se não apresentar incoerências. E se a

⁶ Distinção realizada por AMARAL (ob.cit.), MATTIETTO, Leonardo de Andrade. "Invalidade dos atos e negócios jurídicos". In Tepedino, Gustavo (coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, PEREIRA (ob. cit.) e TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa; MORAES, Maria C. B. *Código Civil Interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. V. 1, 765 p.

⁷ Para se evitar mal-entendidos, a partir deste ponto se referirá às nulidades em sentido específico apenas pela expressão "nulidades", e às nulidades em sentido genérico pelo termo "invalidades".

⁸ As demais distinções - exceto as da alínea "d" e "e", com a qual não concordam Tepedino, Barboza e Moraes e, respectivamente, Pereira - são propostas em AMARAL, COELHO e PEREIRA.

teoria aqui mencionada padece ou não de tais problemas é o que o próximo item se propõe a verificar.

4. ANÁLISE CRÍTICA DA TEORIA GERAL CLÁSSICA DAS INVALIDADES

Conforme já mencionado, uma teoria que se pretenda geral, mas que admita - ou somente se sustente por meio de - uma série de exceções, perde a sua utilidade prática, pois pode, ao contrário do que se propõe, levar, em verdade, a graves enganos. Deixa, também, de ser didática porque, ao invés de contribuir para o entendimento do estudante sobre a matéria, acaba por promover confusões quanto à adequada resolução de um caso concreto:

*Com efeito, uma teoria geral busca, a partir da realidade, enunciar princípios gerais que, harmonicamente estruturados, sintetizem a essência da instituição a que se refere, aplicando-se a todas as situações possíveis. A elaboração de uma teoria geral na área do direito, portanto, tem de partir da análise das normas do direito positivo e num processo gradativo de abstração chegar à enunciação de princípios tão gerais que a eles se ajustem todas as espécies que integram a instituição jurídica respectiva. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 14-15)*

Portanto, a um teste de sua capacidade de abstração deve-se submeter a teoria geral clássica das invalidades no Direito Privado brasileiro, analisando-se separadamente algumas das distinções defendidas pelos autores privatistas, a começar pela que divide as invalidades pelo suposto "interesse a ser protegido".

4.1 Interesse protegido

Essa distinção, segundo os defensores da teoria em exame, se apresenta como a mais importante, vez que dela decorreriam as demais. Contudo, talvez seja a que tenha sua improcedência mais perceptível, pois o pressuposto de que as regras de nulidades visariam a proteger interesses públicos, supostamente violados em hipóteses que causariam "repulsa social", não resiste a análise para além dos arts. 166 e 167 do Código Civil.

A Consolidação das Leis do Trabalho, por exemplo, lei especial pertencente ao Direito Privado⁹, em seu art. 9º dispõe serem "nulos de pleno direito" (ou seja, casos de nulidade) todos os atos praticados com o intuito de contornar os seus preceitos. Não se discorda de que tentativas de burlar a legislação trabalhista devem ser combatidas, e é por isso que a lei criou referido meio de repressão. Mas também é certo que as normas de Direito do Trabalho cuidam de interesses meramente particulares, ao menos em sua grande maioria.

4.2 Legitimidade para argüição

Avançando na análise da tentativa de sistematização das invalidades, outra regra que se invoca para se diferenciar as nulidades das anulabilidades é a legitimidade supostamente mais ampla para se argüir aquelas. Os autores que assim sustentam se baseiam no art. 168 do Código Civil, que prevê a alegação das nulidades por parte de qualquer interessado e do Ministério Público. Contudo, o que esses estudiosos deixam passar é que o próprio art. 168 é explícito em demonstrar sua aplicabilidade limitada. Com efeito, na sua parte inicial está expresso que a regra de legitimidade ali disposta vale apenas para "as nulidades dos artigos antecedentes". Não se trata de uma regra geral, portanto, mas sim bastante específica, restrita às hipóteses dos arts. 166 e 167. Assim, as nulidades previstas em outros artigos ao longo do Código Civil, bem como aquelas dispostas em leis especiais de Direito Privado, não estão, obrigatoriamente, submetidas à mesma disciplina. É o caso, por exemplo, das nulidades incidentes sobre os atos de alienação dos imóveis dos filhos praticados pelos pais, sem autorização judicial, que, segundo o parágrafo único do art. 1.691 do Código Civil, somente podem ser reclamadas pelos próprios filhos, herdeiros ou representante legal. Quanto à legislação especial, podem-se citar, dentre outras, as nulidades sobre cláusulas contratuais de contratos de consumo, previstas no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078), que somente podem ser questionadas pela parte que firmou o negócio jurídico e por ele se prejudicou.

⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p. 74.

4.3 Atuação jurisdicional

No tocante à possibilidade de declaração de ofício das nulidades por parte dos magistrados - ao contrário das anulabilidades, que sempre demandariam provocação dos legitimados -, também é uma conclusão decorrente do art. 168 do Código Civil, mais especificamente de seu parágrafo único. Desse modo, aqui também vale a observação feita anteriormente, no sentido de que tal dispositivo legal não tem aplicabilidade irrestrita no Direito Privado. E uma demonstração dessa circunstância é a previsão do art. 1.549 do mesmo Código Civil, que dispõe que somente por ação direta (ou seja, jamais de ofício) é que pode se dar a decretação da nulidade do casamento pelos motivos expostos no art. 1.548.

4.4 Eficácia da declaração judicial

Acerca desse critério de distinção - que, conforme mencionado, defende efeitos retroativos apenas à declaração de nulidades -, o que surpreende é que ainda seja colocado, e por tantos estudiosos, mesmo não havendo qualquer base para tanto. Análise cuidadosa do Código Civil mostra não só que a declaração de anulabilidades pode também ser retroativa, como há hipóteses de nulidades que, mesmo declaradas por sentença, continuam a gerar efeitos.

Desde 1916 o art. 158 do Código Civil então promulgado já dispunha que "Anulado o ato, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente", disposição repetida literalmente pelo art. 182 do diploma de 2002. Ou seja, há muito resta claro no Código Civil que também a declaração de anulabilidade surte efeitos a partir da data em que o negócio jurídico tenha sido firmado. Curiosamente, porém, essa é uma circunstância que continua a passar despercebida por parte respeitável da doutrina. Na década de 60 o professor Valle Ferreira chamava a atenção para essa questão:

Noção também infundada, mas muito repetida, é a que se refere ao efeito retroativo das declarações de nulidade. Segundo ficou exposto anteriormente, qualquer que seja a causa de invalidade, no fundo é sempre a mesma coisa, a mesma

invalidade, e, em todos os casos, o vício é dirimente e contemporâneo da formação do ato, quer se trate de nulidade, quer de anulabilidade. (FERREIRA, ob. cit.)

Porém, não é o caso de, como procede Ferreira, estabelecer-se uma regra geral contrária, isto é, de que sempre a declaração das nulidades ou anulabilidades terá efeitos retroativos. Isso porque o Código Civil, também há muito, disciplina hipóteses de atos e negócios jurídicos que, mesmo eivados de nulidades reconhecidas em sentença, continuam a surtir eficácia, ou, ao menos, tem mantidos os efeitos gerados até então. Podem-se citar os exemplos do art. 1.597, II (que cuida da presunção de concepção na constância do casamento, e dos efeitos dela decorrentes, mantidos mesmo após a anulação do casamento), bem como os arts. 1.561 e 1.563, que regulamentam efeitos do casamento nulo.

4.5 Convalescimento pelo decurso do tempo

Por fim, acerca da possibilidade de convalescimento das invalidades pelo transcorrer de certo período, o art. 169 do Código Civil dispõe que "o negócio jurídico nulo não convalesce pelo decurso do tempo". Ao contrário do que acontece com o artigo antecessor, não há sinal, nessa frase, de limitação à abrangência da prescrição legal. E, por certo, foi tal circunstância que levou os elaboradores da teoria clássica das invalidades a defender que esse preceito legal seria uma regra geral das nulidades, a diferenciá-las das anulabilidades, sempre passíveis de convalidação, segundo leitura dos arts. 178 e 179.

A amplitude desses três dispositivos, porém, não é exatamente essa, pois o art. 48 do mesmo Código Civil, por exemplo, prevê a decadência em três anos do direito de se anular as decisões colegiadas das pessoas jurídicas quando violarem a lei, ou quando estiverem "eivadas de simulação", ambas causas de nulidade, segundo os art. 166 e 167. Merece registro, também, a limitação de cinco anos prevista no art. 1.859 para se impugnar a validade (seja por causa de anulabilidades, mas também em razão de nulidades) do testamento. Caso tais prazos transcorram sem qualquer manifestação das partes legitimadas, as nulidades

em referência se convalescerão, contrariando a suposta regra geral ora em análise.

Por outro lado, há hipóteses inversas, ou seja, de anulabilidades que não possuem tempo certo para serem argüidas. É o caso da disposta no art. 1.601 do Código Civil, segundo o qual a ação de contestação de paternidade dos filhos nascidos de sua mulher é imprescritível com relação ao marido, sem qualquer ressalva quanto aos motivos. Portanto, pode essa ação ser fundada em erro, dolo, ou coação, por exemplo, causas de anulabilidade, segundo o art. 171 do Código Civil.

5. IMPOSSIBILIDADE ATUAL DE UMA TEORIA GERAL DAS INVALIDADES

Como se vê, a grande maioria dos critérios integrantes do que aqui se chamou de "teoria geral clássica das invalidades" reconhece bastantes exceções, muitas vezes previstas no próprio Código Civil, outras em legislações esparsas. Tal circunstância é suficiente para descaracterizar aquela construção doutrinária enquanto uma teoria geral pertinente, uma vez que a utilidade que ela possa oferecer depende, como visto, de sua aplicabilidade a todas as situações possíveis.

Não há razão para se insistir em uma teoria geral que não exima seus analistas de investigar, caso a caso, a existência ou inexistência de hipóteses excepcionais. Se a teoria não se presta enquanto instrumento prático e didático, merece ser abandonada, pois deixa de possuir qualquer função. Caso contrário, o que foi elaborado com o intuito de facilitar se mostrará como dificultador. Ou pior: uma verdadeira armadilha a estudantes e intérpretes do Direito em geral que, eventualmente, se esqueçam ou desconheçam a regra exceptiva.

As exceções aqui apontadas não demonstram apenas a superação da teoria então existente. Elas refletem tratamentos normativos tão distintos que indicam, além, a impossibilidade de também se construir uma nova teoria geral atualmente. Concordando com Mello e Gomes (GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007) conclui-se que:

Considerando esse sentido, a elaboração de uma teoria geral das nulidades nos parece uma missão irrealizável, em face da desuniformidade com que as espécies são tratadas no plano do direito positivo. Para atender às realidades e necessidades sociais, o legislador se vê na contingência de adotar regras que, por constituírem exceções às regras gerais, criam a impossibilidade de serem traçadas as características essenciais comuns a todas as espécies, o que permitiria a definição dos princípios gerais extraídos das normas de direito positivo. Na verdade, não há ponto no campo das nulidades em que se possam enunciar regras sem que haja a necessidade de mencionar pelo menos uma exceção. (MELLO, ob. cit., p. 15)

O que se percebe é uma tendência irreversível de divisão das duas espécies reconhecidas de invalidades em incontáveis outras figuras, todas com regras próprias, criadas em lei para, como acima afirmado por Mello, se atender às complexidades da vida cotidiana. E essa diversidade de regulamentos impede que os novos tipos de invalidades sejam comparados entre si e enquadrados em apertadas categorias sistemáticas. Portanto, não há mais como se falar em nulidade ou anulabilidade, principalmente em sentido geral, mas sim em tipos específicos de invalidades para as mais diferentes situações, cujo regulamento deverá ser buscado pelo intérprete diretamente na legislação respectiva. Abandona-se a idéia de uma teoria geral e acolhem-se teorias especiais de invalidades, como as incidentes sobre transações, doações, testamentos, casamento, contratos de trabalho, contratos de locação, propriedade intelectual, registros públicos etc., todas diferentes entre si. É certo que o trabalho do intérprete resta dificultado com essa variedade de objetos de estudo. Mas também é inegável que essa é a única estratégia capaz de dar conta da diversidade de situações que a vida coloca aos cidadãos diariamente.

6. CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, pela impossibilidade de se sustentar atualmente uma teoria geral das invalidades no Direito Privado brasi-

leiro, seja diante de excessiva abertura a exceções da teoria já construída, seja porque se mostra impossível a regulamentação adequada dos fatos cotidianos, cada vez mais complexos, a partir de regras muito gerais de conduta. Com efeito, o que se infere de exame das mais recentes disposições legais é um movimento em sentido contrário, ou seja, o surgimento de várias teorias específicas de invalidades, a regulamentar os defeitos potencialmente incidentes sobre atos e negócios jurídicos determinados, opção mais acertada de abordagem jurídica.☐

Condomínio de Fato ou Irregular: Legitimidade da Cobrança da Contribuição pela Associação de Moradores

Guilherme Magalhães Martins

Membro do Ministério Público/RJ. Doutor e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Candido Mendes e da EMERJ.

1. SITUAÇÃO GERAL DO TEMA. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS AO RECONHECIMENTO DO CONDOMÍNIO DE FATO

Surgem, nos dias de hoje, situações que, cada vez mais, reclamam a intervenção do poder público, ao mesmo tempo em que o Estado se ausenta na sua obrigação de proporcionar segurança aos cidadãos, o que se soma à insuficiência na prestação de outros serviços públicos, em especial higiene, abastecimento de água e conservação de vias e logradouros públicos de uso comum do povo.

Para a instituição do condomínio de fato, tem-se recorrido à associação civil de moradores, oriunda da autonomia da vontade, obtendo tal figura cada vez mais, maior reconhecimento jurisprudencial para atender ao interesse da coletividade¹.

¹ SOARES, Danielle Macedo. *Condomínio de fato; incidência do princípio da autonomia privada nas relações jurídicas reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 82: "A insuficiência do poder público quanto às questões de segurança,

A expressão loteamento fechado dá uma primeira idéia de como esse condomínio fechado se forma; é dentro de um loteamento², pois as vias de acesso são logradouros públicos, mas que é fechado³, no sentido de que os moradores controlam tais acessos, nem sempre de forma legal, mas que tem alguma eficácia.

Ocorre uma espécie de fusão entre o loteamento e o condomínio edilício, diante do que a doutrina atribui ao condomínio de fato uma natureza jurídica híbrida e dúplice.⁴

Segundo a doutrina mais abalizada sobre o tema, no condomínio de fato não há propriamente comunhão incidente sobre direi-

higiene, abastecimento de água, conservação de vias e logradouros públicos de uso comum do povo, levou os proprietários de lotes individuais a se agruparem informalmente, de modo a comportarem-se como condôminos, sem que houvesse uma efetiva relação condominial. Esses proprietários, através de associações, denominadas condomínios de adesão, ou irregulares ou de fato, elegiam a pessoa de um administrador, para que tomasse frente face às suas necessidades, e desse modo contratavam serviços de terceiros para suprir a deficiência provocada pelo ente público. Na realidade, o que a coletividade fez foi criar um mecanismo voltado a preencher esta omissão, sem se preocupar com os moldes impostos pelo legislador".

² O loteamento, ensina Wilson de Souza Campos Batalha, "é uma operação de facto, que se utiliza dos dados técnicos da agrimensura. Consiste em dividir área ou gleba em tantas outras porções autônomas, com possibilidade de vida própria. Ao partir ou dividir certa extensão territorial em lotes, na esfera dos factos, deve-se ter em vista a viabilidade desses lotes, a possibilidade de sua existência autônoma, precipuamente no que tange às vias de comunicação(...) Realizado esse loteamento de facto, com os requisitos acima, é necessário, para os efeitos do Decreto-lei n.º 58 e do Decreto n.º 3.079, que o mesmo se revista de caráter jurídico, mediante o preenchimento de uma série de requisitos legais e consequente inscrição no registro imobiliário. Destarte, a operação de facto, orientada pelos requisitos técnicos de agrimensura, se converte em operação jurídica, atendidas as exigências legais e regulamentares". BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Loteamentos e condomínios**, t. 1. São Paulo: Max Limonad, 1953, p. 235-238.

³ O condomínio de fato ou irregular não se confunde com o loteamento fechado, estabelecido, segundo Marco Aurélio S. Viana, na forma da Lei n.º 6.766/79, embora ambos possam ou não apresentar algumas características comuns, dentre as quais: " a) o proprietário de lote goza do direito de propriedade como todo e qualquer titular do domínio sobre lote integrante de parcelamento tradicional, conhecendo, contudo, algumas restrições: 1a) toda a gleba é cercada ou murada em seu perímetro; 2a) o acesso é feito por um único local, como regra, mas nada impede que haja mais de um, havendo sempre portaria ou portão, com porteiro, estando o acesso submetido a identificação prévia; 3a) as ruas, praças, vias de comunicação e outros logradouros ou espaços livres têm seu uso limitado aos proprietários dos lotes, mediante permissão ou concessão de uso, outorgado pelo Município; 4a) as vias de comunicação, praças e espaços livres do parcelamento continuam sendo propriedade do Município, alterando-se apenas o direito de uso, que é retirado da coletividade e assegurado somente aos moradores do local. Estabelece-se uma comunhão relativamente ao uso; 5a) há domínio comum sobre determinados bens, tais como a cerca, alambrado ou muro que cerca o loteamento; a portaria, quadras de esporte, piscina, enfim, serviços e coisas que pertencem a todos; 6a) necessária a manutenção e conservação das vias de comunicação, praças e espaços livres, quando o próprio Município não se incumba disso; 7a) o mesmo ocorre com relação à manutenção de uma portaria, de um serviço de vigilância e segurança, além daquele pertinente aos serviços e partes comuns(...) 8a) finalmente, reclama-se uma administração, que se incumbirá das tarefas afetas ao funcionamento interno do loteamento, da gestão do dinheiro necessário à manutenção e conservação das partes comuns, serviços e outros necessários à vida do loteamento". No entanto, a principal distinção entre o loteamento fechado e o loteamento tradicional se refere ao fato de o uso das vias de circulação, praças e outros logradouros e espaços livres ficar assegurado apenas aos proprietários e moradores. VIANA, Marco Aurélio S. **Loteamento fechado e loteamento tradicional**. Rio de Janeiro: AIDE, 1991, p. 55-56 e 29.

⁴ SOARES, Danielle Macedo, op.cit., p. 83.

tos reais. Tem-se aí uma espécie de loteamento, com propriedades individuais, e uma situação fática de aparência condominial.⁵

Para Danielle Macedo Soares⁶, o condomínio de fato possui natureza jurídica híbrida, pois apresenta ao mesmo tempo características do direito obrigacional e do direito real.

Proprietários de lotes individuais se agrupam informalmente, comportando-se como condôminos, sem que haja uma efetiva relação condominial. Associações denominadas condomínio de adesão, irregular ou de fato, elegem a figura de um administrador, que tome frente às suas necessidades, assim contratando serviços de terceiros para suprir a deficiência provocada pelo ente público.

O condomínio de fato surgiu da necessidade de alguns proprietários ou moradores de um determinado logradouro suprirem os serviços que deveriam ser prestados pelo ente público ou fornecidos de modo insatisfatório, como segurança pública, distribuição de água, recolhimento de lixo e outros serviços cujo suprimento demande uma organização e participação coletiva dos interessados.

Para a corrente contrária, não é possível privatizar o logradouro ou o espaço público e tampouco os serviços públicos, salvo mediante concessão, cessão de uso ou permissão, o que impediria a edição de atos como o Decreto n.º 1.168, de 8 de março de 1996, instituído pelo Município do Rio de Janeiro, que assim reza, em seus artigos 1.º e 2.º:

" Art. 1.º As Secretarias Municipais de Obras e Serviços Públicos e Urbanismo, mediante juízo discricionário de seus órgãos competentes, poderão autorizar a instalação de guaritas e traves basculantes em logradouros públicos de uso estritamente residencial. Parágrafo único A autorização, quando for deferida, sempre o será a título precário, mediante requerimento que se faça acompanhar de deliberação de, no mínimo, 3/4 dos usuários dos imóveis atingidos pela eventual aposição de equipamentos no logradouro público.

⁵ MATTIETTO, Leonardo. "Convenção de condomínio não registrada (Súmula n.º 260 do Superior Tribunal de Justiça)". *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 9, jan./mar. 2002, p. 225.

⁶ Op. cit., p. 83: "A natureza dúplice atribuída ao condomínio de fato se dá devida (*sic*) a (*sic*) fusão de dois institutos tradicionais, o loteamento e o condomínio horizontal, que dão origem a essa nova modalidade".

Art. 2º A autorização de que trata o artigo anterior fica condicionada à prévia audiência dos órgãos municipais interessados, bem como da associação de moradores do bairro, se houver."

Da mesma forma, para os defensores de tal entendimento, não se pode travestir o loteamento em condomínio; a equiparação entre ambas as figuras, segundo defendido pelo Min. Ari Pargendler no julgamento do Recurso Especial nº 444.931-SP, constituiria uma mera ficção jurídica, destinada a legitimar a representatividade da associação perante os proprietários não associados.⁷

A ementa daquele acórdão(3ª turma, Resp.444.931-SP, j.12.08.03) é a seguinte:

"O proprietário de lote não está obrigado a concorrer para o custeio de serviços prestados por associação de moradores, se não os solicitou".

Porém, o principal argumento dos opositores do condomínio de fato ou loteamento fechado reside no princípio constitucional da liberdade associativa, o que desobriga qualquer pessoa de pertenc

⁷ Ambos os argumentos acima são defendidos pelo advogado paulista Nelson Kojranski : "Posição radical de ampla receptividade sustenta que basta o fato de ser proprietário de lote, para que seja obrigado a arcar com as despesas de manutenção. A simples equiparação de 'condomínio' a 'proprietário', na falta de regulamentação legal própria, nem sempre é admissível. O princípio da igualdade repele, em face dos 'loteamentos fechados', que todos sejam tratados cegamente iguais. Enquanto no condomínio edilício, as despesas de condomínio derivam de uma convenção na qual basta a indicação dos percentuais de rateio, exatamente por inexistir outras diferenças entre os condôminos, essa 'igualdade' não ocorre com os proprietários de lotes". E prossegue : "Pode-se, portanto, afirmar com segurança que não se pode travestir o 'loteamento' em 'condomínio'. A legislação condominial, de ordem substantiva, não tem como lhe possa ser ajustada, e, muito menos, ser aplicada. E (sic), com maior razão considerar a taxa de conservação como revestida de obrigação de natureza *propter rem*. Mesmo porque, (sic) até a constitucionalidade da concessão de direito real de uso é de legalidade questionável, por se tratar de um patrimônio público, que é bem de uso comum do povo. E é questionável porque a concessão municipal contraria o artigo 17 da Lei nº 6766/79 (que proíbe a alteração da destinação das vias públicas) e o artigo 180, V, da Constituição do Estado de São Paulo, no mesmo sentido, ambas hierarquicamente superiores". Cf.KOJRANSKI, Nelson. "A falta de previsão legal do 'loteamento fechado' e suas conseqüências". *Revista do Advogado*. São Paulo, nº 90, p.117-119, mar. 2007. Porém, como adverte Danielle Machado Soares, op.cit., p.93, a instauração do condomínio de fato ou irregular pressupõe um exame rigoroso da situação, a fim de avaliar o real interesse da coletividade, para que não haja desfalque do patrimônio público, em relação às ruas, praças e demais espaços públicos. Nas suas palavras, "o passo seguinte seria a desafetação do bem. Uma vez desafetado poderia ser incorporado ao domínio privado. A regra da administração é de que haja uma licitação, só que para a hipótese se torna dispensável tal procedimento, tendo em vista que envolve situações com destinatários certos onde a competição é descabida. Concluímos, portanto, que existe uma possibilidade legal do (sic) Município autorizar o uso das vias de circulação e das praças aos proprietários por meio de dois institutos do Direito Administrativo que são: a permissão ou a concessão de uso".

cer ou se manter dentro de uma associação (Constituição da República, art. 5º, XX); mais ainda, ninguém é obrigado a fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Vera Jacob de Fradera considera os condomínios de fato como manifestação da chamada *feudalização do direito privado*, de modo que:

"(...)o indivíduo dotado de uma mínima auto-suficiência perante o Estado busca desvencilhar-se da sua tutela, criando ele mesmo estruturas e mecanismos aptos a dar-lhe segurança, bem-estar, saúde, garantias para a velhice etc. Tal tendência pode ser observada pela mera observação das comunidades que vivem em condomínios de luxo, com segurança privada vinte e quatro horas por dia, prescindindo da proteção oferecida pelo Estado, esta, na maior parte das vezes, quase precária".⁸

Em seguida, serão examinados os argumentos favoráveis ao pleno reconhecimento do condomínio de fato.

Em primeiro lugar, merece ser destacada orientação que resultou na Súmula 260 do Superior Tribunal de Justiça: "a convenção de condomínio aprovada, ainda que sem registro, é eficaz para regular as relações entre os condôminos".

Logo, apesar da ausência de expressa previsão normativa, não se pode afirmar seja o registro da convenção requisito de existência e validade do condomínio, não figurando sequer como condição da eficácia daquele ato-regra perante os condôminos.⁹

Parte dos autores favoráveis ao reconhecimento do condomínio de fato considera a respectiva contribuição como obrigação *propter rem*, "desde que as restrições e obrigações impostas pelo loteador estejam inscritas nas condições gerais do loteamento, te-

⁸ O direito dos contratos no século XXI: a construção de uma noção metanacional de contrato decorrente da globalização, da integração regional e sob influência da doutrina comparatista. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise. *O Direito Civil no Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 549.

⁹ MATTIETTO, Leonardo, op. cit., p. 227.

tenham sido levadas a registro e sejam aceitas pelo comprador no ato da compra¹⁰.

A doutrina alude ainda a um comportamento social típico por parte do morador do condomínio atípico ou de fato, a partir da aceitação dos serviços que lhe são oferecidos e aos quais adere, sendo-lhe exigível a respectiva contribuição.¹¹

No caso, utilizando a lição de Enzo Roppo, "a vontade de aceitar não é expressa, mas resulta implicitamente e de forma, digamos, operativa, da atitude e da actividade do sujeito"¹².

Já para uma segunda corrente, sustenta-se a eficácia dessa associação e do compromisso assumido, não como obrigação *propter rem*, mas como decorrência das limitações do direito de propriedade, condicionando o seu uso ao interesse coletivo e ainda à condenação quase universal do locupletamento à custa do empobrecimento alheio.¹³

¹⁰ CASTRO, Flávia Viveiros de. "Obrigações *propter rem* e condomínios atípicos". *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 799, p. 75, maio 2002.

¹¹ *Ibidem*, p. 72 : "Assim, o proprietário de lote ou construção que não ingressa na associação de moradores, mas que deixa seu lixo ensacado à porta de casa para ser retirado pelo funcionário da associação, permite a instalação de interfone em sua residência para comunicação com a portaria, usa o serviço de varredura da rua, feito por empregados pagos pela associação, usa o adesivo que identifica os carros dos moradores, requer que os segurancas contratados verifiquem as pessoas que se dirigem à sua moradia e não apresenta qualquer obstáculo ou crítica às regras de convivência do local desenvolve comportamento típico, a permitir que se infira sua tácita vinculação ao condomínio ou associação".

¹² **O contrato.** Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 94. Para Karl Larenz, os chamados atos concludentes decorrem de "uma conduta que, de acordo com as circunstâncias, possa ser interpretada pela outra parte como expressão do consentimento (...) Tais atos concludentes ocorrem, por exemplo, quando o vendedor entrega sem palavras a coisa desejada (...)". LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. T. 1. Tradução Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial de Derecho Privado, 1958, p. 86.

¹³ O desembargador Severiano Inácio de Aragão, em obra específica sobre o tema (**Regime jurídico do condomínio fechado**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.11), defende a legitimidade da cobrança, concluindo: "1) Entendemos que é perfeitamente possível, à luz da doutrina, e com espeque no art. 8º da Lei n.º 4.591/64, a adoção do regime condominial especial (horizontal) aos chamados conjuntos, loteamentos ou condomínios fechados (...) 2) Não havendo convenção e engajamento ao regime supra, passa o conjunto habitacional ao regime comum da lei civil, permitindo as considerações e abordagens alinhadas em ordem a solucionar dúvidas, partindo-se da presunção de adesão implícita ao estatuto associativo, pois, carente o loteamento fechado de serviços suplementares de infra-estrutura e regular funcionamento, a ninguém é lícito adquirir unidade favorecida necessariamente pelos benefícios proporcionados, sem os ônus dessa fruição, pena de se endeusar o enriquecimento ilícito. Partindo desta colocação técnica, afirmamos, tal como acontece no condomínio clássico e horizontal, a imperatividade de *an debeatur*, da exigibilidade das taxas de manutenção e custeio, tolerando-se num certo grau a discussão da formação dos valores a reatear do *quantum debeatur*. Afirmamos, conseqüentemente, e em tese, que, regido o loteamento fechado pelos princípios associativos, pode a maioria cobrar compulsoriamente as cotas de rateio e, quiçá, excluir judicialmente o associado discordante (...) A ressalva óbvia é a de que estamos cogitando não de loteamentos abertos ou associações de bairros, onde até a CF pode ser invocada, pela faculdade de não-associação; *in casu*, trabalhamos com a hipótese de conjunto residencial ou loteamento fechado, com serviços e utilidades permanentemente prestados à comunidade,

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento da uniformização de jurisprudência n.º 2004.018.00012, ocorrido em 4 de abril de 2005, editou a Súmula n.º 79, em cujos termos

"em respeito ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, as associações de moradores podem exigir dos não associados, em igualdade de condições com os associados, que concorram para o custeio dos serviços por elas efetivamente prestados e que sejam do interesse comum dos moradores da localidade".

Tal enunciado, ao acolher a tese do enriquecimento sem causa, foi fortemente influenciado pelos precedentes do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, em especial o Recurso Especial n.º 169.997-RS, relatado pelo Min. Ruy Rosado de Aguiar, cuja fundamentação se baseia na circunstância de que a conservação, manutenção e segurança do loteamento ou condomínio de fato beneficia a todos que ali residem, de modo que:

"a desobrigação do condômino de contribuir para as despesas comuns levará a duas situações indesejáveis: lançará à conta dos demais a sua cota, o que é injusto, e prejudicará a conservação dos prédios, o que é socialmente inconveniente".

No mesmo sentido, o Recurso Especial n.º 139.952/RJ, da 3ª turma, que teve como relator o Ministro Waldemar Zveiter, com a seguinte ementa:

"CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. COTAS CONDOMINIAIS. CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO NÃO REGISTRADA. LOTEAMENTO. CONDOMÍNIO HORIZONTAL. (...) Um condomínio, ainda que atípico, caracteriza uma comunhão e não se afigura justo, nem jurídico, em tal circunstância, que um participante, aproveitando-se do 'esforço' dessa comunhão e

a cujo custeio deve estar vinculado todo e qualquer titular da unidade(...) Caberá ao Judiciário desconstituir e punir eventual tentativa do fabrico de "associações ou condomínios espúrios", onde, v.g., uma célula de espertalhões queira extorquir obulos-cota da comunidade fechada" (g.n.).

beneficiando-se dos serviços e das benfeitorias realizadas e suportadas pelos outros condôminos, dela não participe contributivamente" (D.J. 19.4.99, j.23.2.99).

O enriquecimento sem causa (Código Civil, art. 884-886), eleito pela jurisprudência como o fundamento de eficácia do condomínio de fato, abrange tanto os direitos obrigacionais como os direitos reais¹⁴, cuja linha divisória, por vezes, se mostra um tanto tênue.¹⁵

Logo, como bem destacado por Leonardo Mattietto, a oponibilidade a terceiros pode conferir eficácia real a certas regras de organização dos grupos sociais, pois "o esquema simples e tradicional que separa os direitos reais e os direitos obrigacionais revela-se, na contemporaneidade, um esquema pobre, incapaz de explicar todas as formas de utilização dos bens que emergem da vida social".¹⁶

Conclui Pietro Perlingieri, portanto, que "o mesmo interesse pode ser satisfeito com situações diversas, creditórias ou reais. Toda-via, a diversidade de situação incide sobre a qualidade e sobre a intensidade de tutela".¹⁷

¹⁴ Tal conclusão é reforçada por Jorge Americano: "O instituto da propriedade é temperado, na rigidez das suas conseqüências, pelas regras da equidade, para evitar o accrescimento injustificado de um patrimonio á custa do outro. A lei não formula uma theoria do locupletamento porque prefere declarar, caso por caso, essa illegitimidade, para d'ahi tirar conseqüências a bem da protecção devida ao patrimonio diminuido" Cf. AMERICANO, Jorge. **Ensaio sobre o enriquecimento sem causa**. São Paulo: Livraria Academica Saraiva, 1933, p. 65. Dentre as possíveis aplicações do princípio do enriquecimento sem causa em matéria de direitos reais, o autor menciona, à luz do Código Civil de 1916, as hipóteses da construção e plantação em imóvel alheio, além da solução dada pelo legislador à especificação, confusão, comistão e adjunção, embora mencione, à luz do ordenamento então vigente, inexistir uma teoria do enriquecimento sem causa.

Trata-se, no caso, mencionando expressão utilizada por Antunes Varela, de vantagem patrimonial obtida à custa de outrem - "por ser obtida com meios ou instrumentos pertencentes a outrem". E prossegue: "(...) os direitos reais, bem como a propriedade intelectual (direitos de autor e propriedade industrial), não constituem *simples direitos de exclusão*, assentes sobre o dever geral de não ingerência (de terceiros) na ligação do titular com a *res*, a obra, a patente, invento etc. Mais do que isso, os direitos reais e direitos absolutos afins *reservam* para o respectivo titular o aproveitamento económico dos bens correspondentes, expresso nas vantagens provenientes do seu uso, fruição, consumo ou alienação (...) A pessoa que, intrometendo-se nos bens jurídicos alheios, consegue uma vantagem patrimonial, obtém-na à custa do titular do respectivo direito, mesmo que este não estivesse disposto a realizar os actos donde a vantagem procede. A aquisição feita pelo intrometido *carece de causa* porque, segundo a tal correcta ordenação jurídica dos bens, a *vantagem patrimonial alcançada pelo enriquecido pertence a outra pessoa - ao titular do direito*". VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. V. I. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 479-480.

¹⁵ MATTIETTO, Leonardo. "Associação de moradores, condomínio de fato e cobrança de contribuições". **Revista Jurídica**. São Paulo, v. 53, ago. 2005, p. 77.

¹⁶ "Convenção...", op. cit., p. 226.

¹⁷ **Perfis do Direito Civil**; Uma introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 206. Isso decorre da disciplina unitária, ainda que não sistemática, das situações subjetivas

Uma posição intermediária na doutrina, adotada por João Batista Lopes, admite ser "inafastável o dever de participação e rateio das despesas comuns, desde que a associação traduza a vontade da maioria e seja regularmente constituída", justificando-se a cobrança, independentemente de regra expressa, sob pena de enriquecimento sem causa.¹⁸

Porém, discordamos da afirmação, feita pelo mesmo autor, no sentido de que "não é admissível, por simples vontade dos proprietários de lotes e sem observância da lei, converter o loteamento em condomínio em edifícios"¹⁹.

Não podem ser negadas a eficácia e relevância jurídica do condomínio de fato apenas com fundamento nos princípios do *numerus clausus* e da tipicidade dos direitos reais.²⁰

Discorrendo sobre a multipropriedade imobiliária, Gustavo Tepedino perquire o significado atual do princípio do *numerus clausus* diante da evolução do direito de propriedade e da autonomia privada:

*"Admitindo-se, assim, como disposição imperativa o elenco taxativo de direitos reais concebido pelo legislador, resta ainda aberto um significativo espaço, deixado à autonomia privada neste campo(...)***Independentemente da natureza contratual ou real atribuída aos respectivos direitos, certo é que o ordenamento permite o estabelecimento de situações jurídicas com eficácia real, que traduzem normativa convencional, tendo de se sujeitar a um controle de legitimidade sob pena de se estipularem verdadeiros direi-**

patrimoniais, como observa o mesmo autor, op. cit., p. 202 : "das situações subjetivas patrimoniais é possível apresentar uma elaboração unitária mesmo que não-sistemática, considerando que ainda deve ser reconstruída uma disciplina comum da relação patrimonial. Esta não pode ser identificada com aquela das obrigações nem com aquela dos direitos reais. *Nenhuma das duas disciplinas constitui, de forma exclusiva, o direito comum das relações e das situações patrimoniais que possa ser concebido como a síntese da disciplina de todas as relações patrimoniais*" (g.n.).

¹⁸ Condomínio. 9. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006, p. 197.

¹⁹ *Ibidem*, p.196. Nas palavras do mesmo autor, *ibidem*, p.198, "(...)a cobrança dos encargos não pode fundar-se no art. 1.336, I do novo Código Civil, uma vez que não se cuida de condomínio edilício, mas sim no princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa. De qualquer modo, porém, a introdução de inovações exige a concordância da unanimidade dos proprietários dos lotes já que, não existindo condomínio edilício, não há, quanto a esse ponto, como invocar a força das deliberações assembleares".

²⁰ MATTIETTO, Associação..., op. cit., p. 77. Em sentido contrário, a posição de João Batista LOPES, de quem discordamos: "A estrutura rígida do condomínio não permite alteração do modelo adotado pelo legislador, fruto do desenho doutrinário concebido ao longo do tempo".

tos reais atípicos à margem do sistema, sob o manto de denominações tradicionais (...). Nem sempre o Código Civil e as leis especiais se preocupam expressamente com a atividade privada assim levada a cabo, e cujo controle pelo Judiciário, no entanto, é indispensável em razão da tutela constitucional da propriedade e da iniciativa econômica, expressa e enfaticamente ditada pelo Texto de 5 de outubro de 1988, ambas funcionalizadas, por sua vez, aos valores existenciais que regem todo o ordenamento, dispostos como princípios fundamentais da Constituição" (g.n.).²¹

Na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado nº 89, em cujos termos "o disposto nos artigos 1.331 a 1.358 do Código Civil aplica-se, no que couber, aos condomínios assemelhados, tais como loteamentos fechados, multipropriedade imobiliária e clubes de campo".²²

A incidência das regras sobre condomínio edilício à chamada *urbanização privada*, no direito espanhol, é defendida por Luiz Díez-Picazo e Antonio Gullón, haja vista os elementos comuns entre ambas as figuras.²³

²¹ **Multipropriedade imobiliária.** São Paulo: Saraiva, 1993, p. 84-85. Prossegue: "Examinem-se, em particular, a corroborar o quanto até aqui foi desenvolvido, os contratos ditos de multipropriedade praticados no Brasil: estabelecem-se condomínios ordinários cuja forma é perfeitamente lícita, não ferindo o princípio do *numerus clausus*, mas cujo conteúdo contém cláusulas (sacramentadas pelo registro do título aquisitivo no Registro de Imóveis) de eficácia duvidosa, pelas quais os adquirentes renunciam a direitos e à divisibilidade, criando situação jurídica dificilmente contida no 'conteúdo típico' da função condominial".

²² Na crítica de Pedro Elias Avvad à redação do art. 1.331 do Código Civil, "Se de um lado considerarmos que o legislador perdeu a oportunidade de regular determinadas situações já definitivamente incorporadas ao ordenamento jurídico, como são os condomínios de casas e edifícios que mereciam, no mínimo, alguma referência que os distinguísse como espécie do gênero condomínio, também, não se pode criticar a ausência de registro para alguns fatos jurídicos, ainda não suficientemente amadurecidos para integrar o Código, pela possibilidade, ainda que em tese, de se volatilizarem e se esvaírem antes de se converterem em institutos jurídicos.

Parece, em princípio, que o legislador foi bastante evasivo no conceituado do condomínio edilício o suficiente para abrigar dentro da singela definição que fez desse instituto, se é que aqui, assim, se pode classificar o *caput* do art.1.331(...) Portanto, se essa orientação for efetivamente seguida pela jurisprudência, estarão acolhidas, no âmbito da lei nova, certas situações jurídicas que clamam por regulamentação. Esse entendimento pode impulsionar a multipropriedade que, talvez assim, acabe por receber o incentivo que lhe falta, e, especialmente, o condomínio de fato, chamado no Enunciado do C.E.J.F. de 'loteamento fechado' que, cada dia mais, necessita de regras firmes que possibilitem o seu desenvolvimento dentro da sociedade.

Certamente, a inclusão desses condomínios atípicos e, ou, fatos jurídicos, dentro da regulamentação geral do condomínio abrirá caminho para futuro reconhecimento de cada um deles, como novo instituto do direito, com regras próprias que permitam sua individualização e desenvolvimento". Cf. AVVAD, Pedro Elias. **Condomínio em edificações no novo Código Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 262-263.

²³ **Sistema de Derecho Civil.** V. III. 6. ed. Madrid:Tecnos, 1998, p. 264 (tradução livre). Trata-se de uma situação análoga ao condomínio de fato, em que uma determinada extensão de terreno é parcelada, criando-se divisões independentes nas quais se edificam vivendas unifamiliares, sem que haja um condomínio edilício formalmente constituído.

Dentre as normas do Código Civil aplicáveis à matéria, merece especial destaque o artigo 1.340: "As despesas relativas a partes comuns de uso exclusivo de um condômino, ou de alguns deles, incumbem a quem delas se serve".

Caso haja, inclusive no condomínio de fato, serviços ou partes comuns de utilização restrita a um ou alguns condôminos, apenas estes arcarão com as respectivas despesas de conservação e custeio, não sendo tais verbas incluídas no rateio da contribuição dos demais integrantes da associação. Na hipótese, "a causa da obrigação em foco se desloca do fato da titularidade para a efetiva possibilidade de utilização".²⁴

O mesmo pode ser dito acerca das regras sobre a assembléia e a administração do condomínio (arts. 1.347 a 1.356), que poderão ser supletivamente aplicadas, no que couber.

2. PONDERAÇÃO DE INTERESSES NO CONFLITO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E DA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO

A técnica de ponderação de interesses permite determinar, no caso concreto, qual princípio deve prevalecer, no caso de um conflito entre ambos: de um lado, a vedação do enriquecimento sem causa; do outro, a liberdade de associação.

O objetivo dessa técnica reside na identificação de condições de fato que, à luz do dado normativo, sobretudo constitucional, sejam consideradas relevantes para a solução da colisão de interesses no caso concreto, permitindo ao julgador estabelecer uma regra de prevalência²⁵ que incida não de forma

²⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Código Civil*. V.15. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 268-269.

²⁵ De acordo com a técnica da ponderação, adotada por Robert Alexy, a solução da colisão entre princípios, tendo em vista as circunstâncias do caso, consiste em estabelecer entre aqueles uma relação de precedência condicionada: "A determinação da relação de precedência condicionada consiste em que, levando em conta o caso, se indicam as condições sob as quais um princípio precede ao outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente." Cf. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 92. Acerca da distinção entre regras e princípios, transcreve-se a lição de Ronald Dworkin: "A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica(...) As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que a regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a sua decisão(...) Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se entrecruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos

absoluta, mas sim relativa, ou seja, sempre à luz de tais condições.²⁶

Consiste a ponderação, para Luis Roberto Barroso, em um processo pelo qual, por meio de compressões recíprocas, será possível chegar a uma solução adequada, superando a lógica unidirecional do processo de subsunção (premissa maior-premissa menor):

"Será preciso um raciocínio de estrutura diversa, mais complexo, capaz de trabalhar multidirecionalmente, produzindo a regra concreta que vai reger a hipótese a partir de uma síntese dos distintos elementos normativos incidentes sobre aquele conjunto de fatos. De alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que, na solução

princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um". DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39 e 42.

²⁶ Acerca do procedimento lógico a ser adotado pelo intérprete na técnica de ponderação de interesses, em matéria constitucional, escreve Daniel Sarmento que " (...) defronta-se o intérprete com a constatação de que determinada hipótese é de fato tutelada por dois princípios constitucionais, que apontam para soluções divergentes.

Neste caso, ele deve, à luz das circunstâncias concretas, impor 'compressões' recíprocas sobre os interesses protegidos pelos princípios em disputa, objetivando lograr um ponto ótimo, onde a restrição a cada interesse seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro (...)

Assim, em primeiro lugar, o intérprete terá de comparar o peso genérico que a ordem constitucional confere, em tese, a cada um dos interesses envolvidos. Para este mister, ele deve adotar como norte a tábua (*sic*) de valores subjacente à Constituição.

É verdade que as Constituições não costumam conter uma escala rígida de interesses ou valores, não havendo, no sentido técnico, uma hierarquia entre as normas constitucionais. Isto, porém, não significa que a Lei Fundamental empreste a mesma relevância a todos os interesses que se abrigam sob o seu pálio.

(...) no direito brasileiro parece indubitado, por exemplo, que a liberdade individual ostenta, sob o prisma constitucional, um peso genérico superior ao da segurança pública, o que se evidencia diante da leitura dos princípios fundamentais inscritos no art. 1º do texto magno. Isto, no entanto, não significa que em toda e qualquer ponderação entre estes dois interesses, a liberdade deve sempre prevalecer. Pelo contrário, em certas hipóteses em que o grau de comprometimento da segurança da coletividade for bastante elevado, esta poderá se impor em face da liberdade individual, mediante uma ponderação de interesses.

Na verdade, o peso genérico é apenas indiciário do peso específico que cada princípio vai assumir na resolução do caso concreto. Este só pode ser aequilado em face do problema a ser solucionado. Ele dependerá da intensidade com que estiverem afetados, no caso, os interesses tutelados por cada um dos princípios em confronto.

Assim, o nível de restrição de cada interesse será inversamente proporcional ao peso específico que se emprestar, no caso, ao princípio do qual ele se deduzir, e diretamente proporcional ao peso que se atribuir ao princípio protetor do bem jurídico concorrente(...) Em outras palavras, o julgador deve buscar um ponto de equilíbrio entre os interesses em jogo, que atenda aos seguintes imperativos: (a) a restrição a cada um dos interesses deve ser idônea para garantir a sobrevivência do outro; (b) tal restrição deve ser a menor possível para a proteção do interesse contraposto e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse tem de compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico". SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 102-103.

final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, embora alguma(s) dela(s) venha(m)a se destacar sobre as demais. Esse é, de maneira geral, o objetivo daquilo que se convencionou denominar técnica da ponderação." ²⁷

A doutrina normalmente descreve a ponderação como um processo dividido em três etapas, com vistas à resolução dos chamados "hard cases" (casos difíceis), em face dos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado.

Para Ana Paula de Barcellos, haverá uma primeira fase, em que se identificam os comandos normativos ou as normas relevantes em conflito. Neste momento, "(...)as diversas indicações normativas devem ser agrupadas em função da solução que estejam sugerindo. Ou seja: informações que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de argumentos. O propósito desse agrupamento é facilitar o trabalho posterior de comparação entre os elementos normativos em jogo."²⁸

Enquanto a liberdade de associação encontra fundamento no art. 5º, XVII e XX da Constituição Federal, o princípio que veda o enriquecimento sem causa encontra esteio no art. 3º, I da Carta Política, como relevante fator de uma sociedade mais justa e solidária, consagrada, pois, como objetivo fundamental da República.²⁹

Na segunda fase, ocorrerá o exame das circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos, diante do que normalmente se diz que a ponderação depende especialmente do caso concreto e das suas particularidades.

Um critério fático que poderá auxiliar o operador do direito nesta etapa será a já mencionada regra do artigo 1.340 do Código

²⁷ BARROSO, Luis Roberto. "Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa". *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 65 e 69, out./dez. 2003.

²⁸ Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional; ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 57-59.

²⁹ NEVES, José Roberto de Castro. "O enriquecimento sem causa: dimensão atual do princípio do direito civil". In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 220.

Civil, em cujos termos as despesas relativas a partes comuns de uso exclusivo de um condômino, ou de alguns deles, incumbem a quem delas se serve. Se determinado morador não se vale dos serviços de segurança, não pode ser compelido a custeá-los, prevalecendo, no caso concreto, a liberdade de associação.³⁰

Por fim, numa terceira fase (decisão), serão examinados conjuntamente os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos sobre eles, a fim de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diferentes elementos em disputa. Além de definir que o grupo de normas deve prevalecer, faz-se necessário decidir quão intensamente aquele e a solução por ele indicada deve preponderar em detrimento dos demais.

Deve prevalecer, no caso, o princípio que condena o enriquecimento sem causa, tendo em vista não somente os benefícios proporcionados pelos serviços prestados aos moradores, como segurança ou limpeza, dentre outros, como também a valorização imobiliária. Como bem observa Danielle Machado Soares, "um imóvel situado em um condomínio, ainda que de fato, tem o seu valor comercial valorizado. O locupletamento vai existir, pois os demais moradores irão arcar com o *status* que a propriedade assumirá em razão do mercado".³¹

A vedação do enriquecimento sem causa encontra esteio ainda no princípio constitucional da solidariedade, a traduzir "a expressão mais profunda da solidariedade que caracteriza a pessoa humana", impondo a todos um dever jurídico de respeito, de âmbito coletivo, cujo objetivo visa beneficiar a sociedade como um todo.³²

³⁰ Danielle Machado Soares, op.cit., p.101, menciona o "caso de um morador de determinada comunidade que, em razão de sua profissão, tem a sua casa guardada como se fosse uma fortaleza, não caracterizando dessa forma a necessidade da segurança oferecida por esse tipo de associação. Na visão deste proprietário, o benefício se daria de modo contrário, eis que devido a (*sic*) sua condição, estaria ele indiretamente oferecendo segurança aos demais associados".

³¹ Idem

³² MORAES, Maria Celina Bodin. "O princípio da solidariedade". In: PEREIRA, Antonio Celso Alves; MELLO, Celso de Albuquerque. **Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 542 e 549. Prosegue a autora: "(...) basta examinar o prototípico direito subjetivo, a propriedade. No cenário solidarista, deixou ela de ser definida como o espaço, externamente delimitado, no âmbito do qual o proprietário teria ampla liberdade para desenvolver suas atividades e para a emanção da senhoria sobre o seu bem. A renovada compreensão do instituto atribui a determinação do seu conteúdo para o âmbito da concreta relação jurídica, observados os centros de interesse extraproprietários e a exigência de exercício conforme a função social, que se encontra definida pelo texto constitucional".

3. SURGE UMA NOVA CONTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL?

Recente decisão do Superior Tribunal de Justiça aparentemente vai de encontro ao entendimento pacífico daquela corte, em acórdão da lavra do Min. Humberto Gomes de Barros (Embargos de divergência no Resp. 444.931-SP, 2ª Seção, j. 26.10.2005), em cujos termos o proprietário do imóvel não participante da associação e nem do ato que a instituiu não pode ser responsabilizado pelo pagamento das respectivas taxas de manutenção.³³

Uma leitura mais atenta do acórdão, no entanto, deixa claro que se trata de uma situação isolada e particular, referindo-se ao caso do proprietário que adquiriu o imóvel quando ainda não existia a sociedade, não tendo participado da constituição desta:

"o embargado não participou da constituição da sociedade embargante. Já era proprietário do imóvel, mesmo antes de criada a associação. As deliberações desta, ainda que revertam em prol de todos os moradores do loteamento, não podem ser impostas ao embargado. Ele tinha a faculdade - mais do que isto, o direito constitucional - de associar-se ou não. E não o fez. Assim não pode ser atingido no rateio das despesas de manutenção do loteamento, decididas e implementadas pela associação".

Porém, um outro acórdão, ainda mais recente, relatado pelo Ministro Carlos Alberto Direito, no Recurso Especial nº 623.274-RJ, modificou o panorama da discussão, trazendo controvérsia à orientação daquela corte acerca da matéria, ao estabelecer que não basta, para a cobrança, que a associação de moradores exista formalmente, devendo-se observar o disposto no art. 8º da Lei nº 4.591/64.³⁴

³³ A ementa é a seguinte: "EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. TAXAS DE MANUTENÇÃO DO LOTEAMENTO. IMPOSIÇÃO A QUEM NÃO É ASSOCIADO. IMPOSSIBILIDADE. As taxas de manutenção criadas por associação de moradores não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo". Porém, segundo o voto vencido do Ministro Fernando Gonçalves, "o proprietário de unidade em loteamento está obrigado a concorrer no rateio das despesas de melhoramentos que beneficiam a todos, ainda que não faça parte da associação, dado que, além de usufruir das benfeitorias comuns e dos serviços prestados e custeados pelos vizinhos, tem valorizado o seu patrimônio".

³⁴ "Art. 8º Quando, em terreno onde não houver edificação, o proprietário, o promitente comprador ou cessionário deste ou promitente cessionário sobre ele desejar erigir mais de uma edificação, observar-se-á também o seguinte: a) em relação às unidades autônomas que se constituírem em casas térreas ou assobradadas, será discriminada a

Segundo a ementa deste mesmo acórdão, "Nada impede que os moradores de determinado loteamento constituam condomínio, mas deve ser obedecido o que dispõe o artigo 8º da Lei n.º 4.591/64. No caso, isso não ocorreu, sendo a autora sociedade civil e os estatutos sociais obrigando apenas aqueles que o subscreveram ou foram posteriormente admitidos".

O voto do relator nega a existência do condomínio, verificando tão-somente a existência de uma associação civil sem fins lucrativos, que não poderia ser equiparada à comunhão de direito:

"O que me parece relevante para julgar a matéria é examinar a natureza jurídica da associação autora. É que, na verdade, não se trata de condomínio, mas de uma associação civil sem fins lucrativos, e a pretensão é equiparar esse tipo de associação com os condomínios para efeito de autorizar-se a cobrança de quotas. Vê-se do documento juntado aos autos com a inicial que foi constituída uma Associação de Proprietários e Moradores do Vale do Eldorado, sociedade civil sem fins lucrativos, estabelecendo o art. 2º dos estatutos que 'a Associação (...) congregará todos os proprietários e moradores das residências que constituem o núcleo denominado 'ELDORADO e PAL n.º - que subscreverem o presente, ou forem admitidos posteriormente, na forma destes Estatutos (fls.10v/11). Quando dispõe sobre os deveres dos associados, estabelece o pagamento de mensalidades (...)

Não há dúvida, portanto, de que se trata de associação de moradores, associação sem fins lucrativos que congrega, na forma de seu estatuto, aqueles que aderirem. Isso quer dizer

parte do terreno ocupada pela edificação e também aquela eventualmente reservada como de utilização exclusiva dessas casas, como jardim e quintal, bem assim a fração ideal do todo do terreno e de partes comuns, que corresponderá às unidades;

b) em relação às unidades autônomas que constituírem edifícios de dois ou mais pavimentos, será discriminada a parte do terreno ocupada pela edificação, aquela que eventualmente for reservada como de utilização exclusiva, correspondente às unidades do edifício, e ainda a fração ideal do todo do terreno e de partes comuns, que corresponderá a cada uma das unidades;

c) serão discriminadas as partes do total do terreno que poderão ser utilizadas em comum pelos titulares de direito sobre os vários tipos de unidades autônomas;

d) serão discriminadas as áreas que se constituírem em passagem comum para as vias públicas ou para as unidades entre si".

que esse tipo de associação não pode ser considerado um condomínio para os efeitos da Lei 4.591/64. Como associação civil, ela exige a adesão de cada associado, não sendo razoável pressupor-se, de acordo com os próprios estatutos, que automaticamente aqueles que adquirem o lote estão obrigados a se integrar, diferente, portanto, da própria estrutura do condomínio organizado sob o regime da Lei nº 4.591/64.

Assim, admitindo-se possível a vigência do art. 3º do Decreto-Lei nº 271/67, não revogado pela Lei nº 6.766/79, seria necessário que os moradores conviessem na formação do condomínio, cuidando-se de forma atípica, não sendo suficiente que a constituição de uma associação, prevendo alcance apenas daqueles que subscreverem ou que posteriormente aderirem, autorize a cobrança compulsória da taxa condominial".

O acórdão acima, porém, se baseia numa premissa equivocada, qual seja, a equiparação entre o loteamento fechado³⁵, constituído na forma do mencionado art. 8º da Lei nº 4.591/64³⁶,

³⁵ Essa terminologia não chega a ser pacífica na doutrina, pois, para Marco Aurélio S.Viana, op. cit., p. 29, "Fala-se em loteamento fechado, loteamento especial, loteamento em condomínio, loteamento integrado e condomínio deitado. Tais expressões buscam indicar aquela modalidade de aproveitamento do solo que não se subordina ao regime da Lei nº 6.766/79. Sua disciplina genérica está na Lei nº 4.591/64, que regulamenta o condomínio e as incorporações imobiliárias, especialmente o art. 8º. Mas loteamento fechado tem sido o termo escolhido por alguns para indicar o loteamento constituído na forma da Lei nº 6.766/79, por ela regido, mas que se afasta do loteamento tradicional porque as vias de circulação e os logradouros públicos, que passam ao domínio público, têm sua utilização assegurada apenas aos proprietários dos lotes, o que se faz mediante permissão ou concessão de uso. Sugerimos que a expressão loteamento fechado fique reservada para o loteamento aprovado na forma da Lei nº 6.766/79, mas onde o uso das vias de circulação, praças e outros logradouros e espaços livres fica assegurado apenas aos proprietários e moradores".

³⁶ Acerca do tema, vale transcrever o comentário do professor Caio Mário da Silva Pereira ao art. 8º da Lei nº 4.591/64: "Nos últimos tempos, mesmo no regime do Dec. nº 5.481, de 1928, e ao arripio da sua letra, que condicionava a propriedade horizontal ao número de pavimentos e ao material de construção, surgiu a idéia de se fazerem construções em praias, balneários, lugares pitorescos etc., que os interessados vinculavam ao mesmo sistema, embora não pudessem invocar a sua tutela. A Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, olhou para o assunto (art. 8º) e abraçou na sua disciplina esta modalidade especial de aproveitamento condominial de espaço. Estabeleceu regras específicas para o caso de se levantar *mais de uma edificação em terreno aberto*, ainda que não ocorra a superposição de unidades. Em tais circunstâncias, em relação às unidades autônomas que se constituírem de casas térreas ou assobradadas, será discriminada a parte do terreno ocupada pela edificação e também aquela eventualmente reservada como de utilidade exclusiva, e bem assim a fração ideal sobre a totalidade do terreno e partes comuns, correspondente a cada unidade (art. 8º, alínea a) (...). O princípio jurídico dominante é o mesmo do edifício urbano, guardadas as peculiaridades especiais. Cada titular é o dono da sua unidade e, como se lhe reserva um terreno à utilização exclusiva, pode cercá-lo ou fechá-lo (...). *Mas não lhe assiste o direito de dissociar a sua unidade do conjunto condominial nem separá-la da fração ideal que lhe corresponde nesse conjunto*" (g.n.). PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 70-72.

e o condomínio fechado, que possui mera aparência de condomínio.³⁷

Não se confundem o condomínio de fato e o loteamento fechado, pois apenas este último se identifica com a disciplina do art. 8º da Lei nº 4.591/64, que prevê a organização condominial em terrenos não identificados, normalmente através dos condomínios de casas, com ruas internas que funcionam como área comum.

No entanto, a concepção contrária ao reconhecimento da plena eficácia do condomínio de fato desconsidera que por meio de tal figura proporciona-se à propriedade o melhor desempenho da sua função social, pois

*"(...) o que a coletividade vislumbra ao instituir esse modelo de condomínio por adesão é a melhoria da condição de vida dentro do seu perímetro urbano, evitando-se a violência que assola os grandes centros e suprindo-se a carência dos serviços municipais, tais como: fornecimento de água e esgoto, limpezas, pavimentação etc."*³⁸

Como ensina Gustavo Tepedino, a função social manifesta a capacidade do elemento funcional em alterar a estrutura do domínio, e atuando como critério de valoração no exercício do direito, que deverá ser direcionado para um máximo social. A tutela constitucional da propriedade, para o Professor Titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, estabelece um "direito subjetivo dúctil, cujo conteúdo pode se definir somente na situação concreta, no momento em que se compatibilizam as várias situações jurídicas constitucionalmente protegidas".³⁹

Assume a função social, para Pietro Perlingieri, um papel de tipo promocional, "no sentido de que a disciplina das formas de pro-

³⁷ SÁ, Antonio Carlos de. "A relação jurídica de direito real e a relação jurídica de direito obrigacional. Obrigação *propter rem*. O condomínio de fato, irregular ou atípico, e a obrigação de rateio das despesas". *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n.º 3, p.105, 2002.

³⁸ SOARES, Danielle Machado, *op.cit.*, p.93.

³⁹ *Contornos constitucionais da propriedade privada*. In: _____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 282 e 291.

priedade e suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento".⁴⁰

O objetivo da função social é, portanto, promover formas de aproveitamento dos bens que beneficiem a coletividade, à luz dos valores existenciais e sociais situados no vértice do ordenamento constitucional,⁴¹ como é o caso dos chamados condomínios de fato ou irregulares.

Conclui-se, portanto, que deve ser assegurada plena eficácia à cobrança das despesas para custeio dos serviços decorrentes do condomínio de fato, com fundamento no princípio que veda o enriquecimento sem causa, a incidir indistintamente sobre situações jurídicas de índole real ou pessoal. 

⁴⁰ Op. cit., p. 228. Adverte, porém, PERLINGIERI, op. cit., p. 229-230, que "(...) nem o ato administrativo nem aquele negocial dos particulares poderá conter limites à propriedade fora daqueles admitidos pela lei, ora porque lesivos da reserva de lei que caracteriza a propriedade, ora porque não-merecedores de tutela na medida em que são limitativos ou impeditivos da função social ou da acessibilidade a todos da propriedade. Nesta perspectiva, muitos estatutos privados, principalmente em tema de condomínio e multipropriedade, esperam ainda um reexame completo, em termos de validade e de merecimento de tutela. E a esfera de influência da função social é destinada a alargar-se, já que a garantia contida no art. 42 Const. não pode ser circunscrita à propriedade, mas deve interessar toda e qualquer forma de pertinência (*appartenenza*) da riqueza (...)".

⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. **Multipropriedade...**, op. cit., p. 85.

O Combate à Corrupção no Brasil Responsabilidade Ética e Moral do Supremo Tribunal Federal na sua Desarticulação

Emerson Garcia

Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Consultor Jurídico da Procuradoria Geral de Justiça. Pós-Graduado em Ciências Políticas e Internacionais e Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa.

1. INTRODUÇÃO

Poucos anos após a reestruturação democrática do País, o legislador infraconstitucional, valendo-se da liberdade de conformação deixada pelo art. 37, § 4º, da Constituição da República, editou a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. A denominada Lei de Improbidade pode ser considerada um diploma de inegável singularidade sob múltiplos aspectos: (1) foi proposta e sancionada pelo Presidente Fernando Collor de Mello, primeiro e único Chefe de Estado brasileiro a ser afastado do cargo num processo de *impeachment*; (2) alcança todo agente que mantenha contato com o dinheiro público, ainda que sua atividade seja estritamente privada, bem como os detentores de mandato eletivo, classe política tradicionalmente imune a qualquer sancionamento (art. 2º); e (3) coexiste com as demais esferas de responsabilidade (penal, administrativa e política), permi-

tindo que um juiz com competência cível aplique as severas penalidades que comina.

Às singularidades da Lei de Improbidade somou-se uma contundente atuação do Ministério Público brasileiro, Instituição que assumiu um relevante papel no âmbito das estruturas estatais de poder. O resultado dessa simbiose é de todos conhecido: múltiplas ações judiciais foram ajuizadas contra agentes públicos que, até então, somente eram "alcançados" pela mítica figura da responsabilidade política, uma espécie de "sino sem badalo", tamanha a raridade de sua aplicação.

Como desdobramento, também aqui se fez presente a velha máxima de Newton: *"para toda ação há uma reação..."*.

Além da retórica populista, sempre calcada na requentada argumentação de que a atuação do Ministério Público é movida por "razões políticas" ou que seus membros só desejam "aparecer", praticando excessos de toda ordem, pouco tardou até que as retaliações germinassem no plano legislativo. Essa tendência foi especialmente sentida com a edição da Medida Provisória nº 2.088-35, de 27 de dezembro de 2000, em que o Sr. Presidente da República, sob os auspícios da urgência e da necessidade, (1) instaurou uma fase prévia no rito processual, postergando ao máximo o próprio aperfeiçoamento da relação processual, (2) considerou ato de improbidade o ajuizamento da ação contra um réu "que se saiba inocente", (3) permitiu que o réu, em reconvenção, pleiteasse a aplicação das sanções ao subscritor da ação (nota: a reconvenção era ajuizada contra quem não era parte no processo, pois o autor da ação era o Ministério Público ou a pessoa jurídica lesada) e, para fechar com chave de ouro, (4) quando a imputação fosse considerada *"manifestamente improcedente"*, o agente público seria condenado ao pagamento de uma multa não superior a R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais).

É fácil constatar que a generalidade da Medida Provisória não conseguiu encobrir o seu real destinatário: o Ministério Público. Para justificar o abuso na edição de medidas provisórias, o Sr. Presidente da República, em cadeia nacional de televisão, declarou que a MP nº 2.088-35/00 era necessária para conter os abusos de alguns membros do Ministério Público.

Com essa farisaica e extravagante explicação, o Chefe do Executivo Federal, que jurou defender a Constituição da República, tentou aniquilar o mais eficaz instrumento de combate à corrupção posto à disposição da sociedade brasileira, simplesmente para punir *alguns* abusos. Nas hipóteses de abuso - se é que algum existiu - a lei é pródiga em punições, estando o autor sujeito a sanções de ordem civil, criminal e disciplinar, logo, inexistia qualquer justificativa *idônea* para atingir uma Instituição que tem a incumbência de defender a ordem jurídica e o regime democrático.

Essa Medida Provisória, longe de representar uma mera opção política ou uma resposta necessária aos anseios da comunidade, talvez seja um dos mais graves atentados à incipiente democracia pátria. Ao invés de municiar aqueles que estão entrincheirados na luta contra a corrupção, o Executivo apontou-lhes pesada artilharia; em lugar de um escudo, pintou-lhes um alvo no peito. Esse fato, no entanto, não passou despercebido à opinião pública, o que levou o Sr. Presidente da República, ante a avalanche de críticas,¹ a introduzir modificações na reedição subsequente da Medida Provisória nº 2.088. Nesta reedição, no entanto, foi mantida a fase prévia, o que, ainda hoje, consubstancia um percalço diuturnamente enfrentado para a concreção das sanções da Lei de Improbidade.

Esse lamentável episódio não deve ser esquecido. Pelo contrário, merece ser objeto de constante e contínua reflexão, sendo

¹ "A medida provisória que estipula uma penalidade financeira contra os promotores caso suas denúncias não sejam aceitas pelos pretórios é, em si mesma, um golpe contra a Carta Magna (configurando um golpe de Estado)"... "Se o Ministério Público não investiga livremente os que devem guardar as riquezas nacionais, ele também nada pode fazer contra os que subtraem os bens privados. O governo não ponderou o risco: indo contra os promotores, ele subverte os ideais da vida civil. Santo Agostinho diz que o Estado sem valores não se diferencia das quadrilhas." (Roberto Romano, professor de ética e de filosofia política na Unicamp, "Em Defesa do Ministério Público", in *Folha de S. Paulo*, edição de 8/1/2001). "Nossa democracia já possui instrumentos para corrigir excessos e punir irresponsáveis sem uma medida que, para alguns, ficaria perfeita nos compêndios jurídicos do regime militar... fragilizar o acusador pode não ser o melhor caminho para evitar acusações injustas. Pode acabar soando mais ou menos como aquela história de tirar o sofá da sala para evitar o que todo mundo sabe o quê. Ou, como já diziam nossas avós quando éramos crianças e tínhamos ser punidos por malfetores alheios: quem não deve, não teme" (Helena Chagas, in "Na contramão", *O Globo*, edição de 8/1/2001). "O Ministério Público está apenas fazendo seu trabalho. Está se excedendo? Promotores de Justiça com vontade de aparecer são a melhor novidade da República nestes últimos anos. Contrapartida direta da proliferação de corruptos e corruptores com vontade de não aparecer. Dizem que o Supremo derrubará a medida provisória intimidadora, mas só o fato de ela ter sido bolada e editada mostra como vivemos em tempos assustadoramente interessantes" (Luís Fernando Veríssimo, mimeo).

um marco significativo de duas vertentes opostas: a certeza de que os governantes não hesitarão em retaliar todos aqueles que *ousem* combater a corrupção e a importância da opinião pública, que não permaneceu silente ao constatar que estava na iminência de ver enfraquecido o maior alçó da corrupção no Brasil.²

Outro exemplo é a persistência daqueles que lutam por estender às ações de improbidade o foro por prerrogativa de função previsto na esfera criminal. Acostumados com essa regra de exceção que, a nosso ver, sequer deveria existir em um País que se diz democrático, sonham em transferir à esfera cível a impunidade que assola a seara criminal. Não que a impunidade também não seja a regra em termos de combate à improbidade, mas, sim, porque os arautos da "tese da prerrogativa" há muito perceberam que são grandes as perspectivas de alteração desse quadro. Pergunta-se: quem deseja a manutenção do *status quo*, a população ou aqueles que se acostumaram e pensam em institucionalizar a confortável sensação de liberdade que a garantia da impunidade lhes causa? Alguém seria ingênuo o suficiente para não perceber as conseqüências que a pretendida alteração legislativa causaria no combate à improbidade? Basta afirmar que as investigações e a conseqüente propositura das ações deixariam de ser realizadas por milhares de Promotores de Justiça e Procuradores da República e passariam a ser concentradas nas mãos de alguns poucos Chefes institucionais, diga-se de passagem, escolhidos pelo Chefe do Executivo, o que acrescenta um indesejável componente político à estrutura organizacional do Minis-

² Ao discorrer sobre os graves casos de corrupção detectados durante a administração do Presidente norte-americano Harry S. Truman, Jules Abels destacou quatro pontos principais ("The Truman Scandals, Henry Regnery Company", Chicago, 1956, p. 307-314, *apud* Francisco Bilac Moreira Pinto, **Enriquecimento Ilícito no Exercício de Cargos Públicos**, Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 35-37). De acordo com o primeiro, a corrupção, além de ter se disseminado entre grande número de funcionários públicos espalhados por todo o País, infestou a máquina arrecadadora de impostos, o que poderia gerar a irritação dos contribuintes e levá-los a uma evasão fiscal em massa. O segundo ponto demonstrava que a corrupção na administração Truman, além de epidêmica, formava uma faixa contínua que abrangia vários órgãos e era contagiosa. O terceiro ponto deixava claro que os escândalos não só eram epidêmicos, como também constituíam doença endêmica da administração, pois eram conseqüência de uma filosofia de governo essencialmente política, visando sempre vencer a eleição seguinte e fortalecer o Partido Democrático, do qual dependiam os homens politicamente ambiciosos que cercavam o Presidente Truman. O quarto ponto, por sua importância, merece ser literalmente transcrito: "consiste em que a administração de Harry Truman, longe de tomar medidas efetivas para aniquilar a corrupção, em alguns casos protegia os culpados, em outros permanecia indiferente, ou empregava a máquina da administração para bloquear e desviar os investigadores da corrupção. As fraudes foram reveladas, não por causa da administração, mas apesar dela".

tério Público - mau-vezo que os defensores da "tese da prerrogativa" teimam em não extirpar.

Resistências à parte, foi editada a Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que conferiu nova redação ao parágrafo 2º do art. 84 do Código de Processo Penal (!?) e estendeu às ações de improbidade o foro por prerrogativa de função consagrado na esfera criminal. Por ser basilar que a legislação infraconstitucional somente pode elastecer a competência dos Tribunais quando expressamente autorizada pela Constituição, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do preceito.³ O "esforço", no entanto, não foi em vão. Essa singela alteração legislativa paralisou a grande maioria das ações de improbidade que tramitavam em todo o País, contribuindo para o desvanecimento de provas e a dilapidação de patrimônios, isto para não falar na formação de códigos paralelos de conduta, pois a indefinição do juízo competente inviabilizava a adoção de medidas coercivas sobre a esfera jurídica alheia, sedimentando uma confortável sensação de impunidade.

A tese, que continua a ser discutida no Congresso Nacional, desta feita no âmbito de uma reforma constitucional, perdeu muito do seu "brilho". Explica-se: se em passado recente discutia-se o juízo competente para julgar os altos escalões do poder pela prática de atos de improbidade, hoje já se nega a própria possibilidade de virem a praticá-los. Essa interessante linha argumentativa foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal por meio da Reclamação nº 2.138/2002, alegando-se que: (1) o Tribunal é competente para processar os Ministros de Estado por crime de responsabilidade, (2) qualquer atentado à probidade configura crime de responsabilidade e, conseqüentemente, (3) o juiz federal de primeira instância, ao reconhecer-se competente para julgar Ministro de Esta-

³ ADI nº 2.797/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 15/09/2005. Na ocasião, com três votos vencidos (Gilmar Mendes, Eros Grau e Ellen Gracie, que defenderam a similitude entre ato de improbidade e crime de responsabilidade), o Tribunal decidiu que: a ação de improbidade tem natureza cível, enquanto o foro por prerrogativa de função restringe-se à seara penal; ao equiparar a ação civil por ato de improbidade à ação penal, a lei contrariou o art. 37, § 4º, da Constituição; o foro por prerrogativa pressupõe a atualidade do exercício da função, isto sob pena de transmutar-se em privilégio, ferindo o princípio da isonomia; o Legislativo não poderia, por via infraconstitucional, desautorizar o cancelamento da Súmula nº 394; e a competência do Supremo Tribunal Federal foi exaustivamente prevista na Constituição, somente podendo ser ampliada por emenda ou, pelo próprio Tribunal, com o auxílio da teoria dos poderes implícitos.

do que utilizara aviões da FAB para desfrutar momentos de lazer em Fernando de Noronha (praxe administrativa, segundo o agente), usurpou a competência do Tribunal.

Apesar de o resultado da Reclamação já estar definido, isto por existirem seis votos a favor e apenas um contra (o do Ministro Carlos Velloso), o acolhimento da tese ainda permanece em aberto, já que o Tribunal sofreu consideráveis alterações em sua composição. O teor dos debates, no entanto, deixa evidente que o Tribunal não compactuará com a possibilidade de os altos escalões do poder responderem por atos de improbidade. Acresça-se ser igualmente factível que se estabeleça uma espécie de "*apartheid jurídico*": os agentes políticos que, nos crimes de responsabilidade, tenham o foro por prerrogativa de função previsto na Constituição, não praticam atos de improbidade; os demais (leia-se: os Prefeitos Municipais) sim.

À luz desse quadro, aparentemente sacramentado, parece-nos relevante demonstrar o equívoco da tese (óbvio, não fosse o fato de estar sendo acolhida pelo Supremo Tribunal Federal) e, principalmente, a sua discrepância em relação ao papel diuturnamente desempenhado pela jurisdição constitucional na interpretação da Constituição. Com isto, espera-se demonstrar o pesado fardo a ser deixado pelo Supremo Tribunal Federal para a população brasileira, pois, como afirmou o Ministro Carlos Velloso, essa tese "*é um convite para a corrupção*".

2. NATUREZA JURÍDICA DAS SANÇÕES COMINADAS NA LEI DE IMPROBIDADE

Com o evoluir das civilizações e a constante mutação das relações intersubjetivas, foi inevitável o aperfeiçoamento do regramento social. Outrora de proporções reduzidas, ao alcance e sob o controle de todos; hodiernamente, afigura-se eivado de complexidade ímpar, culminando em ser aglutinado em compartimentos normativos, os quais se encontram subdivididos conforme a natureza e a importância dos interesses tutelados.

Com esteio em tal concepção, formulou-se a dicotomia entre o público e o privado, bem como a inevitável repartição de cada um desses ramos consoante graus de especificidade que identificavam

as novas ramificações como espécies do mesmo gênero, com pontos comuns de contato, mas igualmente com dissonâncias que desaconselhavam a análise e a disciplina de forma conjunta. No entanto, qualquer que seja o ramo em que esteja armazenada a norma de conduta, ela normalmente apresenta um componente indissociável, qual seja, uma sanção para a sua inobservância.

A sanção será passível de aplicação sempre que for identificada a subsunção de determinada conduta ao preceito proibitivo previsto de forma explícita ou implícita na norma. A sanção, pena ou reprimenda apresenta-se como o elo de uma grande cadeia, cujo desdobramento lógico possibilita a concreção do ideal de bem-estar social; caracterizando-se, ainda, como instrumento garantidor da soberania do direito, concebido este não como mero ideal abstrato, mas como fator perpétuo e indissociável do bem-estar geral.

Como se vê, sob o prisma ôntico, não há distinção entre as sanções cominadas nos diferentes ramos do direito, quer tenham natureza penal, civil, política ou administrativa, pois, em essência, todas visam a recompor, coibir ou prevenir um padrão de conduta violado, cuja observância apresenta-se necessária à manutenção do elo de encadeamento das relações sociais.

Sob o aspecto axiológico, por sua vez, as sanções apresentarão diferentes dosimetrias conforme a natureza da norma violada e a importância do interesse tutelado, distinguindo-se, igualmente, consoante a forma, os critérios, as garantias e os responsáveis pela aplicação. Em suma, as sanções variarão em conformidade com os valores que se buscou preservar.

Caberá ao órgão incumbido da produção normativa, direcionado pelos fatores socioculturais da época, identificar os interesses que devem ser tutelados e estabelecer as sanções em que incorrerão aqueles que os violarem. Inexistindo um elenco apriorístico de sanções cuja aplicação esteja adstrita a determinado ramo do direito, torna-se possível dizer que o poder sancionador do Estado forma um alicerce comum, do qual se irradiam distintos efeitos, os quais apresentarão peculiaridades próprias conforme a seara em que venham a se manifestar.

No direito positivo pátrio, não são encontrados parâmetros aptos a infirmar a regra geral acima exposta, existindo unicamente

sanções que são preponderantemente aplicadas em determinado ramo do direito. À guisa de ilustração, pode-se mencionar:

a) o cerceamento da liberdade do cidadão, normalmente sanção de natureza penal (art. 5º, XLVI, CR/1988), também é passível de ser utilizado como sanção contra o depositário infiel e o inadimplente do débito alimentar (art. 5º, LXVII, da CR/1988), erigindo-se como eficaz meio de coerção para o cumprimento de tais obrigações e, igualmente, como sanção disciplinar em relação aos militares, não podendo ser afastado nem mesmo com a utilização do *habeas corpus* (art. 142, § 2º, da CR/1988);

b) a infração aos deveres funcionais pode acarretar para o servidor público a perda do cargo, que poderá caracterizar uma sanção de natureza cível (art. 37, § 4º, da CR/1988), administrativa (art. 41, § 1º, II e III, da CR/1988) ou penal (art. 5º, XLVI, da CR/1988);

c) a suspensão dos direitos políticos pode apresentar-se como consequência de uma sanção penal (art. 15, III, da CR/1988) ou de uma sanção política (art. 85 da CR/1988 e Lei nº 1.079/1950).

No âmbito específico da improbidade administrativa, tal qual disciplinada na Lei nº 8.429/1992, as sanções serão aplicadas por um órgão jurisdicional, com abstração de qualquer concepção de natureza hierárquica, o que afasta a possibilidade de sua caracterização como sanção disciplinar (*rectius*: administrativa).

De acordo com o art. 12, a perda de bens ou valores de origem ilícita, o ressarcimento do dano, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, a multa civil e a proibição de contratar ou receber incentivos do Poder Público, são passíveis de aplicação por um órgão jurisdicional, restando analisar se possuem natureza penal ou cível (*rectius*: extrapenal). À luz do direito posto, inclinamo-nos por esta última,⁴ alicerçando-se tal concepção nos seguintes fatores:

⁴ No mesmo sentido: STJ, 6ª T., REsp. nº 161.322/PE, rel. Min. Franciulli Netto, j. em 7/3/2002, DJ de 16/9/2002; 6ª T., HC nº 13.894/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 21/2/2002, DJ de 22/4/2002, p. 260; 1ª T., MC nº 3.018-60, rel. Min. Francisco Falcão, j. em 10/4/2001, DJ de 17/9/2001, p. 108; 6ª T., REsp. nº 150.329, rel. Min. Vicente Leal, j. em 2/3/1999, DJ de 5/4/1999; 1ª Seção, AGRRL nº 748-SP, rel. Min. Peçanha Martins, j. em 13/6/2001, DJ de 10/9/2001. A 2ª Turma do STJ, por ocasião do julgamento do AGRMC nº 2.840-SP, ocorrido em 2/8/2001, publicado no DJ de 17/9/2001, p. 128, sendo relatora a Min. Eliana Calmon, deixou assentado que "decidida pela Corte Especial a competência da Primeira Seção para o julgamento de cautelares oriundas de processo de natureza civil, onde se questiona improbidade administrativa e já extinto o mandato do Prefeito, perde o objeto a ação cautelar". A Corte Especial do STJ, do mesmo modo, já decidiu que não há usurpação de competência do Tribunal em caso de "inquérito civil público instaurado pelo Ministério Público para apurar atos de improbidade administrativa cuja prática

a) o art. 37, § 4º, *in fine*, da Constituição, estabelece as sanções para os atos de improbidade e prevê que estas serão aplicadas de acordo com a gradação prevista em lei e "sem prejuízo da ação penal cabível";

b) regulamentando esse dispositivo constitucional, dispõe o art. 12, *caput*, da Lei nº 8.429/1992 que as sanções serão aplicadas independentemente de outras de natureza penal;

é atribuída a agentes políticos que, em instância penal e em sede de mandado de segurança, são jurisdicionados originariamente do Superior Tribunal de Justiça. A competência originária do STJ está arrolada no art. 105, I, da Constituição Federal, não comportando extravasamento que ultrapasse os rígidos limites nele fixados" (Rec. nº 580/GO, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 17/10/2001, DJ de 18/2/2002, p. 210). Na doutrina: José Antonio Lisboa Neiva, **Improbidade Administrativa**, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2005, p. 26; Odete Medauar, **Direito Administrativo Moderno**, 5ª ed., São Paulo: **Revista dos Tribunais**, p. 52; George Sarmento, **Improbidade Administrativa**, Porto Alegre: Editora Síntese, 2002, p. 192; Sérgio Monteiro Medeiros, **Lei de Improbidade. Comentários e Anotações Jurisprudenciais**, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 3; Fábio Medina Osório, **Improbidade Administrativa. Observações sobre a Lei 9.429/1992**, 2ª ed., Porto Alegre: Editora Síntese, 1998, p. 217-224; Marino Pazagli Filho et alii, **Improbidade Administrativa, Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público**, 4ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 1999, p. 135; Marino Pazzagli Filho, **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**, São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 115; Carlos Frederico Brito dos Santos, **Improbidade Administrativa, Reflexões sobre a Lei nº 8.429/1992**, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 1; Marcelo Figueiredo, **Probidade Administrativa, Comentários à Lei 8.429/1992 e Legislação Complementar**, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 87; Wallace Paiva Martins Júnior, **Probidade Administrativa**, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 255; Antonio José de Mattos Neto, "Responsabilidade Civil por Improbidade Administrativa", RT 752/31; José Augusto Delgado, "Improbidade Administrativa: Algumas Controvérsias Doutrinárias e Jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa", *in Improbidade Administrativa, Questões Polêmicas e Atuais*, org. por Cássio Scarpinello Bueno et alii, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 211; Sérgio Ferraz, "Aspectos Processuais na Lei sobre Improbidade Administrativa", *in Improbidade Administrativa, Questões Polêmicas e Atuais*, p. 370; José Nilo de Castro, "Improbidade Administrativa Municipal", *in Caderno de Direito Municipal nº 8/2000*, p. 82; Fábio Konder Comparato, "Ações de Improbidade Administrativa", RTDP nº 26/153; José Guilherme Giacomuzzi, **A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública, o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 179; Rita Andréa Rehem Almeida Tourinho, **Discrecionalidade Administrativa, Ação de Improbidade & Controle Principlológico**, Curitiba: Editora Juruá, 2004, p. 134/136 e "A Eficácia Social da Atuação do Ministério Público no Combate à Improbidade Administrativa", RDA nº 227/253; Walter Claudius Rothenburg, "Ação por Improbidade Administrativa: Aspectos de Relevância", *in Improbidade Administrativa, 10 anos da Lei nº 8.429/1992*, org. por José Adércio Leite Sampaio et alii, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002, p. 462/466; Carlos Eduardo Terçarolli, **Improbidade Administrativa no Exercício das Funções do Ministério Público**, Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 75; e Benedicto de Tolosa Filho, **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 42-46 e 134. Flávio Sátiro Fernandes ("Improbidade Administrativa", RDA 210/177) fala em sanções de natureza política ou cível. Francisco Octavio de Almeida Prado (**Improbidade Administrativa**, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 20-29) sustenta que a disciplina básica dos atos de improbidade, não obstante a existência de pontos de tangenciamento com o direito civil (v.g.: reparação do dano), encarta-se no direito público, e mais precisamente no âmbito do direito administrativo, situando-se as sanções cominadas no âmbito do direito administrativo sancionador. Fernando Rodrigues Martins (ob. cit., p. 83) entende que as sanções têm natureza civil (ressarcimento, perdimento e multa), administrativa (perda da função e proibição de contratar) e constitucional (suspensão dos direitos políticos), entendimento que é encampado por Waldo Fazzio Júnior (**Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos**, São Paulo: Atlas, 2001, p. 47 e 296), para quem há um consórcio de penalidades civis, políticas e administrativas. José Jairo Gomes, ("Apontamentos sobre a Improbidade Administrativa", *in Improbidade Administrativa, 10 anos da Lei nº 8.429/1992*, p. 258) as identifica como sendo sanções de "responsabilidade por ilícito civil-administrativo, de natureza sui generis". Afonso Ghizzo Neto (**Improbidade Administrativa e Lei de Responsabilidade Fiscal**, Florianópolis: Habitus, 2001, p. 83) visualiza uma natureza administrativa-disciplinar. O STJ, por sua 3ª Seção, em posição isolada, também entendeu que a Lei nº 8.429/1992 dispõe sobre ilícitos penais (MS nº 6.478, rel. Min. Jorge Scartezini, j. em 26/4/2000, DJ de 29/5/2000).

c) as condutas ilícitas elencadas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade, ante o emprego do vocábulo "notadamente", tem caráter meramente enunciativo, o que apresenta total incompatibilidade com o princípio da estrita legalidade que rege a seara penal,⁵ segundo o qual a norma incriminadora deve conter expressa e prévia descrição da conduta criminosa;

d) o processo criminal atinge de forma mais incisiva o *status dignitatis* do indivíduo, o que exige expressa caracterização da conduta como infração penal, sendo relevante frisar que ela produzirá variados efeitos secundários;

e) a utilização do vocábulo "pena" no art. 12 da Lei nº 8.429/1992 não tem o condão de alterar a essência dos institutos, máxime quando a similitude com o direito penal é meramente semântica;

f) a referência a "inquérito policial" constante do art. 22 da Lei nº 8.429/1992 também não permite a vinculação dos ilícitos previstos neste diploma legal à esfera penal, já que o mesmo dispositivo estabelece a possibilidade de o Ministério Público requisitar a instauração de processo administrativo e não exclui a utilização do inquérito civil previsto na Lei nº 7.347/85, o que demonstra que cada qual será utilizado em conformidade com a ótica de análise do ilícito e possibilitará a colheita de provas para a aplicação de distintas sanções ao agente;

g) a aplicação das sanções elencadas no art. 12 da Lei de Improbidade pressupõe o ajuizamento de ação civil (art. 18), possuindo legitimidade ativa *ad causam* o Ministério Público e o ente ao qual esteja vinculado o agente público, enquanto que as sanções penais são aplicadas em ações de igual natureza, tendo legitimidade, salvo as exceções constitucionais, unicamente o Ministério Público.

Em que pese à sua natureza extrapenal, a aplicação das sanções cominadas na Lei de Improbidade, não raro, haverá de ser direcionada pelos princípios básicos norteadores do direito penal, que sempre assumirá uma posição subsidiária no exercí-

⁵ Art. 5º, XXXIX, da CR/1988.

cio do poder sancionador do Estado, já que este, como visto, deflui de uma origem comum, e as normas penais, em razão de sua maior severidade, outorgam garantias mais amplas ao cidadão.

A questão ora estudada, longe de apresentar importância meramente acadêmica, possui grande relevo para a fixação do rito a ser seguido e para a identificação do órgão jurisdicional competente para processar e julgar a lide, já que parcela considerável dos agentes ímprobos goza de foro por prerrogativa de função nas causas de natureza criminal.⁶

Identificada a natureza cível das sanções a serem aplicadas, inafastável será a utilização das regras gerais de competência nas ações que versem sobre improbidade administrativa, o que culminará em atribuir ao Juízo monocrático, *verbi gratia*, o processo e o julgamento das causas em que o Presidente da República,⁷ o Procurador-Geral da República,⁸ Senadores,⁹ Deputados Federais,¹⁰ Pre-

⁶ Nos crimes comuns, o Prefeito será julgado perante o Tribunal de Justiça (art. 29, X, da CR/1988); os membros do Congresso Nacional perante o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, b, da CR/1988); o Governador e os membros dos Tribunais Regionais Federais, Regionais do Trabalho e de Justiça perante o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, a, da CR/1988) etc.

⁷ STF, AGRG em Petição nº 693-4, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 12/8/1993, DJ de 1º/3/1996, p. 5.013. Em reiteradas oportunidades, o STF decidiu que não é competente para processar e julgar as ações populares ajuizadas em face do Presidente da República (Petições nº 2.239/RS, DJU de 2/2/01; 1.546/RJ, 1.282 (AgRg)/RJ, 713/RJ, 682/MS e 626/MG).

⁸ TRF-1ª R., AG nº 01000132274/DF, DJ de 4/5/2001, p. 640.

⁹ STF, AGRG em Reclamação nº 1.110-1, rel. Min. Celso de Mello, j. em 25/11/1999, DJ de 7/12/1999, p. 58. Lê-se, na ementa do julgado, que "o Supremo Tribunal Federal - mesmo tratando-se de pessoas ou autoridades que dispõem, em razão do ofício, de prerrogativa de foro, nos casos estritos de crimes comuns - não tem competência originária para processar e julgar ações civis públicas que contra elas possam ser ajuizadas. Precedentes".

¹⁰ STF, Inq. nº 1.205-5, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 21/2/1997, DJ de 4/3/1997, p. 4.800-1, e STF, Pleno HC nº 80.112-PR, rel. Min. Sydney Sanches, j. em 1º/8/2000, DJ de 17/11/2000. Neste último caso, o *writ* havia sido impetrado visando ao trancamento de inquérito civil público instaurado para apurar a prática de atos de improbidade em que se vislumbrava o envolvimento de Deputado Federal. Anteriormente ao julgamento, o Tribunal foi cientificado do ajuizamento, em primeira instância, de "ação civil pública declaratória de ato de improbidade administrativa e ressarcimento por dano causado ao patrimônio público, com pedido de liminar de indisponibilidade e de afastamento de cargo público". Ao final, não vislumbrando qualquer usurpação de sua competência, terminou por denegar a ordem, à unanimidade, ante a inexistência de ameaça ao direito de ir e vir do paciente. Em seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence ressaltou ser "óbvio que do inquérito civil para apurar improbidade administrativa pode resultar a colheita de elementos informativos de natureza criminal", mas deixava claro "que a circunstância de o fato a apurar ter repercussões penais não elide a possibilidade do inquérito civil e só por si não desloca para o Supremo Tribunal Federal a competência para realizá-lo".

feitos,¹¹ Conselheiros dos Tribunais de Contas,¹² membros dos Tribunais Regionais do Trabalho¹³ e Juízes de Tribunais Regionais Federais¹⁴ figurem no pólo passivo.

Há quem procure sustentar a aplicabilidade do foro por prerrogativa de função nesta seara sob o argumento de que a severidade das sanções cominadas o justificaria, pois teriam "forte conteúdo penal".¹⁵ Essa tese, no entanto, possui maior alicerce na emoção

¹¹ STJ, 6ª Turma, RMS nº 6.208, rel. Min. Anselmo Santiago, j. em 10/11/1998, DJ de 15/3/1999. Não merece ser acolhida a tese de que os amplos termos do art. 29, X, da CR/1988 ("Julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça") impediriam que o Prefeito fosse julgado pelo juiz monocrático por atos de improbidade. Tem-se, aqui, aquilo que Larenz (*in Metodologia da Ciência do Direito*, trad. de José Lamago, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 535) denominou de "lacuna oculta", presente sempre que "a lei contém precisamente uma regra aplicável a casos desta espécie, mas que, segundo o seu sentido e fim, não se ajusta a este determinado grupo de casos, porque não atende à sua especificidade, relevante para a valoração". Essa "lacuna oculta" será preenchida a partir da interpretação da disposição normativa, norteadas, principalmente, por critérios teleológico-sistemáticos. Especificamente em relação aos preceitos constitucionais que dispõem sobre o foro por prerrogativa de função, constata-se a observância de duas diretrizes básicas: referem-se à matéria criminal e a algumas causas em que haja restrição de direitos fundamentais do cidadão, sendo a autoridade contemplada com o foro especial a responsável pela coação (v.g.: mandado de segurança, *habeas corpus* etc.). Em nenhum momento a Constituição prestigiou entendimento tão amplo quanto aquele sugerido pelos defensores da tese de que o Prefeito não poderia ser julgado em 1ª instância por atos de improbidade. A simples e cômoda interpretação literal do art. 29, X, da CR/1988 deve ser preferida aquela que desvenda a sua ratio e preserva a harmonia do sistema, o que terminará por afastar a iniquidade que surgiria com a conclusão de que o Prefeito, em flagrante dissonância do princípio da isonomia, é o único agente público no Brasil a gozar de foro especial para o julgamento dos atos de improbidade. A 2ª Turma do STJ, do mesmo modo, já decidiu que "o Prefeito Municipal só tem o Tribunal de Justiça como seu juiz natural nas ações penais, e não nas cíveis" (ROMS nº 2.621/PR, rel. Min. Adhemar Maciel, j. em 15/5/1997, DJ de 23/06/1997, RSTJ 98/140). Na ocasião, afirmou o relator: "ora, como bem asseverou o eminente Ministro Cesar Asfor Rocha, ao proferir o seu voto-condutor no RMS n. 1.981/AM, 'a regra contida no art. 29, VIII, da Constituição Federal deve ser interpretada com temperamento, de forma sistemática e integrativa a outros princípios constitucionais, por isso que compete ao Tribunal de Justiça julgar o Prefeito Municipal apenas no pertinente aos crimes comuns' (1ª Turma do STJ, no âmbito, publicado na RSTJ 58/167)". No mesmo sentido: Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, p. 260-261.

¹² STJ, Corte Especial, Rec. nº 780/AP, rel. Min. César Asfor Rocha, red. des. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 7/11/2001, DJ de 7/10/2002.

¹³ STJ, Corte Especial, Rec. nº 591, rel. Min. Nílson Naves, j. em 1º/12/1999, DJ de 15/5/2000. Em parecer sobre o tema, Paulo Brossard sustenta a competência do STJ para processar e julgar membro de Tribunal Regional do Trabalho por ato de improbidade (*in Revista Interesse Público* nº 2/108). Aduz, em síntese, que apesar de as sanções da Lei nº 8.429/1992 terem natureza cível, deve ser realizada uma "construção constitucional" visando à utilização das regras de competência relativas à matéria criminal (ante a parcial similitude dos efeitos da decisão - perda do cargo e suspensão dos direitos políticos), pois, em que pese reconhecer a não aceitação de uma interpretação extensiva em tal seara, "a Constituição não é aleijada", postulado este que certamente seria violado fosse admitido que um juiz inferior julgasse outro de hierarquia superior, isto em nítida afronta ao sistema constitucional consagrado de 1824 a 1988, máxime quando possa resultar em perda do cargo de juiz. Não obstante o brilho dos argumentos, entendemos que a capacidade de criação do direito é deferida ao legislador, não ao intérprete, motivo pelo qual não encampamos quer as premissas, quer a conclusão.

¹⁴ STJ, Corte Especial, HC nº 22.342/RJ, rel. Min. Félix Fischer, j. em 18/9/2002, DJ de 23/6/2003, p. 231.

¹⁵ Nesse sentido: Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, "Competência para julgar ação de improbidade administrativa", *in Revista de Informação Legislativa* nº 138/213.

que propriamente na razão. Com efeito, o caráter penal ou extrapenal de determinada sanção, como vimos, é determinado pela opção política do legislador, não propriamente por sua severidade (*rectius*: real perspectiva de efetividade, o que em muito justifica o temor de alguns). Além disso, não se nos afigura possível igualar, porquanto vegetais, frutas e leguminosas, pois cada qual possui suas características intrínsecas. A competência, do mesmo modo, e isto é importante repetir, é determinada em conformidade com a natureza da matéria versada, o que impede a extensão do foro por prerrogativa de função, sob os auspícios de uma pseudo "força de compreensão", às ações de natureza cível.

3. ATOS DE IMPROBIDADE E CRIMES DE RESPONSABILIDADE: NOÇÕES DISTINTAS E INCONFUNDÍVEIS

A tese de que a Lei de Improbidade veicularia crimes de responsabilidade encontrou pouco prestígio na doutrina¹⁶ e nenhuma adesão na jurisprudência. A primeira dificuldade que se encontra é identificar o que venham a ser crimes de responsabilidade, proposição que enseja não poucas dúvidas e perplexidades. Para o Presidente da República, crime de responsabilidade é uma infração político-administrativa que o sujeita a um julgamento político (sem necessidade de fundamentação) perante o Senado Federal.¹⁷ Para o Ministro de Estado, é uma infração associada a atos políticos e administrativos que o sujeita a um julgamento totalmente jurídico (com a necessidade de fundamentação) perante o Supremo Tribunal Federal.¹⁸ Para o Prefeito Municipal, é um crime comum, que o sujeita

¹⁶ Para Álvaro Lazzarini (*Temas de Direito Administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 64) tais sanções têm natureza política, com o que não concordamos, ante a natureza do órgão que as aplicará e a necessidade de fundamentação da decisão a ser proferida (art. 93, IX, da CR/1988), o que possibilita seu reexame por outro órgão em havendo irrisignação; elementos estes incompatíveis com uma decisão essencialmente política. Ives Gandra da Silva Martins ("Aspectos Procedimentais do Instituto Jurídico do 'Impeachment' e Conformação da Figura da Improbidade Administrativa", in RT nº 685/287) sustenta que as sanções teriam natureza penal, já que a Lei nº 8.429/1992 tipifica verdadeiros crimes de responsabilidade. Sérgio de Andréa Ferreira ("A Proibidade na Administração Pública", in *Boletim de Direito Administrativo*, agosto/2002, 623), do mesmo modo, afirma que "os atos de improbidade são espécies do mesmo gênero dos crimes de responsabilidade e das infrações político-administrativas".

¹⁷ Art. 52, I e parágrafo único, da CR/1988.

¹⁸ Art. 102, I, c, da CR/1988.

a uma pena de prisão.¹⁹ E para os Senadores, Deputados e Vereadores? Não é nada. Em outras palavras, esses agentes não se enquadram na tipologia dos crimes de responsabilidade, estando sujeitos, unicamente, ao controle político realizado no âmbito do próprio Parlamento, o que, eventualmente, pode resultar na perda do mandato.²⁰

A partir dessa constatação inicial, já se pode afirmar que a "tese" prestigiada por inúmeros Ministros do Supremo Tribunal Federal não comporta uma resposta linear, pois, para alguns agentes, o crime de responsabilidade ensejará um julgamento jurídico e, para outros, um julgamento político, isto para não falarmos naqueles que sequer são alcançados pela tipologia legal.

Avançando nos alicerces estruturais da curiosa e criativa "tese", argumenta-se que boa parte dos atos de improbidade definidos na Lei nº 8.429/1992 encontra correspondência na tipologia da Lei nº 1.079/1950, que trata dos crimes de responsabilidade, o que seria suficiente para demonstrar que a infração política absorveria o ato de improbidade. Além disso, o próprio texto constitucional, em seu art. 85, V, teria recepcionado esse entendimento ao dispor que o Presidente da República praticaria crime de responsabilidade sempre que atentasse contra a probidade na Administração, possibilitando o seu *impeachment*. Como o parágrafo único do último preceito dispõe que esse tipo de crime seria definido em "lei especial", nada mais "natural" que concluir que a Lei de Improbidade faz às vezes de tal lei. Afinal, se é crime de responsabilidade atentar contra a

¹⁹ Art. 1º do Decreto-Lei nº 201/1967. O mesmo diploma normativo, em seu art. 4º, fala nas "infrações-político-administrativas dos Prefeitos Municipais", o que se assemelharia aos crimes de responsabilidade da Lei nº 1.079/1950. Nesse sentido: "Penal. Processual Penal. Prefeito: Crime de Responsabilidade. D.L. 201, de 1967, artigo 1º: crimes comuns. I. - Os crimes denominados de responsabilidade, tipificados no art. 1º do D.L. 201, de 1967, são crimes comuns, que deverão ser julgados pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores (art. 1º), são de ação pública e punidos com pena de reclusão e de detenção (art. 1º, § 1º) e o processo é o comum, do C.P.P., com pequenas modificações (art. 2º). No art. 4º, o D.L. 201, de 1967, cuida das infrações político-administrativas dos prefeitos, sujeitos ao julgamento pelo Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato. Essas infrações é que podem, na tradição do direito brasileiro, ser denominadas de crimes de responsabilidade. II. - A ação penal contra prefeito municipal, por crime tipificado no art. 1º do D.L. 201, de 1967, pode ser instaurada mesmo após a extinção do mandato. III. - Revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. IV. - HC indeferido." (STF, Pleno, HC nº 60.671/PI, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 19/05/1995).

²⁰ Como única exceção, pode ser mencionado o crime de responsabilidade passível de ser praticado pelo Presidente da Câmara dos Vereadores que gastar mais de 70% de sua receita com folha de pagamento, incluído o gasto com subsídio de seus Vereadores (art. 29-A, §§ 1º e 3º, da CR/1988).

probidade, qualquer conduta que consubstancie improbidade administrativa será, em última *ratio*, crime de responsabilidade.

Com a devida vênia daqueles que encampam esse entendimento, não tem ele a mínima plausibilidade jurídica. Inicialmente, cumpre manifestar um certo alívio na constatação de que os crimes contra a Administração Pública tipificados em "leis especiais", que consubstanciam evidentes manifestações de desprezo à probidade, não foram considerados crimes de responsabilidade!

O *impeachment*, desde a sua gênese, é tratado como um instituto de natureza político-constitucional que busca afastar o agente político de um cargo público que demonstrou não ter aptidão para ocupar.²¹ Os crimes de responsabilidade, do mesmo modo, consubstanciam infrações políticas, sujeitando o agente a um julgamento de igual natureza. Nesse sentido, aliás, dispunha a Exposição de Motivos que acompanhava a Lei nº 1.079/1950, ao tratar do *iter* a ser seguido na persecução dos crimes de responsabilidade, que "ao conjunto de providências e medidas que o constituem, dá-se o nome de processo, porque este é o termo genérico com que se designam os atos de acusação, defesa e julgamento, mas é, em última análise, um processo *sui generis*, que não se confunde e se não pode confundir com o processo judiciário, porque promana de outros fundamentos e visa a outros fins".²²

²¹ Essa constatação é reforçada pela redação do art. 42 da Lei nº 1.079/1950: "A denúncia só poderá ser recebida se o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo". Deixando o cargo, suprimida estaria a responsabilidade política do agente. O art. 3º da Lei nº 1.079/1950 ressaltou, de forma expressa, que ainda seria possível o julgamento do agente, perante o órgão jurisdicional competente, em tendo praticado crime comum. Não bastasse isto, o art. 52, parágrafo único, da Constituição, dispõe que, no julgamento dos crimes de responsabilidade imputados ao Presidente e ao Vice-Presidente da República, aos Ministros de Estado, aos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ao Procurador-Geral da República e ao Advogado-Geral da União, "funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis". À luz desses preceitos, resta incontroversa a dicotomia e a independência entre as instâncias política e jurisdicional.

²² *"El enfrentamiento y discusión política se traslada de la sede parlamentaria a los tribunales y, por ende, a la opinión pública a través de los medios de comunicación. Pero, sobre todo se confunden dos conceptos radicalmente diferentes: la responsabilidad política y la penal. El segundo es una responsabilidad subjetiva, por culpa o dolo, y la primera es una responsabilidad objetiva que además de culpa y dolo incluye la responsabilidad in vigilando e in eligendo. El proceso de exigencia es diferente, la responsabilidad penal requiere la fijación nítida y firme de los hechos hasta conducir a un convencimiento judicial de la culpabilidad, mientras que la responsabilidad política requiere sólo el convencimiento político-moral de tal culpabilidad. El parámetro de juicio es diverso, el de la responsabilidad judicial es el ordenamiento jurídico penal (que incluye únicamente las conductas que merecen el máximo desvalor por parte de la sociedad), mientras que en la política el parámetro de juicio es un código de conducta más vinculado*

Entender que ao Legislativo é defeso atribuir conseqüências criminais, cíveis, políticas ou administrativas a um mesmo fato, inclusive com identidade de tipologia, é algo novo na ciência jurídica. Se o Constituinte originário não impôs tal vedação, será legítimo ao pseudo-intérprete impô-la? E o pior, é crível a tese de que a Lei nº 1.079/1950 é especial em relação à Lei nº 8.429/1992, culminado em absorver a última? Não pode o agente público responder por seus atos em diferentes esferas, todas previamente definidas e individualizadas pelo Legislador? Como é fácil perceber, é por demais difícil sustentar que uma resposta positiva a esses questionamentos possa ser amparada pela Constituição, pela moral ou pela razão.

Não se pode perder de vista que a própria Constituição fala, separadamente, em "*atos de improbidade*"²³ e em "*crimes de responsabilidade*"²⁴ remetendo a sua definição para a legislação infraconstitucional.²⁵ Como se constata, por imperativo constitucional, as figuras coexistem. Além disso, como ensejam sanções diversas, a serem aplicadas em esferas distintas (jurisdicional e política), não se pode falar, sequer, em *bis in idem*.

Com escusas pela obviedade, pode-se afirmar que a Lei nº 1.079/1950 é a lei especial a que refere o parágrafo único do art. 85 da Constituição, enquanto a Lei nº 8.429/1992 é a lei a que se refere o parágrafo 4º do art. 37.

Os agentes políticos, assim, são sujeitos ativos em potencial dos atos de improbidade, conclusão, aliás, que encontra ressonância nos termos extremamente amplos do art. 2º da Lei de Improbidade: "*reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remunera-*

a la moral y ética públicas. En fin, tras esta construcción subyace una identificación absolutamente inaceptable y que no resiste el más mínimo juicio desde una perspectiva democrática: la identificación entre inocencia política e inocencia penal. Esta identificación lleva a la aberrante conclusión de que los responsables políticos pueden desempeñar su cargo como quieran siempre que sus conductas no signifiquen la comisión de un delito" (Rafael Bastos Gisbert, "La Corrupción de los Gobernantes: responsabilidad política y responsabilidad penal", in **La Corrupción: aspectos jurídicos y económicos**, org. por Eduardo A. Fabián Caparrós, Salamanca: Ratio Legis, 2000, p. 37).

²³ Arts. 15, V, e 37, § 4º, da CR/1988.

²⁴ Arts. 29, §§ 2º e 3º; 50, *caput* e § 1º; 52, I; 85, *caput* e parágrafo único; 86, *caput* e § 1º, II; 96, III; 100, § 6º; 102, I, c; 105, I, a; 108, I, a; e 167, § 1º, da CR/1988.

²⁵ Arts. 37, § 4º e 85, parágrafo único, da CR/1988.

ção, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior".

Apesar da clareza desses argumentos, ainda se deve perquirir se seria (ética e moralmente) permitido ao intérprete último da Constituição construir uma interpretação semelhante àquela que vem paulatinamente delineando.

4. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A interpretação jurídica reflete um processo intelectual que permite sejam alcançados conteúdos normativos a partir de fórmulas lingüísticas,²⁶ indicativo de que o intérprete constrói a norma com observância de um dado balizamento, o texto normativo.²⁷ O intérprete identifica a fonte de direito, associa a disposição normativa à realidade e, a partir de uma operação mental, individualiza a norma.²⁸ Essa atividade não reflete propriamente uma "(re)produção",²⁹ pois o texto não possui um sentido imanente,³⁰ em que a atividade do intérprete se limitaria a mostrar o seu conteúdo.³¹

Sob a epígrafe da interpretação jurídica podem ser incluídos dois sentidos distintos: a) a análise do significado de um conjunto de dados lingüísticos e, mais especificamente, de textos normativos; e b) o ato pelo qual se produz uma norma particular a partir da

²⁶ Na síntese de Karl Korinek, "interpretação jurídica é como um processo mental para compreender" [*Zur Interpretation von Verfassungsrecht*], in *Staatsrecht in Theorie und Praxis - Festschrift Robert Walter zum 60. Geburtstag*, Wien: Manzsche Verlags, 1991, p. 363 (365)].

²⁷ Cf. Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2003, p. 254.

²⁸ Cf. Vergottini, *Diritto Costituzionale*, 3ª ed., Padova: CEDAM, 2001, p. 163. Segundo o autor, a interpretação é o "perfil dinâmico" da fonte. A interpretação, no entanto, não se confunde com a aplicação: "interpretar equivale a preparar o iter que produzirá em cada caso a norma *ad hoc*, mas finaliza quando o sujeito intérprete decide entre as soluções possíveis: a partir daqui, o momento que vivemos é o da aplicação e não outro" (Raúl Canosa Usera, *Interpretación Constitucional y Fórmula Política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 13).

²⁹ Em sentido contrário: Eros Roberto Grau, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 82. Nas palavras de Savigny, a interpretação é a "reconstrução do conteúdo da lei" [*Metodologia Jurídica (Juristische Methodenlehre)*, trad. de Heloísa da Graça Buratti, Editora Rideel, p. 25].

³⁰ Cf. Lenio Luiz Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica - Uma Nova Crítica do Direito*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 594.

³¹ Cf. Friedrich Müller, *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*, 3ª ed., trad. de Peter Naumann, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 53/54.

concretização de uma disposição normativa geral e abstrata.³² Esse processo, por sua vez, sofre a influência de fatores práticos, teóricos e ideológicos,³³ que refletem, respectivamente, a realidade, a metodologia jurídica e os valores prestigiados pelo intérprete.

A interpretação jurídica, assim, deve ser concebida como um processo aberto, não de submissão a um conteúdo estruturalmente definido ou, mesmo, de recepção de uma ordem previamente dada.³⁴ A operação conducente à identificação do conteúdo da norma assume uma feição necessariamente criativa:³⁵ não no sentido da edição de uma norma geral a partir de um vazio legislativo, mas como reflexo da integração da atividade do intérprete àquela iniciada pelo legislador.

Não é por outra razão que se atribui ao intérprete um poder de nível idêntico ao da autoridade que editou a disposição normativa objeto de interpretação: "*o intérprete da lei detém um poder legislativo e o intérprete da Constituição um Poder Constituinte*".³⁶ As opções valorativas do intérprete terminam por aperfeiçoar os contornos semânticos da disposição normativa, assumindo vital importância na construção do seu conteúdo:³⁷ poder constituinte e intérprete - em momentos que, embora sucessivos, integram uma unicidade operativa - são os responsáveis pela individualização da norma constitucional.

O reconhecimento da força normativa da Constituição e a necessidade de determinar o seu significado bem demonstram que a interpretação constitucional em muito se assemelha à interpreta-

³² Cf. Otto Pfersmann, "Esquisse d'une Théorie des Droits Fondamentaux", in *Droits des libertés fondamentaux*, org. por Louis Favoreau, 2ª ed., Paris: Dalloz, 2002. p. 83 (83/84).

³³ Cf. Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, 1ª ed., reimp., Madrid: Cuadernos Civitas, 2001, p. 18.

³⁴ Cf. Peter Häberle, "Hermenêutica Tradicional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição" (*Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und 'prozessualen' Verfassungsinterpretation*), trad. de Gilmar Ferreira Mendes, 1ª reimp., Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 30.

³⁵ Cf. Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*, trad. de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 61.

³⁶ Hamon, Troper e Burdeau, *Manuel de Droit Constitutionnel*, 27ª ed., Paris: L.G.D.J., 2001, p. 59.

³⁷ Cf. Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de Arantxa Azurza, Madrid: Cuadernos Civitas, 2001, p. 83.

ção jurídica em geral. As especificidades, no entanto, não permitem uma ampla e irrestrita superposição entre essas figuras. Apesar de igualmente voltada ao delineamento da norma, a interpretação constitucional é diretamente influenciada pelo caráter fundante da Constituição, que ocupa uma posição de preeminência na hierarquia do sistema, sendo este um nítido diferencial em relação à interpretação das demais espécies normativas.³⁸ A supremacia constitucional é um claro indicativo de que o processo de concretização das normas constitucionais, incluindo a atividade interpretativa, apresenta funções e métodos próprios, conferindo-lhe algumas características de inegável singularidade.

Acresça-se que a interpretação constitucional sofre a ação de três elementos hermenêuticos que apresentam uma operatividade mais limitada no âmbito da interpretação jurídica em geral. São eles a evolutividade, a politicidade e a extrema sensibilidade axiológica.³⁹ A evolutividade sofre a influência dos contornos acentuadamente abertos das disposições constitucionais, o que lhes assegura grande mobilidade e um grande poder de adaptação aos circunstancialismos presentes no momento de sua aplicação. A politicidade está associada ao fato de a ordem constitucional regular as principais "*portas de entrada*" da política na esfera do direito, que são a organização dos órgãos de soberania e o processo de elaboração normativa. Quanto ao fator axiológico, é possível afirmar que as Constituições modernas, sectárias do pluralismo político e que buscam harmonizar uma multiplicidade de padrões ideológicos, ao que se soma a estrutura demasiado aberta de suas disposições, são o campo propício à proliferação de valores, de indiscutível relevância na concretização do seu conteúdo.

Interpretação e modificação refletem os dois níveis de desenvolvimento constitucional, sendo necessariamente influenciadas pelas "*cristalizações culturais*" do meio social.⁴⁰ Assim, é absoluta-

³⁸ Cf. Aguila, "Cinq questions...", in RFDC nº 21, p. 9 (15), 1995.

³⁹ Cf. Canosa Usera, *Interpretación...*, p. 106.

⁴⁰ Cf. Peter Häberle, *Teoría de la Constitución como Ciência de la Cultura*, trad. de Emilio Mikunda, Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 44.

mente normal que disposições constitucionais idênticas sejam interpretadas de forma diferente no tempo e no espaço, permitindo que de um mesmo texto sejam extraídos conteúdos distintos conforme a cultura em que apareça.⁴¹

A interpenetração entre texto normativo e realidade é um claro indicativo de que a norma constitucional não é atemporal ou indiferente aos padrões sociais do momento de sua aplicação. Ainda que a Constituição formal apresente uma vocação à perenidade, característica inerente à própria concepção de constitucionalismo, as normas dela extraídas não assumem um contorno idêntico. A norma constitucional é volátil, sustentando-se a partir de um discurso argumentativo contemporâneo à realidade que direciona a sua concretização.⁴²

A integração entre os planos real e jurídico também se faz sentir na orientação constitucional aberta, representada por Häberle com a tensão entre o possível (potencialidades normativas do texto), o necessário (reflete as pré-compreensões e aspirações do intérprete) e o real (os condicionamentos de ordem circunstancial).⁴³ Entre esses fatores se produzirá tanto uma relação de concorrência, como, sobretudo, de cooperação, exigindo seja identificada a "*dose correcta*" de cada um deles para que o processo de concretização seja corretamente finalizado: uma "*boa*" exegese constitucional tenderá a ser o resultado dessa tríade cognitiva.

A Constituição, corretamente interpretada, alcançará um "*final feliz*" (***happy ending***), noção indicativa daquilo que a justiça ou a filosofia política requer,⁴⁴ vale dizer, corresponderá aos valores supremos ou históricos que inspiram a ordem jurídica.⁴⁵ A partir da

⁴¹ Cf. Häberle, **Teoría de la Constitución...**, p. 45.

⁴² Como afirmou Hesse, "não há interpretação da Constituição independentemente de problemas concretos" (**Elementos de Direito Constitucional...**, p. 62).

⁴³ **Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta** ("*Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*"), trad. de Emilio Mikunda, Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 59 e ss..

⁴⁴ Cf. James. E. Fleming, "*Constitutional Tragedy in Dying: Or Whose Tragedy Is It, Anyway?*", in **Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies**, org. por William N. Eskridge Jr. e Sanford Levinson, New York: New York University Press, 1998, p. 162 (168).

⁴⁵ Cf. Norberto Bobbio, **Teoría General del Derecho**, trad. de Jorge Guerrero R., 2ª ed., 3ª reimp., Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 20.

atividade desenvolvida pelo intérprete, a Constituição, como o direito, pode ser justa ou injusta, conclusão que será alcançada com a realização de um juízo valorativo voltado à interação entre disposição normativa e realidade.⁴⁶ Em outras palavras, somente será possível concluir pela justiça ou injustiça de uma disposição constitucional ao final do processo de concretização. O objetivo da interpretação constitucional é conduzir o operador do direito à obtenção de um resultado racionalmente justificável e constitucionalmente correto.

A importância da interpretação constitucional decorre de três fatores principais:⁴⁷ a) a indeterminação de sentido do texto, que pode ser vago ou ambíguo, absorvendo uma pluralidade de conteúdos, isto sem olvidar que as disposições constitucionais são acentuadamente conflitantes; b) a irrelevância da intenção dos constituintes; e c) a evolução das concepções políticas e sociais, exigindo a contínua atualização do conteúdo normativo da Constituição.

6. IDEOLOGIA DINÂMICA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Entrando em vigor, a Constituição assume individualidade própria e desprende-se da vontade constituinte: o conteúdo da ordem constitucional é encontrado a partir de seu texto, não do elemento anímico que influenciou o poder responsável pela sua elaboração.

Longe de ser um instrumento de regulação meramente sazonal, a Constituição é vocacionada à continuidade, devendo acompanhar o Estado em todas as suas vicissitudes históricas, sociais e culturais. No entanto, se o texto (programa da norma) é o mesmo, como assegurar a sobrevivência da ordem constitucional em realidade (âmbito da norma) distinta daquela contemporânea à sua entrada em vigor? Como regular situações futuras, desconhecidas quando do surgimento da Constituição? Em uma palavra, com a sua *interpretação*.

⁴⁶ Cf. Francesco Carnelutti, "Il primato del diritto", in *Discorsi Intorno al Diritto*, Padova: CEDAM, 1937, p. 16/17. Nas palavras do autor, "a justiça é como a beleza: provavelmente aquele tanto de divino que nós procuramos vincular à forma humana".

⁴⁷ Cf. Hamon, Troper e Burdeau, Manuel..., p. 57.

A Constituição, ainda que estática no texto, é dinâmica no conteúdo,⁴⁸ estando o seu evolver dependente de uma interpretação prospectiva, vale dizer, de uma identificação de sentido contemporânea à sua aplicação. Fosse prestigiado o seu sentido originário, ignorando-se todo o processo evolutivo da sociedade, o dever ser se distanciaria de tal modo do ser que terminaria por transmutar-se em algo *impossível de ser*. Tal ocorrendo, a Constituição não mais poderia subsistir, acarretando a ruptura da ordem constitucional, efeito inevitável na medida em que as alterações na vida social são mais céleres que as alterações promovidas nas disposições constitucionais.

Observado o balizamento fixado pelo texto constitucional, é ampla a liberdade do intérprete na sua constante releitura, permitindo que, sem acréscimos, modificações ou supressões, seja a Constituição continuamente atualizada.

Wróblewski⁴⁹ atribuiu a essa concepção o designativo de *ideologia dinâmica de interpretação jurídica*, contrapondo-a à *ideologia estática de interpretação jurídica*. A primeira defende a adaptação do direito às necessidades da vida social, desprendendo-o do legislador histórico; a segunda, por sua vez, prestigia os valores básicos de certeza e estabilidade, vinculando a norma à vontade do legislador histórico e não admitindo seja ela atualizada pelo intérprete.⁵⁰ Enquanto a ideologia dinâmica visualiza matizes de adaptabilidade e criatividade na interpretação, melhor se adaptando às vi-

⁴⁸ A Constituição, como sistema normativo aberto e dinâmico, apresenta "uma estrutura dialógica (Caliess), traduzida na disponibilidade e 'capacidade de aprendizagem' das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da 'verdade' e da 'justiça'" (Gomes Canotilho, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 1145).

⁴⁹ **Constitución y teoría...**, 2001, p. 72/75.

⁵⁰ É célebre a teoria de Savigny, ao afirmar que interpretar significa "transportar-se ao ponto de vista do legislador, reproduzir artificialmente suas operações e recompor a lei pelo pensamento" (**Traité de Droit Romain**, Tome Premier, trad. de M. CH. Guenoux, Paris: Firmin Didot Frères, Libraires, Imprimeurs de L'Institut de France, 1840, p. 207). O reconhecimento de que o processo de concretização da norma é essencialmente criativo, reflexo inevitável de um sistema aberto, pode ser considerado o "grande triunfo da hermenêutica" (Gomes Canotilho, **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2001, p. 62 e 184). Como afirmou Radbruch, "a lei pode ser muito mais inteligente do que os seus criadores" (**Filosofia do Direito**, trad. de Marlene Holzhausen, São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 164). Apesar da evolução do constitucionalismo contemporâneo, francamente partidário da ideologia dinâmica, merece lembrança que o direito alemão vivenciou uma vaga de refluxo com a ascensão do Nacional-Socialismo e a prevalência do Führerprinzip (princípio de organização política que atribuía às ordens do Führer força de lei), conferindo uma feição personalista à interpretação.

cissitudes da vida social, a estática a concebe como uma atividade de descobrimento, resultando num "governo dos mortos sobre os vivos".⁵¹ Apesar de voltada à interação entre texto e realidade, essa classificação, quanto aos seus efeitos, pode ser reconduzida às teorias subjetiva e objetiva, conforme seja prestigiada, ou não, a vontade do legislador.⁵²

Também se pode falar em interpretação como "ato de conhecimento" ou "ato de vontade".⁵³ No primeiro caso, parte-se da premissa de que o texto possui uma unidade de sentido, que encontra abrigo na vontade do legislador; no segundo, ao revés, é reconhecida a impossibilidade de se atribuir um sentido claro e unívoco ao texto e aos seus mentores, não bastando o mero conhecimento de algo previamente ultimado, sendo necessária a consciente formação do que anteriormente fora apenas delineado.⁵⁴

Acresça-se que a norma constitucional, apesar de individualizada a partir de um texto, sofre a influência de outros textos e de outras normas igualmente integrantes do sistema.⁵⁵ Uma disposição constitucional não pode ser concebida como uma partícula isolada, insuscetível de influência do exterior e impassível de influenciá-lo. Integra uma unidade existencial (a Constituição) e será direcionada por essa unidade no processo de delineamento da norma. Essa constatação também contribui para demonstrar a inviabilidade da ideologia estática, pois a interação das disposições e das normas do sistema impede a manutenção do seu sentido original sempre que

⁵¹ Jérzy Wróblewski (*Constitución y teoría...*, p. 76). Thomas Paine, em obra escrita no final do Século XVIII, ao discorrer sobre a imutabilidade de determinadas disposições constitucionais, proferiu sentença que bem sintetiza as críticas à ideologia estática: "nunca existiu, nunca existirá e nunca poderá existir um Parlamento, nem corpo algum de homens, nem geração destes em nenhum país, que possua o direito ou o poder de obrigar e controlar a posteridade 'até o fim dos tempos' (...). Todas as épocas e gerações devem ser livres e atuar por si mesmas em todos os casos em que atuaram por si mesmas as épocas e gerações que as precederam. A vaidade e a presunção de governar além da tumba é a mais ridícula e insolente de todas as tiranias. O homem não tem direito de propriedade sobre o homem, nem nenhuma geração tem direito de propriedade sobre as gerações vindouras" (*Los Derechos del Hombre*, trad. de José Antonio Fernández de Castro e Tomás Muños Molina, México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 35/36).

⁵² Cf. Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, de J. Baptista Machado, 8ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 170/183.

⁵³ Cf. Hamon, Troper e Burdeau, *Manuel...*, p. 58/59.

⁵⁴ Nesse sentido: Hesse, *Elementos de Direito Constitucional...*, p. 56 e ss.

⁵⁵ Cf. Norberto Bobbio, *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, Torino: G. Giappichelli Editore, 1960, p. 3.

novas disposições sejam aprovadas ou antigas disposições sejam modificadas ou suprimidas.⁵⁶

A força normativa da Constituição não se coaduna com o subjetivismo da *mens legislatoris*, não sendo legítimo que seu alcance e seus efeitos sejam forjados em elementos de natureza individual, já que sua gênese se encontra atrelada a caracteres eminentemente sociológicos. Em síntese: "*interpretatio ex nunc e não interpretatio ex tunc*".⁵⁷

7. A IMPOSSIBILIDADE DE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL IGNORAR A REALIDADE

As intensas transformações vivenciadas pela metódica constitucional exige sejam revisitados aspectos nucleares de atuação da jurisdição constitucional, que, no processo de concretização da norma, passará a apreciar a realidade de forma mais intensa, não raro com a necessidade de dilação probatória.

No direito norte-americano, tornou-se célebre o memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis (**Brandeis-Brief**) no caso *Muller vs. State of Oregon*,⁵⁸ que dedicava duas páginas às questões jurídicas e cento e dez aos efeitos deletérios que a longa duração da jornada de trabalho causava à mulher. Com isto, contribuiu para que o Supremo Tribunal reconhecesse que o papel social e biológico dessa camada da população poderia ser comprometido pelo trabalho excessivo.⁵⁹ Memoriais como esse, anota Tribe, "ajudaram a salvar inúmeros estatutos da invalidação", contribuindo para que o Supremo Tribunal visualizasse a "real e substancial" relação entre o estatuto e os seus objetivos.⁶⁰

No direito alemão, o **Bundesverfassungsgericht** tem analisado as prognoses legislativas e a possibilidade de ocorrerem os fatos em que se baseiam: no caso *Apotheken-Urteil*, o Tribunal verificou a

⁵⁶ Cf. Wróblewski (*Constitución* ..., p. 76) e Engisch (*Introdução ao Pensamento*..., p. 171).

⁵⁷ Cf. Engisch, *Introdução ao Pensamento*..., p. 173.

⁵⁸ 208 U.S. 412, 1908.

⁵⁹ Cf. Nowak e Rotunda, *American Constitutional Law*, 5ª ed., St. Paul: West Publishing Co, 1995, p. 376/377.

⁶⁰ *American Constitutional Law*, 2ª ed., Nova Iorque: The Foundation Press, 1988, p. 568 e 573.

constitucionalidade de lei do Estado da Baviera que exigia uma especial autorização da autoridade competente para a instalação de novas farmácias (*BVerfGE* 7, 377). Ao reconhecer a incompatibilidade dessa medida com a liberdade de exercício profissional garantida na *Grundgesetz*, baseou-se nos seguintes argumentos: a) laudos periciais demonstravam que a liberdade de instalação de farmácias em outros países do mesmo nível civilizatório da Alemanha não trazia qualquer ameaça à saúde pública; b) em razão do elevado custo de instalação, essa liberdade não conduziria, necessariamente, a uma exagerada multiplicação desses estabelecimentos; c) o possível risco de os farmacêuticos não cumprirem os seus deveres legais em razão da diminuição de sua capacidade financeira, conseqüência do aumento de competitividade, era infundado, já que, além de as opções pessoais equivocadas não poderiam justificar medidas legislativas dessa natureza, a superação do modelo de farmácia de fabricação pelo de entrega aumentava o tempo livre do farmacêutico; d) opiniões de peritos indicavam que a maior procura de medicamentos decorreria de circunstancialismos associados ao pós-guerra (v.g.: desnutrição e patologias de ordem psicológica).⁶¹

No direito brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, em não poucas ocasiões, tem moldado a norma constitucional à luz da realidade, chegando mesmo a realizar uma interpretação ab-rogante nas hipóteses em que a disposição normativa mostrou-se totalmente dissonante dos fins a que se destinava.

O Tribunal, por sua Primeira Turma, em julgamento emblemático, proferiu decisão que, no caso concreto, afastou a incidência de regra constitucional que se mostrava absolutamente incompatível com a situação de anormalidade institucional presente no momento de sua aplicação: trata-se do *Habeas corpus* nº 89.417-7, julgado em 22 de Agosto de 2006, sendo relatora a Ministra Cármen Lúcia.⁶²

⁶¹ Cf. Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, 3ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 475/477.

⁶² O voto da Ministra relatora foi obtido junto ao seu gabinete, acrescentando-se que o acórdão ainda não foi objeto de publicação.

O *habeas corpus* foi impetrado por parlamentar do Estado de Rondônia, cuja prisão "em flagrante" fora decretada pela Ministra relatora do Inquérito nº 529, do Superior Tribunal de Justiça, sob a acusação de ser ele o chefe de uma organização criminosa instalada na Assembléia Legislativa de Rondônia, organização esta que se ramificara pelas principais estruturas de poder do Estado, cooptando, inclusive, membros do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas, o que terminou por atrair o caso para a esfera federal. Sustentava-se a incompetência do Superior Tribunal de Justiça e, em especial, a violação aos parágrafos segundo e terceiro do art. 53 c.c. o parágrafo primeiro do art. 27, ambos da Constituição da República. De acordo com esses preceitos, o Deputado Estadual, desde a expedição do diploma, (1) somente poderia ser preso em caso de flagrante de crime inafiançável, (2) nesse caso, os autos deveriam ser remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Assembléia Legislativa, para que resolvesse sobre a prisão e (3) iniciado o processo criminal, por crime praticado após a diplomação, deveria o órgão jurisdicional dar ciência à Assembléia Legislativa, que poderia sustar a tramitação da ação enquanto durasse o mandato. Alegava-se, ainda, a incongruência de um mandado de prisão "em flagrante", figura inexistente no direito brasileiro, bem como que a alegada flagrância referia-se ao crime de quadrilha, cuja pena mínima era de 1 (um) ano de prisão, não se tratando, portanto, de crime inafiançável. Quanto aos demais crimes imputados ao impetrante, como não havia flagrante, não poderiam legitimar a sua prisão.

A Ministra relatora iniciou o seu voto realizando uma ampla exposição das circunstâncias fáticas subjacentes ao caso, conferindo especial ênfase ao preocupante quadro de anormalidade institucional que se instalara no Estado de Rondônia: a) todos os Deputados Estaduais estavam sendo investigados pela sua participação no crime organizado; b) a organização havia cooptado membros das principais estruturas de poder do Estado, inclusive o Presidente do Tribunal de Justiça e membros do Tribunal de Contas; e c) além de desviar recursos públicos, os membros da organização condicionavam a produção normativa à obtenção de benesses.

A alegada incompetência do Superior Tribunal de Justiça foi, de pronto, afastada, isto porque alguns membros da organização

criminosa deveriam ser julgados perante esse órgão, o que exercia uma *vis atractiva* em relação a todos os demais. No que concerne à alegada violação ao estatuto protetivo da imunidade parlamentar, a Ministra reconheceu que a decisão da intitulada autoridade coatora, apesar de destoar do claro sentido das regras constitucionais invocadas, era plenamente justificada pelas circunstâncias do caso, harmonizando-se com as demais normas do sistema.

Em seu voto, afirmou a Ministra que a Constituição, ao mesmo tempo em que assegura a imunidade relativa dos parlamentares, o que é feito em benefício do eleitor com vistas à autonomia do órgão legiferante, proíbe a impunidade absoluta de quem quer que seja, sendo estes os referenciais de interpretação das disposições constitucionais suscitadas pelo impetrante. Invocando as lições de Black e de Rui Barbosa, defendeu que qualquer lei deve ser interpretada em consonância com a realidade, o seu espírito e a razão, não podendo ser excluída do sistema em que inserida. A imunidade parlamentar existe para o regular funcionamento das instituições democráticas, não para legitimar a sua destruição e autorizar a prática de crimes.⁶³ No caso concreto, a aplicação das regras invocadas pelo impetrante sempre asseguraria a sua impunidade, pois a manutenção da prisão seria decidida pelos demais integrantes da organização criminosa, seus pares na Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia.

Perante esse lamentável quadro, questiona a Ministra: *"como se cogitar, então, numa situação de absoluta anomalia institucional, jurídica e ética, que os membros daquela Casa poderiam decidir livremente sobre a prisão de um de seus membros, máxime quando ele é tido como 'o chefe indiscutível da organização (criminosa) (que) coordena as ações do grupo e cobra dos demais integrantes o cumprimento das tarefas que lhes são repassadas. As indicações para importantes cargos... são de sua responsabilidade, e controla, mediante pagamento, os deputados estaduais' (fls. 80)?"* Sendo evidente a impossibilidade de os parlamentares decidirem livremente sobre

⁶³ Nas palavras da Ministra Cármen Lúcia: "a Constituição não diferencia o parlamentar para privilegiá-lo. Distingue-o e torna-o imune ao processo judicial e até mesmo à prisão para que os princípios do Estado Democrático da República sejam cumpridos; jamais para que eles sejam desvirtuados. Afinal, o que se garante é a imunidade, não a impunidade. Essa é incompatível com a Democracia, com a República e com o próprio princípio do Estado de Direito."

a prisão, como se aplicar as regras constitucionais invocadas? Em situações desse tipo, *"há que se sacrificar a interpretação literal e isolada de uma regra para se assegurar a aplicação e o respeito de todo o sistema constitucional"*. Apesar de ser o impetrante um parlamentar, a necessidade de garantir a segurança pública indica que *"a prisão haverá de ser aplicada segundo as regras que valem para todos quando o status funcional de alguém já não esteja em perfeita adequação ao ofício que determina a aplicação do regime jurídico constitucional ao agente"*.

Apesar do não atendimento das regras específicas que regulam a prisão de parlamentares, *"o que se tem por demonstrado é que o mínimo do conteúdo normativo exigido para a prisão decretada, na contingência de uma excepcional condição, foi atendido." (...)* *"A prisão atende, portanto, à ordem pública, ao princípio da segurança de todos e de cada um dos membros da sociedade. Nem se indague sobre a excepcionalidade e a gravidade da prisão, mais ainda quando se volta contra um agente que representa o povo"*.

Em outro julgamento, o Pleno do Supremo Tribunal Federal negou provimento a Reclamação ajuizada contra ato de Tribunal de Justiça, que determinara o seqüestro de verbas do Estado para a quitação de precatório que beneficiava pessoa portadora de doença grave e incurável.⁶⁴ Como observou o Ministro Eros Grau, o Tribunal firmara o entendimento, partindo da literalidade do parágrafo 2º do art. 100 da Constituição, que o seqüestro somente seria cabível se houvesse preterição ao direito de preferência na quitação do precatório, o que não ocorria no caso concreto. Apesar disso, a Reclamação não foi acolhida pela unanimidade dos Ministros, já que a situação deveria ser considerada uma exceção à regra constitucional.

Volviendo à Reclamação nº 2.138/2000, é pouco provável que os Ministros do Supremo Tribunal Federal desconheçam haver (muita) corrupção no Brasil,⁶⁵ o que em muito dificulta a compreensão das razões que o estão levando a desarticular a Lei de Improbidade.

⁶⁴ STF, Pleno, Reclamação nº 3.034, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 21/09/2006.

⁶⁵ Sobre as múltiplas estatísticas a respeito do tema, remetemos à primeira parte da obra **Improbidade Administrativa**, 3ª ed., 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Lumen JUriis, 2006, p. 11/14.

Também é difícil imaginar que tenha passado despercebido ao Tribunal o efeito devastador que sua decisão causará em termos de proliferação da corrupção. A explicação é simples: como os altos escalões de poder estarão imunes à Lei de Improbidade, é fácil imaginar que neles será concentrado todo o poder de decisão, sujeitando-os, tão-somente, à responsabilização nas esferas política e criminal, cuja ineficácia não precisa ser lembrada ou explicada.

A posição do Tribunal destoa (1) do senso comum da esmagadora maioria da coletividade, pois, salvo engano, não visualizamos a existência de movimentos sociais "pró" e "contra" a corrupção, (2) da quase totalidade da doutrina, (3) de todos os tribunais do País⁶⁶ e (4) dos compromissos assumidos pelo Brasil no plano internacional (v.g.: Convenção Interamericana de Combate à Corrupção e Convenção das Nações Unidas de Combate à Corrupção).

8. EPÍLOGO

Na conhecida classificação de Heidenheimer,⁶⁷ que leva em consideração a percepção das elites e da opinião pública em relação à corrupção, esta se subdivide em negra, cinza e branca. Na corrupção negra, é divisado um consenso entre as elites e a opinião pública quanto à reprovação de um ato e à imprescindibilidade de sua punição. Na corrupção cinza, alguns elementos, normalmente oriundos das elites, defendem a punição do ato, enquanto a maioria da população assume uma posição dúbia. Por último, na corrupção branca, a maior parte das elites e da população, por tolerar certos atos de corrupção, não apóia com vigor a sua criminalização e conseqüente coibição.

Arriscaríamos afirmar que, no Brasil, temos uma corrupção negra, claramente endêmica, em vários setores da vida pública. Esse estado de coisas bem demonstra a elevada responsabilidade ética e

⁶⁶ Como não poderia deixar de ser, da semente plantada no Supremo Tribunal Federal já começam a germinar as primeiras ervas daninhas, como é o caso do acórdão proferido pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 456.649/MG, rel. p/o acórdão Min. Luiz Fux, j. em 05/09/2006, em que se afirmou que Prefeitos e Vereadores, como agentes políticos que são, não se submetem à Lei de Improbidade.

⁶⁷ "Perspectives on the Perception of Corruption", in *Political Corruption*, A. Handbook, org. por Arnold Heidenheimer et alii, 3ª ed., Londres: Transactions Pub., 1993, p. 161 e ss..

moral do Supremo Tribunal Federal na recepção da "tese" que lhe foi apresentada.⁶⁸ Discussões em torno da legitimidade da jurisdição constitucional, por certo, voltarão a aflorar, o que é sempre temerário no âmbito de um Estado de Direito democraticamente constituído, mas recém-saído de um longo período ditatorial.

Espera-se, no entanto, sofra a questão maior amadurecimento no âmbito do mais elevado tribunal brasileiro, o que, por certo, contribuirá para sedimentar os próprios alicerces do Estado brasileiro, evitando o descrédito das instituições e, conseqüentemente, da própria democracia. ☐

⁶⁸ A gravidade da situação não passou despercebida a múltiplos setores da sociedade. Para citar apenas uma iniciativa que busca contornar os seus efeitos deletérios, merece menção a Sugestão nº 226/2006, apresentada pela Ordem dos Advogados do Brasil, em maio de 2006, à Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados. Nesse documento, a OAB propõe seja apresentado um projeto de lei que promova um acréscimo à parte final do art. 1º da Lei de Improbidade, *verbis*: "Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público (...) serão punidos na forma desta lei, sem prejuízo da aplicação ao responsável, conforme as circunstâncias, das sanções cominadas na Lei nº 1079, de 10 de abril de 1950".

(In)Comunicabilidade da Sentença Penal no Processo Administrativo Disciplinar

Elbert da Cruz Heuseler

Mestre em Direito da Administração Pública pela UGF. Professor de Direito Administrativo do CEPAD e no Curso de Pós-Graduação em Direito Público e Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá.

PROCEDIMENTO OU PROCESSO ADMINISTRATIVO?

Ao pretendermos estudar o tema acerca do processo administrativo disciplinar (PAD), deparamos com uma primeira necessidade, que é estabelecer o conceito de processo administrativo, de modo que possamos ter uma noção inicial de como se situa o tema na doutrina, estabelecendo uma principiologia necessária ao nosso estudo.

Entretanto, ao tentarmos conceituar o processo administrativo *lato sensu*, nos deparamos com várias linhas de pensamento, principalmente no sentido de não aceitar a definição do tema como processo, mas como procedimento. A controvérsia de conceitos no direito brasileiro já é muito antiga. No entanto, tomando uma ou outra linha de conceituação, não podemos nos furtar de admitir que, em ambos os casos, busca-se estabelecer a apuração de fatos que têm relevância para a Administração.

Processo e procedimento são termos que remontam ao direito romano. O termo processo advém do latim *procedere*, que significa seguir adiante, ou seja, é o exercício efetivo de uma atividade

destinada a um determinado fim. Juridicamente, é a obtenção da proteção jurídica, mediante a intervenção de órgãos do Estado, para a pacificação das relações jurídicas já estabelecidas pelo direito material.¹ Por outro lado, o procedimento é a maneira e a forma com que são desenvolvidos os atos do processo, conforme se pode depreender do conceito firmado por Moreira Neto.²

O tema da caracterização do processo e de sua distinção dos institutos afins, como o procedimento, é objeto da Teoria Geral do Processo. Esta, a partir da noção do monopólio da jurisdição (pressuposto do Estado de Direito), durante um certo período, considerou interdependentes as noções de jurisdição e processo, pelo que não concebia jurisdição sem processo e vice-versa. Com isso, tinha-se como conclusão necessária a idéia de que fora do exercício da função jurisdicional, ou seja, do Poder Judiciário, não poderia haver processo, apenas procedimentos³.

A concepção publicista do processo, em que a ação é tida como direito independente do direito material, permitiu o deslocamento da preocupação científica com foco na jurisdição para a preocupação político-social centrada na função estatal. De outro lado, a noção de processo como relação jurídica, no qual são exercidos poderes, ônus, deveres e faculdades, libertou-o da perspectiva estreita de simples sucessão ordenada de fatos. Essa nova postura teve acolhida no Direito Administrativo, pois este, já liberto da visão dicotômica: Administração x Administrado, passou a atentar para a necessidade de aproximação entre sociedade e Estado. Também percebeu que é necessário controlar o processo de realização dos atos administrativos, para que estes respeitem efetivamente as garantias e direitos dos cidadãos.

¹ Segundo DINAMARCO, "o processo é indispensável à função jurisdicional exercida com vistas ao objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei. É, por definição, o instrumento através do qual a jurisdição opera (instrumento para a positivação do poder)". (DINAMARCO, Cândido Rangel e outros. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 279).

² "Procedimento é um encadeamento de atos, em que o antecedente é condicionante do consequente, convergentes para um fim comum, guardando, embora, cada um deles, sua autonomia, conformando um processo no seu todo". (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 114).

³ Processo é uma operação por meio da qual se obtém a composição da lide. SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 11)

O processo é um mecanismo de garantia, por isso sua noção é essencialmente teleológica, vinculada ao fim de todas as funções estatais, que é o interesse público. Assim, em sentido amplo, abrange os instrumentos de que se utilizam os três Poderes do Estado - Judiciário, Legislativo e Executivo para a consecução de seus fins, conforme ensina Di Pietro⁴. Cada qual, desempenhando funções diversas, se utiliza de processo próprio, cuja fonte criadora é a própria Constituição, sentido este que lhe confere a Teoria Geral do Processo e, por isso mesmo, é o que deve ser levado em conta pelas demais áreas da técnica jurídica. Pois é importante que exista no meio jurídico rigor conceitual. Até porque muitas são as impropriedades do uso do termo "processo", tanto pela legislação, como pela própria doutrina, um exemplo é seu uso referindo-se aos autos processuais.

Visto que o processo está presente em todos os poderes do Estado, não está nele a nota distintiva entre as funções estatais, mas nas próprias peculiaridades de cada função. Desse modo, cabe ao Direito Administrativo o estudo das peculiaridades da processualidade administrativa, que se mostram na função administrativa, não no processo. A distinção da mesma com relação à função legislativa é pacífica, pois a esta cabe editar leis e àquela cabe sua execução. No entanto, com relação ao Judiciário e à Administração existem algumas dificuldades, pois diz-se que ambos cumprem a lei. Inclusive, diz-se que a Administração cumpre a lei de ofício e o Judiciário, mediante o processo. Mas, se ambos atuam através deste, não está nele, como visto, a nota distintiva.

Para a distinção entre função administrativa e jurisdicional igualmente foram propostos vários critérios: a) do *fim*, pelo qual a jurisdição busca satisfazer o interesse das partes, enquanto a Administração o interesse público. Porém o caráter público da primeira demonstra que este também é seu fim; b) *orgânico*, pelo qual jurisdição é a atividade do Judiciário e administração do Executivo. Todavia, não existe separação absoluta entre as funções dos três Poderes; c) da *unilateralidade*, que existe na Administração, aliada à desigualdade dos sujeitos, enquanto que na jurisdição há bilateralidade

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1992, p. 343.

e igualdade entre os mesmos. Entretanto a Administração também pode figurar como parte interessada, quando terá tratamento paritário com relação ao particular, tendo ônus e deveres no processo; d) o da *inércia*, que diz atuar a Administração de ofício e a jurisdição, não. Porém, aquela também atua por provocação.

Presentemente, considera-se que a distinção reside em dois pontos básicos, que caracterizam a função jurisdicional, quais sejam: o caráter substitutivo da mesma e seu escopo jurídico de atuação do direito, os quais não estão presentes na Administração⁵.

A relação processual estabelecida no exercício da jurisdição é de natureza triangular, pois nela atuam as partes e o juiz. Aquelas em condição de igualdade entre si, mas não com relação ao juiz, que é estranho aos interesses das partes. O juiz atua sempre com poder de sujeição sobre as partes, que é legitimado pelas garantias do devido processo legal, especialmente as do juiz natural, de independência e imparcialidade. Porém, o caráter público da jurisdição aponta a existência de um interesse público no seu exercício e esse é o escopo de atuação do direito, de conferir eficácia e obrigatoriedade ao ordenamento jurídico do Estado. Isso especificamente para que os conflitos sejam pacificados de modo justo, pois sem justiça não se sustenta a paz.

Na Administração a pacificação de conflitos não é uma questão central, o é a prestação de serviços, a ordenação de atividades privadas mediante o poder de polícia, o fomento de atividades que realizem o interesse público e outras, mas não de forma à pacificação de conflitos. Por isso a Administração não é imparcial como o juiz; é gestora do interesse público e atua na defesa deste, embora obedeça ao princípio da igualdade ou isonomia. Desse modo, maior é a importância da adoção do processo no campo administrativo.

Dessa noção segue-se a de que partes são aqueles que estão em estado de sujeição perante o juiz. Por isso, tem-se evitado usar no processo administrativo o termo "parte". De forma específica utiliza-se termos como licitantes, candidatos e contribuintes e, de modo

⁵ A jurisdição pode ser conceituada como "uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça" DINAMARCO, Cândido Rangel e outros. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 129).

genérico empregam-se as expressões sujeitos ou interessados. Como o primeiro vocábulo remete à noção de sujeito de direito subjetivo, preferiu-se o segundo, que, aliás, foi adotado pela Lei federal 9.784 de 1999.⁶

Diante de tais considerações, concluímos que no Direito Administrativo o conceito de processo, tal qual é colocado pelos processualistas, não poderia ter aplicabilidade, uma vez que a administração não detém jurisdição. Todavia, não nos parece difícil aceitar que a expressão processo administrativo está amplamente aceita e difundida no meio acadêmico e no jurisprudencial, de tal sorte que o próprio legislador adotou essa denominação ao tratar especificamente da matéria. Ademais, o próprio constituinte fez referência expressa ao processo administrativo em alguns dispositivos, por exemplo: art. 5º incisos LV, LXXII, "b", e 41 § 1º, inciso II, da CRFB.

Feitos estes esclarecimentos iniciais, optamos por adotar a expressão processo administrativo, com todo respeito aos processualistas, de modo a desenvolvermos o tema em consonância com a nomenclatura adotada na Constituição da República e na legislação infraconstitucional.

Isto posto, podemos conceituar o processo administrativo, em sentido amplo, como "uma série de operações jurídicas que preparam a edição do ato administrativo, permitindo que o Estado atinja seus fins através da manifestação da Administração, quer expressa espontaneamente, quer por iniciativa do administrado, funcionário público ou não"⁷.

O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD)

Apresentado o primeiro conceito fundamental - de processo administrativo - devemos agora ampliar o assunto, de forma que alcancemos, por fim, o conceito do processo administrativo disciplinar. Para tanto, há necessidade de superarmos um primeiro *step*, a questão disciplinar. Neste desiderato, há algumas ponderações a serem apresentadas.

⁶ A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, dispõe na sua ementa: "Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal".

⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. II, p. 271.

A fim de manter a ordenação adequada do serviço público e para assegurar o cumprimento das obrigações por parte dos seus agentes, é assegurado à Administração o Poder Disciplinar, que vem a ser o poder conferido à Administração para organizar-se internamente, aplicando sanções e penalidades aos seus agentes por força de uma infração de caráter funcional.

O Poder Disciplinar tem origem e razão de ser no interesse e na necessidade de aperfeiçoamento progressivo do serviço público⁸, assegurando a ordem interna, a conduta de seus agentes e o regime hierárquico.

A expressão "servidor público" abrange três pessoas: a) o funcionário público, que é o servidor que titulariza um cargo, sob regime estatutário; b) o empregado público, que é o servidor que titulariza um emprego, sob um regime celetista diverso daquele empregado na iniciativa privada; e c) contratado em caráter temporário, que é aquele contratado diante de uma situação excepcional de interesse público. Atualmente se tem optado por nominar de Agentes Administrativos os antigos funcionários públicos.

Todas as pessoas envolvidas na expressão "agentes públicos", portanto, estarão sujeitas ao poder disciplinar da Administração. Só serão submetidas a sanções, entretanto, quando a infração for funcional, ou seja, infração relacionada com a atividade desenvolvida pelo agente público.

O exercício do poder disciplinar é um ato discricionário, visto que o administrador público, ao aplicar sanções, poderá fazer um juízo de valores⁹. No entanto, não há discricionariedade ao decidir pela apuração da falta disciplinar, sob pena de cometimento do crime de condescendência criminal¹⁰, o que não obriga, necessariamente, a aplicação de uma punição disciplinar ao servidor. Sempre

⁸ CAETANO, Marcello. *Do poder disciplinar no direito administrativo português*, 1932, p. 25, *apud* CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro. Forense: 1987, v. II, p. 283.

⁹ Artigo 128, da Lei nº 8.112/90 - Estatuto do Servidor Público da União: "Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais".

¹⁰ Artigo 320, do Código Penal: "Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente: pena - detenção, de 15 dias a 1 mês, ou multa".

que o administrador for decidir se será ou não aplicada a sanção, deverá motivá-la de modo que se possa controlar a regularidade de sua aplicação. Da mesma forma, o administrador que deixar de aplicar sanção deverá motivar a não-aplicação da mesma.

Para a consecução desses objetivos a Administração se vale do processo administrativo disciplinar ou, mais comumente chamado, processo disciplinar, que é o instrumento pelo qual se busca a tutela da hierarquia e disciplina no serviço público.

AS FINALIDADES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Para que ocorra uma perfeita simetria com os ditames da Constituição, na apuração das transgressões disciplinares, devem ser observadas quatro finalidades básicas:

Em primeiro lugar, a punição é a nota característica da norma jurídica, haja vista que não há que se falar em violação de obrigação sem se falar em sanção. A sanção talvez seja o traço diacrítico quando confrontamos a norma de comportamento jurídico com a norma de comportamento ético. É na realidade com a efetividade da sanção que se faz concretizar a norma jurídica à situação ética de fato. Então a punição é a própria sanção que está disposta na norma jurídica e a primeira realização da conduta, como a conseqüente punição, é a concretização da norma jurídica. O desejável é que ela funcionasse.

O desafio para o estudioso do direito era que a punição funcionasse sem que a norma jurídica fosse aplicada, sem precisar ser lembrada; que os homens vivessem harmonicamente; e que as soluções dos conflitos, em especial aquelas heterônomas, próprias ao mundo do direito, não fossem necessárias. Mas, na realidade, as coisas não se passam assim. E é por isso que a forma mais excelsa de manifestação da norma jurídica é a aplicação da sanção e, no nosso caso em particular, a aplicação da punição disciplinar, que é a primeira finalidade do processo administrativo disciplinar punitivo, ou seja, ensejar a incidência da sanção que está, como natural, na própria preconização da norma jurídica.

Em segundo lugar, a punição também preenche uma outra finalidade, a da satisfação social. Sabemos que as normas jurídicas

devem representar anseios da sociedade. A sociedade cria em determinados momentos, em determinados espaços, padrões de comportamento aos quais faz com que sejam aderidas determinadas reações do ordenamento. A sanção ou a punição surge exatamente como a satisfação que se dá ao corpo social do qual foi emergente aquela norma jurídica. Assim, a segunda finalidade da apuração disciplinar reside exatamente na satisfação que se dá ao jurisdicionado, ao administrado, aquele que é objeto da atividade da Administração.

Em terceiro lugar, a sanção deve também, no mundo da psicologia, com reflexo no mundo do direito, funcionar como um preventivo. A própria existência da sanção deve servir de lição para que o comportamento ilícito não aconteça. É uma finalidade muito mais recomendatória do que sancionatória, muito embora para a sua infelicidade há de ser muito mais sancionatória.

E, por último lugar, a aplicação da sanção tem que haver com o efeito que se pode denominar como educativo ou recuperador. Deseja-se que com a aplicação da pena se crie naquele que cometeu a lesão e naqueles que ao seu lado gravitam, a idéia de que aquela conduta foi inadequada e que ele deve se adequar a um padrão social e que, conseqüentemente, determinado padrão de comportamento deve ser evitado.

Essas são as quatro finalidades básicas de todas as apurações de transgressões disciplinares. O que efetivamente se conclui é que a aplicação de qualquer que seja a natureza da punição, se constitui em uma constrição em direitos fundamentais da individualidade.

Todos esses quatro objetivos são socialmente relevantes, mas todos eles individualmente são dolorosos. A cada dia verificamos que a realidade do mundo do direito não está na realização do bem-estar social, mas sim do bem-estar individual. É na virtualidade das nossas realizações e de nossas aptidões individuais que se situa o ordenamento jurídico. A busca da felicidade de cada um de nós é mais importante do que a felicidade de todos em conjunto. Nesse sentido, falta a sensibilidade de entender a natureza, anteriormente apresentada, da necessidade de impor um castigo a um dos nossos semelhantes.

A SANÇÃO DISCIPLINAR

A sanção no direito penal incide num dos bens, que ao lado do direito à vida - direito supremo -, situa-se quase como tal, que é o da liberdade. A liberdade do indivíduo tem a sua origem na própria origem do homem. Conseqüentemente, toda e qualquer medida de restrição à liberdade se apresenta de forma dolorosa e o direito penal foi bastante sensível a esse tema. Daí as escolas terem se apresentado no curso do tempo sempre muito preocupadas em propor soluções jurídicas que funcionem como alternativas à aplicação de penalidades restritivas de liberdade.

Sem nos alongarmos nessa temática, é importante considerar que a preocupação do operador do Direito Penal deve ser olhada pelos estudiosos do Direito Administrativo da mesma forma, até porque, se considerarmos a hipótese de que só há uma Ciência do Direito, de que ela é única, devemos ver que aquilo que é sustentáculo do Direito Penal deve ser também verificado aqui no Direito Administrativo.

Nesse sentido, devemos considerar que parece ser imprescindível que tenhamos sempre a aplicação da sanção como exceção. O ideal é que o aparato sancionatório estatal não precise ser acionado. A partir dessa consideração básica, podemos sugerir quatro linhas de princípios que poderiam ser observados nos processos punitivos.

A insignificância da ofensa, que é uma realidade no Direito Penal, deve coexistir no Direito Administrativo, de maneira que o administrador se convença, neste caso, de que não compensa pôr a máquina estatal em funcionamento. É claro que a primeira indagação que se faz é em relação ao afastamento do princípio da legalidade, princípio este que é fundamental, cardeal, de toda a atividade da Administração Pública e como então não aplicar todos os rigores da lei pela simples razão da insignificância da ameaça ou da lesão? No mesmo sentido, como deixar de observar os princípios da disciplina e da hierarquia em todos os ramos do serviço público e, em especial, em relação aos militares, os quais, por oportuno, têm tratamento diferenciado na Constituição da República?¹¹ Pensamos que

¹¹ HEUSELER, Elbert da Cruz. *Processo Administrativo Disciplinar Militar à luz dos Princípios Constitucionais e da Lei nº 9.784*, de 1999. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

os princípios, também fundamentais, da razoabilidade e da proporcionalidade que regem a atividade administrativa podem e devem ser levados em consideração.

O funcionamento da máquina estatal é um cometimento indeclinável e vinculativo, mas, ainda assim, observada a razoabilidade e a proporcionalidade. Se o funcionamento punitivo da máquina estatal ultrapassa em seus cursos ou em seus efeitos aquilo que é a provocação, é insensato deflagrar toda uma atividade persecutória que é o processo administrativo disciplinar para a pacificação de um pequeno dano à administração, seja ela civil ou mesmo militar.

FUNDAMENTOS DA AUTONOMIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Os estatutos dos servidores, de uma maneira geral, prevêm a submissão do servidor ao processo administrativo disciplinar em razão do cometimento de uma conduta atentatória aos deveres, proibições, e genericamente do desrespeito a preceitos de natureza ética decorrentes, inclusive, de fatos apurados em processo penal. Por isso, a hipótese de que um servidor acusado de ato que atente, por exemplo, contra a lealdade à instituição em que serve¹², fato apurado implicitamente em processo penal, não poderia ser submetida ao respectivo PAD, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, o que implicaria admitir uma revogação parcial da legislação específica disciplinar ou estabelecer uma incoerência e uma contradição.

Conforme exposto, nesse raciocínio, um ato que não é antiético antes de uma sentença é antiético depois da sentença ou se admite o raciocínio como ilógico ou a conclusão atingirá os fundamentos da instituição dos Processos Administrativos Disciplinares.

Primeiro: o raciocínio é ilógico porque contraria o princípio da Lógica de não contradição, segundo o qual uma coisa não pode ser e não ser, ao mesmo tempo. Segundo: atingirá os fundamentos da instituição dos Processos Disciplinares porque, para tornar-se lógico

¹² Art. 116, inciso II, da Lei nº 8.112/1990.

terá de admitir que não cabe ao Processo Disciplinar julgar o aspecto ético de condutas criminosas, mas ao juízo penal. Desse modo, fica o juiz com a tarefa de dizer, pela gradação da pena, o que é e o que não é ético. E, isso confirma a contradição essencial de impor limites à instituição dos Processos Disciplinares, limites estes que não estão previstos nas normas que os fundamentam.

Nesta contradição fundamental, considera-se o PAD subordinado ao processo penal. Em tal concepção, uma conduta criminosa que atente contra dispositivo estatutário disciplinar, não é um fato para o processo administrativo, antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória.

Pressupõe-se como inválida a prova produzida no processo administrativo acerca de fato típico penal. O fato não é visto em sua materialidade, mas na sua formalidade processual penal, o que corresponde à generalização do princípio de que há sentenças penais que podem repercutir no processo administrativo.

Contudo, mesmo nas hipóteses em que se admite a repercussão de uma sentença judicial no processo administrativo, isto não é feito para considerá-lo ilegítimo e sim para temperar seus resultados, como se vê das próprias regras do processo penal. Em tal entendimento, a juízo da autoridade competente, pode-se sobrestar a decisão final no processo administrativo, mas isto não serve de causa para declarar improcedente a instauração e conclusão do processo.

Nesse sentido, vejamos o que Cretella Junior nos apresenta:

"Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for o caso, contra o responsável civil". (Art. 64 do Código de Processo Penal); "Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela." (Parágrafo único do Art. 64 do CPP); "Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato". (Art. 66 do CPP). "Se o fato imputado ao funcionário for um só e o julgado criminal negar a existência desse fato, ou negar a autoria atribuída

ao funcionário, forçoso será reconhecer o efeito daquele julgado no cível, até mesmo em obediência à regra do art. 1.525 do Código Civil" (RF 142/142); porque "não pode subsistir a demissão que teve por causa fato apurado em inquérito administrativo e negado no processo penal" (RDA 27/79); "se o fato que constitui ilícito administrativo é, ao mesmo tempo, ilícito penal, a decisão do juiz criminal que declara inexistente o fato, ou que o funcionário não foi seu autor, é válida na instância administrativa" (RDA 51/189 e 94/281).¹³

SUBORDINAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E COMUNICABILIDADE DE INSTÂNCIAS

Não se pode subordinar a instauração do PAD a fatos em apuração em processo criminal, ou, ainda, aguardar a confirmação da condenação penal do acusado pelo trânsito em julgado da sentença, pois se estaria subordinando o processo administrativo ao processo penal.

Os Processos Administrativos Disciplinares são independentes de ações penais, podendo, entretanto, tornarem-se peças a serem utilizadas nas instruções de processos criminais na Justiça Criminal, caso as acusações provadas e consideradas procedentes constituam ilícito penal. Então, como será possível conciliar a afirmação de que acusações que constituam ilícito penal possam ser provadas e consideradas procedentes em PAD, com a tese de que o ato criminoso só existirá para os mesmos processos após condenação do acusado no processo criminal?

A resposta à questão acima poderá nos levar à formalidade de admitir que se instaurando uma ação penal antes ou durante o funcionamento de um PAD, nomeado para apurar o mesmo fato, o Disciplinar anula-se e deve-se aguardar pela prova do processo judicial. Pois, isto, à míngua de disposição legal, revela uma subordinação política do processo administrativo ao processo penal e considera

¹³ (Apud CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do Processo Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 1999, p. 129).

previamente inválida a prova que os Processos Disciplinares podem produzir.

Não será por um atributo de verdade, real ou presumida, que a prova processual penal terá supremacia sobre a prova do processo administrativo.¹⁴

Como não há subordinação legal¹⁵ e não há subordinação lógica, a subordinação terá de ser política. Mas, a possibilidade desta subordinação deve ser examinada com atenção ao pressuposto de que o Processo Disciplinar, na maior parte dos casos, é um tribunal ético.

O que atesta a vigência de um código ético é a probabilidade de executar-se a reprovação de condutas convencional ou estatutariamente indesejadas no grupo social:

(...) Toda ética efetivamente "vigente"- no sentido da Sociologia - costuma estar garantida, em considerável grau, pela probabilidade da reprovação, no caso da transgressão, isto é, de maneira convencional. Por outro lado, nem todas as ordens convencional ou juridicamente garantidas pretendem para si (ou pelo menos não necessariamente) o caráter de normas éticas. As segundas, que muitas vezes têm caráter puramente racional referente a fins, geralmente o fazem ainda muito menos do que as primeiras. O problema de se uma representação de vigência normativa difundida entre muitas pessoas

¹⁴ A verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. Ela é, portanto, um estado subjetivo da alma, podendo não corresponder à verdade objetiva. Certeza e verdade nem sempre coincidem: por vezes tem-se a certeza do que objetivamente é falso, por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro. E, a mesma verdade que aparece certa a uns, a outros parece duvidosa, e, por vezes, até mesmo falsa a outros. MALATESTA, Nicola Framariano dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitano. Campinas: Bookseler, 1996, p. 21).

¹⁵ Independência das Instâncias Administrativa e Penal. A rejeição de denúncia por insuficiência de provas não impede a responsabilização pelos mesmos fatos em instância administrativa, uma vez que as instâncias penal e administrativa são independentes. Com esse entendimento, o Tribunal indeferiu mandado de segurança impetrado por ex-prefeito, que teve rejeitada a denúncia contra ele apresentada por crime de peculato, em que pretendia o arquivamento da tomada de contas especial do TCU sobre os mesmos fatos. Precedente citado: MS 21.708-DF (DJU de 18.5.2001) MS 23.625-DF, rel. Min. Maurício Corrêa, 8.11.2001. (MS-23625-STF). No mesmo sentido: Administrativo. Mandado de Segurança. Policial militar. Processo disciplinar. Instauração. Juízo administrativo. Desvinculação. A instância administrativa não está vinculada ao Juízo Criminal, o que somente ocorre nas hipóteses em que a absolvição criminal reconhecer a inexistência do fato ou negar a autoria do crime, não havendo quebra do princípio de inocência na formação de Juízo Administrativo em face do envolvimento do servidor em crime atentatório à dignidade funcional(...). ROMS 9472/PB; Rel. Min. Vicente Leal, 16.5.2000. 6ª Turma STJ.

*pertence ou não ao domínio da "ética" (sendo em caso negativo, "simples" convenção ou "simples" norma jurídica) só pode ser decidido, pela Sociologia empírica, com referência àquele conceito do "ético" que efetivamente é ou era válido no círculo de pessoas em questão. (...)*¹⁶

Logo, se a conformidade formal da imputação penal com a prova processual, atestada na sentença, for requisito para considerar-se uma conduta antiética, então, intrinsecamente, não é mais o desvalor ético que se julga, mas o desvalor jurídico. Nesses casos, os Processos Disciplinares não julgarão o fato em sua conformação ética, mas estarão limitados a homologar decisões judiciais que, formalmente, permitam considerar essa conformação. Do que resultará uma nítida subordinação de instâncias.

Entretanto, a concessão política que se vê no sistema jurídico refere-se à comunicabilidade de instâncias, que é um princípio diverso de subordinação, tratando-se de interdependência e não de sujeição:

*"Realmente, se o juízo administrativo decide uma coisa e o juízo penal decide outra, em matéria de crime, tal disparidade de soluções concorre para desacreditar um dos julgadores. Por isso, melhor seria que, tratando-se de crime, o juízo administrativo, sobrestasse seu pronunciamento, aguardando a decisão do Poder Judiciário".*¹⁷

ASPECTOS DA COMUNICABILIDADE DE INSTÂNCIAS

A comunicabilidade de instâncias pode levar à repercussão do processo penal no processo administrativo, quando é negada por aquele a existência ou a autoria do fato, mas não serve para sujeitar e impedir a realização do processo administrativo.

Ainda, a comunicabilidade de instâncias não condiciona o processo administrativo a ponto de anular seus efeitos, exceto quando

¹⁶ (WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa, 3a ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994. p. 22).

¹⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do Processo Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p.101.

uma sentença absolutória categoricamente negar a existência do fato ou a autoria imputada ao acusado pelo mesmo fato em processo administrativo:

"somente a decisão, na esfera criminal, sobre a negativa do fato imputado, geraria ao funcionário público, demitido pela denúncia da prática de peculato, o direito de pleitear o ser reingresso no funcionalismo, voltando para o lugar de onde fora alijado" (TJRS, em RT 412/367); "a decisão do juiz criminal que declara que o funcionário não foi seu autor, é válida na instância administrativa" (RF 94/281); "A absolvição por ineficiência da prova não tem influência igual à da absolvição pela inexistência material do fato, ou por não ter sido o funcionário seu autor, no tocante à instância administrativa" (RDA 51/191); "A absolvição, no processo criminal, não invalida, por si só, a demissão de funcionário, contra o qual ficou apurada infração disciplinar" (TFR, em RDA 77/206).¹⁸

De qualquer modo, embora, no intuito de evitar decisões contraditórias do Judiciário e do Executivo, se admita o sobrestamento do processo administrativo no aguardo da decisão judicial que poderá repercutir na decisão administrativa, não há norma legal que o imponha:

(...) Tratando-se de policial excluído da Corporação, a bem da disciplina, e após regular procedimento administrativo, a autoridade que praticou o ato se afigura competente para tal. As instâncias penal e administrativa são independentes entre si, não havendo qualquer razão para sobrestar o feito administrativo no aguardo da decisão criminal. Recurso desprovido. (...) (STJ - ROMS 11315/GO - DJ 11/12/2000)

Resulta que não há motivo legal ou jurídico para que um processo administrativo disciplinar, tenha sua instauração ou seu pros-

¹⁸ (Apud CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do Processo Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999).

seguimento subordinado a uma decisão de processo criminal. Nem milita em favor de tal tese a suposição de que, quando um fato é objeto de ação penal, a inexistência de sentença condenatória inibe o processo administrativo em razão da presunção legal de inocência do acusado.

A presunção de inocência decorre do mandamento constitucional: "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória*" (Art. 5º, LVII, CF). Mas, "*culpabilidade*" é a situação do agente que deve responder pela violação da lei penal¹⁹. Trata-se de enunciado de princípio do processo penal. Não atenta contra essa garantia a instauração de processo administrativo para apurar responsabilidade diversa que o mesmo fato enseja. Por isso, é falso o entendimento de que, sem uma sentença condenatória, fica impedido o processo administrativo para julgar a repercussão moral de fato típico penal, conforme vem assentando a jurisprudência.²⁰

CONCLUSÕES ACERCA DA COMUNICABILIDADE DE INSTÂNCIAS

Constata-se que o princípio da comunicabilidade de instâncias não motiva a autoridade administrativa a deixar de instaurar o

¹⁹ CRETELLA JÚNIOR José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, volume I. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 536)

²⁰ *Processo administrativo disciplinar. Demissão do Serviço público após regular procedimento administrativo em que suas regras específicas foram observadas. Insubordinação do procedimento administrativo ao processo criminal. Autonomia das responsabilidades civil, disciplinar e criminal e de suas respectivas sanções. Lei nº 1.711/52, art. 20, e Decreto nº 59.310/66, art. 369. (Ementa) (...) "Alega o impetrante que não ficaram provadas a materialidade e autoria da falta disciplinar; que o procedimento administrativo deveria ser suspenso enquanto não formalizada a acusação na esfera criminal já que ele se baseia em "pena de demissão no ilícito penal" e que houve cerceamento da defesa por indeferimento de diligências que requereu." (...) "Indefiro o pedido no sentido de ser oficiado à Polícia Federal para que esta "informe em que fase se encontra o Inquérito Policial instaurado contra o impetrante, distribuído à 2ª Vara Federal da Circunscrição de São Paulo", tendo em vista que são distintas as duas esferas de responsabilidade, disciplinar e criminal." (...) O impetrante subordina o inquérito administrativo ao processo criminal e seu desfecho condenatório, quando são autônomas a responsabilidade disciplinar e a criminal, e independentes as respectivas sanções, que podem coincidir ou não, sem que haja *bis in idem*, no caso da coincidência, Lei nº 1.711, de 1952, art. 200, Decreto nº 59.310, de 1966, art. 369. Não foi apontada eiva de ilegalidade no processo administrativo, nem a autoridade que praticou o ato impugnado incompetente. (Ministro Paulo Brossard- Relator)(...) "Também a alegação, a pretensão de sustar a solução do processo administrativo à espera da solução de eventual processo penal sobre o mesmo fato não encontra nenhum respaldo na jurisprudência; pode vir a ter relevo, segundo decorre a **contrario sensu** da jurisprudência consolidada na Súmula 18, uma eventual absolvição, pelo mesmo fato material, no processo criminal, mas disso se cogitará se e quando sobrevier essa absolvição." (Ministro Sepúlveda Pertence) - MS 20.947/ STF in RDA 178/41-42)*

respectivo Processo Administrativo Disciplinar quando um servidor é acusado de ato criminoso que atenta contra a ética que deve possuir no serviço público. Deve-se entender que não há motivação para protelar a instauração e a conclusão de processo administrativo, mesmo quando aceito como obrigatório o sobrestamento por coincidência de fato.

*"O fato de ser obrigatório sobrestar a decisão até que a autoridade judiciária competente se pronuncie sobre a existência de crime, não significa que o procedimento disciplinar não seja instaurado e não corra todos os seus trâmites normais. O processo administrativo, muito ao contrário, deve ter curso normal, apenas a autoridade administrativa não proferirá a decisão que envolva reconhecimento de crime, antes de ser julgado, pelo poder competente, se realmente houve tal ilícito".*²¹

Daí, também, que a comunicabilidade de instâncias pode levar a sobrestar a decisão final em Processos Administrativos Disciplinares, mas, não motivando os dirigentes de organizações a deixarem de instaurá-los, não motiva a revogação do procedimento iniciado e exaurido.

²¹ Mandado de Segurança. Punição disciplinar. I - Ausência de ilegalidade formal no contexto da punição disciplinar. II - O procedimento disciplinar independe de inquérito de natureza penal. Mandado de Segurança indeferido. (Ementa) "Edson Francisco dos Santos insurge-se contra o ato do senhor Presidente da república, datado de 26 de abril do corrente ano, que o demitiu do cargo de Agente de Polícia Federal, por auferir vantagens e proveitos pessoais, em razão das atribuições exercidas". (...) *Pede concessão da segurança, para tornar sem efeito a demissão, sustentando-se o processo administrativo até final da decisão da esfera penal*"(...)"*Invoca, ainda em seu favor, a presunção de inocência prevista no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República, bem como garantia constitucional da estabilidade (art. 41, §1º). "O writ não comporta, de qualquer forma, deferimento. Se o descabimento não fosse evidente à vista do trânsito e término exemplares do processo disciplinar, do ponto de vista legal, as teses de mérito por que se bate a impetração têm escassa consistência. Com efeito, proclama-se de modo uníssono a independência dos procedimentos administrativo e criminal, nada havendo que condicione ou desautorize a conclusão disciplinar diante do desfecho - ou falta de desfecho - da questão penal: ainda quando a sentença criminal resulte absolutória, o inquérito administrativo não se vê necessariamente destinado a terminar. O tema do cerceamento de defesa e da presunção de inocência segue a mesma trilha de quanto foi posto até agora: foi dado ao postulante participar do processo, intervindo com advogado, e as diligências tidas como necessárias foram defendidas. Ao final do procedimento, restou clara a incursão do agente policial em transgressão disciplinar. Primando o feito administrativo, na espécie, pela legalidade e pela garantia da ampla defesa, não há como evocar o princípio da inocência, presumida para refutar suas conclusões.* (Ministro Francisco Rezek - Relator) (MS 20.948/STF in RDA 178/43-44)

²¹ PEREIRA, Armando. *Prática do processo administrativo*. 2a edição. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 1966 p. 9)

Ainda assim, é de ressaltar que aguardar o trânsito em julgado de sentença penal para declarar os efeitos de um Processo Disciplinar, não é medida que resulte de imposição legal. São usuais decisões judiciais determinando reingresso de funcionários demitidos, após sentença criminal que declara inexistência de fato ou negativa de autoria. Mas, tais decisões judiciais não cogitam de vício de origem do processo administrativo ou do ato demissório, porque uma contradição entre decisões penal e administrativa só tem relevo se e quando sobrevier a absolvição criminal. É o que ensina a Jurisprudência.²²

Daí que não será ilegal ou sequer inaudita a demissão de um servidor a bem do serviço público com base em PAD que apreciou as implicações éticas de fato típico penal. Embora permaneça a possibilidade de reintegração em decorrência de sentença criminal que categoricamente declare a inexistência do fato ou negue a autoria imputada ao acusado, não age ilegalmente ou sem motivo a autoridade que decide pela exclusão, especialmente se é elevada à probabilidade de acerto e são graves os motivos que ensejam a decisão.

Avaliadas as hipóteses de enquadramento de servidor público, previstas nos respectivos diplomas legais, a doutrina e a jurisprudência, confirma-se que é plenamente possível ser instaurado um processo administrativo disciplinar, ainda que o fato em apuração seja objeto de apuração em processo criminal. Consta-se que o julgamento moral pode ser formulado e regularmente processado e concluído, não havendo motivo, via de regra, para aguardar a conclusão de processo criminal ou, ainda, a repetição de processo admi-

²² "Negada a existência do fato, no juízo criminal, não subsiste a pena administrativa"(STF, em RDA 94/86); "somente a decisão, na esfera criminal, sobre a negativa do fato imputado, geraria ao funcionário público, demitido pela denúncia da prática de peculato, o direito de pleitear o seu reingresso no funcionalismo, voltando para o lugar de onde fora alijado" (TJRS, em RT 412/367); "deve ser invalidada, com a conseqüente reintegração do servidor, a demissão fundada em prática de crime que veio a ser considerado inexistente pelo Judiciário"(TFR 221/121); "A absolvição, no processo criminal, não invalida, por si só, a demissão de funcionário, contra o qual ficou apurada infração disciplinar"(TFR, em RDA 77/206).

(...) Também a alegação, a pretensão de sustar a solução do processo administrativo à espera da solução de eventual processo penal sobre o mesmo fato não encontra nenhum respaldo na jurisprudência; pode vir a ter relevo, segundo decorre a contrario sensu da jurisprudência consolidada na Súmula 18, uma eventual absolvição, pelo mesmo fato material, no processo criminal, mas disso se cogitará se e quando sobrevier essa absolvição. "(Ministro Sepúlveda Pertence) - MS 20.947/STF in RDA 178/41-42) (antes citado).

nistrativo eventualmente instaurado antes da decisão penal, de tal sorte a admitir-se a prática de um constrangimento ilegal que, de outra forma, não se vê como ser alegado.

Verificou-se que não é válida a tese de subordinação do processo administrativo ao processo criminal, segundo a qual um processo administrativo não pode instaurar-se para apurar ato criminoso sem prévia condenação transitada em julgado no juízo penal. Verificou-se, mais, que a jurisprudência e a doutrina são fartas em exemplos de processos administrativos iniciados e encerrados antes da conclusão de ações penais, sem cogitar de ilegalidade do ato administrativo.

Constatou-se que é admissível a tese da comunicabilidade de instâncias, mas que isto deve ser detidamente avaliado a fim de não resvalar para a tese da subordinação, a qual pode inviabilizar o julgamento ético de fatos que constituam crime, transformando os processos disciplinares, nestes casos, em meras formalidades homologatórias de decisões judiciais. Nesse sentido, viu-se que a comunicabilidade de instâncias não leva a impugnar a instauração e conclusão de processo administrativo, embora sirva para motivar o sobrestamento de decisões finais em processos administrativos que julgam fatos típicos penais. Mas, viu-se, também, que deixar de sobrestar não constitui anomalia jurídica, sendo legítimo e motivado o ato demissionário. E, de tudo, conclui-se pela possibilidade de submissão de servidor a processo disciplinar, antes do trânsito em julgado da sentença criminal, sem que isso constitua uma ilegalidade, especialmente quando é elevada a probabilidade de acerto da decisão e são graves os motivos que a ensejam.☐

Alienação Fiduciária de Bens Móveis Busca e Apreensão, Purgação da Mora e Consolidação da Propriedade

Melhim Namem Chalhub
Advogado. Professor da EMERJ.

A Lei 10.931/04 introduziu importantes modificações no Decreto-lei 911/69, em relação ao procedimento de busca e apreensão dos bens móveis, objeto de propriedade fiduciária, repercutindo no mecanismo da purgação da mora e dando à consolidação da propriedade tratamento compatível com os efeitos da cláusula resolutiva.

1. ANTECEDENTES

Até a vigência da nova lei, o Decreto-lei 911/69 dispunha que, na ação de busca e apreensão, o devedor era citado para apresentar contestação, sendo-lhe facultado purgar a mora, desde que já houvesse pago mais de 40% do preço financiado.

Questionava-se se o valor da purgação de mora haveria de corresponder ao somatório das prestações atrasadas e acessórios, ou se deveria compreender as prestações vincendas, registrando-se na doutrina e na jurisprudência o entendimento majoritário segundo o qual não deveriam ser incluídas as prestações vincendas, cujo vencimento só se anteciparia se a mora não fosse purgada.¹

¹ STJ, RESP nº 138096/SP, 4a Turma, 10/11/97, DJ 9/2/98, p. 23. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; RESP 49649/MG; RESP 54515; REP 101095/MG; RHC 1163/SC.

De outra parte, quanto à exigência legal de pagamento mínimo de 40% como requisito para purgação da mora, registraram-se julgados no sentido de se admitir a purgação independente do percentual que o devedor-fiduciante tivesse pago, sob o fundamento de que deveriam ser criadas facilidades para recomposição do fluxo de pagamentos, visando a recolocar o contrato no seu curso normal, em vista da função econômica e social do contrato, isto é, a circulação da riqueza, que se processa não só pela comercialização de bens, mas, também, pelo regular funcionamento do mercado de crédito, e isso pressupõe o retorno dos capitais emprestados e sua reaplicação em novas operações de crédito, visando a novas aquisições de bens.

Não obstante, a Súmula 284, de 13 de maio de 2004, pôs fim a essa controvérsia, ratificando a exigência de pagamento mínimo de 40% do valor financiado como requisito para a purgação da mora.²

2. A REFORMULAÇÃO LEGAL DE 2004

Toda essa construção doutrinária e jurisprudencial, entretanto, ficou prejudicada com a entrada em vigor da Lei 10.931/04, cujo artigo 56 deu nova redação aos parágrafos do artigo 3º do Decreto-lei 911/69, que é omissivo quanto à purgação da mora, apenas referindo-se à faculdade do devedor de pagar integralmente a dívida, não mais se referindo ao requisito de pagamento mínimo de 40% do financiamento.

O § 2º do artigo 3º do Decreto-lei 911/69, com a nova redação, inova também ao prever que a petição inicial da ação de busca e apreensão deverá indicar o valor da dívida, à semelhança do processo de execução comum. O fato de o devedor pagar integralmente a dívida não o impede de questionar o valor apresentado pelo credor na inicial, e tal questionamento deverá ser formulado na resposta que lhe é facultada, no prazo de 15 dias (§§ 3º e 4º do art. 3º do DL 911/69).

Dispõe ainda esse mesmo dispositivo que o pagamento da dívida deverá se dar "no prazo do § 1º" (esse dispositivo trata da execução da liminar de busca e apreensão). A lei não fala em citação, e

² Súmula 284 (13.5.2004): "A purga de mora, nos contratos de alienação fiduciária, só é permitida quando já pagos pelo menos 40% (quarenta por cento) do valor financiado."

essa omissão suscita questionamento quanto ao termo inicial do prazo, seja para purgação da mora ou para resposta do réu.

Na nova redação, o Decreto-lei 911/69 é omissivo quanto à purgação da mora mediante pagamento das prestações vencidas, dispondo o § 2º do art. 3º que "o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor-fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus".

2.1. Emenda modificativa ao Projeto de Lei nº 3.065/2004

Essa nova redação decorre do Projeto de Lei 3.065/04, pelo qual o Poder Executivo propôs alterações no Decreto-lei 911/69 visando a dar celeridade à venda do bem apreendido, principalmente para evitar sua deterioração. Nesse sentido, contemplava a venda antecipada do bem, logo após sua apreensão, impondo ao credor pesada multa caso julgado improcedente o pedido; omitia-se, entretanto, quanto à purgação da mora mediante pagamento das prestações vencidas e quanto à citação do réu. Contra essas omissões nos manifestamos no Instituto dos Advogados Brasileiros e na Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Estado do Rio de Janeiro, tendo esta formulado proposição que, na Câmara, foi convertida na Emenda Modificativa 22 ao Projeto de Lei 3.065/04. A Emenda, entretanto, não foi acolhida, mantendo-se o Decreto-lei 911/69, omissivo quanto à purgação da mora mediante pagamento das prestações vencidas.

3. A GARANTIA DO DIREITO À PURGAÇÃO DA MORA

A omissão, entretanto, não afasta a possibilidade da purgação, sobretudo considerando-se a estrutura e a função do contrato de financiamento para aquisição de bens de consumo duráveis e a prioridade que o direito confere à manutenção do contrato.

Com efeito, a par da prioridade que se confere à manutenção do contrato, até mesmo em caso de onerosidade excessiva (Código Civil, artigo 479), a mora em contratos dessa espécie enseja a possibilidade de purgação, circunstância que faz convalescer o contrato, só se admitindo a resolução depois de esgotadas todas as oportunidades de emenda da mora.

Efetivamente, apesar de a dívida ser considerada una, o direito positivo consagrou a purgação mediante pagamento das parcelas vencidas em atenção à função econômica e social do contrato de crédito e de venda com pagamento parcelado, sobretudo os que envolvam situações de maior densidade social. Disso são exemplos o Decreto-lei 745/69, que assegura ao promitente comprador em mora o pagamento das prestações vencidas, e a Lei nº 9.514/97, pela qual a condição resolutória do contrato de alienação fiduciária só se considera implementada se o devedor, notificado, não pagar as prestações vencidas.

Em ambos os casos, a notificação premonitória, com abertura de oportunidade para pagamento das prestações vencidas, é requisito essencial para a resolução do contrato. Há, além disso, a figura afim da venda com reserva de domínio, para a qual, em caso de apreensão do bem, o Código de Processo Civil assegura a purgação da mora mediante pagamento das prestações vencidas (artigo 1.071, § 2º).

É coerentemente com essa política legislativa que deve ser interpretado o § 2º do artigo 3º do Decreto-lei 911/69. Ensejando que a purgação da mora se faça mediante pagamento das prestações vencidas e não pagas, hipótese em que convalida-se o contrato, sem prejuízo da faculdade que confere ao devedor de pagar a totalidade da dívida para obter a restituição do bem livre da propriedade fiduciária. Essa interpretação é compatível com a natureza do contrato de financiamento de bens de consumo duráveis.

A par das hipóteses similares previstas em lei, importa também considerar situações outras em que a lei é omissa, mas, não obstante a omissão, a jurisprudência vem admitindo a purgação da mora mediante pagamento das prestações vencidas. É o caso das ações de reintegração de posse de bem dado em arrendamento mercantil (*leasing*). É verdade que o *leasing* é figura distinta da alienação fiduciária, da venda com reserva de domínio e da promessa de venda de lote de terreno, mas com estas tem pontos de contato, no que tange à forma de implemento da obrigação do devedor, circunstância que, em atenção ao princípio da conservação dos contratos, justifica a analogia.³

³ O *leasing* é uma locação financeira, envolvendo fruição e aquisição; já a alienação fiduciária é contrato acessório que visa à constituição da propriedade fiduciária para garantia de financiamento. Entretanto, ambos têm em comum

3.1. Estrutura e função do contrato de financiamento com garantia real

Com efeito, a concessão de financiamento ou o parcelamento de certo pagamento configura concessão de crédito, no seu mais amplo sentido, operação que é necessariamente precedida de análise do cadastro e da renda do solicitante do crédito. É com base nesse exame que se fixa o limite da operação, considerada a capacidade de pagamento do pretendente. É a partir do exame desses dados que o credor estabelece as demais condições do financiamento.

O valor das prestações mensais e o prazo do contrato são estabelecidos em estrita conformidade com a capacidade de pagamento do tomador, isto é, dentro de um limite considerado suportável em relação à sua renda. Com efeito, o financiamento, e o conseqüente parcelamento do pagamento têm como óbvio pressuposto a incapacidade do tomador de pagar integralmente o preço, de uma só vez.

Por isso é que precisa do financiamento e do parcelamento, e é esse mesmo pressuposto que leva a crer que, por ocasião da busca e apreensão, o devedor também não terá capacidade financeira para pagar a totalidade da dívida. Essa circunstância poderia levá-lo a perder seu direito à aquisição do bem, importando em imediata consolidação da propriedade no patrimônio do credor sua venda logo a seguir.

Consideradas as alternativas que se põem diante do credor - receber as parcelas vencidas, com a recomposição do fluxo mensal de recebimentos, ou apropriar-se do bem e vendê-lo - parece não haver dúvida de que sua prioridade será o recebimento do crédito, ainda que parceladamente, sendo a apropriação do bem sua última opção, só admissível após frustradas todas as oportunidades de emenda da mora.

É que o interesse do credor é o recebimento do seu crédito e não a apropriação do bem. Importa que receba no prazo programado e com os rendimentos pactuados, que são calculados em termos compatíveis com o prazo de retorno do capital emprestado.

o fato de serem contratos de trato sucessivo, em que o pagamento da obrigação se faz parceladamente, justificando-se, por esse aspecto, equiparação de tratamento no que tange à purgação da mora, como forma de viabilizar a aplicação do princípio da conservação dos contratos.

No caso das instituições financeiras, o crédito é o próprio objeto da sua atividade econômica, sendo certo que o retorno dos financiamentos em prestações se desenvolve num compasso estabelecido em harmonia com a rentabilidade por ele almejada e com as perspectivas de reaplicação dos valores recebidos, de tal modo que, eventualmente, o recebimento antecipado de uma dívida pode se tornar inconveniente para o credor.

Por isso mesmo, em países em que as operações de crédito são feitas em larga escala, o pré-pagamento é considerado indesejável, de tal modo que os financiadores procuram desencorajá-lo, estipulando cláusulas penais que impõem multa ao devedor que antecipar o pagamento, pois o que atende ao interesse do credor é a regularidade do fluxo financeiro, que lhe assegura o recebimento do seu crédito no prazo programado, e não antes.

3.2. O princípio da conservação do contrato

De outra parte, a apropriação plena do bem por parte do credor deve ser sempre vista como solução excepcional, a ser adotada somente na hipótese de não ser possível, em curto prazo, a recomposição do curso normal da programação financeira do contrato. Além disso, e considerando a função dos direitos reais de garantia, não se pode esquecer que o vínculo que se estabelece entre o titular da propriedade fiduciária em garantia e o bem visa tão-somente a realização do seu valor econômico para satisfação do crédito, e não a apropriação do bem.

Efetivamente, a recomposição do fluxo de pagamento, mediante pagamento das prestações vencidas, viabiliza a conservação do contrato e, assim, contribui para a realização da sua função social, no seu mais amplo sentido.

Não se deve, entretanto, admitir o uso abusivo dessa prerrogativa, devendo ser coibida a reiteração, tal como ocorre, por exemplo, na lei das locações, pela qual a faculdade de purgação da mora não é admitida se o locatário a tiver utilizado por duas vezes nos doze meses imediatamente anteriores à propositura da ação de despejo fundada na falta de pagamento.⁴

⁴ Art. 62, parágrafo único, da Lei nº 8.245/91.

Em suma, a interpretação segundo a qual a purgação da mora se faz pelo montante das prestações que se vencerem até a data do pagamento atende, de uma parte, ao interesse do devedor de adquirir o bem mediante pagamento parcelado do preço. De outra parte, atende também ao interesse do credor de receber seu crédito, pois o objeto da sua atividade econômica é o crédito, e não a comercialização do bem objeto da garantia.

Já a ruptura do contrato, que se opera pelo vencimento antecipado da totalidade do saldo do financiamento, constitui anomalia em face da função econômica peculiar a essa modalidade de financiamento, devendo ser priorizada a purgação da mora mediante pagamento das prestações vencidas e não pagas, como forma de restaurar o programa contratual.

Nesse sentido, registre-se a manifestação emitida logo após a promulgação da lei pelo Fórum Permanente de Juízes de Varas Cíveis de Pernambuco, na forma do Enunciado nº 32, sob fundamento de que "o direito à purgação da mora subsiste, pois decorre de outros dispositivos legais, a que o aplicador não pode deixar de recorrer quando tiver de garanti-la ao réu na ação de busca e apreensão, numa interpretação sistemática dos diversos diplomas legais sobre relações obrigacionais e dos princípios fundamentais das relações de consumo". Invoca-se, também, o princípio geral da conservação dos contratos e a prerrogativa conferida ao consumidor pelo § 2º do art. 54 do Código de Defesa do Consumidor, em articulação com a Súmula 297 do STJ, pela qual "o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".

3.3. A aplicação da cláusula resolutória a critério do consumidor

Embora não pareça necessário buscar apoio na prerrogativa conferida pelo § 2º do art. 54 do CDC para assegurar o direito à purgação da mora, na medida em que os fundamentos já se encontram nas normas gerais relativas às obrigações, seja para as relações contratuais de consumo ou para os contratos paritários, importa também dispensar atenção a esse fundamento.

Com efeito, ao estabelecer os procedimentos relativos à ação de busca e apreensão do bem móvel objeto de alienação fiduciária, o § 2º do art. 3º do Decreto-lei nº 911/69, com a redação dada pela Lei nº 10.931/2004, prevê que, no prazo de 5 dias após a execução da liminar, "o devedor fiduciante poderá *pagar a integralidade da dívida pendente...*" (grifamos).

Embora alguns julgados venham interpretando a expressão "dívida pendente" como "dívida vencida, sem abarcar as parcelas vincendas" (por exemplo: TJSP, Agravo de Instrumento 1132142003, 34ª Câmara de Direito Privado, j. 17.12.2007), o certo é que o § 2º do art. 3º do Decreto-lei nº 911/69 se refere à totalidade do saldo devedor do financiamento, pois prevê que, uma vez paga tal "integralidade da dívida pendente," *o bem será restituído ao devedor-fiduciante "livre do ônus,"* (grifamos) liberando essa que pressupõe, obviamente, a quitação e a extinção dos contratos de mútuo e de alienação fiduciária.

Efetivamente, *o pagamento da integralidade da dívida importa em extinção do contrato de mútuo*, com a conseqüente extinção do contrato de alienação fiduciária, e nesse caso a extinção terá decorrido de resolução por inexecução de obrigação do devedor; o contrato comporta a cláusula resolutória, mas nas relações de consumo por adesão a escolha pela resolução cabe ao consumidor, sendo-lhe assegurado optar entre a resolução do contrato, mediante pagamento integral da dívida, e a conservação do contrato, mediante purgação da mora.

3.4. A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591

De outra parte, as normas de conduta do CDC se aplicam às operações e serviços bancários, tal como decidiu o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591, afastando qualquer dúvida de que nos contratos de financiamento com garantia fiduciária, celebrados por adesão com instituições financeiras, não pode ser negada ao devedor-fiduciante aderente a purgação da mora com o conseqüente convalhecimento do contrato; nesses casos, a resolução do contrato, com o pagamento da integralidade da dívida, deve sempre ser vista como alternativa a critério do consumidor; assim, cabe ao devedor-fiduciante optar entre o pagamento inte-

gral do saldo devedor, que pressupõe a resolução do contrato, e a purgação da mora mediante pagamento das prestações vencidas.

No que tange aos contratos de alienação fiduciária, em geral, embora não se apliquem os fundamentos contidos na ADIn 2.591, ainda assim a purgação da mora deve ser admitida, porque assegurada pelas normas genéricas relativas à mora (Código Civil, arts. 394 e seguintes) e às obrigações, independente da prerrogativa de que trata o § 2º do art. 54 do CDC.

4. A JURISPRUDÊNCIA

Sob esses fundamentos, já passados mais de três anos da vigência da Lei nº 10.931/2004, a jurisprudência majoritária assegura ao devedor-fiduciante a purgação da mora mediante pagamento das prestações vencidas mais encargos, "porquanto tal faculdade deriva de outras disposições legais relacionadas com os direitos constitucional, obrigacional e de proteção das relações de consumo, as quais devem ser interpretadas de forma sistemática,"⁵ inclusive a prioridade que se confere à manutenção do contrato, até mesmo em caso de onerosidade excessiva (Código Civil, art. 479)⁶, como ocorre em relação aos contratos de *leasing* e de venda com reserva de domínio, a que nos referimos anteriormente.

5. CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE NO CREDOR

A nova lei mantém a apreensão liminar do bem, mas antecipa a consolidação da propriedade no patrimônio do credor fiduciário, autorizando-o a vender o bem logo após o cumprimento da liminar de apreensão, caso o devedor não purgue a mora nos cinco dias que

⁵ Trecho do voto da Desembargadora Isabel de Borba Lucas, relatora do Agravo de Instrumento nº 70016941668, da 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado 21.9.2006.

⁶ A Lei nº 10.931/2004 entrou em vigor há pouco mais de três anos, de modo que ainda não se tem notícia de decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre essa matéria. Seguem alguns acórdãos de tribunais estaduais:

"Direito Processual Civil. Aplicação do artigo 557 do Digesto Processual e do artigo 31, inciso VIII, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça. Recurso manifestamente improcedente. Direito Processual Civil. Agravo de instrumento. Alienação Fiduciária. Busca e apreensão. Decisão que deferiu a purga da mora. Inobstante a nova redação do artigo 3º, § 2º do Decreto-Lei 911/69, não restou vedada a possibilidade do devedor efetuar o pagamento das prestações vencidas nos contratos de alienação fiduciária, pois da expressão poderá pagar ressalta tal possibilidade. Princípio da probidade e boa-fé nos contratos. Artigos 422 e 423 do Código Civil. Manutenção dos contratos. A par da prioridade que se confere à manutenção do contrato, até mesmo em caso de onerosidade excessiva (Código Civil, art. 479), a mora em contratos dessa espécie enseja a possibilidade de purgação, circunstância que faz convalescer o contrato, só se admitindo a

se seguirem a esse ato. Pelo procedimento anterior, a propriedade só se consolidava após transitada em julgado a sentença que julgasse procedente o pedido, e só aí é que o credor poderia vender o bem.

resolução depois de esgotadas todas as oportunidades de emenda da mora. Apesar de a dívida ser considerada uma, o direito positivo assegura a purgação mediante pagamento das parcelas vencidas em atenção à função econômica e social do contrato de crédito e de venda com pagamento parcelado, sobretudo os que envolvam situações de maior densidade social. Recurso a que se nega seguimento pela manifesta improcedência." (TJR), 6ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 2007.002.34.397, relator Desembargador Nagib Slaibi Filho, julgamento 13.12.2007).

"Agravo de Instrumento. Ação de Busca e Apreensão. Alienação Fiduciária. Purga da mora. Possibilidade. Agravo contra decisão que deferiu a purga da mora em ação de busca e apreensão de veículo objeto de alienação fiduciária em garantia. A Lei nº 10.931/04, que alterou a redação do art. 3º do Decreto-lei nº 911/69, não vedou o direito do devedor de purgar a mora na ação de busca e apreensão. Entendimento jurisprudencial deste E. Tribunal de Justiça. Agravo conhecido e desprovido." (TJR), 13ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 2007.002.229209, relator Desembargador Azevedo Pinto, voto vencido Desembargador Nametala Jorge, julgamento 31.10.2007).

"Alienação fiduciária - Busca e apreensão - Artigo 3º, § 1º, do Decreto nº 911/69 - Redação dada pela Lei nº 10.931/2004 - Purga da mora - Admissibilidade - Faculdade não exercida pelo devedor - Venda do bem antes da sentença - Deferimento. A nova redação do artigo 3º, § 1º, do Decreto-lei nº 911/69, dada pela Lei n. 10.931/2004, não excluiu a possibilidade de o devedor purgar a mora, nas ações de busca e apreensão, devendo ser interpretada à luz do Código de Defesa do Consumidor (art. 54, § 2º). No entanto, cumprida a liminar e não havendo intenção do devedor em purgar a mora, é de se admitir a venda do bem antes da sentença." (TJSP, 35ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 1140912008, relator Desembargador Clóvis Castelo, julgamento 17.12.2007).

"Ação de busca e apreensão. Alienação fiduciária em garantia. Puração da mora perante a Lei nº 10.931, de 2004. Valores. Parcelas vencidas até a data do depósito acrescidas dos encargos pertinentes. As disposições introduzidas no procedimento pela Lei nº 10.931, de 2004, não suprimiram a possibilidade de purgação da mora nas ações de busca e apreensão regidas pelo Decreto-lei nº 911, de 1969. A expressão "dívida pendente" do § 2º, na artigo 3º do Decreto-lei nº 911, de 1969, refere-se à dívida vencida, sem abarcar as parcelas vincendas, facultando-se a purgação da mora e a sobrevida do contrato, uma vez que, não sendo permitida a elisão, estaria desnaturada a natureza do contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária." (TJSP, 34ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento 1132142003, relator Desembargador Irineu Pedrotti, julgamento 17.12.2007).

"Agravo de instrumento. Ação de busca e apreensão. Inviabilidade da constituição em mora. Purga da mora. Valor devido. Complementação do depósito. Mesmo após do advento da Lei nº 10.931/04, para fins de purga da mora, o devedor deve depositar o valor devido e vencido até a data do depósito, não devendo ser incluídas, no cálculo do débito, as parcelas vincendas. Agravo de Instrumento parcialmente provido." (TJRS, 13ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 70019623651, relatora Desembargadora Lúcia de Castro Boller, julgamento 9/5/2007).

"Agravo de Instrumento. Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão. Purga da mora mediante o pagamento das parcelas atrasadas do contrato até o dia do depósito, acrescidas dos seus encargos moratórios. Direito a ser assegurado ao devedor fiduciário mesmo após o advento da lei 10.931/04. Interpretação sistemática de princípios constitucionais, obrigacionais e de proteção às relações de consumo. Desconsideração do vencimento antecipado da avença. Negado seguimento ao agravo de instrumento." (TJRS, 14ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 70016941668, relatora Desembargadora Isabel de Borba Lucas, julgamento 21/9/2006).

"Ação de busca e apreensão. Alienação fiduciária. Purga da mora fora do prazo legal. Na ação de busca e apreensão, cujo procedimento é de cognição restrita, a mora constitui-se ex re, exigindo-se, para comprová-la, a simples notificação, contendo referência, apenas, ao contrato inadimplido (Decreto-lei nº 911/69). Com o advento da Lei nº 10.931/2004, o prazo para a purga da mora é de 05 dias, ressalvando-se que o pagamento deve ser feito integralidade da dívida, segundo os valores apresentados pelo credor, sob pena de consolidação da posse e propriedade em favor do credor fiduciário. Sentença correta. Recurso improvido." (TJR), 1ª Câmara Cível, relator Desembargador Maldonado de Carvalho, julgamento 6.11.2007).

"Alienação fiduciária em garantia. Ação de busca e apreensão. Decisão do juízo a quo deferiu a liminar, que foi devidamente cumprida. Agravado citado que requer a purga da mora e parcelamento do débito. Decisão agravada que determinou o pagamento integral, incluindo, até, as custas e honorários advocatícios. Alegação do agravante de que, com a alteração inserida pela lei 10.931/2004, não há mais purga de mora, mas sim pagamento integral da dívida. Não apresentado pedido de pagamento integral do débito, no prazo do art. 3º, §§ 1º e 2º do Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, com a redação que lhe deu a Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004, não tem mais o devedor direito a pagar. Propriedade e posse já consolidadas no agravante, nos termos do § 1º citado. Provimento do recurso." (TJR), 15ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 2007.002.29750, relator Desembargador Sérgio Lúcio Cruz, julgamento 13.12.2007).

Como consta da Exposição de Motivos (Projeto de Lei do Executivo 3.065/2004) essa antecipação visa a evitar o risco de deterioração do bem, sobretudo quando se trata de automóveis, que permanecem em pátios ao longo de todo o processamento até o trânsito em julgado da sentença.

Faz sentido.

Para atender a esse propósito, a lei prevê que, efetivada a apreensão do bem e não havendo purgação da mora nos cinco dias subseqüentes, consideram-se de pleno direito consolidadas a propriedade e a posse no patrimônio do credor, expedindo-se desde logo novo certificado em nome do credor ou do terceiro para o qual ele tenha vendido o bem.

De fato, a propriedade fiduciária em garantia nada mais é do que uma propriedade subordinada a uma condição resolutiva; o evento a que corresponde essa condição é o pagamento da dívida vinculada à propriedade fiduciária, e sua reversão ou consolidação resulta, de pleno direito, da verificação da condição, que, quando expressa, "opera de pleno direito, independente de interpelação, vale dizer, verificada a condição (seja positiva, seja negativa), atua automaticamente sobre o vínculo jurídico, resolvendo-o (...) vale por si só e dispensa a intervenção do judiciário."⁷ Por isso mesmo, a sentença que julga procedente o pedido na ação de busca e apreensão tem caráter declaratório,⁸ "não é a sentença que constitui a consolidação da propriedade (...) simplesmente a declara",⁹ pois a consolidação já terá ocorrido tão-só por efeito do evento correspondente à condição.

Nesse aspecto, a reformulação legislativa da Lei 10.931/04 está coerente com os princípios.☐

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil**. Revista e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. Atualizadora: Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 20. ed., 2004, v. I, p. 568/569). No mesmo sentido, Espínola assinala que os efeitos da condição, quando expressa, se produzem "sem intervenção dos tribunais e dispensada qualquer ação. Não é necessária a intervenção do juiz para pronunciar a resolução do contrato, não lhe sendo lícito até mesmo considerá-lo como não extinto." in CARVALHO SANTOS, J. M. de, **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 12. ed., 1984, v. III, p. 71.

⁸ RESTIFFE NETO, Paulo. **Garantia fiduciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 381.

⁹ ASSUMPÇÃO, Márcio Calil. **Ação de busca e apreensão decorrente de alienação fiduciária em garantia**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2. ed., 2006, p. 153.

Ação Individual e Ação Coletiva

O Fenômeno da Unitariedade e a Legitimidade de Agir

Marcelo Daltro Leite

Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

1. INTRODUÇÃO

A ação é um direito¹ público, autônomo e abstrato. Público porque corresponde a "uma situação jurídica de que desfruta o autor perante o Estado"². Autônomo porquanto sua existência não está subordinada à existência do alegado direito subjetivo material objeto da lide. Abstrato em relação à natureza do provimento jurisdicional, isto é, há direito de ação ainda que a sentença seja de improcedência do pedido; não há qualquer vinculação entre o direito de ação e a natureza do provimento jurisdicional.

O exercício do direito de ação está sujeito, no entanto, ao preenchimento de "requisitos básicos, sem cuja presença o órgão jurisdicional não estará em situação de enfrentar o litígio e dar às partes uma solução que componha definitivamente o conflito de interesses"³.

¹ Parte considerável da doutrina entende que a ação não é um direito, mas um poder. A discussão a respeito desta questão não se afigura relevante para o tema em exame neste capítulo de modo a indicar que a mesma deva ser tratada nesta obra.

² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido. **Teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 1979, p. 219.

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 62

A estes requisitos a doutrina tem denominado condições da ação, conceituadas por Arruda Alvim como "categorias lógico-jurídicas, existentes na doutrina e, muitas vezes na lei (como é claramente o caso do direito vigente), mediante as quais se admite que alguém chegue à obtenção da sentença final"⁴.

A legislação pátria, conforme anotado por Arruda Alvim, acolheu as condições da ação nos seguintes termos:

Art. 267 - Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito:

....

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

A dicção do texto transcrito parece indicar que a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual seriam exemplos das condições da ação, mas em verdade são os três requisitos genéricos reconhecidos pela doutrina como necessários à emissão de sentença de mérito.

Humberto Theodoro Júnior⁵, discorrendo sobre as condições da ação, esclarece:

Para aqueles que, segundo as mais modernas concepções processuais, entendem que a ação não é direito concreto à sentença favorável, mas poder jurídico de obter uma sentença de mérito, isto é, sentença que componha definitivamente o conflito de interesses de pretensão resistida (lide), as condições da ação são três:

1ª) possibilidade jurídica do pedido;

2ª) interesse de agir;

3ª) legitimidade de parte.

⁴ ARRUDA ALVIM, J.M. *apud* Theodoro Júnior, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: 2005, p. 62

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 63.

As condições da ação são requisitos necessários para que o juiz possa emitir um provimento final de composição da lide. A falta de qualquer destes requisitos impede a solução do litígio e impõe ao julgador a terminação do processo, conforme esclarece Sérgio Bermudes⁶:

Nem sempre é possível ao juiz decidir o mérito. Isso ocorrerá quando faltar algum requisito para que ele desempenhe essa função. Nesse caso, ele repele a iniciativa do autor, declarando, simplesmente, a inexistência de condição para a prestação jurisdicional de composição da lide. Profere, então, uma sentença de encerramento da sua atividade, denominada sentença terminativa, porque, se ela exaure a missão do juiz, não alcança o objetivo nem de prevenir nem de compor a lide.

Alexandre Freitas Câmara⁷, discorrendo sobre o tema, conclui que o termo "condições" não se aplica adequadamente ao instituto em questão; melhor seria a expressão "requisitos do provimento final". Nada obstante a inadequação terminológica, entende que o termo já está consagrado na doutrina e, por tal motivo, deve ser acolhido:

Como afirmamos no tópico anterior, as tradicionalmente chamadas "condições da ação" são, a nosso juízo, requisitos do provimento final. Não se mostra adequada a utilização da designação "condições", uma vez que não se está aqui diante de um evento futuro e incerto a que se subordina a eficácia de um ato jurídico, sendo por esta razão preferível falar em requisitos. Ademais, não parece que se esteja aqui diante de requisitos da ação, pois esta, a nosso sentir, existe ainda que tais requisitos não se façam presentes. Mesmo quando ausente alguma das condições da ação, o que levará à prolação de sentença meramente terminativa, a qual não contém resolução

⁶ BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 53.

⁷ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, v. I, p. 120.

do mérito, terá havido exercício de função jurisdicional, o que revela ter havido exercício do poder de ação. Assim, e considerando que a presença de tais requisitos se faz necessária para que o juízo possa proferir o provimento final do processo (a sentença de mérito no processo cognitivo, a satisfação do crédito no processo executivo, a sentença cautelar no processo dessa natureza), é que preferimos a denominação requisitos do provimento final... É comum encontrarmos em sede doutrinária a enumeração de três condições da ação, freqüentemente designadas legitimidade das partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

A legitimidade das partes é condição da ação que "se configura na simples coincidência entre a situação afirmada (apenas afirmada) pelo autor, ao propor a ação, e o esquema de proteção traçada pela lei"⁸.

O requisito da pertinência subjetiva da ação encontra, de regra, sua adequação na coincidência entre os sujeitos da relação jurídica de direito material e os sujeitos da relação jurídica de direito processual, razão pela qual "entende o doutor Arruda Alvim que estará legitimado o autor quando for o possível titular do direito pretendido, ao passo que a legitimidade do réu decorre do fato de ser ele a pessoa indicada, em sendo procedente a ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença"⁹.

Esta equação, partes processuais = partes materiais (entendendo partes como sujeitos da relação jurídica), encontra sua afirmação legislativa no art. 6º do Código de Processo Civil:

Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

A pertinência subjetiva da ação, quando se determina na coincidência entre os sujeitos da relação jurídica de direito processual e

⁸ BERMUDEZ, Sérgio. **Introdução ao Processo Civil**. Forense: Rio de Janeiro, 2002, p. 54.

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 67.

os sujeitos da relação jurídica de direito material, dá causa à chamada legitimação ordinária.

Pode ocorrer, entretanto, que a legitimação para exercer o direito de ação não se afirme naquela equação, mas em outros critérios previstos em lei, conforme autoriza a segunda parte do art. 6º do Código de Processo Civil, de tal modo que aquele que não é sujeito da relação jurídica de direito material possa, em nome próprio, defender em juízo a posição jurídica de outrem, assumindo a posição de parte na relação jurídica de direito processual.

Aluísio Gonçalves de Castro Mendes¹⁰, ao tratar da legitimação para agir nas ações coletivas, recorrendo às lições do incomparável mestre Barbosa Moreira, anota:

Mas, por vezes, como leciona José Carlos Barbosa Moreira "em atenção a motivos especiais de conveniência, confere a lei eficácia legitimante à situação subjetiva diversa da que se submete, como objeto do juízo, à apreciação do órgão judicial. Esses casos, que são excepcionais, fundam-se quase sempre na existência de um vínculo entre as duas situações, considerado suficientemente intenso, pelo legislador, para justificar o fato de autorizar-se alguém, que nem sequer se afirma titular da res iudicium deducta, a exigir do juiz um pronunciamento sobre direito alheio".

A condição da ação denominada legitimidade de parte (*legitimatio ad causam*) pode ser, ao menos à luz do art. 6º do Código de Processo Civil, de duas espécies: ordinária e extraordinária.

Desta forma, "havendo coincidência entre a situação legitimante e a causa posta em juízo estar-se-á diante de legitimação ordinária"¹¹. Não ocorrendo tal relação de adequação e existindo hipótese de a lei autorizar que "alguém demande ou venha a ser demandado, em nome próprio, para defender direito que, suposta-

¹⁰ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: RT, 2002, p. 240.

¹¹ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: RT, 2002, p. 240.

mente, em parte ou no todo, não lhe pertence, a legitimação será extraordinária¹².

O surgimento da ação coletiva produziu na doutrina novas reflexões sobre o instituto da legitimação para agir.

Pedro Lenza¹³ esclarece que "ao que parece, a grande maioria da doutrina posiciona-se pela legitimação extraordinária nas ações coletivas, havendo substituição processual da coletividade. Nesse sentido, destaquem-se Grinover, Dinamarco, Yarshell, Zavaski, Vigliar, Pedro da Silva Dinamarco e Ephraim de Campos Junior".

Vale registrar duas posições na doutrina que rejeitam a tese da legitimação extraordinária.

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro¹⁴, discorrendo sobre a legitimação do Ministério Público na ação civil pública, afirma que a mesma é ordinária:

O Ministério Público, como órgão agente no campo cível, promove a ação civil pública, figurando nessa qualidade, como parte principal.

Não se trata de substituição processual, pois a atuação do MP se dá nessa hipótese em nome próprio, defendendo interesse público lato sensu, do qual é titular como órgão do Estado, da própria sociedade como um todo.

Pouco importa que existam, eventual e reflexamente, interesses patrimoniais de pessoas ou grupos, vez que a intervenção do MP não tem por finalidade a defesa desses eventuais direitos patrimoniais, mas antes sua atuação se dá porque o legislador, naquele momento, entendeu que aqueles direitos interessariam diretamente à própria sociedade, politicamente organizada, como verdadeiros direitos sociais.

*A grande linha divisória a possibilitar identificar a atuação do MP como parte na ação civil **lato sensu**, seja como substituto*

¹² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: RT, 2002, p. 241.

¹³ LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: RT, 2003, p. 179/180.

¹⁴ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal: promotor natural, atribuição e conflito*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 26-27.

processual (legitimado extraordinário), e, portanto, defendendo direito alheio, seja como parte principal (legitimado ordinário), defendendo direito social, é traçada na medida em que predominem, nos interesses em jogo, respectivamente, o interesse particular de terceiros ou o interesse público da sociedade politicamente organizada. Não pretendemos, neste trabalho, que não tem por escopo analisar a ação civil pública, esgotar o tema; entretanto, reservaremos a expressão ação civil pública como meio de exercício de atividade institucional do MP, como previsto constitucionalmente e, portanto, este, ao exercitá-la, estará agindo sempre como parte principal (legitimado ordinário).

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁵ defendem tese de legitimação autônoma para condução do processo:

A dicotomia clássica legitimação ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito. Não poderia ser admitida ação judicial proposta pelos 'prejudicados pela poluição', pelos 'consumidores de energia elétrica', enquanto classe ou grupo de pessoas. A legitimidade para a defesa dos direitos difusos e coletivos não é extraordinária (substituição processual), mas sim legitimação autônoma para a condução do processo.

Barbosa Moreira¹⁶, ao menos em relação à legitimação das associações e dos sindicatos para defesa dos interesses de seus as-

¹⁵ NERY JR., Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil em vigor*. São Paulo: RT, 2001, p. 1885.

¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988". *Revista do Processo*. São Paulo: RT, n. 61.

sociados, defende que se trata de "legitimação extraordinária e, portanto, de eventual substituição processual".

A legitimidade de agir nas ações coletivas está restrita ao Ministério Público, à União, aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal, às entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor e, finalmente, às associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor. Este o rol de legitimados previsto no art. 82 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e no art. 5º da Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).

A legislação pátria, conforme anota Kazuo Watanabe¹⁷, adotou a fórmula da legitimação *ope legis*¹⁸, isto é, restrita às hipóteses previstas em lei, sem margem de valoração pelo Juiz de eventual legitimação não prevista em lei. O referido autor preferia a legitimação a partir da idéia da "adequada representatividade", adotando o sistema norte-americano do *ope judicis*.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A ILEGITIMIDADE/LEGITIMIDADE DO INDIVÍDUO PARA AÇÃO INDIVIDUAL DE NATUREZA COLETIVA UNITÁRIA

O exame dos dispositivos legais que delimitam os legitimados ao exercício do direito de ação de tutela coletiva implica em constatação que não pode ser afastada: o indivíduo não tem legitimidade para o exercício de tal direito.

A doutrina procura indicar quais os motivos que levaram o legislador a afastar a legitimidade do indivíduo para a ação coletiva:

"Mas ponderações várias, como as pertinentes ao conteúdo político das demandas, à possibilidade de pressões quanto à

¹⁷ WATANABE, Kazuo. Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 824.

¹⁸ *Ope legis*. Locução latina que significa *por força de lei*, em virtude de lei, cf. Marcus Cláudio Acquaviva, Dicionário Enciclopédico de Direito. Brasiliense.

propositura e prosseguimento da demanda, à produção de prova adequada e ao prosseguimento destemido nas instâncias superiores, e à necessidade, enfim, de um fortalecimento do autor da demanda coletiva, fizeram com que se excluísse a legitimação individual para a tutela coletiva dos consumidores a título coletivo"¹⁹.

A restrição legal à legitimação do indivíduo na defesa de interesse/direito coletivo, no entanto, não deve ser desde logo acolhida pela doutrina de maneira irrefletida e genérica, sem consideração da natureza em si do direito objeto de lide. Os interesses/direitos, conforme sejam essencial ou acidentalmente coletivos, deverão sofrer tratamento diferenciado em razão da existência ou não de situação plurissubjetiva unitária.

O exame da distinção proposta pelo parágrafo único do art. 81, do Código de Defesa do Consumidor, em termos de interesses/direitos indivisíveis e divisíveis, indica que o fato distintivo entre os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos é a unitariedade da situação em que estão envolvidos aqueles e que falta a estes.

A unitariedade dos interesses/direitos difusos e coletivos *stricto sensu* imporia solução uniforme para todos os envolvidos na situação plurissubjetiva objeto da lide.

A solução uniforme, importa ressaltar ao extremo, não resultaria de um senso de justiça ou de uma necessidade lógica, mas de uma imposição concreta e prática, conforme anota Barbosa Moreira²⁰ em seus estudos sobre o litisconsórcio unitário, instituto de direito processual em tudo semelhante ao, igualmente, instituto de direito processual denominado interesses/direitos coletivos, valendo repetir seu alerta:

São de ordem prática - e não de ordem puramente lógica - as necessidades para cujo atendimento a imaginação do legisla-

¹⁹ WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 815.

²⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 144; *Revista do Processo*. "Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988". São Paulo: RT, n. 61.

*dor criou o duplo expediente da extensão da **res iudicata** e da unitariedade do litisconsórcio, com seu regime especial...É preciso que a regra jurídica concreta formulada na sentença não possa operar praticamente senão quando aplicada às várias posições individuais.*

Vale definir, nesta quadra, interesse/direito essencialmente coletivo, à luz de sua similitude com o litisconsórcio unitário:

Interesse/direito essencialmente coletivo é instituto de direito processual que visa regular numa só norma jurídica concreta situações pluri-subjetivas unitárias de dimensão coletiva que compreendem um número indeterminado (difusos) ou determinável (coletivos stricto sensu) de pessoas que têm posições jurídicas individuais de tão íntima comunhão em relação a determinado bem, que a solução para a lide deve ser uniforme, do ponto de vista prático, para todos os titulares.

A unitariedade destas situações plurissubjetivas admite afirmação no sentido de que a preservação do direito de um dos interessados é a preservação dos demais, a perda do direito de um é a perda dos direitos dos demais ou, ainda, a modificação do direito de um é a modificação dos direitos dos demais. Em outros termos, se a situação fático-jurídica em exame é plurissubjetiva de natureza unitária, disto resulta que a solução deve ser, não só a mesma para todos, mas deve influir concretamente na situação fático-jurídica de cada indivíduo de modo idêntico.

Hipótese clássica e rica, e por isso mesmo acolhida por parte da doutrina, diz respeito à legitimação para exercer direito de ação para coibir agressão ao meio ambiente. Antes de enfrentar tal questão, parece necessário que se proponham duas indagações que permitirão uma melhor reflexão sobre o tema: 1^a) Poderia um morador ribeirinho propor ação civil pública de obrigação de não fazer (abster-se de poluir) e de fazer a reparação de danos ao meio ambiente em face de empresa que estivesse poluindo o rio que margeia sua propriedade? 2^a) Poderia um morador ribeirinho propor ação indivi-

dual de obrigação de não fazer (abster-se de poluir) e reparação de danos ao meio ambiente em face de empresa que estivesse poluindo o rio que margeia sua propriedade?

A violação ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é, sem sobra de dúvida, uma ofensa que merece tratamento unitário, razão pela qual se cuida de hipótese de interesse/direito essencialmente coletivo, na espécie difuso. A doutrina diverge sobre o tema e as respostas a estas indagações encontram soluções distintas.

Kazuo Watanabe²¹, discorrendo sobre a legitimação do indivíduo para ação coletiva, sustenta:

Pelas regras que disciplinam as obrigações indivisíveis, seria admissível, em linha de princípio, a legitimação concorrente de todos os indivíduos para defesa dos interesses difusos ou coletivos de natureza indivisível. Mas ponderações várias, como as pertinentes ao conteúdo político das demandas, à possibilidade de pressões quanto à propositura e prosseguimento da demanda, à produção de prova adequada e ao prosseguimento destemido nas instâncias superiores, e à necessidade, enfim, de um fortalecimento do autor da demanda coletiva, fizeram com que se excluísse a legitimação individual para a tutela coletiva dos consumidores a título coletivo.

A posição do referido autor parece indicar que não admite a defesa individual de situação plurissubjetiva de dimensão coletiva e de natureza unitária, sem qualquer ressalva na hipótese do titular de direito violado sofrer diretamente a ofensa. As respostas às duas perguntas restariam negativas.

Esta posição expressa incompreensão sobre a dinâmica das situações plurissubjetivas unitárias.

Se o proprietário ribeirinho teve de modo direto (e não reflexamente) violado direito de usar e gozar plena e qualitativamente de sua propriedade em razão de conduta ilícita de vizinho de

²¹ WATANABE, Kazuo. Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 815.

rio acima, parece razoável e jurídico que possa buscar proteção jurisdicional para condenar o culpado em obrigação de não fazer, cessando com a ofensa, e, ainda, para condená-lo na obrigação de fazer, consistente em reparar o dano, obrando para que o meio ambiente seja recomposto ao *status quo ante*. Não admitir o direito de ação é, sem dúvida, uma ofensa ao direito fundamental de acesso à justiça garantido no inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição da República (inafastabilidade do controle jurisdicional).

O interesse/direito indivisível e, portanto, a situação plurissubjetiva unitária que ele busca resguardar por meio de regulação uniforme, não muda sua natureza em razão do *nomen iuris* que se dá à ação ou em razão da legitimação respectiva.

Não resta dúvida de que, se formulados pedidos idênticos em ação coletiva e em ação individual, ambas tendo por objeto a mesma situação plurissubjetiva costurada pelo vínculo da unitariedade, a solução para ambas as ações terá que ser a mesma, pena de antinomia prática a inviabilizar a execução das sentenças. Resulta desta conclusão que negar legitimidade àquele que sofreu de forma direta (e não de forma reflexa) a ofensa ao meio ambiente, sob o fundamento de que a ação tem natureza coletiva e a lei nega tal legitimação ao indivíduo, implica, repita-se, negar efetividade a comando constitucional.

Se é verdade que a legislação infraconstitucional não concedeu ao indivíduo legitimidade para a ação coletiva, não menos verdade é que, se o indivíduo sofre de forma direta (e não de forma reflexa) a ofensa, tem ele o direito de buscar proteção do Judiciário contra a ofensa de que foi vítima.

Esta contradição não ficou despercebida por Gregório Assagra de Almeida, muito embora suas conclusões não sejam plenamente satisfatórias. Sustenta, o referido autor:

O indivíduo, salvo na condição de cidadão, e precisamente nas hipóteses de admissibilidade de ação popular, como foi analisado no item anterior, não é portador de legitimidade ativa provocativa no campo do direito processual coletivo comum. No que tange aos direitos difusos de dimensão individual, tendo em vista que o indivíduo poderá ser atingido diretamente

em sua esfera de direito subjetivo, a Constituição Federal garante-lhe o acesso à justiça (art. 5º, XXXV). Todavia, o que ele irá buscar, via tutela jurisdicional, não é proteção de um direito difuso, cujo titular é uma coletividade de pessoas indeterminadas e indetermináveis, mas de seu direito subjetivo diretamente atingido. A ação, o processo e a coisa julgada, na hipótese pertencem ao direito processual individual; são aplicáveis, assim, as disposições do CPC. O que se nota na hipótese é que, tendo em vista que se trata de um direito cujo bem jurídico tutelado é, no mundo dos fatos, de impossível divisão, a procedência do pedido formulado na ação individual ajuizada poderá atingir, favoravelmente, no mundo dos fatos, provocando até mesmo efeitos análogos aos da procedência do pedido da Ação Coletiva, caso fosse ajuizada, a comunidade de pessoas indeterminadas, titular do respectivo direito difuso. Cita-se como exemplo, a questão ambiental, consoante já salientado em tópico anterior, quando se tratou do objeto do direito processual coletivo.

A posição de Assagra de Almeida, inobstante a excelência de sua obra, guarda, igualmente, incompreensões sobre a natureza dos interesses/direitos essencialmente coletivos, resultando negativa a resposta à primeira pergunta acima formulada, mas afirmativa a resposta à segunda pergunta, embora o resultado prático de ambas as ações venha a ser idêntico.

De início, convém lembrar a opinião defendida pelo autor deste trabalho de que os interesses/direitos coletivos não são direitos de uma coletividade numa perspectiva jurídica de direito material, na medida em que a coletividade (ou a sociedade) não é pessoa e, portanto, não é titular de direitos e de obrigações (embora a sociedade tenha sua existência do ponto de vista da Ciência Política ou da Sociologia); são direitos individuais que, em razão da unitariedade (transindividualidade essencial) ou similitude pela origem comum (transindividualidade acidental), podem ser defendidos conjuntamente pela legitimação extraordinária e regulados concretamente através de tutela jurisdicional coletiva.

Os interesses/direitos coletivos são institutos de direito processual e não institutos de direito material.

Demais, não parece coerente, em vista da unitariedade da situação plurissubjetiva, a afirmação de que o indivíduo, em se tratando de "direitos difusos de dimensão individual", poderá propor ação individual cujo pedido não será a proteção de direito difuso, mas de direito individual. Ora, a proteção de direito individual, ao menos naquilo em que se inserir na posição global, terá efeitos imediatos sobre a situação jurídica individual dos demais integrantes da situação jurídica plurissubjetiva objeto da lide em razão do vínculo da unitariedade a que estão sujeitos. A proteção do direito individual é a proteção do "direito difuso", considerando-se este, na linguagem do autor referido, como aquele de titularidade da coletividade.

A proteção do indivíduo é a proteção do todo ou, melhor, de todos. Barbosa Moreira²², cuidando do litisconsórcio unitário alerta:

O resultado do feito não pode às vezes deixar de produzir-se a um só tempo e de modo igual para todos os titulares situados do mesmo lado. Isso decorre da maneira pela qual essas posições jurídicas individuais se inserem na situação global. Daí haver entre as várias posições individuais uma vinculação tão íntima que qualquer evolução ou será homogênea ou impraticável.

A afirmação de que a ação, o processo e a coisa julgada serão regulados pelas regras do direito processual individual está correta em parte, sobretudo porque a coisa julgada deve ter outro tratamento.

Ora, em se tratando de situação plurissubjetiva costurada pelo vínculo da unitariedade, disto resulta que a coisa julgada terá de se impor a todos os eventuais titulares das relações jurídicas individuais que compõem, no conjunto, a situação global plurissubjetiva.

Não será razoável que, havendo decisão definitiva sobre a cessação da ofensa e sobre a recomposição do meio ambiente, pos-

²² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*, p. 143.

sa outro proprietário ribeirinho ou ente legitimado à ação coletiva propor nova ação veiculando o mesmo pedido. Se assim fosse admitido, qual sentença executar na hipótese de haver variações circunstanciais?

Por outro turno, estaria o indivíduo impedido de exercer seu direito de acesso à justiça porque o objeto da lide é "direito coletivo" para o qual não tem legitimidade, sobretudo porque a coisa julgada teria efeito *erga omnes* sem os cuidados da verificação da adequada representatividade?

Inegáveis as dificuldades para se conciliar o imperativo constitucional do livre acesso à Justiça e os rigores legais sobre a legitimação para ação coletiva quando se cuida de situação sujeita ao vínculo da unitariedade.

3. DUAS PROPOSTAS SOBRE A LEGITIMIDADE ATIVA DO INDIVÍDUO PARA AÇÃO INDIVIDUAL DE NATUREZA COLETIVA UNITÁRIA

Buscando preservar o direito fundamental de acesso à Justiça, duas soluções podem ser adotadas quando se tratar de ação individual que envolva interesses/direitos essencialmente coletivos: 1^a) admitir a legitimidade do indivíduo, ofendido de forma direta em seu patrimônio, para ação individual que veicule pedido de natureza de tutela coletiva e estender a autoridade da coisa julgada, produzida em sede de ação individual, a todas as pessoas legitimadas à propositura de outra ação, individual ou coletiva, em razão do vínculo da unitariedade; 2^a) admitir a legitimidade do indivíduo para ação individual que será processada como ação coletiva, a permitir a intervenção do Ministério Público e de possíveis co-legitimados para ação coletiva (que tivesse a mesma lide por causa de pedir), garantindo-se com isso a certeza da adequada representatividade e a coisa julgada *erga omnes*.

A primeira solução encontra guarida em posição defendida por Barbosa Moreira, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1939, quando respondeu a consulta sobre a possível existência de duas ações de nulidade de patente, ocasião em que defendeu a extensão da coisa julgada a todos os co-legitimados, considerando

que se cuidava de situação sujeita ao fenômeno da unitariedade, pena de decisões contraditórias.

A segunda solução, mais atual e consentânea com a moderna legislação processual pátria, surge neste trabalho como conseqüência da lição de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes a respeito do tema e que toma por consideração, igualmente, a necessária solução uniforme (unitariedade) para a situação plurissubjetiva objeto da lide.

Examinaremos cada uma das soluções.

Há uma premissa que deve ser considerada antes de se detalharem as soluções acima apresentadas: não é qualquer pessoa que pode propor ação individual que tenha por conteúdo lide com características típicas de ação coletiva.

Tratando-se de interesses/direitos difusos, apenas o indivíduo que tiver sofrido de modo direto a ofensa é que tem legitimidade de agir. Aquele que tiver sofrido a ofensa de modo reflexo não pode propor a ação referida. Retome-se o exemplo anteriormente adotado. A indústria que polui rio ofende o direito de todos a meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 da Constituição Federal. A defesa coletiva deste direito constitucionalmente assegurado confere-se, tão-só, àqueles entes do rol do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor e do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública. A possibilidade de defesa individual, no entanto, não está afastada, desde que a ofensa repercute diretamente no patrimônio jurídico de alguém. Assim, o morador ribeirinho que usa da água do rio para abastecer sua propriedade sofre efeito direto em seu patrimônio a legitimar a propositura da ação individual. De outra sorte, o morador da cidade banhada pelo mesmo rio, embora sofra com a poluição, a ofensa em seu patrimônio é reflexa e não lhe confere legitimidade para ação individual, ficando à espera da iniciativa dos legitimados à ação coletiva. A intensidade da ofensa e o prejuízo causado pela mesma no patrimônio jurídico de cada indivíduo é que vai determinar a legitimidade para a propositura da ação.

Tratando-se de interesses/direitos coletivos em sentido estrito (outra espécie de interesse/direito essencialmente coletivo), a princípio, qualquer integrante do grupo, categoria ou classe pode propor

ação individual tendo por objeto lide com característica de ação coletiva. Exemplo desta hipótese é ação de nulidade de assembléia de acionistas de sociedade anônima. Qualquer acionista tem legitimidade para propor a ação individual, cuja sentença, necessariamente, produzirá, na prática, o mesmo efeito para os demais acionistas.

Estes esclarecimentos fazem-se necessários porque não se afigura coerente a simples afirmação da falta de legitimidade do indivíduo para a ação individual quando esta veicule pedido que tenha natureza de tutela coletiva ou, de igual modo, a afirmação da legitimação com conseqüências apenas na esfera patrimonial do autor do processo. O direito fundamental de acesso à justiça deve ser garantido a toda e qualquer pessoa. Se o indivíduo sofre diretamente o dano tem direito assegurado constitucionalmente de exercer ação para preservação de seu patrimônio. Conciliar, entretanto, seu direito de ação com o resultado unitário do processo é o mister da ciência processual.

Convém registrar o alerta de Nelson Nery Júnior²³ ao discorrer sobre o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (direito fundamental de acesso à justiça):

Embora o destinatário principal desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão.

...

Isto quer dizer que todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. Estão aqui contemplados não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos.

Feitas estas considerações, discorre-se sobre a primeira solução.

²³ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2004, p. 130 e 132.

4. A LEGITIMIDADE ATIVA DO INDIVÍDUO PARA AÇÃO INDIVIDUAL DE NATUREZA COLETIVA UNITÁRIA E A EXTENSÃO DA COISA JULGADA AOS DEMAIS COLEGITIMADOS PARA AÇÕES INDIVIDUAIS OU COLETIVAS

Barbosa Moreira²⁴ sustenta que os interesses/direitos essencialmente coletivos sujeitam o processo à disciplina da unitariedade:

Tratando-se de interesses essencialmente coletivos, em relação aos quais só é concebível um regime uniforme para todos os interessados, fica o processo necessariamente sujeito a uma disciplina caracterizada pela unitariedade, com todas as conseqüências de rigor.

Esta mesma disciplina, a unitariedade, norteia o mestre carioca²⁵ na emissão de *opinio* em consulta que lhe foi formulada nos seguintes termos:

Micro Espuma Artefatos de Borracha S/A submete à apreciação consulta que se desdobra em duas indagações:

1ª) Proposta, por um dos interessados, ação de nulidade de patente, influi o resultado do processo no que eventualmente se venha a instaurar, por iniciativa de outro interessado, com o mesmo objeto e fundamento?

2ª) Se, por hipótese, no momento da propositura da segunda demanda, o primeiro processo se acha pendente, em grau de recurso contra a decisão de primeira instância, é oponível ao novo impugnant a exceção de litispendência?

...

A ação de nulidade de patente de invenção integra um grupo muito característico de remédios judiciais. O processo a que

²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos". *Temas de Direito Processual Cível* - terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 196.

²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Declaração de nulidade de patente. Ação proposta por um dos co-legitimados. Extensão subjetiva da coisa julgada. Oponibilidade da exceção de litispendência em segundo processo instaurado no curso do primeiro". *Revista do Ministério Público da Guanabara*, 1969, v. 12, p. 153.

dá origem seu exercício tem por objeto uma situação jurídica que respeita direta e homogeneamente a uma pluralidade de pessoas, de tal sorte que a norma concreta a cuja formação se visa, mediante a emissão da sentença definitiva, só é concebível como norma que se imponha, com igual eficácia, a todas as pessoas.

...

A nota comum a todos estes processos consiste em que o respectivo resultado é impensável como referido apenas a uma das pessoas habilitadas a instaurá-los, pois define uma situação jurídica que, tal qual afirmada ou negada pela sentença, não pode ser senão verdadeiro para todas ou falsa para todas.

...

Costuma-se dizer, então, que o ato impugnado só pode subsistir, por julgar-se válido, em relação à série total dos co-legitimados à impugnação; e se, ao contrário, for tido como defeituoso, só pode anular-se, ou declara-se nulo, em relação a essa mesma série de pessoas, no seu conjunto. A eventualidade oposta levaria a conseqüências não apenas logicamente absurdas, senão praticamente inviáveis.

...

Essa gama de possibilidade suscita o árduo problema processual sobre que versa a consulta. Se o processo se realiza apenas com a presença de um dos co-legitimados, ou de uma parte deles, que influência exerce sobre a posição individual de cada um dos outros, que nele não são (ou não foram) partes?

A alternativa indicada pela abertura do parêntese mostra que a questão necessariamente se desdobra em duas, conforme se tenha em vista processo ainda pendente ou processo já encerrado. Mas a resposta à dupla indagação há de ser, logicamente, inspirada por critério uniforme; o mesmo princípio deve valer para ambas as situações.

...

A unitariedade, concebida como a inevitabilidade de decisão uniforme, ocorre em inúmeros casos nos quais permite a lei

que a demanda seja proposta autonomamente por qualquer dos co-legitimados, sendo certo, por outro lado, que, se estes se litisconsorciarem, uma de duas: ou o pedido é acolhido quanto a todos, ou quanto a todos rejeitado.

...

Ora a índole facultativa desse litisconsórcio enseja a instauração de processos sucessivos, mediante a propositura de ações autônomas, com identidade de fundamento e de objeto, por dois ou mais co-legitimados.

...

Mas um único meio existe de assegurar a uniformidade da solução na hipótese de serem sucessivos os processos: é vincular ao pronunciamento emitido no primeiro deles, e transitado em julgado, os juízes dos eventuais processos subseqüentes. Em outras palavras: ampliar a estes a autoridade da coisa julgada que naquele se constituiu, em ordem a afastar, pela proibição do reexame, a possibilidade de decisões contraditórias.

...

À luz de todo o exposto, assim respondemos às duas indagações em que se desdobra a consulta:

À 1ª - Sim. Ressalvada a hipótese de ter sido o primeiro pedido julgado improcedente apenas por deficiência de prova, a coisa julgada que nele se constitua, valendo em face de todos os co-legitimados, torna inadmissível a ação idêntica proposta por qualquer outro deles.

À 2ª - Sim. A exceção de litispendência é oponível, como o seria, se já encerrado o primeiro processo, a exceção de coisa julgada.

A solução encontrada pelo prof. Barbosa Moreira pode ser aplicada, por similitude de situações, ao processo individual proposto por ofendido de forma direta que tenha por objeto lide de característica coletiva, garantindo seu direito fundamental de acesso à justiça e, ao mesmo tempo, dando tratamento uniforme às demais situações individuais envolvidas na situação pluri-subjetiva global unitária.

Assim como a ação de nulidade de patente, por sua natureza unitária, exige que a sentença produza efeitos em relação a todos os

co-legitimados, ainda que não tenham sido partes, estendendo-se aos processos por estes instaurados a autoridade da coisa julgada, de modo a impedir a revisão da decisão ou, mesmo, decisões contraditórias a respeito de situação plurissubjetiva que exija tratamento uniforme, a *auctoritas rei iudicatae* adquirida pela sentença em processo individual que tenha por objeto lide de conteúdo essencialmente coletivo, em razão da mesma natureza unitária, deve ser estendida aos eventuais processos iniciados pelos co-legitimados, tanto os individuais como os do rol legal para a ação coletiva.

Desta forma, se morador ribeirinho exerce o direito de ação em face de indústria, pedindo a) condenação do réu na obrigação de abster-se de praticar os atos danosos ao rio que margeia a propriedade das partes, b) condenação do réu na obrigação de fazer consistente na reparação do meio ambiente, e vê sua pretensão atendida, a autoridade da coisa julgada adquirida pela sentença neste processo deve atingir, não apenas os processos instaurados pelos demais legitimados individuais (os outros moradores ribeirinhos), mas também, repita-se, pelos legitimados à ação coletiva. Do contrário, firme no alerta do mestre carioca, poderá haver duas ou mais sentenças para solucionar uma única situação, que, ademais, exige tratamento uniforme (unitariedade).

Com efeito, não parece razoável, do ponto de vista prático, que duas ou mais sentenças dêem soluções diversas para a reparação do dano ambiental. Qual delas o réu deverá cumprir? Os juízes de eventuais processos subseqüentes propostos pelo demais co-legitimados devem ficar vinculados à primeira decisão trânsita em julgado a respeito daquela situação global plurissubjetiva de natureza unitária ou podem emitir nova norma concreta para regular a mesma situação?

Razoável supor que a resposta a tais perguntas é no sentido de que os juízes dos processos individuais e coletivos subseqüentes encontram-se impedidos de decidir novamente a questão por força da coisa julgada²⁶.

²⁶ Vale registrar que a sentença proferida em processo individual que tenha por objeto situação de natureza plurissubjetiva unitária provavelmente conterá dispositivo cujos efeitos serão em parte limitados às partes e em parte *erga omnes*. Assim, naquilo que decidir especificamente à situação individual, como a reparação dos prejuízos com a

"A unitariedade, concebida como a inevitabilidade de decisão uniforme²⁷," deve ser o fio condutor a orientar os juízes na admissibilidade da ação individual (ou coletiva) quando a lide que ela veicula tenha natureza de situação plurissubjetiva própria dos direitos essencialmente coletivos e já tenha sido decidida em processo individual anterior.

A autoridade da coisa julgada, importa recordar, seguindo as lições de Barbosa Moreira, deve ser aplicada nas mesmas condições do disposto no art. 18 da Lei n. 4.717/65 (Lei da Ação Popular), cuja orientação foi acolhida também pelo art. 16 da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e pelo art. 103, I e II, da Lei nº 8.78/90 (Código de Defesa do Consumidor), isto é, a coisa julgada que se constituiu no processo individual impede a apreciação de nova e idêntica demanda individual ou coletiva, salvo se o primeiro pedido tiver sido julgado improcedente por insuficiência de provas.

Vigoraria, aqui, a eficácia preclusiva pan-processual da coisa julgada em qualquer hipótese distinta da improcedência por falta de provas. A este propósito nos esclarece Barbosa Moreira²⁸:

*Se a decisão é das que só produzem coisa julgada formal, o feito preclusivo restringe-se ao interior do processo em que foi proferido; se é das que geram coisa julgada material, como a sentença definitiva, o efeito preclusivo projeta-se **ad extra**, fazendo sentir-se nos eventuais processos subseqüentes. Daí qualificar-se de pan-processual a eficácia preclusiva da coisa julgada material.*

Curiosamente, em se tratando de ação coletiva, a eficácia preclusiva da coisa julgada se limita ao processo não apenas quando se cuida de sentença terminativa, mas também quando se trata

perda de animal ou de lavoura, terá efeito apenas entre as partes; de outra sorte, naquilo que decidir a respeito da situação plurissubjetiva unitária, terá efeito *erga omnes*.

²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Declaração de nulidade de patente. Ação proposta por um dos co-legitimados. Extensão subjetiva da coisa julgada. Oponibilidade da exceção de litispendência em segundo processo instaurado no curso do primeiro". *Revista do Ministério Público da Guanabara*, 1969, v. 12, p. 153.

²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A eficácia Preclusiva da Coisa Julgada Material no Sistema do Processo Civil Brasileiro". *Temas de Direito Processual* - primeira série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 101.

de sentença de improcedência (mérito) por falta de provas. Fora destas hipóteses a eficácia preclusiva é pan-processual.

A ampliação constitucional das hipóteses de admissão da ação popular, verdadeira ação coletiva de legitimação individual, permitia uma utilização, por analogia, como propôs o mestre carioca, das regras relativas à autoridade da coisa julgada.

Basta que se veja a possibilidade de ação popular para defesa do meio ambiente e da moralidade administrativa, conforme admitido pelo inciso LXXIII, do art. 5º, da Constituição da República, hipóteses não previstas na Lei n. 4.717/65, para se reconhecer que as regras que lhe são pertinentes podem ser utilizadas analogicamente nas ações individuais cujas lides tenham natureza coletiva.

Esta, enfim, a primeira solução, qual seja, admitir, em homenagem ao direito fundamental de acesso à justiça, a legitimidade do indivíduo, ofendido de forma direta em seu patrimônio, para ação individual que veicule pedido de natureza de tutela coletiva e estender a autoridade da coisa julgada, produzida em sede de ação individual, a todas as pessoas legitimadas à propositura de outra ação, individual ou coletiva, em razão do vínculo da unitariedade.

5. A LEGITIMIDADE ATIVA DO INDIVÍDUO PARA AÇÃO INDIVIDUAL DE NATUREZA COLETIVA UNITÁRIA E O PROCESSAMENTO DO FEITO COMO AÇÃO COLETIVA

A segunda solução, elaborada a partir de considerações lançadas por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes²⁹, propõe que a ação individual seja admitida e processada pelo Juiz como ação coletiva, o que implicaria em se admitir de maneira transversa, em determinadas hipóteses, a legitimação individual para ação coletiva:

A situação é completamente diversa em relação aos interesses denominados de "essencialmente coletivos". Os fatores pri-

²⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: RT, 2002, p. 255/257.

mordiais da diferenciação, como visto anteriormente, são a indivisibilidade do objeto e a transindividualidade subjetiva. A lesão ou ameaça de lesão, na espécie, não afeta apenas uma única pessoa e a providência judicial, por outro lado, não poderá ser dirigida, igualmente, somente para uma única pessoa ou parte da coletividade, grupo, classe ou categoria.

O caráter "coletivo" reflete, na verdade, esfera de problema que, de maneira mais ou menos ampla, possui dimensão social, repercutindo e mexendo muitas vezes, entretanto, com direitos individuais também agasalhados singularmente. Questões relacionadas ao meio ambiente podem fornecer exemplos incontroversos da existência de uma faixa cinzenta entre o público e o individual, que deve merecer proteção ampla e não restrita, sob pena de serem maculados valores juridicamente amparados. O art. 225 da Constituição, v.g., prevê que "todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

...

Os interesses acima ventilados seriam, mais precisamente difusos. Por conseguinte, a limitação infraconstitucional da legitimação, com fulcro no art. 5º da Lei n. 7.347/85 ou do art. 82 da Lei 8.078/90, estaria apta para excluir os indivíduos ameaçados ou lesados do direito de ação? A resposta parece ser negativa, diante do comando constitucional, inscrito principalmente nos princípios da inafastabilidade da prestação jurisdicional e do devido processo legal.

A ação ajuizada pelo indivíduo, ainda que voltada para a defesa do seu direito à tranquilidade ou à saúde, refletirá em toda a coletividade, porque demandará solução uniforme, na medida em que não se pode conceber, por exemplo, em termos concretos, que a limitação ou não do barulho, bem como a manutenção ou não das atividades da indústria, produza efeitos apenas em relação ao autor individual.

A impossibilidade lógica de fracionamento do objeto, em tais hipótese, enseja inclusive a dificuldade de diferenciação entre tutela coletiva e individual, demandando, dessa forma, solução comum, ainda que a iniciativa tenha sido individual. E, assim sendo, o melhor talvez fosse, não a denegação pura e simples da admissibilidade de ações propostas por cidadão ou cidadãos, até porque ela já existe, em certas hipóteses, em razão do alargamento do objeto da ação popular, alcançando o próprio meio ambiente, mas a ampliação definitiva do rol de legitimados. As ações receberiam, então, sempre tratamento coletivo compatível com os interesses em conflito. (grifo não existente no original)

A lição de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, a propósito da ampliação do rol de legitimados para que as ações possam receber sempre "tratamento coletivo compatível com os interesses em conflito", pode ser acolhida em dois sentidos: *de lege ferenda*, empreender esforços para que o Congresso Nacional acolha a legitimação do indivíduo e, *de lege lata*, admissão de excepcional legitimação do indivíduo, com o processamento da ação individual como coletiva, permitindo a intervenção do Ministério Público e de eventuais co-legitimados para ação coletiva (que tenha a mesma lide por causa de pedir), para garantir a certeza da adequada representatividade, conferindo-se, ademais, à sentença autoridade de coisa julgada *erga omnes*.

A segunda hipótese é que será objeto de análise.

A legitimação do indivíduo foi rejeitada pela legislação brasileira basicamente por dois motivos, a possibilidade de utilização da ação coletiva como instrumento político ou acordo espúrio e a dificuldade de se aceitar que o juiz pudesse exercer um juízo sobre a legitimação sem critérios objetivos.

Kazuo Watanabe³⁰ esclarece os motivos que, a seu sentir, contribuíram para que a legitimação dos indivíduos fosse repelida pela legislação brasileira:

³⁰ WATANABE, kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 788 e 815.

Todavia, não se chegou a ponto de legitimar a pessoa física às ações coletivas, talvez pela insegurança gerada pela falta de norma expressa sobre a aferição, pelo juiz, da representatividade adequada.

...

Mas ponderações várias, como as pertinentes ao conteúdo político das demandas, a possibilidade de pressões quanto à propositura e prosseguimento da demanda, à produção de provas adequadas e ao prosseguimento destemido nas instâncias superiores, e à necessidade, enfim, de um fortalecimento do autor da demanda coletiva, fizeram com que se excluísse a legitimação individual para a tutela dos consumidores a título coletivo.

Algumas experiências vividas no campo da ação popular, que tem sido utilizada, com alguma freqüência, como instrumento político de pressão e até de vindita, serviram também para o perfilhamento da opção legislativa mencionada.

Os temores que justificaram a negativa da legitimação individual não guardam coerência com o texto constitucional. O uso da ação popular como instrumento de pressão política ou de vindita, fato reconhecidamente verdadeiro, não impediu o legislador constituinte de ampliar o rol de bens que podem ser defendidos por meio desta ação constitucional, acrescentando, entre aqueles previstos na Lei. 4.717/65, o meio ambiente e a moralidade administrativa. A contradição é evidente, pois se o constituinte ampliou as hipóteses de utilização da ação popular para permitir que o cidadão possa defender os interesses da coletividade, cumpria ao legislador ordinário, não só regular adequadamente os critérios de legitimação desta ação, a fim de impedir seu uso indevido, como outorgar ao indivíduo, na orientação do constituinte, legitimação para qualquer outra ação coletiva, a ela estendendo os mesmos critérios da ação popular. O legislador pátrio não obrou em nenhum dos dois sentidos.

A legitimação do indivíduo para a ação coletiva ainda suscita certa perplexidade que alguns anteprojetos de código de processos coletivos procuram superar, sobretudo a partir da experiência e da legislação norte-americanas.

O anteprojeto Ada Pellegrini Grinover/USP³¹ (art. 19) propõe que a adequada representatividade do indivíduo para legitimar-se no pólo ativo de processo coletivo seja aferida a partir de três fatores: 1^o) credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; 2^o) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos; 3^o) sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado.

O Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América (art. 2^o, § 2^o) e o anteprojeto Aluisio Gonçalves de Castro Mendes/Unesa-UERJ (art. 8^o, § 1^o) propõem que, na análise da representatividade adequada, o juiz deva analisar: 1^o) a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; 2^o) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; 3^o) sua conduta em outros processos coletivos; 4^o) a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; 5^o) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

Os requisitos do Código Modelo e do anteprojeto Aluisio/Unesa-UERJ são mais amplos que os do anteprojeto Ada/USP porque submetem a legitimidade à coincidência entre os interesses do legitimado e o objeto da demanda, fato que em muito afasta a possibilidade de se constituírem em nossas plagas os profissionais de demanda coletiva.

Toda esta discussão em torno da legitimação e da representatividade adequada do legitimado, em especial em relação ao indivíduo, demonstra a importância de se examinar com acuidade a ação individual que, em razão do fenômeno da unitariedade, veicula pedido de tutela coletiva.

³¹ O Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América e os anteprojeto Aluisio/Unesa-UERJ e Ada/USP encontram-se publicados na seguinte obra: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord). **Tutela Coletiva - 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 7, 48 e 286. O anteprojeto Aluisio/Unesa-Uerj resultou de exame do projeto Ada/USP feito pelos alunos de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes nos mestrados da Universidade Estácio de Sá e na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, dando origem a um novo texto. O anteprojeto Ada/USP publicado na obra acima mencionada resultou de trabalho desenvolvido pela Prof.^a Ada Pellegrini Grinover com seus alunos no curso de pós-graduandos da USP, tendo contado com sugestões oferecidas por Aluisio Mendes a partir das conclusões obtidas nos debates realizados nos cursos de mestrado da Unesa e na UERJ.

Caso a legislação pátria venha a acolher, no futuro, legitimação individual para ação coletiva, vale indagar se a falta daqueles requisitos antes transcritos poderá impedir que o indivíduo, ofendido de forma direta em seu patrimônio, exerça o direito fundamental de ação quando esta veicule pretensão de natureza coletiva em razão do vínculo da unitariedade?

A questão da adequada representatividade que, de início, em razão da incompreensão do legislador, vedou a legitimação individual, poderá, ao final, manter esta vedação se o indivíduo não preencher os requisitos da lei?

Poderá negar-se legitimação ao indivíduo que, na reação a ofensa direta a seu patrimônio, manejar ação de conteúdo coletivo em razão da indivisibilidade de seu objeto?

Parece que os anteprojetos acima referidos não consideraram a hipótese em exame, de sorte que se a legislação acolher a legitimação individual para ação coletiva, a ação individual com reflexo na esfera coletiva ainda será motivo de perplexidade.

Diante desse quadro, a solução de se acolher legitimidade de agir do indivíduo para ação individual com conteúdo coletivo, mas submetendo o processo aos rigores do rito da ação coletiva (o que implica em admitir excepcional legitimação individual para ação coletiva), afigura-se coerente do ponto de vista sistemático e resolve o dilema que envolve o direito fundamental de acesso à justiça e o risco de ações propostas por pessoas sem capacidade, experiência ou ética.

A submissão do processo individual ao rito do processo coletivo tem o fundamental benefício de permitir que o Ministério Público e outros co-legitimados para a ação coletiva (que tivesse a mesma lide por causa de pedir) intervenham no feito e garantam, de certa forma, a adequada representatividade.

Parte considerável da doutrina e da jurisprudência tem negado a legitimidade do Ministério Público para defesa dos interesses/direitos individuais homogêneos (acidentalmente coletivos) que não sejam decorrentes de relação consumerista, mas há unanimidade de que, em se tratando de direitos difusos e coletivos (essencialmente coletivos, em relação aos quais incide o fenômeno da unitariedade), tem o *Parquet* legitimidade por presunção constitucional.

Hugo Nigro Mazzilli³² leciona que:

De parte do Ministério Público, o interesse de agir é presumido. Em outras palavras, quando a lei confere legitimidade para intervir, presume-lhe o interesse. Ou, como diz Salvatore Satta, "o interesse do Ministério Público é expresso na própria norma, que lhe permitiu ou conferiu o modo de atuar".

Gregório Assagra de Almeida³³, por seu turno, esclarece:

O perfil constitucional do Ministério Público, como instituição vocacionada para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, revela que, na defesa dos interesses massificados, este atua legitimado por um princípio constitucional, que constitui o princípio da presunção constitucional de legitimidade pela afirmação de direito.

Nesta linha de conta, por força de sua legitimidade presumida para ações que veiculem lide de natureza coletiva, o Ministério Público, ainda que intervindo sem a qualidade de parte principal do processo, garantiria a adequada representativa.

A Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), no § 1º do art. 5º, determina que o Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

Esta intervenção do Ministério Público, que já se prevê em lei para as ações coletivas, poderá, naturalmente, por analogia, ser ampliada para que o *Parquet* intervenha nas ações individuais que veiculem lide de natureza coletiva em razão da unitariedade.

Não haveria, nesta linha de raciocínio, grandes inovações, mas se permitiria que as demandas propostas por indivíduos sofressem um controle de Instituição cujo mister é a representação da sociedade no processo.

³² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: RT, 1991, p. 134.

³³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 515/516.

Ademais, o processamento do feito como ação coletiva abriria a possibilidade da intervenção de co-legitimados na qualidade de litisconsortes, em especial os entes coletivos, o que garantiria a participação de outros interessados na solução do litígio, conforme permitido pelo art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85).

Este pluralismo ativo da ação coletiva atende ao grau de importância que tal demanda pode ter para a sociedade ou parte dela, o que motivou Rodolfo de Camargo Mancuso³⁴ a afirmar:

A solução intermediária exsurge, naturalmente, como a mais indicada na espécie. Os interesses difusos, pelo fato mesmo de sua natureza, pedem uma legitimação...difusa, a ser reconhecida, em sede disjuntiva e concorrente aos cidadãos, per se ou agrupados em associações, e, bem assim, aos entes e órgãos públicos interessados racione materiae, aí incluído o Ministério Público.

Assim, o problema da representatividade adequada, que envolve o anseio por um processo coletivo apto a produzir um resultado socialmente adequado, restaria resolvido no processo individual que veicula lide de natureza coletiva em razão da unitariedade, não só pela participação do Ministério Público, como pela possibilidade de litisconsórcio entre o indivíduo e os entes coletivos legitimados para ação coletiva que tivesse por causa de pedir a mesma lide.

Por fim, processando-se o feito pelo rito da ação coletiva, a sentença proferida em tal processo teria, não apenas eficácia sobre todas as situações individuais inseridas na situação plurissubjetiva global, o que já seria natural e próprio do fenômeno da unitariedade, mas a respeito dela haveria a possibilidade de se constituir coisa julgada *erga omnes*, em razão do disposto no art. 16 da Lei da Ação Civil Pública³⁵.

³⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos*. São Paulo: RT, 2000, p. 225.

³⁵ Vale registrar, novamente, que a sentença proferida em processo individual que tenha por objeto situação de natureza plurissubjetiva unitária provavelmente conterà dispositivo cujos efeitos serão em parte limitados às partes e em parte *erga omnes*. Assim, naquilo que decidir especificamente à situação individual, como a reparação dos prejuízos com a perda de animal ou de lavoura, terá efeito apenas entre as partes; de outra sorte, naquilo que decidir a respeito da situação plurissubjetiva unitária, terá efeito *erga omnes*.

A solução proposta por Barbosa Moreira para as ações sujeitas ao fenômeno da unitariedade restaria absorvida pela presente solução de se submeterem as ações individuais que veiculem pedido de natureza coletiva ao rito das ações coletivas.

O processamento da ação individual pelo rito da ação coletiva implica em se admitir que, excepcionalmente, o indivíduo tem legitimidade para ação coletiva, porque é isso que ocorrerá na prática quando, ofendido de forma direta em seu patrimônio jurídico, proponha ação individual que veicule pedido de tutela coletiva em razão do vínculo da unitariedade a que fica submetida a situação plurissubjetiva global em que se insere a situação individual do autor da ação.

Esta solução é adequada para superar o conflito entre o direito fundamental de acesso à justiça (direito fundamental de ação) e a falta de legitimidade individual para ação coletiva, fato que ocorre no atual estado da legislação, como para superar o conflito entre o direito fundamental de acesso à justiça e a falta de representatividade adequada, fato que poderá ocorrer se aprovado anteprojeto que admita a legitimidade do indivíduo, mas a submeta ao preenchimento de certos requisitos, sempre que se cuidar de violação direta (não reflexa) a direito individual vinculado a situação plurissubjetiva global costurada pelo fenômeno da unitariedade. ☐

Cumprimento de Sentença: Executividade *Lato Sensu* ou Condenação Especial?

Alessandro Rostagno

*Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, com mestrado em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor de Cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Civil e de Direito Processual Tributário.*

1. A PROPOSTA DA NOVA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Com o advento da nova Lei nº. 11.232/05, que estabeleceu a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogou dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, dando outras providências, os operadores do direito se depararam com uma nova sistemática de efetivação da execução de títulos executivos judiciais, até então não empregada genericamente no sistema processual civil brasileiro, ao menos, no que diz respeito à busca da satisfação do direito material consignado em decisões jurisdicionais definitivas que dispunham sobre a condenação de alguém a pagar quantia certa.

A tentativa do legislador de reformular o tão atravancado procedimento de execução por quantia certa contra devedor solvente adveio dos constantes reclamos da doutrina e da jurisprudência no sentido da total ineficácia da formatação processual até então aplicada.

Com efeito, a vestusta formatação processual fundada na dualidade processual (cognição precedida de execução), que remonta à época romana, vinculada à idéia da necessidade de exercitar *actio iudicati* para cumprimento do *decisum* prolatado, não mais se adequava com outras parametrizações e construções legislativas modernas que permitiram, ao longo dos anos, a entrega do bem da vida no curso do mesmo procedimento, interpolando e combinando atos cognitivos e executivos em uma só relação processual, a exemplo dos procedimentos especiais e, logo após, das disposições contidas nos artigos 461 e 461-A do CPC, inseridas no contexto processual com a reforma de 1995.

As técnicas legislativas consagradas naqueles procedimentos e o estudo aprofundado da doutrina acerca da combinação de atos executivos e cognitivos, ou ainda até, cautelares, em um mesmo procedimento, trouxeram o ideal de um processo sincrético, ou seja, um processo único, composto de várias fases e incidentes, mas que não permitiria a instauração de nova relação processual para dar cumprimento ao objeto jurídico reconhecido naquela que fora precedente.

Pelo contrário, na formatação sincrética, a tipologia do *iter* processual aponta para a evolução de uma seqüência de atos com natureza jurídica de finalidade diversa, ora cognitiva, ora executiva, ora até cautelar, mas jamais permitindo que qualquer efetivação ou cumprimento de decisão seja concretizada fora daquela mesma relação processual que reconheceu ou não o direito postulado.

Mas como classificar, sob a ótica da natureza jurídica, o provimento contido nessas espécies de tutela jurisdicional com base nos estudos doutrinários conhecidos?

Pontes de Miranda, em seu célebre estudo acerca da eficácia das decisões jurisdicionais, quando tenta efetivar uma classificação das sentenças, impõe uma análise sob a ótica de cinco eventuais eficácias que preponderantemente uma sentença poderia produzir.

Sob sua análise, de forma magnífica e profunda, ficou sedimentada na doutrina pátria (muito embora até hoje ainda existam aqueles que somente aceitam a classificação trinária) a noção de que as sentenças poderiam ter carga preponderantemente

declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e “executiva *lato sensu*”.

As três primeiras, com objeto definido pelo pedido apresentado em juízo, em vista de que se busca especificamente, o reconhecimento da existência ou inexistência de uma dada relação jurídica processual, ou de um fato, ou da criação, modificação ou extinção de uma dada situação jurídica, ou ainda, da necessidade de se exigir de alguém o cumprimento de uma obrigação, em vista da impossibilidade da obtenção do adimplemento voluntário, dado um *facere, non facere* ou derivada da entrega de coisa certa ou incerta, inclusive pagamento de soma em dinheiro.

Quanto às duas últimas formas (mandamentalidade e “executividade *lato sensu*”), muito embora o ilustre jurista tenha tentado sistematizar ao máximo suas digressões acerca das técnicas diferenciadas consubstanciadas, ora em uma ordem dirigida especificamente a alguém que deva ser cumprida por força da inevitabilidade da jurisdição e da infungibilidade da obrigação, ora por força da necessidade de se efetivar atos de sub-rogação praticados pelo Estado como forma complementar à decisão prolatada para a perfeita entrega do bem da vida na mesma relação processual, sem a necessidade de um processo autônomo de execução, tais técnicas passaram a ser adotadas *ope legis*, de forma casuística, passando a doutrina a divergir em vários pontos acerca das diferenças existentes entre ambas e delas perante a própria condenação *stricto sensu*.

2. EXECUTIVIDADE *LATO SENSU*, MANDAMENTALIDADE E CONDENAÇÃO

Liebman, ao estudar a condenação, defendia a idéia de que a mesma, pura e simples, reconhecida em uma sentença, não teria eficácia executiva imediata, pois dependia de um ‘plus’, qual seja o início de um processo de execução autônomo, já que a mesma caracterizar-se-ia como preparatória à futura execução, ideal este fundado no vetusto mito da *nulla executio sine titulo*.

Assim sendo, a condenação não teria o caráter de exigir automaticamente o cumprimento da decisão prolatada, necessitando de atos subseqüentes exercitados em um processo posterior e autôno-

mo, independente daquele em que foi formada a convicção de conhecimento que reconheceu a necessidade de que a parte cumpra a obrigação assumida e não adimplida voluntariamente.

Diante dessas observações, a técnica executiva *lato sensu* e a técnica mandamental se afastariam da condenação para assumir uma qualidade de independência da mesma ao ponto de se constituírem formas específicas de prestação jurisdicional?

Entendemos que não, pois são estas técnicas as mesmas que são concretamente observadas como exemplos de efeitos jurídicos práticos derivados da condenação, pois ao se determinar uma ordem a alguém ou ao se imporem atos de sub-rogação estatal para fins de complementação e conseqüente satisfação da decisão previamente obtida, nada mais se faz do que se empregar técnica processual específica voltada a uma melhor efetivação da obrigação reconhecida na decisão jurisdicional.¹

Ou seja, são meios processuais de entrega mais rápida (e mais efetiva?) do bem da vida que inevitavelmente pertence àquele que saiu vitorioso na ação tida como condenatória e, que ao final, em uma sentença, reconhece a necessidade do cumprimento de uma obrigação, seja ela de entrega de coisa, de fazer, não-fazer e claro, também, de pagar quantia certa, espécie de obrigação de dar.

Assim sendo, executividade *lato sensu* e mandamentalidade são efeitos jurídicos derivados da condenação, e que *ope legis* podem encontrar aplicabilidade na mesma relação processual ou fora dela, dependendo da política legislativa adotada.

As novas disposições contidas acerca da nova técnica legislativa lançada com a recente reforma processual, caracterizam, sem embargo, respeitadas as posições doutrinárias contrárias, claro

¹ Para Humberto Theodor Jr., *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 457 as peculiaridades vinculadas às sentenças mandamentais e executivas *lato sensu* "não são suficientes para criar sentenças essencialmente diversas, no plano processual, das três categorias clássicas. Tanto as que se dizem executivas como as mandamentais realizam a essência das condenatórias, isto é, declaram a situação jurídica dos litigantes e ordenam uma prestação de uma parte em favor da outra. A forma de realizar processualmente essa prestação, isto é, de executá-la, é que diverge. A diferença reside, pois, na execução e respectivo procedimento. Sendo assim, não há razão para admitir uma natureza diferente a tais sentenças. O procedimento em que a sentença se profere é que foge dos padrões comuns. Esse, sim, deve ser arrolado entre os especiais, pelo fato de permitir que numa só relação processual se reúnam os atos do processo de conhecimento e os do processo de execução. O procedimento é que merece a classificação de executivo *lato sensu* ou *mandamental*."

mecanismo de efetivação da decisão condenatória prolatada em fase cognitiva e que, agora, dispensando processo executivo *ex intervallo*, permite que o jurisdicionado obtenha, mediante meios executivos diretos ou indiretos, aplicados de maneira complementar, dependendo do tipo de obrigação contida no conteúdo decisório, a possibilidade de ver efetivada sua pretensão relativa ao pedido inicial.

Uma obrigação, no plano do direito material, constitui-se em um liame existente entre sujeitos, sendo que de um lado se põe aquele que passa a ter o poder subjetivo de exigibilidade de uma prestação definida no aspecto objetivo de toda obrigação e de outro, aquele que deverá adimplir a referida prestação, por força da lei ou da convenção a que se obrigou.

Se não cumprida a referida prestação, o devedor, por força de seu comportamento omissivo, gera a denominada crise de cooperação, produzindo-se o inadimplemento, ensejando assim, a necessidade de restauração (ou prevenção) do direito subjetivo violado ou ameaçado, pela sentença condenatória.²

De forma generalizada, tem-se afirmado que o processo sincrético seria marcadamente fundado na técnica da executividade *lato sensu*, ou seja, na sistemática que engloba atos de cognição e de execução na mesma relação processual, e que a natureza jurídica da sentença prolatada seria diversa de uma sentença condenatória, pois nesta não haveria o chamado corte na base da legitimidade que a sentença de natureza executiva *lato sensu* ofertaria ao autor ou ao Réu no momento em que consigna em seu conteúdo disposição sobre a posse ou o direito relativo ao bem da vida pretendido.

Esta característica remontaria, segundo a melhor doutrina, por exemplo, a uma sentença possessória, em que o juiz reconhece na própria decisão a legitimidade da posse de uma partes (ao autor se procedente e ao réu se se manifesta pela improcedência), permitindo ao mesmo, logo após o seu trânsito em julgado, na mesma relação processual, efetivar a referida decisão, através de atos de sub-rogação conseqüentes da decisão prolatada, para a obtenção de seu propósito, *in casu*, sendo expedido mandado de reintegração de

² Nesse sentido, a lição de Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, 3.ed., Napoli, Jovene, 1999, p. 34

posse em favor da parte, caso não tenha havido cumprimento voluntário da decisão pois estar-se-ia restituindo ao verdadeiro e legítimo possuidor a sua condição jurídica que fora violada.

Houve execução autônoma? Não, mas simples atos de natureza executiva conseqüentes da decisão prolatada. Mas por quê? Por que assim quis o legislador, por força de política legislativa no que tange à proteção possessória.

Mas por que não estaríamos neste caso, diante de sentença condenatória? Somente pelo fato de que teria o juiz reconhecido a legitimidade da posse de uma das partes na sentença?

Ora, se o juiz reconhece a posse de alguém em sua decisão, está sem dúvida, antes de tudo, a perfazer atividade declaratória e quando determina a entrega desta posse por alguém, emite um comando que se delimita em uma obrigação.

Também assim, na mandamentalidade, que obriga a autoridade pública ou o ente particular a perfazer ou não determinado ato.

Qual a diferença entre ambas as sentenças? A de que em uma (mandamental) estaríamos diante de uma obrigação infungível e em outra (executiva *lato sensu*) de uma obrigação que pode ser substituída por atos de sub-rogação estatal, sendo nitidamente aqui, marcada pela fungibilidade.

Assim sendo, em ambas as hipóteses aponta o legislador em procedimentos diversos, a intenção de melhor tutelar estas obrigações, aplicando à decisão que as reconhece ou estabelece, meios eficazes de cumprimento, seja por vias diretas, como a ordem condida na mandamentalidade, seja, por atos de sub-rogação, sem execução autônoma, devolvendo ao vencedor sua condição jurídica até então violada, seja mediante atos expropriatórios expedidos pelo Estado-juiz em vista do não-cumprimento voluntário a quem esta obrigação é vinculada.³

³ Proto Pisani, op. cit., p. 161, sustenta que a tutela condenatória pode ser verificada tanto em um plano repressivo quanto em um plano preventivo, daí porque a referida tutela poderia ser efetivada em diversos sentidos de acordo com a pretensão postulada em juízo, seja com objetivo sub-rogatório, seja na forma da utilização de medidas de coerção, podendo ser impresso, assim, caráter executivo lato sensu ou mandamental aos efeitos da decisão prolatada, sem que se desnature a condição de condenatória da tutela prestada. Barbosa Moreira, ao tratar da questão, *in* **Temas de Direito Processual: Oitava Série**, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 135, cita vários exemplos de tutelas de condenação que não correspondam a título executivo *stricto sensu* e, portanto, não aparelham processo de execução autônomo, como a sentença que condena à perda de sinal pago, à relativa à prestação futura de alimentos

Nesse sentido, em todos os casos, estamos diante de atividade condenatória, seguida de atos processuais que visam, através da atividade estatal, a imprimir força de cumprimento, seja na esfera de direitos e até de liberdade da pessoa obrigada ou mediante apropriação patrimonial.⁴

Nítida intenção da lei sempre em evitar que as referidas obrigações convertam-se em perdas e danos, haja vista a impossibilidade fática de seu cumprimento.

3. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - UMA CONDENAÇÃO ESPECIAL

Transportando estas idéias à sistemática do cumprimento de sentença, estabelecido na forma da Lei n. 11.232/05, podemos observar que o legislador no art. 475-J, e seus parágrafos subseqüentes, ao falar em condenação de obrigação de soma de dinheiro, cria mecanismos processuais que visam a impedir a formação de uma execução autônoma, privilegiando a efetivação da decisão prolatada, na forma de complementá-la, na mesma relação processual, por atos subseqüentes que nitidamente imprimem maior agilidade e eficácia junto à decisão proferida.

Haveria aqui o chamado corte na base da legitimidade da parte que justificaria a natureza jurídica da sentença proferida como executiva *lato sensu*?

Ora, mesmo que o juiz, ao final de sua decisão, explicita que desde já estaria o Réu obrigado a cumprir a obrigação de pagamento de soma em dinheiro consignada no respectivo *decisum*, tal sentença não deixa de ser caracterizada como condenatória, pois o fato de existirem meios executivos posteriores à decisão que a

a serem descontados em folha de pagamento, às referentes às prestações de obrigações de fazer infungíveis. Em todas as sentenças, o credor se utilizará de medidas de coerção frente ao obrigado, mas nunca terá de valer-se de execução forçada a fim de obter a prestação que fora objeto da sentença condenatória.

⁴ Segundo Humberto Theodoro Jr., *As novas Reformas do Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 127-128, não há distinção pelo objeto entre as sentenças ditas executivas e mandamentais diante da sentença condenatória, pois todas se referem "a accertamentos de direitos violados e sanções correspondentes. A diferença não estava no ato de sentenciar, mas apenas na forma de operar os efeitos condenatórios. Quando se classificavam as sentenças em declaratórias, constitutivas e condenatórias, sempre se levava em conta o objeto (o conteúdo do ato decisório). Já quando se cogitou das sentenças executivas ou mandamentais, o que se ponderou foram os efeitos de certas sentenças".

complementem para uma melhor efetivação não caracteriza a existência de uma sentença que se distancia de uma condenação, pois aqui, temos verdadeira atividade executiva posterior à cognição por força de política legislativa.

A sentença que é proferida em sede de ação que visa a condenação de soma em dinheiro é, sem dúvida, condenatória, e claro, por justificativas mais do que políticas e ideológicas, passa a denominar-se de “*executiva lato sensu*” para justificar um *status quo* diferenciado das demais decisões jurisdicionais, permitindo assim maior efetividade.

Ora, quem disse que a sentença executiva *lato sensu* tem maior efetividade que a condenatória? Se admitirmos o conceito comum de condenação, sem dúvida tal circunstância se operará, mas se dotarmos a atividade condenatória de meios eficazes complementares à decisão prolatada, sem dúvida estaremos diante de formatação procedimental que muito se aproxima da hipótese executiva classificada por Pontes de Miranda, mas na análise do conteúdo da respectiva decisão, verificaremos que estamos diante de uma obrigação, e por suposto, de uma eficácia condenatória derivada do reconhecimento de que tal obrigação não fora cumprida, restando ao demandado se sujeitar aos atos expropriatórios estatais que se voltam ao ideal de entrega do bem da vida reconhecido ao vencedor na esfera cognitiva.

Tais provimentos, no entender da doutrina, são caracteristicamente tidos como provimentos de repercussão física, ou seja, se distinguiriam daqueles ditos tradicionais pelo fato de contemplarem o vencedor, na mesma relação processual, com a aplicação de atos executivos expedidos até *ex officio*, pela própria jurisdição, sem que dependam de um processo autônomo de execução.

Se a condenação prepara a execução e o título executivo, é o bilhete de ingresso à atividade estatal sub-rogatória que visa a dar cumprimento e satisfação à decisão prolatada em sede cognitiva, na linha de pensamento carneluttiana⁵, esta mesma condenação poderá também, por força de política legislativa, ter efetividade por

⁵ Francesco Carnelutti, “Titolo esecutivo e scienza del processo” in *Rivista di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1934, p. 14

intermédio de atos subseqüentes dirigidos ao vencido dentro do mesmo processo, resultando uma conseqüência natural da vontade da lei ao caso concreto tutelado, como queria Chiovenda.⁶

Muito mais do que preparar a execução, a condenação nesse sentir operar-se-ia com eficácia plena, sem demandar atos de outro processo autônomo para buscar operacionalidade.

A técnica legislativa pode muito bem empregar diversas formas processuais visando a efetivo cumprimento de decisões jurisdicionais sem que se crie ou se transforme o conteúdo da decisão que se busca efetivar, dando-lhe um suposta natureza jurídica diversa, pois em vista de uma eficácia que é ditada pela própria lei, e não pelo magistrado, o conteúdo da decisão proferida, juridicamente se completa, mas não se modifica.⁷

A Lei nº. 11.232/05 teve por objetivo propiciar uma melhor atuação da lei ao caso concreto em vista da excessiva inefetividade que apresentava a formatação processual destinada à execução por quantia certa contra devedor solvente.

Assim sendo, redefinindo estruturalmente os conceitos de institutos processuais e sistematizando de maneira mais efetiva todo o iter por que caminha a pretensão inicial para chegar à sua efetiva satisfação, na mesma relação processual, redefiniu o legislador parâmetros de efetividade, mas não de conteúdo ou natureza jurídica, pois a nova sistemática do cumprimento de sentença continua a manter como objeto principal do núcleo da decisão jurisdicional que se faz cumprir, uma obrigação não adimplida e, por suposto, ensejando o ideal condenatório.⁸

⁶ Giuseppe Chiovenda, *Istituzioni di diritto procesual civile*, Napoli, Jovene, 1.933, p. 230, sustentando que a condenação não é, em verdade, com respeito à parte vencida, um ato autônomo de vontade do juiz, não é uma ordem do juiz; é a formulação de uma ordem contida na lei, e só é ato de vontade do juiz neste sentido, de que o juiz queira formular a ordem da lei.

⁷ Assim conclui Ovídio Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*, 4. ed., São Paulo, RT, 1998, v. I, p. 172-173, advertindo que "na sentença de condenação, não há verdadeiramente uma ordem imposta pelo juiz ao condenado, cuja desobediência lhe acarretasse alguma sanção. A 'ordem' que porventura se veja na sentença condenatória, está antes na lei e não na sentença. O juiz, em verdade, ao condenar, limitar-se-á a reproduzir e concretizar uma obrigação já existente e constante da lei".

⁸ Essa é a posição de Cássio Scarpinella Bueno, "Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias", *RePro* n. 113, Revista dos Tribunais, p. 27, que comentando as características de uma sentença condenatória sustenta que "há autores que negam - e sempre negaram - que uma sentença que mande alguém, fazer ou não-fazer ou entregar alguma coisa seja, propriamente, condenatória. Em tempos mais recentes há aqueles que negam ser esta sua

Tradicionalmente a condenação prepara a execução por mera vontade legislativa e, claro, por razões históricas que advêm da formatação processual romana marcada pela *actio iudicati*, mas não é esta característica, a nosso ver, contrariando inclusive tradicional doutrina, que determina a natureza jurídica de uma sentença como condenatória.

Se é a carga preponderante da atividade jurisdicional dada perante a sentença prolatada que caracterizará sua natureza jurídica, segundo Pontes de Miranda, então, é essa “força maior” que nas condenatórias permitirá sua classificação.

E qual a carga imperativa de uma sentença condenatória?

Será a obrigação reconhecida pelo juízo e a determinação de seu adimplemento associada à ausência de atividade executiva posterior demandando assim execução *ex intervallo*?

Se o núcleo da decisão se volta ao pedido efetivado pelo Autor, veremos que é exatamente este núcleo que imprimirá a imposição estatal que exalta em uma condenação, consubstanciada em uma obrigação a ser cumprida, pois esta é a vontade da lei aplicada ao caso concreto pelo Estado que determina a sentença.

A forma de cumprimento desta vontade caracteriza-se como atividade complementar e consequência da atividade principal já operacionalizada pela jurisdição, qual seja, a de condenar o vencido no cumprimento de sua obrigação, traduzindo-se a execução e os meios por ela efetivados, sejam diretos ou indiretos, como efeitos jurídicos práticos derivados da condenação.⁹⁻¹⁰

natureza, rotulando-a de executiva ou mandamental. Mais: para alguns, como decorrência desta última afirmação, existe acesa polêmica na doutrina quanto a uma sentença que estabelece um facere, non facere ou um dare poder cumprir-se por processo de execução”.

⁹ É a denominada ‘causa’ e conseqüente ‘efeito’ a que faz menção Barbosa Moreira, **Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema**, p. 7-8, afirmando que “é natural que se estabeleça relação íntima entre o conteúdo e os efeitos de um dado jurídico. O ordenamento atribui a cada ato jurídico, em princípio, efeitos correspondentes ao respectivo conteúdo, sem embargo da possibilidade de que, eventualmente, se atribuam efeitos iguais a atos de diferentes conteúdos, ou vice-versa. Para admitir a correspondência não é preciso ver entre o ato jurídico e os efeitos que ele produz, ou pode produzir, nexos de causalidade semelhante ao que existe entre um fato natural e suas conseqüências. Substitua-se o conceito de causalidade, neste âmbito pelo de imputação, e continuará verdadeiro o princípio de que depende do conteúdo do ato o serem tais ou quais os efeitos deste”. Ver também Casio Scarpinella Bueno, *op. cit.*, p. 64.

¹⁰ Assim sendo, “com efeito, ao reconhecer-se o inadimplemento de qualquer obrigação e ordenar-se, judicialmente, ao devedor que se submeta à sanção definitiva pela sentença, dúvida não há mais a respeito da necessidade de realizar-se a atuação da responsabilidade patrimonial. Por isso, a intimação do vencido para pagar e a sujeição à

A atividade executiva, conseqüente da condenação, pode se dar tanto internamente à relação processual em que foi reconhecida ou mediante a formatação de nova relação processual, agora autônoma, buscando especificamente a satisfação da decisão prolatada.

Em ambos os sentidos, a operacionalização destas atividades depende da vontade legislativa, pois se o legislador pretender maior celeridade e efetividade à forma de realização do direito reconhecido, poderá, como no caso o fez, diante da nova sistemática de execução civil relativa às obrigações de pagamento de quantia certa, instrumentalizar atos que dêem a exata forma de realizar a vontade da lei aplicada ao caso concreto derivada de uma decisão de natureza condenatória.¹¹⁻¹²

Assim também fez o legislador quando modificou, em 1995 e em 2002, a sistemática do cumprimento de sentenças que reconheciam uma obrigação de fazer, não-fazer e de entrega de coisa, respectivamente, na forma dos arts. 461 e 461-A do CPC, não se alterando seu conteúdo condenatório ao nosso ver.¹³

penhora, à apreensão do bem devido, assim como os demais atos executivos, só podem ser encarados como consectários lógicos e necessários da própria condenação, nada havendo a justificara exigência de submeter o credor aos percalços de um novo processo para atingir aquilo que desde a propositura da ação de cognição já era seu único objetivo, qual seja, o de receber o que lhe é devido" (**A execução de sentença e a garantia do devido processo legal**, Aide, 1987, p. 238).

¹¹ Em vista disso, alerta Sérgio Muritiba, **Ação Executiva Lato Sensu e Ação Mandamental**, São Paulo, RT, 2005, p. 217 e 256, que a técnica condenatória foi especialmente construída para atender os deveres de dar quantia e foi historicamente moldada para veicular pretensões pecuniárias de cunho ressarcitório, que tinha no meio executório da expropriação o instrumento ideal. À exceção de uma proposta legislativa de emprego de técnicas executivas diretas quando a quantia em dinheiro fosse encontrada *in natura*, todas as demais hipóteses que acabam por exigir a expropriação e, por suposto, mais tempo, novos atos e operações, a exemplo da penhora, da avaliação e da arrematação ou adjudicação, diminuiriam a eficiência da técnica executiva lato sensu ou mandamental às situações substanciais que envolvam deveres de pagamento de quantia certa, sendo caracteristicamente tal atividade processual marcada pela eficácia de uma sentença condenatória.

¹² Cassio Scarpinella Bueno, "Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias", op. cit., p. 30

¹³ Idem, op. cit., p. 32-33, identificando que "o que ocorre nestas ações do art. 461-A é, nada mais e nada menos, do que autorizar o juiz, em um mesmo processo, sem solução de continuidade, a declarar a existência de direitos e realizar concretamente esta declaração desde pronto, independentemente de como esta realização concreta vai se dar. Friso: Não há nada de extraordinário para o direito brasileiro em relação a isto: o que nas cautelares sempre ocorreu, idem nos despejos, nas possessórias, nos mandados de segurança e a bem da verdade, em boa parte dos denominados 'procedimentos especiais' (...) Os dois dispositivos, de resto, outorgam ao juiz aplaudidos 'deveres-poderes' para bem atingir a 'tutela específica' ou o 'resultado prático equivalente, entendidas estas expressões como a máxima coincidência possível entre o cumprimento jurisdicional e o pré-jurisdicional da obrigação, isto é, caso não fosse necessário o ingresso no Judiciário, do cumprimento espontâneo do vínculo obrigacional".

Tanto que com o advento da nova legislação, esta veio simplesmente ratificar tal intenção no tocante a estas obrigações, quando se fez inserir o novo art. 475 - I do CPC.

O reconhecimento de que a eficácia executiva do cumprimento de sentença tem derivação condenatória, encontra-se pausado dentro do novo contexto legislativo que após 23.06.2006 passou a vigorar em todo o país, dispondo o art. 475 - J que "Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação".

Diante do texto legal verificamos que o legislador insiste em falar em condenação, mas agora dando especial tratamento relativo à fase executiva da relação processual, criando uma sistemática mais efetiva para a prática dos atos de satisfação.

A grande questão-chave que determinará se a natureza jurídica da decisão que se passa agora a executar é condenatória ou executiva *lato sensu* tem ligação com um aspecto prático não muito bem explicitado pela nova legislação, qual seja, o do momento de início do cumprimento de sentença.

Em uma leitura idealista, tal como apresentada na exposição de motivos do projeto de lei que deu origem à Lei n. 11.232, verificamos que a proposta inovadora da nova sistemática da execução civil no país é de iniciar o cumprimento de sentença sem qualquer manifestação do credor ou propositura de eventual ação autônoma, desfazendo a estrutura dualista até então existente, sob o principal argumento da celeridade e da efetividade processual.

Assim sendo, teríamos o que a doutrina já vem denominando de cumprimento *ex officio*, ou imediato, pois uma vez transitada a decisão que reconhece a obrigação de pagamento de soma em dinheiro, automaticamente, se abriria a contagem do prazo de quinze dias para que se efetive o cumprimento voluntário da referida obrigação, sob pena de ser incidida multa no valor de 10% (dez por

cento) a ser acrescida ao valor principal da condenação, a ser imposta a partir do décimo sexto dia, ou exatamente, do primeiro dia após o decurso do prazo legal dirigido ao vencido, conforme o art. 475-J do Código de Processo Civil.¹⁴

Somente após decorrido esse prazo, e da atividade *ex officio* desenvolvida pelo juiz, arbitrando a multa, teríamos a presença do credor, que daria prosseguimento ao cumprimento, requerendo a expedição de mandado de penhora e avaliação e apresentando sua conta, na forma da parte final do mesmo diploma legal. Achados os bens suficientes para iniciar-se a fase de expropriação e satisfação, e efetivado o auto de penhora, o advogado do devedor restará intimado para a apresentação de eventual impugnação, na forma do parágrafo primeiro do art. 475-J.

Será que então, toda a sentença que condene o devedor a pagar quantia certa deverá trazer em sua parte dispositiva o corte na base da legitimidade (que preponderantemente justificaria a eficácia executiva *lato sensu*), a determinação do pagamento "atualizado" da dívida dentro do prazo de 15 dias após o seu trânsito em julgado?

Seria essa determinação judicial o tal corte a que se refere a doutrina e que justificaria a eficácia executiva da decisão?

Por suposto, dentro deste raciocínio, o início do cumprimento se daria imediatamente, e dependeria, claro, da vontade do vencido em adimplir voluntariamente a decisão proferida, em obediência à decisão jurisdicional, que verificando o não-pagamento no prazo legal, imporá atos de coerção e posterior sub-rogação, com a con-

¹⁴ Nesse sentido Athos Gusmão Carneiro, "Do cumprimento da sentença conforme a Lei n. 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não?" in "Novas Reformas do Código de Processo Civil", *Revista do Advogado*, AASP, 2006, p. 23, sustentando que "assim, na sentença condenatória por quantia líquida (ou na decisão de liquidação de sentença), a lei alerta para o tempo indicati de quinze dias, concedido para que o devedor cumpra voluntariamente sua obrigação. Tal prazo passa automaticamente a fluir, independentemente de qualquer intimação, da data em que a sentença (ou o acórdão, CPC, art. 512) se torne exigível, quer por haver transitado em julgado, quer porque interposto recurso sem efeito suspensivo". Essa é a posição de Humberto Theodoro Jr., *As novas Reformas do Código de Processo Civil*, op. cit., p. 145, afirmando que "é do trânsito em julgado que se conta dito prazo, pois é daí que a sentença se torna exequível. Se porém, o recurso pendente não tiver efeito suspensivo, e, por isso, for cabível a execução provisória, o credor poderá requerê-la com as cautelas respectivas, sem entretanto, exigir a multa. Se o trânsito em julgado ocorre em instância superior (em grau de recurso), enquanto os autos não baixarem à instância de origem, o prazo de quinze dias não correrá, por embaraço judicial. Será contado a partir da intimação das partes, da chegada do processo ao juízo da causa".

seqüente imposição da multa e de penhora e avaliação de bens voltados à efetivação do *decisum*.¹⁵

Essa foi a proposta que está consignada na exposição de motivos do anteprojeto da Lei n. 11.232/05 quando propugna a imediata satisfação da decisão jurisdicional, permitindo a efetiva entrega do bem da vida pretendido.

Teoricamente seria fantástico, mas na prática, verificamos que algumas circunstâncias impediriam a operacionalidade da respectiva norma que não se efetivaria da forma como eventualmente quis o legislador, senão vejamos.

Pois bem, se na decisão judicial que será objeto do respectivo cumprimento haveria determinação para pagamento de soma em dinheiro, deveria a mesma explicitar a determinação de um pagamento pelo vencido devidamente atualizado, dentro do prazo legal de cumprimento voluntário, bem como, o índice a ser utilizado e o acréscimo de verbas de sucumbência, além do alerta dirigido ao devedor de que diante de eventual inadimplemento da obrigação contida no *decisum*, estaria o mesmo sujeito à multa de dez por cento prevista na nova lei.

Caso contrário, quem fará a conta? O próprio devedor? Ou os autos deverão ser remetidos ao contador do juízo?

Supondo que a decisão não disponha acerca da forma do pagamento, e o devedor apresente a conta errada, pagando a menor com a utilização de cálculos e índices de atualização equivocados, criar-se-ia um incidente de impugnação destes

¹⁵ Esse é o pensamento de Rogério Licastro Torres de Mello, "A defesa na nova execução de título judicial" in *Processo de Execução Civil - Modificações da Lei n. 11.232/05*, São Paulo, Quartier Latin, 2006, p. 288-289, apontando que "de acordo com a estrutura típica das sentenças executivas *lato sensu*, a intimação do réu a cumprir a condenação advém do próprio dispositivo da sentença, ou seja, é do ato do juiz e, vez publicada a sentença, tal ato já se vê consumado. A hipótese mais exemplificativa que encontramos advém das sentenças de procedência das ações de despejo por falta de pagamento: 'julgada procedente a ação de despejo, o juiz fixará prazo de trinta dias para a desocupação voluntária (Lei n. 8.245/91, artigo 63). Percebe-se, destarte, que a ordem de cumprimento do preceito condenatório no regime típico das sentenças executivas *lato sensu* vem à tona com a simples publicação da sentença no Diário Oficial. A nosso ver, seria esta a conformação natural da fase executiva criada pela Lei n. 11.232/05: prolatada a decisão condenatória de quantia certa, por intermédio de sua publicação já se materializa a intimação do devedor para pagar', muito embora, admita o autor, logo após, na p. 289, que em havendo interpretação duvidosa da lei relativa aos artigos 475-I, parágrafo segundo e 475-J, parágrafo quinto, no sentido de haver intenção do legislador em deixar a requerimento e promoção do credor os atos de início da fase de cumprimento, associada a indiscutível necessidade de atualização do débito, estaríamos diante da idéia de que o cumprimento da sentença ensejaria requerimento inicial anterior à convocação do executado para pagamento voluntário".

valores uma vez intimado o credor para se pronunciar acerca do pagamento?

Entendemos que a reforma não se efetivou com este intuito, mas pelo contrário, optou o legislador por fugir de eventuais empecilhos que viessem a obstruir o cumprimento, exigindo assim um requerimento do credor para dar início ao cumprimento de sentença.

O legislador delegou ao credor a apresentação dos valores que constituirão a memória de cálculo que servirá de base para a penhora e avaliação na forma do art. 475-J, parágrafo primeiro do CPC, bem como, é a própria lei que impõe prazo de seis meses para o início da execução na forma do parágrafo quinto do art. 475-J, dispondo que "não sendo requerida a execução no prazo de seis meses, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte", constando também do artigo 475, I, parágrafo segundo, a prescrição legal de que "(...) ao credor é lícito promover (...) a execução.

E se for interposto recurso contra a decisão prolatada? Sem dúvida, adviria um hiato temporal maior entre a prolação da decisão de primeira instância e o seu trânsito em julgado, após confirmação a sentença pelo Tribunal, após ter negado provimento à Apelação interposta, justificando, mais do que nunca, uma melhor atualização dos valores que serão objeto do cumprimento.

Muito embora toda a proposta legislativa para o novo processo de execução de sentença seja no sentido de imprimir a denominada eficácia executiva *lato sensu*, pensamos que ainda permanece a natureza jurídica condenatória do *decisum*, necessitando-se, por questões práticas e de maior efetividade e organização do *iter* processual, de um requerimento, simples, mas formal, por parte do credor, para dar início à fase de cumprimento de sentença.

Nesse sentido, em vista de um preciso acompanhamento do advogado do credor, o que é natural nas ações em que foi vencedor seu cliente, poderá o mesmo consultar o trânsito em julgado em cartório, ou ainda desde já, ultrapassado o prazo para interposição de eventual recurso, requerer a certificação do mesmo para dar início ao cumprimento da referida decisão.

Mediante petição simples, com fundamento no art. 475-J, requererá o causídico ao juízo competente o cumprimento da decisão transitada em julgado, requerendo a intimação do advogado do devedor, para que tome ciência do início da referida fase, e informe a seu cliente a necessidade de cumprimento voluntário no prazo de quinze dias da obrigação reconhecida pela sentença.

Juntamente a este requerimento, desde já, seria apresentado pelo advogado do credor, anexa à petição, toda a memória de cálculo que exige o art. 475-J combinado com o art. 614, II do CPC, incluindo-se aí, as verbas de sucumbência e os valores relativos ao montante principal já devidamente atualizado.¹⁶

Sem prejuízo ou embargo, desde já, poderá ser requerido ao final da petição, que caso não cumprida a obrigação voluntariamente pelo devedor, seja imposta *ex officio* a multa prevista na lei, acrescentando-se 10% (dez por cento) sobre o valor apurado na memória de cálculo para fins de expedição de mandado de penhora e avaliação, na forma do art. 475-J, parágrafo primeiro do CPC. Podem inclusive, também, na mesma petição, ser informados pelo credor dados de eventuais bens imóveis ou móveis de propriedade do devedor que tenha conhecimento, o que facilitará assim o cumprimento do mandado de penhora e avaliação pelo Oficial de Justiça.

Assim sendo, não precisará o credor retornar aos autos para requerer a penhora e avaliação, pois já poderá deixar requerida a necessária atuação jurisdicional em petição de início de cumpri-

¹⁶ Comentando com precisão acerca do momento de início do cumprimento de sentença, Daniel Amorim Assumpção Neves, assevera que "o art. 475-J do CPC prevê que o prazo somente começa a tramitar quando a quantia a ser cobrada seja certa, exigindo, evidentemente, uma liquidez da obrigação para que se possa exigir do demandado o pagamento. Conforme a melhor doutrina, liquidez não significa a determinação do valor, mas sua determinabilidade por meros cálculos aritméticos, de forma que, após o reconhecimento do direito na sentença, sempre haverá reajustes para atualização do valor devido, o que se acentua na hipótese de recursos para os órgãos de superposição. E mesmo nos casos em que não há apelação a experiência mostra que entre o momento de prolação da sentença e o momento de início da busca da satisfação do direito haverá um lapso temporal suficiente a exigir a atualização do valor.(...) O que se pretende demonstrar é que o demandante deverá, como ato inicial da fase de cumprimento da sentença que condena o demandado a pagar quantia certa, apresentar um memorial de cálculos, atualizando o valor da condenação até a presente data, única forma possível de se determinar o valor exato da obrigação nesse momento processual. Resta evidente que, uma vez apresentado o descritivo de cálculo nos autos, o demandado deverá ser intimado - na pessoa de seu patrono, como se verá - para que tome conhecimento de quanto é o valor atualizado de sua obrigação de pagar quantia até aquele momento, dando-lhe ciência de quanto deverá pagar para que se considere satisfeito o direito do autor". (Reforma do CPC. Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006/ Daniel Amorim Assumpção Neves... [et al.], São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 213-14).

mento de sentença, passando os demais atos a serem praticados pelo juízo.

O prazo de cumprimento voluntário, definido na lei em 15 (quinze) dias, se iniciará no primeiro dia útil posterior ao dia da publicação da intimação dirigida ao advogado do devedor para cientificar seu cliente no sentido de proceder ao cumprimento voluntário do **decisum**.

Teremos assim, um requerimento que dará eficácia à sentença, configurando nítida atividade condenatória conseqüente do **decisum** prolatado.

Muito embora o juízo possa até proceder ao corte na base da legitimidade, dirigindo ao Réu o comando estatal de dar cumprimento à obrigação, a eficácia dos atos somente será bem desenvolvida com a disposição do credor em buscar, através de seu requerimento, o início dos atos que levarão à obtenção do bem da vida postulado, até porque poderá o mesmo não querer dar início ao cumprimento da sentença, em vista de que a disposição sobre o crédito, por força da lei, pode ser iniciada em até seis meses do trânsito em julgado da decisão, jamais se devendo entender que o cumprimento deva iniciar-se obrigatoriamente, independentemente da vontade credor.

Teríamos então condenação sem processo autônomo de execução? Sim, e com atos específicos que formatam uma fase posterior à cognição para melhor permitir a entrega da prestação jurisdicional, sem que se tenha aqui, modificação da natureza jurídica da sentença, mas sim, tão e somente, política legislativa que visa ao emprego de meios de sub-rogação a fim de melhor atender a satisfação dos créditos derivados de condenação de soma em dinheiro.¹⁷⁻¹⁸

¹⁷ Luis Rodrigues Wambier, Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, em comentários à reforma processual, sustentam que "(...) é prevista uma medida executiva coercitiva *ope legis*, já que o descumprimento da obrigação reconhecida na sentença condenatória acarretará a incidência de multa de 10% sobre o valor da condenação. Embora a medida coercitiva citada incida imediatamente, o que permite compreender a referida sentença, quanto a este ponto, como executiva lato sensu, o início da prática de atos de expropriação - penhora, arrematação, etc. - é condicionado pelo art. 475-J do CPC ao 'requerimento do credor'. Assim, embora unificadas procedimentalmente as ações de conhecimento e de execução, a sentença mantém aspecto peculiar que a caracteriza como condenatória: o de depender, para a realização dos atos executivos, de requerimento realizado posteriormente ao seu proferimento, pelo credor". *In Breves comentários à nova sistemática processual civil*, v. II, São Paulo, RT, 2006. p. 144.

¹⁸ V. Cássio Scarpinella Bueno, op. cit., p. 32, sustentando que "sentenças condenatórias podem viver e, de resto, já vivem entre nós, sem processo de execução".

Estaríamos diante de uma decisão com projeção proces-
sual voltada a *uma condenação especial*, ou seja, dotada de meios
executivos especiais (ditados pelo legislador) posteriores à fase
cognitiva, pois de forma mais requintada, estaria o processo cum-
prindo seus resultados sem postergar a eficácia que deriva do con-
teúdo para outra relação autônoma, mas ao mesmo tempo, sem
se deixar perder a característica da condenação, qual seja, fazer
atuar verdadeira execução forçada por substituição da vontade
do devedor ao poder estatal, fazendo-se atuar por meios sub-
rogatórios, estabelecendo assim, uma nova visão do cumprimen-
to das decisões condenatórias, dentro dos propósitos do processo
sincrético.¹⁹⁻²⁰

As fontes históricas trazem precedentes experimentados, so-
bretudo pelo direito medieval que, em muito, se assemelham com a
sistemática introduzida pela Lei nº. 11.232/06, em vista que sem
descaracterizar-se a natureza jurídica condenatória da decisão
prolatada, sem se efetivar nova ação com proposta executiva, ou
seja, sem se exigir *actio iudicati* ao julgado, teríamos, como con-
seqüência da própria atividade jurisdicional, a eficácia executiva

¹⁹ Assim já se pronunciou José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e Processo*, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 102, referindo-se à necessidade de uma mais efetiva tutela das sentenças condenatórias, quando sustenta que "a partir de situações tuteladas de forma mais eficaz pelo legislador, que possibilita a auto-executoriedade de determinadas sentenças condenatórias (despejo, possessórias, alienação fiduciária), passa-se a imaginar a possibilidade de se estender essa técnica a outras hipóteses. Vale a pena meditar inclusive, sobre as vantagens de ma sentença condenatória referente a quantia de prescindir do processo de execução. Bastaria a intimação do réu para cumpri-la em determinado prazo, sob pena de penhora. Seriam ressalvadas, evidentemente, as situações excepcionais (como, por exemplo, a citação ficta no processo cognitivo). Esse raciocínio é válido para todas as espécies de execução". Tal afirmação também foi ventilada por Humberto Theodor Júnior, *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*, Rio de Janeiro, Aide, 1987, p. 237, pois "embora o que queira de fato o credor seja a concretização efetiva de seu direito, só não é possível, por exemplo, o autor de uma ação de indenização pedir desde logo a condenação do devedor ao pagamento do prejuízo, com a cominação de penhora e praxeamento de bens e consequente pagamento do que lhe é devido, porque teima em prevalecer o dogma de que o processo de conhecimento e o processo de execução são atividades distintas e que só devem ser tratadas em relações processuais distintas".

²⁰ Assim já se manifestava Humberto Theodoro Jr., *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*, Aide, 1987, p. 239, com fundamento no pensamento de Pontes de Miranda, posicionando-se no sentido de que "não há razão, no plano lógico, para continuar a considerar, nas ações condenatórias, a força executória como diferida, se nas ações especiais a execução pode ser admitida como parte integrante essencial da própria ação originária. Nossa proposição é que, em se abandonando velhas e injustificáveis tradições romanísticas, toda e qualquer pretensão condenatória possa ser examinada e atendida dentro de um único processo, de sorte que o ato final de satisfação do direito do autor não venha a se transformar numa nova e injustificável ação, como ocorre atualmente em nosso processo civil".

imediate do *decisum*, permitindo assim, que na mesma relação processual, o julgador, pela competência que lhe foi direcionada em vista do julgar e conhecer, também possa, como efeito da causa, executar, satisfazendo e entregando, sob os meios que dispõe a jurisdição, o bem da vida pretendido pelo credor e reconhecido pelo comando sentencial, que impõe o cumprimento da obrigação, até então não adimplida voluntariamente pelo devedor.

O juiz pode e deve desenvolver atividade executiva direta, pois são conexas ao seu ofício, e como verificamos nos comentários trazidos por Liebman, no sentido de que "o requerimento que provoca a execução, não constitui exercício de uma nova ação, de um novo direito contra a outra parte, mas um simples ato de impulso processual com o fim de provocar a realização concreta dos atos incumbentes aos juiz".²¹

Não haverá petição inicial, na idéia de se voltar ao sistema processual da dualidade, porque não haverá nova ação para dar cumprimento às sentenças, mas tão e somente, requerimento que provocará e dará as bases que iniciarão o ofício do juiz, preparando a atividade executiva, em vista de que o próprio Código dá essa disponibilidade ao credor nos termos do art. 569.

Assim sendo, a execução da sentença pertencerá ao *officium iudicis*, ou seja, ao ofício do juiz, por atribuição direta derivada do simples fato de ter julgado a causa.

E é exatamente essa a razão que deriva como fonte do direito medieval que permite o cumprimento de sentenças na mesma relação processual e que permite a aplicação pelo órgão judicial das medidas que mais sejam eficazes a cada caso concreto em vista do comportamento do devedor, e que já no direito intermédio se demonstrava como forma alternativa de se suprir os defeitos e falhas que apresentava a sistemática da *actio iudicati*, o que não muda em nada a sistemática até então havida entre nós, pois igualmente se apresentava como complexa e ineficaz, diante de uma

²¹ Liebman, *Embargos do Executado* ..., op. cit. p. 84-85 citando a doutrina de Martino de Fano, as críticas à formação da execução sem o *novus processus* e as hipóteses trazidas por outros doutrinadores do uso específico da *actio* ou da execução sem intervalo. V. também Humerto Theodoro Jr., *As novas Reformas do Código de Processo Civil*, op. cit., p. 100-101.

dualidade processual entre cognição e execução que não mais se justificava.²²

Por toda a longa exposição histórica trazida por Liebman, ao final, reconhece o processualista italiano que "a sentença condenatória, todavia, a mais de conferir ao vencedor a *actio iudicati*, permite-lhe seguir, como sabemos, procedimento muito mais simples para obter a execução sem um *novus processus*: por essa via, pode-se atuar o *ius executivum* diretamente, sem verificação da subsistência do direito de crédito".²³

Com objetivo de permitir uma simplificação e agilização do procedimento, a via adequada nestas circunstâncias para na prática se efetivar o comando judicial é uma petição, postulada pelo credor, sem *actio*, sem lide, sem libelo, e claro, sem a necessária produção de outra sentença, mas de forma rápida e direta, que se caracterize pelo requerimento de exortar o devedor a cumprir a sentença sob pena de se efetivar preceito que ordena a execução.²⁴

Um processo voltado aos fins a que se propõe, delimitados pela busca incessante da entrega do bem da vida pleiteado desde o início da relação processual, podendo fazer atuar diversas modalidades de tutela de acordo com as circunstâncias fáticas posteriores ao reconhecimento da obrigação, efetivando o respectivo *decisum* mediante a aplicação de meios executivos sub-rogatórios, mandamentais, de execução forçada, por atividade estatal direta ou indireta, mas sempre, com base em conteúdo condenatório.

Desta forma, o cumprimento das decisões não necessitava e, agora, após a nova legislação processual em vigor, nos moldes do formato medieval, mais ainda, não necessita, da abertura de um

²² Liebman, **Embargos do Executado** ..., op. cit., p. 83, assinala que "no uso germânico e especialmente no longobardo, cognição e execução não se apresentavam distintas nem separadas: o procedimento destinado à satisfação do credor constituía um todo unitário, no qual se podia inserir a cognição como um incidente não autônomo, e ao pronunciamento da sentença sucedia diretamente, por obra do próprio juiz, a atividade tendente a obter o adimplemento do devedor, ou, quando menos, análoga promessa em forma solene, sem que, por isso, fosse de mister um requerimento especial do credor, o qual já estava implícito na petição inicial, que objetivava, não uma sentença, senão o resultado, concreto, final, consistente no pagamento do débito ou na restituição da soma ou outra coisa qualquer".

²³ idem, op. cit., p. 89

²⁴ idem, op. cit., p. 92

processo autônomo, pois cabe ao juiz exercer seu ofício a fim de cumprir a decisão prolatada.²⁵

É essa valoração da decisão jurisdicional, em especial, *in casu*, a sentença condenatória, que permitirá uma completa atuação da jurisdição, pois através da complementação por meios executivos posteriores à condenação prolatada, em fase subsequente àquela que se efetivou a cognição, é que o processo civil reforça seus propósitos de caminhar mais agilmente e efetivamente rumo à incansável busca da proteção ao direito material.²⁶

É sem dúvida, revisão (ou modernamente designada como revisitação)²⁷ voltada ao pragmatismo; racionalidade que busca a realização, é forma que quer alcançar o seu fim.

Cabe ao tempo e aos operadores jurídicos demonstrarem que os caminhos traçados pelo legislador serão interpretados com vista ao emprego de uma tipicidade e multiplicidade de atos que possam efetivamente produzir os propósitos a que todo processo se destina, a verdadeira entrega da pretensão de direito material representada pelo bem da vida perquirido pelo vencedor da demanda.

A incansável busca de efetividade com base nos propósitos lançados pela nova sistemática da execução civil também deve ter respaldo na vontade política e administrativa dos operadores do direito e do Poder Judiciário, pois sem um perfeito aparelhamento infraestrutural que possa responder aos anseios e propósitos da lei, teremos sem dúvida, a total ineficácia da tutela jurisdicional que tanto se almeja, restando inefetiva toda a modificação legislativa trazida com as novas reformas processuais.☐

²⁵ Humberto Theodoro Jr., *As novas reformas do Código de Processo Civil*, op.cit., p. 104, assinala que "em pleno século XXI, voltou-se a presenciar o mesmo fenômeno da Idade Média: o inconformismo com a separação da atividade jurisdicional de cognição e de execução em compartimentos estanques, e a luta para eliminar a desnecessária figura da ação autônoma de execução de sentença (a velha *actio iudicati* do direito romano)".

²⁶ Nesse sentido, Cândido Dinamarco, *Execução Civil*, Malheiros, 1997, p. 133, observando que não há desnaturação da natureza jurídica condenatória de uma sentença que se sucede de atos executivos na mesma relação processual, considerando inútil e desnecessário rotular de 'executiva' a referida decisão pelo fato de o processo seja um só. E já admitia à época da publicação que há nesse sentido sincrético relevante significado político, na medida em que o exercício da função pública jurisdicional ficaria liberto do condicionamento a nova iniciativa do demandante. "Tem significado positivo, também, em relação ao escopo pacificador que lhe move o Estado a exercer a jurisdição, uma vez que lhe permitiria chegar de modo menos complicado e moroso à consumada eliminação dos litígios".

²⁷ V. Ada Pellegrini Grinover, Candido Dinamarco, dentro da idéia de revisão dos conceitos processuais com finalidade e busca de efetividade processual.

Relevância da Súmula de Jurisprudência Predominante

Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos
Desembargador do TJ/RJ

Matéria publicada no periódico **O Globo**, de 09/09/07, às fls. 34, de autoria da jornalista Nadja Sampaio, vem assim intitulada: "Rio tem Justiça mais rápida do país".

O título não constitui mero achismo. A reportagem, além de abalizadas opiniões externadas, está instruída com dados estatísticos, antes de mais nada, extremamente seguros. Afinal, vetusta a asserção de que números não mentem.

Permito-me limitar a discussão às conquistas obtidas no 2º grau de jurisdição. Segundo as informações, o tempo médio de julgamento de recursos decresceu em 52 dias, de 2003 para 2006, referência aqui feita apenas a administrações concluídas. De fato, de 2003 para 2006, o prazo fora reduzido de 158 dias para 106, malgrado distribuídos 76.821 feitos no Tribunal em 2003, ao passo que em 2006 a distribuição ascendeu para 129.070 processos.

Dentre os fatores que o legislador considerou como influentes na aceleração do trâmite processual encontra-se a Súmula Vinculante, de acordo com a Emenda Constitucional nº 45, e outras manifestações padronizadoras do pensamento.

O Professor José Carlos Barbosa Moreira, em interessante ensaio sobre a Súmula, faz pertinente observação à falta de elementos que pudessem fornecer subsídios para o reconhecimento da efetiva utilidade daquela na abreviação do tempo de julgamento e mesmo na diminuição do número de processos, *verbis*:

"É pena que não se haja tomado a iniciativa de colher dados e elaborar estatísticas à cuja luz se pudesse medir objetivamente o impacto produzido pela instituição da Súmula na quantidade de processos e na respectiva duração: como sói acontecer entre nós, e sem embargo do juízo favorável que predominou nos meios judiciais, ficamos imersos na penumbra do impressionismo" (Temas de Direito Processual, Nona Série, Saraiva, p. 301).

Pois bem, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a situação é de clareza solar, cuja nitidez chega a ofuscar, não se aplicando as críticas justamente formuladas por nosso maior processualista. Com efeito, os resultados da pesquisa integram o site do Tribunal e, mensalmente, sua produtividade é divulgada naquele, de forma discriminada, em demonstração de absoluta transparência do Judiciário Estadual Fluminense quanto aos seus resultados, em busca de verdades científicas e aprimoramento de seu mister.

Qual é a "mágica" empreendida para a obtenção desse gratificante e significativo efeito, dado que a distribuição na 2ª instância aumentou em aproximadamente 70%, e eis que o prazo médio de julgamento fora reduzido em quase dois meses?

Seguindo inclinação profilática do fato do tempo que produz injustiça, a resposta é tão precisa como as verdades matemáticas demonstradas: diversos encontros de desembargadores, com vistas à uniformização de entendimentos, foram realizados desde a gestão Desembargador Marcus Faver, e especialmente incrementados na administração Desembargador Sergio Cavalieri, os quais resultaram na edição de verbetes, que culminaram por integrar a Súmula de Jurisprudência Predominante do Tribunal, o que permitiu a prolação, pelo relator, de decisões monocráticas simplificadas e rápidas, na forma do art. 557 do CPC.

A percepção filosófica desses dois grandes gestores, de que as proposições morais e matemáticas antes se completam do que se distanciam, segundo a concepção de John Locke, valida a tese de que a promoção desses conclaves deve tornar-se rotina institucional obrigatória.

Dessarte, ao menos, pode conjecturar-se sobre a tendência - afinal, os juízos de certeza são escassos - de que a *Súmula* influi positivamente no tempo de duração dos recursos.

Outra conclusão, até natural, poderia ser extraída do aumento do número de impugnações recursais, que, igualmente, teria sido fomentado pela *Súmula*.

Isso, no entanto, configura equívoco de abordagem. Não se objetiva também asseverar que diminua o número de recursos, mas, indubitavelmente, não foi ela que provocou o acréscimo. Este decorreu da maior produtividade no 1º grau de jurisdição, com a prolação de mais sentenças, o que, inevitavelmente, produziu maior quantidade de recursos.

Recorra-se novamente à lógica lockiana: conforme a mesma reportagem, em 2003 foram julgados 588.537 processos e, em 2006, 1.059.936 feitos. Ora, se foi proferido número substancialmente superior de sentenças e, dado o inconformismo natural do ser humano com as circunstâncias que lhe são desfavoráveis, outra verdade lógica não poderia ocorrer, senão o incremento de recursos.

Sem o escopo de realizar o raciocínio indutivo, de que a *Súmula* reduz o número de processos ou de recursos, visto como, por ora, seria precipitado e inconsistente afirmá-lo; outra observação, contudo, pode ser feita: o acréscimo de sentenças de 2006 em relação a 2003 foi da ordem de 80%, e o de recursos, aproximadamente, de 70%; o acréscimo de recursos, portanto, foi inferior ao de sentenças.

A conclusão geral, inarredavelmente obtida, foi a expressiva redução do tempo de duração dos recursos após a realização de encontros, visando uniformização de entendimentos.

A vida moderna se tem mostrado extremamente veloz em mudanças, especialmente na área tecnológica. As transformações jurídicas, conquanto não passem na mesma velocidade, ocorrem muito mais rapidamente que no passado, a exigir atualização permanente da jurisprudência predominante, de forma catalogada, com a edição de tantos verbetes possíveis quantas forem as teses em divergência, guardado o devido tempo de maturação do pensamento, preservada a independência do magistrado, a fim de que o ritmo

imprimido nos julgamentos seja mantido, oxalá aumentado, sem, todavia, prejudicar sua qualidade.

Resta, então, dar o passo decisivo, como pensamento inovador, mas sem a pretensão cabotina de partir do zero: estabelecer a cultura do propósito de uniformizar entendimentos que aproximem, através da realização de congressos, de acordo com a necessidade, porventura até com previsão regimental de sua periodicidade mínima, de modo a abreviar a duração do tempo de julgamento dos recursos, proporcionar segurança aos jurisdicionados de que determinados temas jurídicos são resolvidos em certo sentido e diminuir a sobrecarga no 2º grau de jurisdição.

Eis aí a próxima missão da Justiça Fluminense, a ser conduzida por um pacificador de idéias e vontades.☞

"Devemos ser um Exemplo de Ética, não Mentir e ser Confiáveis"

"Um Juiz está para ministrar justiça. Mas, no tempo atual, se acrescenta a obrigação de ser um exemplo de ética. Um juiz deve ser confiável através dos seus atos e suas decisões. Que suas palavras sirvam como um aporte para a necessidade de restabelecer a sua autoridade", disse ao jornal argentino La Nación o juiz de Sarmiento, Gustavo Antoun.

Este magistrado resolveu assumir e corrigir um erro processual no curso de uma causa instruída por ele contra o estado Chubutense (Chubut é uma província da Argentina), declarando à nulidade do processo, pelo que impôs a si pagar uma multa de 7.000 pesos a advogada da Fiscalização Estadual.

Antoun sustentou que sua decisão não deveria chamar a atenção, afirmando que *"não se deve persistir no erro. Os erros não constroem a verdade. Tem-se que trazer para si a responsabilidade dos equívocos e seguir adiante"*.

O que o levou a tomar a decisão para declarar nulo o processo de uma causa que estava sob sua jurisdição e atribuir a si a responsabilidade do pagamento dos honorários à advogada que patrocinava o estado provincial?

Minha filosofia de vida, meus princípios. Como sempre me diz minha esposa, um juiz tem que ser e parecer Juiz. É uma autoridade na terra e tem que se assumir como tal, com a res-

ponsabilidade que o cargo exige. Quando alguém pretende seguir a carreira para ser Juiz, assume compromissos que são inelutáveis. Tem que estar comprometido com o cargo.

Em que momento percebeu o erro?

Quando recebi a resposta por parte da advogada do estado provincial. Na contestação, me fez ver que havia me equivocado em termos muito claros. Em conseqüência, tomei a decisão de carrear para mim a responsabilidade do erro cometido.

Não pensou em deixar que a causa seguisse sua tramitação? Que a questão fosse resolvida pela Câmara de Apelação, por exemplo?

Sempre existe a alternativa da omissão ou de olhar para outro lado. Mas não é o que deve ser feito. Nem avaliei tal situação. A tramitação da causa estava recente, em sua primeira etapa, razão pela qual era possível emendar o equívoco. Eu tenho um profundo respeito pela Câmara de Apelação de Comodoro Rivadavia, onde deveria chegar a causa se seguisse adiante como estava planejado. Que diriam ou pensariam os juízes? "Antoun não poderia ter feito isto".

Houve um sentimento de pudor em sua decisão?

Sim, sem dúvida. Até de vergonha. Por isto insisto em dizer que não se deve persistir no erro sobre o qual deve recair sua responsabilidade. Eu vivo na minha cidade, onde nasci, todos me conhecem, estou sempre com meus amigos. Só quero prolatar boas sentenças, fundamentá-las e dando as razões que a sustentam.

Qual a função de um juiz na sociedade atual?

Hoje, desde mais de cem anos, é a de fazer justiça. Mas creio que nos tempos atuais a sociedade exige que se vá mais além. Devemos ser um exemplo de ética, não mentir, ser confiável para o advogado e para o jurisdicionado. O pior por que pode passar um Juiz é deixar de ser acreditado. Hoje devemos tra-

balhar para restaurar a autoridade, um princípio de conduta que vem sendo solapado. Se quisermos manter a autoridade, temos que nos responsabilizar pelos nossos erros. Não tomei esta decisão buscando algo de extraordinário. Meu compromisso é com o Poder Judiciário, com a Justiça e com a sociedade, para os quais prestamos nosso serviço.☐

* Da correspondente Ana Tronfi, em Comodoro Rivadavia, para o jornal argentino **La Nación**.