

DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EDIÇÃO

Conselho Editorial

CONSELHO EDITORIAL

Cláudio Silva Mascarenhas Lima

Cláudio Mendes Franco

Osvaldo Elias Filho

José Fontenele Teixeira da Silva

Edmar Carlos Campos

GOVERNADOR

Sergio Cabral

COLABORADOR

DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO

Cláudio Roberto Costa e Souza

Stela Inês Gomes de Oliveira

Sandra Maria Coutinho de Faria

1º SUBDEFENSOR PÚBLICO GERAL DO ESTADO

Luiz Carlos Teixeira de Azevedo

Impressão no Brasil

2º SUBDEFENSOR PÚBLICO GERAL DO ESTADO

REVISTA DE DIREITO

DA

DEFENSORIA PÚBLICA

CORREGEDORA

Caetano Mendes de Castro

SUBSECRETÁRIO-ADIUNTO DE APOIO LOGÍSTICO DA

DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO

Marcelo Alves Mendes Figueiredo

DIVISÃO GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Revista de Direito da Defensoria Pública

20 - n. 22 - novembro de 2007 - Rio de Janeiro

340 p.

ISSN 1881-1881

Rev. Dir. Def. Pub.	Rio de Janeiro	ano 20	Nº 22	p.1 a 340	2007
---------------------	----------------	--------	-------	-----------	------

DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EDIÇÃO

Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro

CONSELHO EDITORIAL

Cláudio Silva Mascarenhas Lima
Glauce Mendes Franco
Orlindo Elias Filho
José Fontenelle Teixeira da Silva
Edmo Garcia Campos

COLABORAÇÃO EQUIPE CEJUR

Gleide Moreira Costa e Souza
Maria Júlia Gomes de Oliveira
Sandra Maria Cunha de Faria
Thales José Maciel Bento

Impresso no Brasil

Solicita-se permuta
Pidese canje
Ondemande l'échange
We ask for exchange
Si richieri lo scambio

Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro
Avenida Marechal Câmara 314 - Centro - Rio de Janeiro - RJ
CEP 20020-080

Revista de Direito da Defensoria Pública Ano
20 - nº 22 - novembro de 2007 - Rio de Janeiro
- Defensoria Pública Geral, 2007
340 p.

ISSN 1981-1950

Rev. Dir. Def. Pub. Rio de Janeiro ano 20 nº 22 novembro 2007

PROFESSORA-GERAL DE ADMINISTRAÇÃO E FISCALIA
DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO
Andressa Sena da Silveira

PROFESSOR-GERAL DO CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS DA
DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO
GOVERNADOR DO ESTADO
Cândido Mendes Lima
Sérgio Cabral

ASSESSOR
DEFENSOR PÚBLICO GERAL DO ESTADO
José Raimundo Batista Moreira

1º SUBDEFENSOR PÚBLICO GERAL DO ESTADO
Líbero Atheniense Teixeira Júnior

ASSESSOR CRIMINAL DA DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO
2º SUBDEFENSOR PÚBLICO GERAL DO ESTADO
Nilsomaro de Souza Rodrigues

COORDENADORA-GERAL DO ESCALÃO FORA DE JUIZADO
CORREGEDORA-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA
Celina Maria Bragança Cavalcanti

SUBCORREGEDOR-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA
COORDENADOR DE SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS DA
DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO
Marcelo Leão Alves

SUBSECRETÁRIO-ADJUNTO DE APOIO LOGÍSTICO DA
DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO

PRESIDENTE DO COMITÊ DE APOIO À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Marcelo Alves Martins Pinheiro

OUVIDOR-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA
Marco Antonio da Costa

DIRETORA CULTURAL DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DA
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CHEFE DE GABINETE DA DEFENSORIA PÚBLICA

Ana Lígia Torres de Barros
Mário Lúcio de Andrade Neves

DIRETORA ADMINISTRATIVA DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR
DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Ana Lígia Torres de Barros

SUMÁRIO

**DIRETORA-GERAL DE ADMINISTRAÇÃO E FINANÇAS DA
DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO**

Andréa Sena da Silveira

**DIRETOR-GERAL DO CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS DA
DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO**

Cláudio Silva Mascarenhas Lima

ASSESSORES CÍVEIS DO DEFENSOR PÚBLICO GERAL

Paulo Cesar Ribeiro Galliez

Marcílio de Souza Couto Brito

Ruy Walter D'Almeida Júnior

ASSESSOR CRIMINAL DO DEFENSOR PÚBLICO GERAL

Rômulo Souza de Araújo

**COORDENADORA-GERAL DO ESTÁGIO FORENSE DA
DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO**

Lúcia Maria Plácido de Oliveira Royo

**COORDENADOR-GERAL DE INFORMÁTICA DA
DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO**

Marco Barreto

**PRESIDENTE DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DA
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Carlos Alberto Amaral Dourado

**DIRETORA CULTURAL DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DA
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Ana Cristina Portes Paes Leme dos Reis

**DIRETORA ADMINISTRATIVA DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR
DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Ana Lucia Porto de Barros

DIRETORIA-GERAL DE ADMINISTRAÇÃO E FINANÇAS DA
DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO
Andréa Sara de Silva

DIRETOR-GERAL DO CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS DA
DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO
Cláudio Silva Mascarenhas Lima

ASSESSORES CÍVIS DO DEFENSOR PÚBLICO GERAL
Priscila Cesar Ribeiro Calixto
Marcelo de Souza Couto Brito
Ruy Walter D'Almeida Júnior

ASSESSOR CRIMINAL DO DEFENSOR PÚBLICO GERAL
Roberto Souza de Araújo

**OS CONCEITOS EMITIDOS NOS TRABALHOS QUE SE
SEGUEM SÃO DA INTEIRA RESPONSABILIDADE DOS
SEUS AUTORES**

CORPORATIVO-GERAL DE INFORMÁTICA DA
DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO
Mário Barreto

PROFESSOR DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DA
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
César Roberto Amaral Duarte

DIRETORA CULTURAL DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DA
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Ana Cristina Pires Leão dos Reis

DIRETORA ADMINISTRATIVA DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR
DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Ana Luiza Botelho Barros

SUMÁRIO

- **ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA: ASSISTÊNCIA JURÍDICA JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL, GRATUIDADE DE JUSTIÇA E DE ATOS DE CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS – PROPOSTA PARA UMA NOVA FORMA DE EXEGESE A RESPEITO DA CONCESSÃO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA**
Adolfo Filgueiras Etienne
- **“ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA. DEFENSORIA PÚBLICA E O CONCEITO DE POBRE NA FORMA DA LEI.”**
Ana Paula de Oliveira Adriano
- **O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO**
Daniela Masset Vaz
- **FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS**
Delmalice Rocha e Silva
- **ANÁLISE DO ARTIGO 1.790 DO NOVO CÓDIGO CIVIL PELO VIÉS DA INCONSTITUCIONALIDADE**
Elisabete Silva de Brito
- **O ATO INFRACIONAL, AS MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS E O MITO DA IMPUNIDADE**
Eufrásia Maria Souza das Virgens
- **A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA PESSOA FÍSICA – UMA NECESSIDADE EXEGÉTICA APÓS A NOVA LEI DE FALÊNCIAS**
Fábio Schwartz
- **A INCONSTITUCIONALIDADE (PROGRESSIVA ?) DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES SEXUAIS: UMA FILTRAGEM GARANTÍSTICA – CONSTITUCIONAL DO ART. 225 DO C.P.**
Felipe Lima de Almeida
- **BREVES ANOTAÇÕES SOBRE AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI Nº 11.382 NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**
Felippe Borring Rocha

- **A LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DE AÇÕES CIVIS PÚBLICAS: PRIMEIRAS IMPRESSÕES E QUESTÕES CONTROVERTIDAS.**
Humberto Dalla Bernardina de Pinho
- **DIREITO E ORDENAMENTO JURÍDICO DEMOCRÁTICO: UM ESTUDO SOBRE A IMPORTÂNCIA DO “ACESSO À JUSTIÇA” COMO GARANTIA DA “PERSONALIDADE JURÍDICA”**
João Luís Amoêdo Guimarães
- **A NOVA EXECUÇÃO CIVIL: O QUE FALTA MUDAR**
José Augusto Garcia
- **UMA CRÍTICA CRIMINOLÓGICA AOS RUMOS DA GLOBALIZAÇÃO**
José Danilo Tavares Lobato
- **“A ÉTICA PÚBLICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO”**
Júlio Aurélio Vianna Lopes
- **“O ABORTO DO FETO ANENCÉFALO VISTO POR UMA ESTUDANTE DE DIREITO”.**
Letícia Cordeiro
- **CONTROLE JURISDICIONAL DA INSTITUIÇÃO DE TIPOS PENAS – ANÁLISE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006**
Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho
Adriana Therezinha Carvalho Souto Castanho de Carvalho
Paula Castello Branco Camargo
- **A LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA : UMA REVISÃO DO CONCEITO DE NECESSITADOS**
Marina Magalhães Lopes
- **DIREITO DE LAGE: UMA ANÁLISE CIVIL-CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE SUPERFÍCIE EM SEGUNDO GRAU.**
Patrícia Fonseca Carlos Magno de Oliveira
- **“ACESSO À JUSTIÇA E JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS”**
Raphael C. Berba

- **“A CONFLITUOSA RELAÇÃO ENTRE A IMPRENSA E OS ADOLESCENTES AOS QUAIS SE IMPUTA AUTORIA DE ATO INFRAACIONAL”**
Rodrigo de Castro Fuly
- **“DA DENOMINADA REGRESSÃO CAUTELAR DE REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE”**
Rodrigo Gomes Murtinho
- **“O BEM JURÍDICO-PENAL TUTELADO E EXCESSOS DE INCRIMINAÇÃO”**
Rômulo Souza de Araújo
- **“ANOTAÇÕES SOBRE O INCIDENTE DA INSANIDADE MENTAL DO ACUSADO”.**
Sérgio Demoro Hamilton
- **DIREITOS DA PERSONALIDADE APÓS A MORTE – DEBATE SOBRE AS POSSIBILIDADES DE TRANSMISSÃO**
Susana Cadore Nunes
- **“O CASO JOÃO HÉLIO E A MAIORIDADE PENAL: O DISCURSO DO MAIS DO MESMO”.**
Tiago Abud da Fonseca
- **“ANALFABETOS TECNOLÓGICOS” - “VULNERABILIDADE FÁTICA” – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.**
Vivian Baptista Gonçalves
Maria Carmen Ferreira Leite Miranda de Sá

PEÇAS PROCESSUAIS

- **HABEAS CORPUS**
Denis de Oliveira Praça
- **AUTORIZAÇÃO PARA INTERRUPTÃO DE GRAVIDEZ**
Diamantino Antunes Pereira

- **AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FORNECIMENTO DE SERVIÇO COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA**
Judith Regis Moreira Rocha
- **HABEAS CORPUS**
Sérgio Paes Fraga

PARECERES

- **DESCONTO PREVIDENCIÁRIO E IMPOSTO DE RENDA SOBRE AUXÍLIO TRANSPORTE, BENEFÍCIO PERMANÊNCIA E ACUMULAÇÃO**
Paulo César Ribeiro Galliez
- **INDENIZAÇÃO DE FÉRIAS E TETO CONSTITUCIONAL**
Paulo César Ribeiro Galliez
- **ABONO PERMANÊNCIA E TETO CONSTITUCIONAL**
Paulo César Ribeiro Galliez

APRESENTAÇÃO

Tenho a honra e o orgulho de apresentar o nº 22 da Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, repositório da reflexão de ilustres colaboradores acerca de temas cujo cerne é a proteção incondicional da dignidade humana, razão de existir da Defensoria Pública.

Verifica-se, já no sumário, a preocupação em acrescer as letras jurídicas com o espírito de resistência e reforçar o papel constitucional do Defensor Público, no seu mister político de assegurar o acesso à justiça em todos os seus planos.

Além dos aspectos antes ressaltados, o conjunto da obra harmoniza-se por se mostrar absolutamente atualizado em relação às recentes modificações da legislação pátria.

Congratulo, portanto, os autores e o Centro de Estudos Jurídicos por manterem-se firmes neste propósito, convidando toda comunidade jurídica ao enriquecimento intelectual propiciado pelas páginas que seguem.

JOSÉ RAIMUNDO BATISTA MOREIRA
DEFENSOR PÚBLICO GERAL

ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA: ASSISTÊNCIA JURÍDICA JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL, GRATUIDADE DE JUSTIÇA E DE ATOS DE CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS – PROPOSTA PARA UMA NOVA FORMA DE EXEGESE A RESPEITO DA CONCESSÃO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Adolfo Filgueiras Etienne¹

1 – CONCEITO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

O primeiro diploma legal a fazer referência a Assistência Judiciária fora a Constituição Federal de 1934, onde se referia a mesma como serviço prestado por órgãos do Estado e isenção de custas processuais. Ou seja, incluía no conceito Assistência Judiciária a Gratuidade de Justiça.

A Constituição de 1946 não chegou a asseverar em que consistia a Assistência Judiciária, somente tendo consagrado a mesma constitucionalmente. A Lei 1.060/50, que veio regulamentar o direito previsto na Constituição de 1946, seguindo orientação da carta de 1934, incluiu o conceito de gratuidade de justiça no de assistência judiciária, prevendo que esta abrangeria a isenção de taxas, honorários advocatícios, entre outras despesas.

As constituições que se seguiram mantiveram a mesma técnica da CF de 1946, ou seja, deixando à legislação federal definir o que seria assistência judiciária, vale dizer, permaneceu o conceito previsto na Lei 1.060/50.

Verifica-se então, que o conceito de Assistência Judiciária inclui o de Gratuidade de Justiça, salientando-se, que a Lei 1.060/50 permanece em vigor. No entanto, tecnicamente, embora a lei não o faça, deve-se distinguir Gratuidade de Justiça de Assistência Judiciária, sendo esta a representação judicial e aquela a isenção de despesas processuais.

2 – ÓRGÃO QUE CONCEDE A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

Outro fato deve ser ressaltado, qual seja, o de que a Assistência Judiciária é um dever do Estado, o qual é prestado quando deferido pelo Poder Judiciário, segundo resta claro da Lei 1.060/50. Vale dizer, o órgão estatal incumbido de outorgar a Assistência Judiciária é o Poder Judiciário.

3 – CONCEITO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA

A constituição em vigor alterou a técnica anterior, deixando de se referir à Assistência Judiciária para buscar um vocábulo mais amplo, qual seja, o de Assistência Jurídica Integral. Outrossim, se no conceito de Assistência Judiciária já se encontrava incluso o de Gratuidade de Justiça, por óbvio este também estará presente no de Assistência Jurídica Integral e Gratuita, por ser este um conceito mais amplo que aquele primeiro.

Isto posto, cumpre ressaltar que o direito à Assistência Jurídica Integral e Gratuita é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, segundo o parágrafo 1, do art. 5 da Constituição Federal, não estando sua definição a cargo de legislação ordinária como nas constituições anteriores. Vale dizer, o seu conceito deve ser buscado no próprio texto constitucional e não pode ser limitado por legislação ordinária.

Como conseqüência disto, o rol de isenções compreendidas na Lei 1060/50, e que compreendem a Gratuidade de Justiça deve ser considerado exemplificativo, pois caso contrário seria inconstitucional por limitar o preceito da carta magna. Neste contexto, Gratuidade de Justiça consiste na obrigação do Estado em arcar com todas as despesas que o assistido venha a ter para defender eficazmente os seus direitos em Juízo, bem como isentá-lo de quaisquer taxas, custas processuais, ou honorários advocatícios.

Isto posto, deve ser buscado ainda no texto constitucional a conseqüência da troca do conceito Assistência Judiciária para o de Assistência Jurídica Integral e Gratuita. Como

¹ Defensor Público Substituto no Estado do Rio de Janeiro

salta aos olhos, por óbvio o novo conceito é mais amplo. O que se vê, diante do adjetivo integral, acrescido à assistência jurídica, é que esta deve agora ser prestada na esfera judicial e extrajudicial.

Isto não implica no dever de o Estado passar agora a tão somente prestar a consultoria jurídica e postulação em âmbito administrativo, além das antigas atribuições. A Constituição Federal fora mais além. Ora, a intenção do Legislador foi ampliar o conceito de Assistência Judiciária para que esta não mais abrangesse somente a esfera judicial, mas sim também a esfera extrajudicial. Como já salientado, no conceito de Assistência Judiciária estava o de Gratuidade de Justiça, sendo lógico então que o objetivo do legislador é o de ampliar a Gratuidade de Justiça para alcançar a esfera extrajudicial.

Não há nada na Constituição que venha contra esta linha de pensamento. Aliás, esta é a dedução lógica. A Constituição ampliou para a esfera extrajudicial o antigo conceito de Assistência Judiciária, que incluía o de Gratuidade de Justiça, sendo assim, este último também fora ampliado. Se fosse feita uma interpretação divergente, o exegeta estaria fazendo agora uma distinção que anteriormente não existia, pois o Legislador anterior não distinguia a Assistência Judiciária da Gratuidade de Justiça, não devendo agora tal distinção ser feita.

Ademais, esta é a interpretação que mais atinge o escopo constitucional, previsto no art. 3, inc. III, qual seja, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Por estas razões, o direito à Assistência Jurídica Integral e Gratuita compreende: a assistência jurídica judicial; assistência jurídica extrajudicial; gratuidade de justiça; e por fim a gratuidade de atos de cartórios extrajudiciais. Nota-se então que a atual Constituição ampliou os direitos dos juridicamente necessitados, passando a incluir a assistência extrajudicial e a gratuidade de atos de cartórios extrajudiciais.

4 – ÓRGÃO QUE CONCEDE A ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL – PROPOSTA DE UMA NOVA EXEGESE COM RELAÇÃO À CONCESSÃO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

O direito à Assistência Jurídica Integral é um dever do Estado, e tem como Instituição responsável pelo seu efetivo cumprimento a Defensoria Pública. Tal conclusão é extraída do art. 134 da CF, que na definição das atribuições da Defensoria Pública faz referência ao inc. LXXIV, do art. 5, onde resta consagrado o direito à Assistência Jurídica Integral.

Ressalta-se que o referido dispositivo não condiciona a atuação da Defensoria Pública à submissão de qualquer poder Estatal. Vale dizer, o Estado, através da Defensoria Pública, é titular do dever de prestar a Assistência Jurídica Integral, não sendo subordinado a qualquer outro poder no desempenho de seu mister.

Isto implica em dizer que a assistência jurídica judicial, extrajudicial, a gratuidade de justiça e de atos de cartórios extrajudiciais deve ser deferida pela Defensoria Pública como titular que é da prestação deste dever Estatal, e não pelo Poder Judiciário que tem como missão constitucional prestar a tutela jurisdicional e não a Assistência Jurídica Integral.

Houve claramente uma modificação completa no instituto da Assistência Judiciária, que passou a ser muito mais amplo e a contar com uma Instituição que tem como titularidade e finalidade a prestação deste novo serviço. A nova sistemática não deve ser confundida com a da Assistência Judiciária que era deferida pelo Poder Judiciário, pois, ressalte-se a CF de 1988 criou uma Instituição incumbida de prestar este relevante dever estatal.

Contudo, não obstante esta seja a melhor interpretação dos dispositivos constitucionais, não fora completamente observada no âmbito federal. É que a Lei Complementar n. 80/94, nos arts. 18, inc. II e 64, inc. II, efetivamente reconhece que o Defensor Público não submete sua atuação à cognição judicial, mas a situação é diversa com relação à Gratuidade de Justiça.

Nos referidos dispositivos consta que o Defensor pleiteia ao órgão judicial tão somente a Gratuidade de Justiça. Andou mal o legislador, pois fora tímido e não quis enxergar e consagrar a grande mudança constitucional por completo. Efetivamente, antes do advento da Constituição não somente a gratuidade, mas a própria atuação do Defensor Público estava sob a cognição judicial.

A nova constituição mudou radicalmente a sistemática, tendo o legislador em parte compreendido o teor da mudança, eis que somente deixou de submeter a apreciação judicial a atuação do Defensor Público.

Contudo, no Estado do Rio de Janeiro, o legislador entendeu o teor da mudança, tendo editado em 1990 a Lei 1.694/90, que prevê que: “é dispensado do pagamento de custas e emolumentos, nos atos judiciais e extrajudiciais, o juridicamente necessitado, sempre que assistido pela Defensoria Pública.” Embora tal norma não tenha tido até a presente data efetiva aplicação, é preciso tirá-la do papel, e fazer valer a vontade constitucional no sentido de que a Gratuidade de Justiça está na atribuição da Defensoria Pública. Nota-se que a referida lei é clara, salientando que a prática gratuita dos atos judiciais (Gratuidade de Justiça), além é claro dos extrajudiciais (gratuidade de atos de cartórios extrajudiciais) serão deferidos aos assistidos pela Defensoria Pública independente de qualquer ingerência do Poder Judiciário.

Com relação à atuação extrajudicial da Defensoria Pública, ou seja, representação na esfera administrativa, consultoria jurídica e gratuidade dos atos extrajudiciais, na prática, a mesma tem sido aplicada sem obstáculos. Cumpre salientar, que inicialmente, a sua aplicação era muito difícil com relação à gratuidade dos atos extrajudiciais, tendo tal fase sido superada conforme entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, exposto no art. 93, do Ementário da Corregedoria Geral de Justiça.

Verifica-se assim, claramente que o titular e conseqüentemente o concessor do direito à Assistência Jurídica Integral e Gratuita (assistência jurídica judicial, extrajudicial e gratuidade de justiça e de atos de cartórios extrajudiciais) é a Defensoria Pública, não podendo o Judiciário interferir nesta atividade.

4.1 – DIREITO COMPARADO – CONCESSÃO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA POR ÓRGÃOS DISTINTOS DO PODER JUDICIÁRIO

Cabe salientar, que em outros países os direitos relativos à gratuidade de justiça são deferidos por órgãos estranhos ao Judiciário. Ou seja, o Judiciário se preocupa somente com a lide e não com a Gratuidade de Justiça.

Cleber Francisco Alves, comparando diferentes sistemas de assistência jurídica, demonstra que na França e na Suíça os órgãos que deferem o direito à assistência jurídica – incluindo aí a gratuidade de justiça – são estranhos ao Poder Judiciário.

Guilherme Peña de Moraes assevera que na Bélgica e no México, a assistência jurídica – incluindo a gratuidade de justiça – é deferida por órgãos estranhos ao Judiciário.

Sendo assim, resta claro que a nova constituição não efetuou nenhuma inovação na forma de concessão da gratuidade de justiça, mas tão somente optou por um outro modelo que já é adotado em outros países, efetuando as adaptações necessárias à realidade brasileira.

4.2 – DA INEXISTÊNCIA DE LIDE E CONSEQUENTE DESNECESSIDADE DO JUDICIÁRIO PARA A CONCESSÃO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Cumpre destacar que o direito à Gratuidade de Justiça não é objeto da lide deduzida no processo. O que é objeto da lide é o direito que se está exigindo em face do demandado. Ora, não é o demandado quem confere o direito à Gratuidade de Justiça ao demandante, não sendo esta pleiteada em face do mesmo. Por esta razão não há necessidade que o pedido de Gratuidade de Justiça seja pleiteado juntamente com a demanda a ser deduzida perante o demandado.

Deve-se deixar claro que o direito à Gratuidade de Justiça, é exercido perante o Estado, em face deste. Por isto, o mesmo pode ser conferido por qualquer representante do Estado, não devendo ser necessariamente o órgão que concede a gratuidade integrante do Poder Judiciário.

Ademais, é de salientar que o direito à gratuidade de justiça quando é exercido perante o Poder Judiciário, não se trata como já salientado de jurisdição contenciosa, mas sim de jurisdição voluntária. Neste sentido fica novamente patente a dispensabilidade do Judiciário na concessão deste direito.

4.3 – DAS CUSTAS DO PROCESSO COMO RENDA DO ESTADO E NÃO DO JUDICIÁRIO

Outro ponto que deve ser ressaltado é que as custas do processo e as taxas judiciárias não pertencem ao Poder Judiciário, mas sim ao Estado. Tais valores representam

retribuição pecuniária pelo serviço prestado pelo Estado, sendo certo que no caso da taxa esta retribuição alcança a qualidade de tributo.

O Estado é que destina parte desta verba para o judiciário. Contudo, se o Estado quisesse mudar o destino desta verba nada impediria. Ou seja, seria plenamente válido que o Estado destinasse as custas e taxa judiciária para um outro órgão estatal.

Sendo assim, por ser o Estado o titular da referida verba, nada impede que o mesmo eleja a Defensoria para deferir a isenção do pagamento da mesma, pois como já salientado tal verba não pertence ao Poder Judiciário.

Por óbvio, a transferência desta atribuição para a Defensoria Pública não implica a transferência das custas e taxa para a mesma, continuando estas a pertencer ao Judiciário consoante as leis do Estado do Rio de Janeiro.

4.4 - VANTAGENS DA NOVA EXEGESE

4.4.1 – FIM DE CONTRADIÇÕES

Contradições somente servem para enfraquecer qualquer sistema, bem como fazer enaltecere o senso de injustiça nas pessoas. Ora, como é de sabença, com a atual exegese o Defensor Público defere todos os benefícios da Assistência Jurídica Integral à exceção da Gratuidade de Justiça. Aliás, esta tese veio a ser reforçada pelo art. 18, II e 64, II da Lei Complementar 80/94, que assevera ser atribuição do Defensor pleitear a Gratuidade de Justiça.

Ora, qual o juízo de valor do assistido que teve seu direito a obtenção de serviços notariais gratuitos exercido e reconhecido através da Defensoria Pública e teve denegada a gratuidade de justiça? No mínimo uma sensação de injustiça, pois um órgão do estado diz que o mesmo é juridicamente pobre, mas o outro órgão do Estado – Judiciário – entende que o mesmo não o é. A contradição ainda fica mais patente, quando a gratuidade de justiça é indeferida, e o Defensor entende ao contrário do Judiciário, que o assistido faz jus à gratuidade de justiça, e continua a patrocinar a defesa, devendo o assistido recolher as custas e demais despesas.

Estas contradições são verdadeiras falhas no sistema, e devem ser expurgadas todas as interpretações que às agasalham, inclusive a atual.

4.4.2 – MAIOR EFETIVIDADE E JUSTIÇA NA CONCESSÃO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

O Defensor Público tem contato pessoal com a parte, conversa com a mesma, conhece os seus problemas inclusive os que não estão sendo deduzidos em Juízo e que muitas vezes acabam sendo expostos pelo assistido. O Judiciário, ao contrário, pois defere ou indefere a gratuidade de justiça sem nunca ter visto o assistido, sem ter o menor contato com o mesmo. Verifica-se então clara a fragilidade do Judiciário em examinar os pressupostos da Gratuidade de Justiça, ao contrário do que acontece com o Defensor que em razão de seu farto contato pessoal com a parte se torna por evidente o órgão mais adequado para apreciar a Gratuidade de Justiça.

Ora, muitas vezes a impressão pessoal é decisiva no caso de mendigos, e pessoas totalmente desprovidas de bens à evidência. A história de vida, o jeito de falar e de se vestir, quando não decisivos para aferir a gratuidade de justiça são elementos muito importantes. O estado físico da pessoa, se a mesma tem boa saúde, dentes bem ou mal tratados, tudo isto auxilia na busca da verdade a respeito dos pressupostos da Gratuidade de Justiça. Contudo, o Judiciário fica preso aos autos e não tem acesso às pessoas, por isto é tão falho o seu exame da existência ou não dos pressupostos da gratuidade de justiça.

Lógico então, que o órgão mais indicado para fazer o controle dos pressupostos da Gratuidade de Justiça é o Defensor Público.

4.4.3 – MAIOR CELERIDADE DO PROCESSO

Com a concessão extrajudicial da Gratuidade de Justiça, subtrai-se do judiciário mais um objeto de congnição. Ou seja, na prática é menos trabalho para o magistrado, eis que o mesmo não terá mais a obrigação de se pronunciar a respeito da Gratuidade de Justiça. Outrossim, põe-se um ponto final neste incidente processual, que prejudica em demasiado às partes, eis que por evidente sempre torna mais moroso o deslinde da causa.

Evita-se então não só o questionamento judicial da gratuidade de justiça – impugnação à gratuidade de justiça, mas também a interposição de recursos contra a decisão que

dispuser a respeito, sendo evidente o benefício que irá trazer à quem estiver com razão na lide, eis que via de regra tem interesse na breve solução do processo.

Note-se, que em nenhuma hipótese resta vedado à parte contrária impugnar a Gratuidade de Justiça. O que ocorre é uma mudança no destinatário da impugnação que será o Defensor Público, que analisará o pedido, e caso entenda procedente, deverá parar de patrocinar a demanda em prol do impugnado, deixando este conseqüentemente de ter direito à Gratuidade de Justiça.

Ademais, do que decidir o Defensor, por evidente deve caber recurso administrativo para o órgão com competente – Defensoria Pública Geral, o que viabilizará o reexame da decisão.

5 - CONSEQUÊNCIAS DA NOVA INTERPRETAÇÃO NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Conforme demonstrado no item 4, a Constituição prescreveu que cabe a Defensoria Pública prestar a assistência jurídica judicial e extrajudicial, bem como deferir a gratuidade de justiça e a gratuidade de atos de cartórios extrajudiciais.

Ocorre que, a Lei Complementar 80/94 dispôs de forma equivocada à respeito das atribuições da Defensoria Pública no que se refere à Gratuidade de Justiça. Consoante infere-se dos arts. 18, II, e 64, II da referida Lei, consta a disposição de que o Defensor Público deve pleitear a Gratuidade de Justiça.

Sendo assim, verifica-se que estes dispositivos são inconstitucionais, pois segundo a CF/88 não cabe ao Defensor Público pleitear a Gratuidade de Justiça, mas sim concedê-la, eis que a Defensoria é titular da atribuição de conceder a Gratuidade de Justiça.

Salienta-se que também são plenamente inconstitucionais os dispositivos de normas estaduais que disciplinem a matéria da mesma forma que a Lei sob questão.

6 - DA DESNECESSIDADE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PARA REGULAMENTAR A NOVA INTERPRETAÇÃO

As normas constitucionais que fundamentam a interpretação sugestionada no presente trabalho são de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Logo, ainda que não haja norma estadual dispondo que cabe à Defensoria Pública conceder a gratuidade de justiça, tal fato não é suficiente para impedir a aplicação do preceito constitucional, eis que como já visto a CF/88 nesta parte é plenamente eficaz e aplicável.

Destarte, verifica-se que é totalmente prescindível que a legislação estadual disponha a respeito, pois tal disposição somente demonstrará que o Estado acatou os mandamentos constitucionais. Contudo, é de se ressaltar que a disposição da norma estadual é extremamente importante no sentido de enfatizar a aplicação da norma constitucional.

7 - CONCLUSÕES

1 – A Assistência Judiciária compreende a postulação judicial de direitos, bem como a gratuidade de justiça. O órgão concessor da Assistência Judiciária é o Poder Judiciário. Neste caso, antes do advento da nova constituição, além de indeferir-se a Gratuidade de Justiça, o Poder Judiciário poderia inclusive indeferir a atuação do Defensor Público, Assistente jurídico ou Advogado de Ofício.

2 – A nova Constituição ampliou o antigo conceito de Assistência Judiciária para abranger a esfera extrajudicial, denominando a mesma de Assistência Jurídica Integral e Gratuita. Deste modo a Assistência Jurídica Integral e Gratuita passou a abranger a assistência jurídica extrajudicial, judicial e a gratuidade de justiça e de atos de cartórios extrajudiciais. A Constituição também criou uma Instituição – Defensoria Pública – titular da Assistência Jurídica Integral e Gratuita e encarregada de prestá-la de forma que o Poder Judiciário não tem mais qualquer papel na concessão deste direito.

3 – Não obstante a nova disposição constitucional, a Lei Complementar 80/94, não absorveu toda a mudança, eis que em seus dispositivos determinou que a gratuidade de justiça continuasse a ser deferida pelo Poder Judiciário, sendo a assistência jurídica judicial, extrajudicial e a gratuidade de atos de cartórios extrajudiciais prestada pela Defensoria Pública sem qualquer ingerência do Poder Judiciário.

4 - A Lei Complementar 80/94 é plenamente inconstitucional no que conflitar com a nova interpretação, assim como eventual legislação estadual, eis que os dispositivos constitucionais que definem a Assistência Jurídica Integral e Gratuita e a atribuição da Defensoria Pública têm eficácia plena e aplicabilidade imediata.

5 - A nova interpretação trás evidentes vantagens, consistentes no fim de contradições que a atual interpretação enseja, na maior eficácia no deferimento da gratuidade de justiça, bem como na maior celeridade processual. Salienta-se também que a nova fórmula para a concessão da gratuidade de justiça criada pela constituição já existe em outros países, não sendo qualquer novidade no mundo jurídico.

6 - O direito à Gratuidade de Justiça é exercido perante o Estado e não perante a parte adversária, não constituindo tal direito em objeto do processo, eis que não faz parte da lide. Sendo assim, é totalmente estranha a questão da Gratuidade de Justiça aos processos judiciais, bem como ao Poder Judiciário, eis que na sua apreciação o Judiciário não está prestando a tutela jurisdicional, mas sim exercendo uma atividade típica de jurisdição voluntária que pode ser atribuída à qualquer órgão estatal, tendo a Constituição Federal atribuído esta função agora à Defensoria Pública.

7 - O fato das custas judiciais e taxas judiciárias terem por destino o Poder Judiciário, não é empecilho à nova interpretação, eis que estas tem como destinatário o Poder Judiciário, mas pertencem ao Estado. O Estado poderia destinar esta verba a outros órgãos, e destinar outras receitas ao Poder Judiciário, contudo assim não o fez por critérios de conveniência e oportunidade. Sendo assim, não há razão para que o Poder Judiciário exerça o controle sobre a Gratuidade de Justiça. Ademais, a Defensoria Pública tem o mesmo dever de imparcialidade e diligência na apreciação da Gratuidade de Justiça que o Judiciário não vindo sua atuação nunca a prejudicar o referido poder.

8 - É plenamente dispensável que a legislação infraconstitucional disponha a respeito da nova interpretação, pois como já salientado as normas constitucionais em que a mesma se baseia tem aplicabilidade imediata e eficácia plena.

9 - Recomenda-se uma alteração na Lei Complementar 80/94, para que a mesma consagre os dispositivos constitucionais, sendo excluídos os dispositivos referidos no presente trabalho como inconstitucionais. Ressalta-se novamente, que tal alteração é totalmente prescindível para a aplicação da interpretação pregada neste texto.

BIBLIOGRAFIA

- AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- ALVES, Cléber Francisco, e PIMENTA, Marília Gonçalves. *Acesso à Justiça em preto e branco: Retratos Institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- GALLIEZ, Paulo César Ribeiro. *A Defensoria Pública o Estado e a Cidadania*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.
- MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MORAES, Guilherme Peña de. *Assistência Jurídica, Defensoria Pública e o Acesso à Jurisdição no Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.
- _____. *Instituições da Defensoria Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MORAES, Humberto Peña de, e SILVA, José Fontenelle Teixeira da. *Assistência Judiciária: sua Gênese, sua História e a Função Protetiva do Estado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Júris, 1984.
- MORAES, Silvio Roberto Mello. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública: lei complementar 80, de 12.1.1994 anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 8. edição. São Paulo: Atlas, 1997.
- ZANON, Artêmio. *Assistência judiciária gratuita: comentários à Lei de assistência judiciária (lei n.1.060, de 5-2-1950)*. São Paulo: Saraiva, 1985.

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

DANIELA MASSET VAZ¹

1 – Noções Históricas²

Ao longo da história, diversos foram os significados que o contraditório assumiu e variadas foram as suas repercussões sob o modo de reconstruir o processo.

Com base em alguns textos sacros, o princípio do contraditório foi elevado ao patamar dos direitos naturais.³

Esta visão perdurou durante o século XIX, tempo em que a literatura européia⁴ ainda repetia que o contraditório encontrava o seu fundamento em um “princípio de razão natural”. Dizia-se que ele se relacionava com a natureza das coisas. Consideravam-no imanente ao próprio processo. Como exemplo menciona-se o Relatório Pisanelli sobre o projeto do Código de Processo Civil italiano de 1863⁵. Antes, porém, não faltou quem citasse Seneca, que escreveu: “*qui statuit aliquid, parte inaudita altera, aequum licet statuerit haud aequus fuerit*”. Trata-se, na verdade, de uma máxima de origem grega que é codificada em um provérbio, isto é, um adágio, que enuncia uma *regula iuris: audiatur et altera pars*.

Sucessivamente, em correlação mais ou menos direta com o “espírito positivista” que se difundia na ciência jurídica, se constatou o exaurimento da função axiológica do princípio do contraditório.

Assim, em uma segunda fase, a acepção do conceito de contraditório foi modificada. Continuou-se a falar em “princípio do contraditório”, mas a fórmula perdeu a originária referência naturalística e, assim, sua carga ético-ideológica.

A locução “princípio”, nesta fase, não mais indicava uma entidade preexistente às normas processuais, que nele deveriam inspirar-se, ou seja, uma exigência “endoprocessual”.

Nesta circunstância, restou inevitável que o contraditório fosse desclassificado ao papel de categoria secundária, até perder toda relação com a essência do fenômeno processual.

Para a análise plena desta modificação de perspectiva, é útil recordar que depois da I Guerra Mundial, sob a influência da teoria normativa do direito, prevaleceu a reconstrução do processo *sub specie* de procedimento. A aplicação de tal noção implicou na reedificação mais rigorosa da normatização do processo e, em particular, um estudo mais atento do ato processual. Mas, no âmbito desta concepção, o contraditório foi deixado à margem do fenômeno processual.

A doutrina processual, naquele tempo, identificava o processo com o procedimento jurisdicional. Segundo Merkl⁷, esta equiparação tem uma justificação histórica, pois as raízes do processo se encontram no âmbito da jurisdição.

Porém, do ponto de vista da teoria geral, a identificação entre processo e jurisdição não seria, todavia, sustentável, posto que o processo, pela sua natureza, é encontrado em todas as funções estatais, podendo-se citar o procedimento administrativo e o legislativo.

Partindo-se deste pressuposto, Merkl definiu o processo como “o caminho – condicionado juridicamente... – através do qual uma manifestação jurídica de plano superior (*Rechtsscheinung höherer Stufe*) produz uma manifestação jurídica de plano inferior (*Rechtsscheinung niedrigerer Stufe*)⁸”. O direito processual seria assim constituído por “todos

¹ Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro

² Os elementos históricos foram colhidos do trabalho *Il principio del contraddittorio*, escrito por PICARDI, Nicola e publicado na *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LIII (Seconda Serie), N. 3, Luglio-Settembre 1998, CEDAM, pág. 673 e segs.:

³ “*quia citatio est inventa de iure naturali et est species defensionis... nullo modo potest omitti etiam per principem*”. (Genesi 3.9).

⁴ V. Bordeaux, *Philosophie de la procédure civile*, Evreux 1857, p. 12.

⁵ PISANELLI, *Relazione del governo sul progetto del codice di procedura civile al senato del Regno del 26 novembre 1863 in Gianziana*.

⁶ SENECA, *Medea*, II, pág. 199-200.

⁷ MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Wien-Berlin 1927, pág. 213 e segs.

⁸ MERKL, cit., pág. 214.

aqueles elementos do ordenamento jurídico geral que regulam o meio de produção dos atos jurídicos baseado em outros atos jurídicos⁹”.

A partir daí, buscou-se uma modificação na própria estrutura do procedimento administrativo com o intento de atribuir aos cidadãos que se dirigiam à autoridade administrativa “as mesmas garantias de juridicidade... que oferece o direito processual jurisdicional¹⁰”.

Porém, esta sistematização, se, de um lado, indubitavelmente servia para enxertar sobre o procedimento administrativo garantias próprias do procedimento jurisdicional, de outro, acabava inevitavelmente por desvalorizar os pontos que não são comuns aos dois tipos de procedimento, como é o caso do próprio contraditório, posto que enquanto presente no procedimento jurisdicional, de regra, não se encontrava no administrativo.

Para aqueles que aderiram ao ponto de vista do procedimento, a essência do fenômeno processual é buscada no *iter* procedimental, isto é, na série de atividades que se sucedem regularmente¹¹. Nesta ótica, constitui somente um acidente se o mencionado *iter*, em algumas hipóteses, se desenvolve em contraditório, integrado pelos destinatários do provimento e assumo, assim, uma estrutura mais articulada.

Já nos anos '30, se afirmava que o princípio do contraditório é “um meio do processo, não um fim”, sendo que “o defeito do contraditório pode prejudicar, mas não prejudica em todos casos o fim do processo; o contraditório é um instrumento útil do processo, quando há razões para contradizer, se elas não existem, é um estorvo¹²”. Ainda se dizia que “a falta efetiva de contraditório não é um ponto de contraste lógico com os fins do processo, porque a atuação da lei, através de uma decisão justa, pode obter-se também sem a cooperação das partes¹³”.

Neste ponto constata-se a completa queda da noção clássica do contraditório. Como estopim deste processo de desvalorização, tem-se o projeto elaborado na Alemanha, no fim dos anos '30, que buscava abolir o contraditório no processo civil, absorvendo o “processo de partes” no procedimento de jurisdição voluntária¹⁴.

Nos anos que se seguiram, observa-se uma evolução da ciência processual, que reflete, diretamente, na relação entre o princípio do contraditório e o processo. No atual desenvolvimento do processo busca-se a recuperação da idéia clássica do contraditório e assim, da sua utilização como núcleo central do processo.

Esta mudança de perspectiva é sentida, sobretudo, após a II Guerra Mundial. Escrevia Carnelutti que “nós estudamos, com muita delicadeza, as relações jurídicas que se entrelaçam entre os vários sujeitos do processo... e, pois, os atos, que no desenvolvimento de tais relações são cumpridos..., mas as nossas idéias são muito menos claras quanto ao que seja julgar¹⁵”. Foi, portanto, proposta a questão: *quid est iudicium?* E se observou que “o processo nada mais é que juízo e formação do juízo¹⁶”. A sugestiva exortação elaborada por Carnelutti – “voltemos ao juízo” – representou um claro sinal de que despertava o interesse do jurista para os mecanismos de formação do juízo e, antes de tudo, para o contraditório e a colaboração das partes na busca da verdade¹⁷. Dada a íntima relação entre o processo e o juízo, reabriu-se o caminho para a recuperação das noções de juízo e contraditório, e para fazer deles, mais uma vez, os momentos centrais da experiência processual¹⁸.

Na Itália, um ulterior e decisivo passo nessa nova direção foi representado pelos esforços cumpridos pela jurisprudência para elevar, com fundamento na coordenação entre os

⁹ MERKLI, cit., pág. 211.

¹⁰ MERKLI, cit. Pág. 216.

¹¹ SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, pág. 5.

¹² CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1933, n. 99, pág. 168/171.

¹³ BETTI, *Diritto processuale civile*, 2ª ed. Roma, 1936, pág. 89.

¹⁴ BAUMBACH, *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit*, Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht 1938, pág. 583.

¹⁵ CARNELUTTI *Torniamo al giudizio*, in Riv. Dir. proc. civ. 1949, pág. 168.

¹⁶ SATTA, *Il mistero del processo*, in Riv. Dir. proc. civ. 1949, pág. 281.

¹⁷ CALAMANDREI, *Processo e democrazia*. Padova 1954 e ainda em *Opere giuridiche*, Napoli, I, 1965, pág. 682.

¹⁸ CAPOGRASSI, *Giudizio, processo, scienza e varietà*, in *Opere*, V, Milano 1959, pág. 71.

arts. 3º e 24 da Constituição Italiana¹⁹, o princípio do contraditório ao patamar de garantia constitucional²⁰.

A defesa em juízo é, em primeiro lugar, garantia de contraditório e a igualdade de armas assume o valor de condição de legitimidade constitucional da norma processual. Com isso não se defende a absoluta identidade entre os poderes das partes, mas se busca evitar injustificáveis diferenças de tratamento.

Hoje, o assento constitucional do contraditório na Itália está consagrado no art. 111 da Constituição Italiana, com sua nova redação, dispondo que "(...) *ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizione de parità, davanti a giudice terzo e imparziale*".

Nota-se a passagem de uma fase praticamente intuitiva da utilização do redescoberto princípio do contraditório a uma fase racional da nova orientação. Ficou claro que, além das características próprias do procedimento, no processo se busca – também de forma vez por outra diversa, seja do ponto de vista qualitativo que quantitativo – uma efetiva correspondência e equivalência entre os vários participantes, realizada através da distribuição de posições simetricamente iguais e mutuamente implicadas entre elas. Em outros termos, "há processo, quando no *iter* de formação de um ato haja contraditório, isto é, consentido a mais interessados de participar na esfera de verificação dos pressupostos em pé de recíproca e simétrica paridade, de desenvolver atividade que o autor do ato deve levar em conta, cujos resultados ele pode desatender, mas não apagar".

No entanto, a orientação ainda prevalente caminha entorno da convicção segundo a qual processo e procedimento pertencem ao mesmo gênero. Não somente sob o perfil extrínseco, isto é, de esquemas que se resolvem em uma sucessão ordenada de atos, mas também sob o perfil intrínseco, enquanto obedecem a um mesmo tipo de racionalidade.

Neste quadro, não se pode negar que o contraditório não representa uma necessidade "imane" ao processo, porque não diz respeito, diretamente, ao momento fundamental do juízo. Sua função se exaure em garantir às partes a "paridade de armas" através de uma mecânica de contraposição de teses e assim, em última análise, em um instrumento de luta. Ressuscitam-se analogias entre jogo e processo²¹, que implicam na reconstrução do contraditório como princípio lógico-formal.

Porém, hoje se questiona a definição do processo como simples procedimento de estrutura e desenvolvimento dialético. Dentro das recentes orientações que tendem a reavaliar a retórica²², Giuliani²³ teve o mérito de haver tentado recuperar a especificidade dos problemas do procedimento, ligando-os à técnica de uma razão social, dialética e justificativa.

Neste quadro o contraditório não constitui tanto um instrumento de luta entre as partes, mas, sobretudo, um instrumento operativo do juiz e, portanto, um momento fundamental do juízo.

Enquanto alguns procedimentos são expressões de uma razão calculada, e a partir daí desenvolvem sua forma (como exemplo, algumas técnicas de automatização aplicadas à administração pública), o processo (ao menos no seu momento fundamental: o juízo) obedece a uma lógica diversa das técnicas argumentativas e justificativas.

Uma vez deslocado o ângulo visual para o juiz, o contraditório se torna o eixo da procura dialética, conduzida com a colaboração das partes. Não se está no âmbito do necessário e do inevitável, mas do provável e do razoável.

Diante de situações conflituosas é possível somente individuar os caminhos impercorríveis da procura: uma procura em termos negativos. O juiz tem a tarefa de selecionar as argumentações erradas. A patologia da argumentação permite penetrar seja na dimensão lógica, seja na dimensão ética do processo: o sofisma não é somente um erro lógico, mas também um ato injusto.

¹⁹ Art. 3. "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione de sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. (...)". Art. 24. (...) *La difesa é diritto inviolabile in ogni stato e grado Del procedimento.* (...)"

²⁰ CAPPELLETT, *Diritto de azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale: art. 24 Cost. e "due process of law clause"*, in *Annali Università Macerata, Fac. Giurisprudenza* 1962, pág. 80.

²¹ CALAMANDREI, *Il processo come gioco in scritti in onore de Francesco Carnelutti*, II, Padova 1950, pág. 485 e segs.

²² PERELMAN e Olbrechts-Tyteca. *Traité de l'argumentation, La nouvelle rhétorique*, Paris 1958.

²³ GIULIANI, *La controversia, contributo alla logica giuridica*, Padova 1966.

Nesta direção, o contraditório é novamente levado da margem, ao centro do fenômeno processual: não é mais uma prova de força, mas um instrumento de procura da verdade provável.

Resgata-se, assim, o princípio do contraditório, porém, não como “princípio” compreendido nos axiomas lógicos da razão iluminística, nem nos princípios gerais dos ordenamentos positivos. O princípio do contraditório representa, antes, uma daquelas *regulae iuris* colhidas no último livro do Digesto, isto é, um dos princípios de uma lógica do senso comum, destinados a facilitar a *interpretatio* baseada na equidade.

2 – O Contraditório e o Direito Italiano²⁴

O princípio do contraditório encontra previsão expressa no art. 111, da Constituição Italiana, já transcrito, e no Código de Processo Civil Italiano, em seu art. 101:

101. “Principio del contraddittorio. Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa.”

O princípio também inspira o art. 183, §3º, do Código de Processo Civil:

Art. 183, comma 3º. “Il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d’ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione (38”).

Os dispositivos traduzem, na disciplina do processo, um princípio de aplicação absolutamente geral, valendo – ao menos tendencialmente – para qualquer forma de exercício dos poderes públicos e, em via de expansão, na atividade jurídica privada, como cláusula geral da correição e da boa fé.

A significação do princípio em comento varia de acordo com a interpretação que se faça dos dispositivos mencionados.

Partindo-se de uma interpretação literal, é possível identificar uma garantia meramente formal de igualdade das partes, limitando-se à possibilidade de as partes intervirem no processo, de maneira simétrica, diante de um julgador neutro. Assim, o juiz assume uma postura passiva frente ao embate produzido pelas partes.

Tal concepção é fruto da visão individualista, oriunda do Estado Liberal, em que se busca minimizar, ao máximo, a participação estatal na vida privada.

Com o advento do *Welfare State*, e a mudança do papel do Estado diante da sociedade (Estado garantidor), supera-se a visão individualista dos direitos de defesa e busca-se a tutela dos direitos de prestação.

²⁴ Noções colhidas a partir da obra *Commentario breve al codice di procedura civile*, de CARPI Frederico, COLESANTI Vittorio e TARUFFO Michele, com a colaboração de vários outros, 4ª Edição, 2002, CEDAM e extraídas do artigo de MONTESANO, Luigi, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili de ‘Terza Via’*, publicado na *Rivista di Diritto Processuale, Anno LV (Seconda Serie), n. 4, Ottobre-Dicembre 2000*, CEDAM, 2000, pág. 929/947.

Assim, o princípio do contraditório assumiu um significado muito mais profundo, através da obra da Corte Constitucional, que o consagrou em núcleo essencial dos direitos de ação e de defesa, atuando em estreita coligação com os arts. 24 e 3º da Constituição Italiana.

Esta interpretação, que já aparecia em plena consonância com o ditado pelo art. 6º, par. 1, da Convenção Européia sobre Direitos do Homem, encontrou o pleno reconhecimento nos princípios do processo justo, agora expressos na nova redação do art. 111 da Constituição peninsular.

Na sua dimensão constitucional, o princípio do contraditório representa uma garantia de efetiva participação no procedimento, isto é, como a possibilidade de as partes influírem no desenvolvimento e no êxito do processo, inclusive na verificação dos fatos e instrução probatória, contribuindo ativamente para o convencimento do julgador.

Assim, a garantia do contraditório não diz respeito somente ao momento inicial do processo e não vale unicamente para imprimir à demanda o caráter de ato inaugural: ao contrário, ela deve realizar-se, na sua plena efetividade, durante todo o desenvolvimento do processo.

Vários são os efeitos daí advindos, dentre eles a exigência de assegurar o respeito a um esquema procedimental que, valendo-se de adequadas formas de comunicação, seja idôneo a levar a demanda (exatamente individuada através da completa especificação do *thema decidendum*) ao conhecimento do seu destinatário e, em geral, a todos os sujeitos destinados a sofrer os efeitos do processo, assegurando-lhes um prazo para a apresentação da própria defesa. Aliás, este é, em substância, o núcleo mínimo da garantia do contraditório.

O princípio do contraditório assegura às partes a possibilidade de diálogo, isto é, o direito de interação através de mecanismo dialético.

A elas é garantido o direito de se manifestar sobre quaisquer questões, de fato ou de direito, cuja análise influencie a decisão do julgador, bem como o direito de provar, ou seja, o direito de demonstrar ao juiz a sua realidade dos fatos, através dos meios permitidos no direito. Neste último contexto, o contraditório terá especial atuação no momento da produção da prova.

Ainda do ponto de vista das partes, a garantia do contraditório se relaciona:

- ao direito de ser informado de eventuais acontecimentos anômalos do processo;

- ao direito à motivação do provimento jurisdicional, porque somente a partir dos motivos da decisão é que se pode constatar se e em que medida foi consentido às partes o efetivo exercício do direito de defesa;

- ao dever de lealdade e probidade;

- ao direito para a parte contumaz de ter notícia da proposição de demandas novas ou reconventionais e, em geral, de todo ato que comporte a ampliação do *thema decidendum*, além da vedação (não escrita) de considerar desnecessária a prova dos fatos não contestados pelo inerte;

- e em caso de ação exercitada pelo substituto processual, à exigência que do processo tenham oportunidade de participar necessariamente todos aqueles que sejam partes da relação substancial deduzida em juízo.

Como se verifica pela letra da lei, tal princípio destina-se não somente às partes, mas também ao juiz, no exercício de seu poder-dever de julgar.

Este vínculo ao poder decisório do juiz encontra confirmação indireta no art. 112, da Constituição Italiana: em substância, o princípio do contraditório emerge da coordenação entre o princípio da demanda e o princípio da correspondência entre pedido e pronúncia, justificando a maior amplitude do segundo em relação ao primeiro.

Outros aspectos a que se chega pela via interpretativa da incidência da garantia do contraditório sobre os poderes do juiz são:

- a vedação ao julgador de fundamentar sua decisão em questões de fato ou de direito, apreciadas de ofício, se sobre elas não tenha havido prévio contraditório entre as partes;

- a participação do juiz no contraditório não é entendida em sentido puramente passivo, como mero dever de audiência das partes, mas implica uma participação ativa no que foi debatido, obtida, por exemplo, com recurso ao interrogatório livre ou através do exercício do poder de clarificação e de informação. Porém, na prática, o juiz dificilmente se utiliza de tal faculdade, que pressupõe a efetiva oralidade do procedimento;

- a exigência do contraditório incide sobre modos e sobre momentos de exercício do poder-dever do juiz de aplicação da norma jurídica ao fato deduzido em juízo, descendente do princípio *iura novit curia*; o juiz, em virtude disso pode seguir uma tese jurídica diversa daquela indicada pelas partes, mas deve antes provocar sobre elas o contraditório;

- no exercício dos seus poderes instrutórios, o juiz deve respeitar o princípio do contraditório, assim como as partes. Desta forma, a aquisição pelo processo de provas determinadas de ofício que tenham sido produzidas sem o contraditório, também ocasionarão a nulidade da decisão nelas fundamentada. O respeito ao princípio em questão na fase de aquisição do material probatório constitui uma das mais importantes garantias de um procedimento em que a valoração das provas é deixada ao livre convencimento do juiz.

Em suma, se considera que o juiz deva exercitar o seu poder de direção do procedimento no pleno respeito ao direito de defesa das partes: sob esse pressuposto, numerosas sentenças afirmaram ser causa de nulidade por violação do contraditório, por exemplo, a falta de comunicação da data fixada para a audiência de apresentação das conclusões ou mesmo do reenvio (*rinvii*) de ofício.

O contraditório se instaura quando a demanda é levada ao conhecimento da parte contrária e, mais precisamente, com a notificação do ato introdutivo do juízo, notificação que não é sub-rogada nem pela notícia do processo que o réu tenha tido de outra fonte, nem pela intimação realizada por outros fins.

As questões relativas à regular instauração do contraditório são apreciáveis também de ofício, em todo estado e grau de juízo.

O controle do juiz sobre a regularidade do contraditório e a pronúncia dos provimentos necessários é preliminar a toda outra atividade sua e encontra específica sede na audiência de primeiro comparecimento que, apesar de tratar-se de uma verificação facultativa, deve ser cumprida em qualquer momento processual.

A violação do princípio do contraditório é causa de nulidade, apreciável também de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, sempre que não haja um julgado preclusivo, explícito ou implícito. Trata-se, todavia, de nulidade que não se verifica se o ato viciado atingiu igualmente o seu escopo de instaurar um contraditório regular.

Podem-se apontar duas hipóteses particulares de violação ao princípio do contraditório:

-o caso da contumácia involuntária, quando o juiz declara contumaz a parte sem ter apreciado a nulidade do ato de citação e sem ter disposto, portanto, quanto à sua renovação;

- o caso do processo instaurado por ou contra um falso procurador da parte, sem que esta tenha participado do juízo e sem que o juiz tenha provido no sentido do art. 182, c. 2.

Em ambas as circunstâncias, a sentença é nula. Todavia, no primeiro caso, o contumaz pode impugnar também depois do decurso do termo anual, enquanto se discute se o falso representado pode propor oposição de terceiro ordinária ou se a sentença lhe é inoponível.

A letra do art. 101, do Código de Processo Civil Italiano, parece exigir para a atuação do contraditório, não somente a citação, mas também o comparecimento daquele contra o qual a demanda é proposta. Esta interpretação, todavia, estaria em contraste com o instituto da contumácia. Assim, deve-se considerar que o contraditório estará regularmente instaurado com a citação do demandado (isto é, com a notificação da demanda), enquanto o comparecimento é um ônus para o réu, cuja inobservância é avaliada de forma variada, mas não causará jamais a invalidade do contraditório.

A ressalva estabelecida no dispositivo em comento significa que o princípio do contraditório tolera apenas exceções taxativamente previstas pela lei, insuscetíveis de interpretação extensiva e por analogia.

Além disso, a admissibilidade da derrogação deve ser avaliada à luz do art. 24 da Constituição Italiana, no sentido de excluir exceções absolutas ao princípio, que, ao menos no seu conteúdo mínimo, deve sempre ser observado. No entanto, são legítimas as exceções que se traduzem na previsão de um contraditório diferido ou eventual.

O contraditório diferido ou eventual é admissível somente se não postergado a um grau de juízo sucessivo àquele em que o provimento foi feito. Entram aqui em consideração os provimentos emitidos *inaudita altera parte*, com relação aos quais a instauração do contraditório,

obviamente diferido, é assegurada pelo legislador de vários modos. Por exemplo, o juiz, após decidir, pode ser obrigado a provocar o contraditório das partes e, com base no seu desenrolar, possa confirmar, modificar ou revogar o provimento. Em outra hipótese, é possível que a parte ausente, no momento da decisão, tenha o ônus de provocar dentro de um prazo peremptório, a instauração de processo com contraditório pleno.

Discute-se, ainda, se o princípio do contraditório encontra atuação também no processo de execução. Alguns sustentam que a estrutura desse processo adia as reais possibilidades de defesa do devedor para a eventual fase das oposições. Em contraposição, outros vislumbram significativas aplicações do princípio na notificação do título executivo e nas várias hipóteses em que o legislador previu a audiência das partes e dos outros sujeitos interessados durante o desenvolvimento do processo executivo.

O princípio do contraditório deve ser observado também nos procedimentos especiais, de forma compatível com a peculiaridade de sua estrutura. A variedade de formas assumidas nestes procedimentos pelo contraditório, geralmente atenuado, deve assegurar a todos os interessados a efetiva participação no procedimento e o exercício do direito de defesa.

Em particular, a garantia do contraditório deve ser salvaguardada também nos procedimentos camerais e, em particular, nos procedimentos de jurisdição voluntária, todas as vezes que seja possível individualizar um contra-interessado e, mais em geral, a fim de que seja resguardada a efetiva participação no procedimento de todos os sujeitos sobre cuja esfera jurídica os efeitos do provimento incidirão.

A garantia constitucional do contraditório não elimina e, nem mesmo, atenua o princípio fundamental *iura novit curia*, isto é, o poder-dever de o juiz individualizar a norma aplicável ao caso.

Mas a garantia do contraditório deve conduzir a jurisprudência a mudar a linha de total liberdade de aplicar normas jurídicas de todo estranhas ao debatido pelas partes, sobretudo por força do art. 111 da Constituição Italiana. Assim, as partes devem ter o direito de se manifestar, também propondo os meios de prova que considerem necessários, em relação à nova qualificação jurídica da causa, apontada pelo magistrado.

Mas, segundo Luigi Montesano²⁵, deve ser compatibilizado o respeito ao contraditório com o sistema de preclusões, visando à “duração razoável” do processo, impedindo-se o juiz de propor o debate das partes acerca de nova questão normativa após a fase probatória.

Considera o doutrinador, inválida a sentença de primeiro grau que aplique a norma que não tenha sido objeto de debate pelas partes, podendo o sucumbente alegar em grau de apelação tal invalidade. Caso o juiz de segundo grau considere não aplicável a norma em questão, não haverá a invalidade denunciada. Porém, o juízo *ad quem* deverá, quanto à aplicabilidade daquela norma, abrir o contraditório suprimido em primeiro grau, em respeito à indispensabilidade dos novos meios de prova.

A violação do contraditório na hipótese em tela poderá ser motivo de cassação pela “nulidade da sentença” e/ou por defeito de motivação sobre a mencionada indispensabilidade ou não de novas provas.

Montesano releva, ainda, outra garantia advinda do princípio do contraditório. As partes, ao conhecerem previamente os modos, tempo e os conteúdos dos meios de prova, estarão plenamente aptas a exercerem a defesa e de atuá-la no desenvolvimento da atividade probatória. Mas quando a prova é disposta de ofício, deve ser garantida às partes a oportunidade de propor novas provas que considerem necessárias para a apuração dos fatos.

O doutrinador ainda discute a inconstitucionalidade dos “argumentos de prova”, que conferem força probatória a atos do processo que não são estruturados e preordenados pela lei, como dotados de eficácia probante. Por exemplo, citam-se as respostas ao interrogatório livre e os comportamentos processuais ativos e passivos das partes.

Assim, considera-se evidente que na formação dos “argumentos” falte a garantia constitucional do contraditório, já que as partes não têm prévia ciência de quais comportamentos ou respostas o juiz se servirá na formação do seu convencimento sobre os fatos. É somente na sentença que as partes conhecem a forma pela qual se desenvolveu o raciocínio do

²⁵ MONTESANO, op.cit.

jugador. Dever-se-ia assim, por força do princípio do contraditório, vincular o juiz, nas mesmas formas e dentro dos mesmos termos que lhe são dados para dispor da prova de ofício, comunicando às partes os “argumentos de prova” que considere relevantes para a formação do seu convencimento sobre a matéria de fato, dando às partes um termo peremptório para a dedução dos meios de prova que considerem necessários a partir de então.

Das premissas delineadas conclui-se que o uso dos “argumentos de prova” não abertos ao contraditório no modo e momento oportuno, induz à invalidade da sentença de primeiro grau, na parte em que o juízo tenha sido determinado pelos “argumentos”. Havendo recurso com este fundamento, caso o juiz de segundo grau considere decisivos os argumentos de prova, deverá dar oportunidade ao exercício do contraditório não aberto em primeiro grau e admitir como “indispensáveis” as provas requeridas pelas partes a respeito.

Tais noções também são aplicadas no caso das “provas colhidas fora”, ou seja, quando as partes trazem ao processo – normalmente com documentação – provas de fatos formados extraprocessualmente, sem a garantia do contraditório inerente aos meios instrutórios típicos. Não é infreqüente que os magistrados dêem a tais provas valor decisivo para a demonstração de fatos relevantes para a causa, invocando o princípio da livre valoração judiciária e/ou a norma das presunções judiciais.

Tem-se sustentado em doutrina que estas provas não podem ser utilizadas. Porém, Montesano²⁶ considera que a prova colhida fora do processo muitas vezes tem uma força de convencimento maior que as produzidas com instrução típica. Pode-se citar o exemplo da única testemunha ocular que tenha narrado por escrito o fato relevante para a causa e falecido antes do início do processo.

Porém, não seria possível a total equiparação da prova colhida fora do processo com a formada segundo os ditames típicos, por razões garantísticas. Surgiriam, então, duas opções: ou negar a sua eficácia ou equipará-la aos argumentos de prova, esta última defendida pelo doutrinador.

Por fim, destaca-se ainda, a possibilidade de o juiz poder fundar a sua decisão em noções que resultem da experiência comum, sem que o seu convencimento sobre a existência dos fatos se tenha formado através da instrução típica e contraditória.

Tratando-se de fatos notórios, será assegurado o contraditório quando uma das partes tenha tido a possibilidade de discutir a notoriedade afirmada pela outra. Quando, porém, o juiz utiliza como fundamento da própria decisão fatos notórios estranhos às alegações das partes a garantia será respeitada somente se o julgador der oportunidade às partes de discutirem acerca da notoriedade por ele considerada, nos tempos e nos modos já mencionados em relação a outras fontes de convencimento estranhas à instrução típica e contraditória, e com as conseqüências já indicadas.

3 – Outras Legislações²⁷

No Código Processual Civil Modelo para Iberoamerica se pode depreender do art. 11 a consagração do princípio do contraditório:

*Art. 11. (Derecho al proceso).
11.1. “Cualquiera tiene derecho a acudir ante los Tribunales, a plantear un problema jurídico concreto u oponerse a la solución reclamada y a ejercer todos los actos procesales concernientes a la defensa de*

²⁶ MONTESANO, op.cit

²⁷ Noções extraídas do artigo de CHIARLONI Sergio, *Il nuovo Art. 111 cost. e il processo civile*, publicado na *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LV (Seconda Serie), n. 4, Ottobre-Dicembre 2000, CEDAM, 2000, pág. 1010/1034) e do livro *Droit processuel; Droit commun du procès* de GUINCHARD Serge, BANDRAC Monique, LAGARDE Xavier e DOUCHY Méline, 1^{re} édition, 2001, Dalloz, pág. 553/575.

una u otra posición procesal y el Tribunal requerido tiene el deber de proveer sobre sus peticiones”.

O art. 5º do Código de Processo Civil Espanhol prevê o processo contraditório:

Art. 5. “Classes de tutela jurisdiccional.

1. Se podrá pretender de los tribunales la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley.

2. Las pretensiones a que se refiere el apartado anterior se formularán ante el tribunal que sea competente y frente a los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida”.

Apesar de o contraditório não estar expressamente consagrado no art. 6º, §1º, da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem, ou no art. 14, do Pacto Internacional de 1966, ele se deduz necessariamente da igualdade de armas, estando compreendido na noção de equidade, *equus*, de equilíbrio.

Constitui o contraditório princípio diretor do processo civil francês, consagrado no art. 16 do Código de Processo Civil:

Art. 16. (Décr. N° 81-500 du 12 mai 1981)” Le juge doit, em toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.

Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d’en débattre contradictoirement.

Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations”.

O contraditório ainda se exprime no direito de as partes comparecerem às audiências. Mas o direito de comparecer não significa, sistematicamente, o direito de comparecer pessoalmente.

Em matéria civil, os órgãos europeus sempre admitiram a possibilidade de os Estados imporem a representação por um defensor, geralmente por um advogado, quando se trate de certas matérias, seja por razão da boa administração da justiça (Comission, avis du 5 déc. 1981, requ. N° 9291/81, Digest, vol. 2, p. 372), seja por motivos atinentes à natureza da jurisdição. Por exemplo, as Cortes Supremas, que julgam apenas questões de direito, são autorizadas a não ouvir pessoalmente as partes. Devem ouvir os seus advogados ou ter o conhecimento dos seus argumentos escritos, por memoriais, sem a presença pessoal nas audiências. Ao inverso, no campo civil, algumas matérias necessitam da presença das partes.

O direito francês, em matéria civil, impõe o comparecimento pessoal, seja pela natureza do litígio (por exemplo, a presença dos cônjuges na fase preliminar de tentativa de conciliação em matéria de divórcio), seja pelo rito previsto, salvo, em ambas as hipóteses, a apresentação de um motivo legítimo.

Em matéria penal, a ótica é totalmente diversa, sendo a regra o comparecimento pessoal das partes, notadamente do acusado.

Por fim, o art. 3° do Código de Processo Civil Português também contempla o princípio do contraditório:

Artigo 3° “(Necessidade do pedido e da contradição)

1. O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a ação pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição.

2. Só nos casos excepcionais previstos na lei se podem tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida.

3. O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de fato, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.

4. Às exceções deduzidas no último articulado admissível pode a parte contrária responder na audiência preliminar ou, não havendo lugar a ela, no início da audiência final.”

4- Jurisprudência Internacional²⁸

A Corte Européia de Direitos do Homem consagra a necessidade de observância do contraditório, tendo decidido quanto a ele que: “O direito a um processo contraditório implica, por princípio, para uma parte, a faculdade de ter conhecimento das alegações ou das provas produzidas pela outra, bem como de discuti-las” (CEDH, 24 de fevereiro de 1995, *Mc Michaël c/ Royaume Uni*: série A, nº 307-B; D. 1995.449, note Huyette).

Já a Corte de Justiça da Comunidade Européia vela pelo respeito aos direitos de defesa, notadamente no direito da concorrência, e reconhece que o princípio do contraditório é um princípio fundamental de direito comunitário (CJCE, 31 de março de 1993: JCP ed. E 1994. I. 338, nº 4, obs. Gavalda et Parléani, 24 de outubro de 1996, *Commission c/ Lisrestal et alii*, aff. C-32/95P, Rec. p. I-5373).

O Conselho Constitucional Francês em 1993 qualificou os direitos de defesa de “direitos fundamentais de caráter constitucional”, considerando “os direitos de defesa aplicáveis a todas as pessoas, sejam de nacionalidade francesa, estrangeira ou apátridas” (Cons. Const., 13 de agosto de 1993, nº 93-325 DC). Em 1997 o mesmo Tribunal afirmou que o respeito aos direitos de defesa se impõe à autoridade administrativa, sem a necessidade do legislador consagrar a sua existência (Dec. 97-389 DC, 22 de abril de 1997).

A Corte Européia considerou, contra a Áustria, que o respeito ao princípio da igualdade de armas exige que o demandante de uma indenização decorrente de prisão injusta, obtenha comunicação das observações do procurador geral (Ministério Público) perante a corte de apelação e que tenha oportunidade de as comentar: “*le droit à une procédure contradictoire implique, pour une partie, de prendre connaissance des observations ou pièces produites par l'autre, ainsi que de les discuter. Peu importe, à cet égard, que l'affaire relève du contentieux civil, car il ressort de la jurisprudence en la matière que les exigences découlant du droit à une procédure contradictoire sont en principe les mêmes au civil comme au pénal*” (CEDH, 24 de novembro de 1997, *Werner c/ Autriche*, série A, nº 282: Rec. 1997-VII, vol. 56, p. 2496).

A mesma Corte julgou, em 1996, que a devolução ao Tribunal, pelo procurador geral, de observações que a defesa não conhecia e nem havia discutido, infringe o princípio da igualdade de armas (CEDH, 22 de fevereiro de 1996, *Bulut c/ Autriche*: Rec. 1996-II, nº 5, p. 346).

E, em outra oportunidade, decidiu contra a Bélgica e Portugal, que “se não há dúvida de que o Ministério Público perante as jurisdições supremas desses Estados seja um magistrado independente, imparcial e objetivo, na medida em que emite pareceres destinados a influenciar a Corte, as partes devem deles ter conhecimento”. Nessa hipótese, não está em jogo a objetividade, mas sim o respeito ao contraditório (CEDH, 20 de fevereiro de 1996, *Vermeulen c/ Belgique et Lobo Machado c/ Portugal*: Rec. 1996-I, vol. 3, 210). Mas a Corte Européia abre a possibilidade de fuga à condenação, com a prática das “*notes em delibere*”. A Corte de Cassação Francesa a adota, permitindo que o advogado perante a Corte seja informado previamente à audiência, das conclusões do *parquet* e de respondê-las oralmente. E a Corte Européia considera que a prática francesa “em consideração à circunstância de que somente as considerações de puro direito são discutidas perante a Corte de Cassação e que as partes são representadas por advogados especialistas, oferece a eles condições de ter conhecimento das conclusões litigiosas e de comentá-las em condições satisfatórias” (CEDH, 31 de março de 1998, *Mme. Reinhardt et Slimane Kaïd c/ France*: RTD civ. 1998 512). Para escapar à reprovação ainda é comum encontrar nos acórdãos da Corte de Cassação a fórmula: “as partes foram convidadas a responder às conclusões do Ministério Público”.

Uma decisão do Conselho Constitucional Francês, de 10 de novembro de 1998, considerou que o relatório apresentado perante a sua seção de instrução não poderia ser comunicado às partes, pois ele estava coberto pelo segredo das deliberações (10 de novembro de 1998, D. 1999, 253, note P. Jan). Porém, como o Conselho Constitucional exerce um controle de constitucionalidade, não há um processo propriamente dito, nem tampouco verdadeira jurisdição.

Em 04 de fevereiro de 2000, a Corte de Justiça da Comunidade Européia considerou, em contradição flagrante com a jurisprudência da Corte Européia, que as conclusões do

²⁸ A jurisprudência foi extraída da obra de GUINCHARD Serge e outros, já citada, pág. 553/575.

advogado geral não precisavam ser comunicadas às partes (CJCE, 4 de fevereiro de 2000, aff. Emesa Sugar et Aruba, RFD adm., 2000, 415, note P. D. Ver. Europe, avr. 2000, nº 90).

A Corte Européia ainda condenou a França por considerar infração à garantia de um processo equânime o fato de o Advogado Geral perante a Corte de Cassação Francesa receber a comunicação do Conselheiro-Relator e do projeto de acórdão, enquanto as partes recebem apenas uma parte do relatório, alguns dias antes da audiência, sem aviso do relator (CEDH, 25 de janeiro de 2000, Slimane Kaïd c/ France, D. 2000, somm. Com. 186, obs. N. Fricero).

Em outra ocasião, a mencionada Corte considerou que um procedimento (perante o Presidente da Comissão de Recursos) não é contraditório se “o presidente não tiver ouvido a parte e não a tenha convidado a apresentar as suas alegações” (CEDH, 29 de maio de 1986, Fedbrugge c/ Pays-Bas, série A, nº 99). A Corte ainda precisou que há necessidade, para que se possa invocar utilmente a violação do contraditório, de que o requerente prove que não pôde advogar diretamente a causa.

Mas a Corte Européia admite que “a especificidade do procedimento perante a Corte de Cassação Francesa pode justificar a reserva somente aos advogados especializados do monopólio de fazer uso da palavra” (CEDH, 8 de fevereiro de 2000, Voisine c/ France (§33): D. 2000, somm. Com. 186, obs. N. Fricero). Mas quando o procedimento não prevê a representação obrigatória, o direito nacional deve oferecer ao demandante na Cassação “os meios de procedimento que lhe assegurem o direito a um processo equânime perante esta jurisdição” (mesmo acórdão, §33).

Por fim, cumpre destacar que a Comissão Européia dos Direitos do Homem considera que nos litígios relativos ao direito de visita dos pais divorciados ou separados é necessário o comparecimento pessoal das partes, para que possam explicar diretamente ao juiz as suas razões (Commissino, avis du 24 sept. 1963, req. Nº 1169/61, Annales, vol VI, p. 521).

5- Conclusão

Como visto, o princípio do contraditório hoje assume uma posição central no processo.

Sua aplicação é imperiosa em todo o decorrer do processo. Especial atenção deve ser dada ao conhecimento pelo juiz, de ofício, de circunstâncias relevantes para a causa. Não somente nas questões fáticas o princípio deve valer. Sua observância é necessária também em se tratando de temas de direito.

Assim, não deve prevalecer o entendimento de que o magistrado de forma incondicionada possa dar nova qualificação jurídica ao caso, visto que tal comportamento deve ser precedido da possibilidade de embate entre as partes, a partir da ciência da nova orientação normativa do julgador, de forma a permitir que elas tenham a oportunidade efetiva de influir e contribuir para a elaboração da decisão da lide.

Porém, infelizmente, o que se percebe é que a matéria não vem recebendo a atenção devida no Brasil, ao contrário do que ocorre, como visto, em outros países.

O juiz, guardião do *iter* processual, contenta-se com a aplicação meramente formal do princípio do contraditório, dificultando, em muito, o exercício da ampla defesa e a efetivação do devido processo legal.

Salienta-se que o diálogo entre as partes, efetivado pela correta aplicação do princípio em questão, é o meio mais idôneo de permitir a prestação jurisdicional adequada, uma vez que o juiz deve sempre buscar se aproximar da verdade dos fatos, ainda que seja apenas uma verdade provável.

Nos dizeres aristotélicos²⁹, a busca do conhecimento verdadeiro apenas se dá pela via dialética, propiciada pelo debate entre os sujeitos interessados. Somente a partir daí, será possível a aproximação da verdade, permitindo ao juiz buscar a solução mais justa para a causa.

²⁹ VILLEY, Michel. *Philosophie du droit, II. Les Moyens du droit*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1984. p. 49.

ANÁLISE DO ARTIGO 1.790 DO NOVO CÓDIGO CIVIL PELO VIÉS DA INCONSTITUCIONALIDADE.

Elisabete Silva de Brito¹

Sumário: Apresentação. 1. Evolução histórica dos direitos sucessórios na união estável. 2. Análise do artigo 1.790 do novo Código Civil Brasileiro. 2.1. Sucessão dos Companheiros: Herança ou Participação? 2.2. A sucessão do companheiro e a sucessão do cônjuge: a desigualdade de tratamento às entidades familiares. 2.3. Aplicabilidade do artigo 1.790: controvérsias. 2.4. Direito Real de Habitação: A revogação apenas parcial da Lei 9.278/96. 2.5. A projeção da Reforma do artigo 1.790 do Código Civil 3. O artigo 1.790 e a Constituição da República Federativa de 1988. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

Apresentação

O Direito das Sucessões foi sensivelmente modificado pela redação do Novo Código Civil. Dentre as novidades trazidas pelo novel legislador, a sucessão dos companheiros destaca-se como um dos temas que vem suportando severas críticas.

Com efeito, a norma que examinaremos neste artigo não está em cotejo com a realidade social, merecendo, com urgência, ser adequada ao novo tempo, onde a família não matrimonializada é uma realidade amparada pela Constituição.

A década que antecedeu à edição do Novo Código foi um marco na concessão de direitos, inclusive sucessórios, aos casais que através da união estável constituíram família. Indubitavelmente, houve a concessão de efetiva tutela jurídica ao companheiro sobrevivente, de forma assemelhada àquela deferida aos cônjuges. Era o tempo de fazer valer a nova Ordem Constitucional, que erigiu a união estável à condição de entidade familiar. O legislador infraconstitucional, então, buscou dar efetividade aos ditames da Constituição, através das Leis 8.971/1994 e 9.278/1996.

Veio o Novo Código e com ele o inesperado, o retrocesso, a contramão entre o jurídico e o social.

Destarte, em um único artigo o legislador tratou da sucessão dos companheiros, estabelecendo tratamento diferenciado ao conferido aos cônjuges e excluindo direitos que eram previstos na legislação anterior.

Retrocedemos ao tempo da discriminação.

Diante de tal problemática, impõe indagarmos se o artigo 1.790 do Novo Código Civil é apenas eivado de injustiça, como sustenta a maior parte dos doutrinadores, ou se podemos afirmar que a norma é inconstitucional, ante ao tratamento diferenciado, incompatível com *status* ao qual foi erguido o instituto da união estável pela Constituição de 1988.

Assim, este artigo visa abordar a sucessão dos companheiros no Novo Código civil, pelo viés da Constituição da República.

Objetivando melhor esclarecer o tema em comento, abordaremos inicialmente a evolução do direito sucessório dos companheiros; posteriormente, analisaremos a aplicabilidade do artigo em comento, ante a dificuldade de sua exegese. Nesta análise, ganhará espaço a apresentação do projeto de alteração do Código Civil, onde se fará uma comparação com a redação atual do artigo 1.790.

Concluiremos este artigo com a análise da norma pelo viés da Constituição, na defesa dos Princípios Constitucionais, cientes que a obediência à Carta Magna se impõe, sem sombra de dúvidas, para a garantia do Estado Democrático de Direito.

1. Evolução histórica dos direitos sucessórios na união estável

A união estável, em um passado bem próximo, não era protegida juridicamente, quer pela Constituição da República, quer pela legislação infraconstitucional. Todavia, esta forma de constituição da família vinha sendo adotada em larga escala nas relações sociais, o que obrigou o Poder Judiciário a

¹ Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro; Mestre em Direito pela Universidade Iguazu – UNIG -; Professora de Direito Civil e Direito Processual Civil dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação do Centro Universitário da Cidade – UNIVERCIDADE; Professora do Centro de Estudos Jurídicos – CEPAD em Nova Iguaçu.

solucionar alguns conflitos que lhe eram apresentados, mormente os que envolviam questões atinentes à partilha dos bens.

Assim, pacificou-se o entendimento de que o companheiro que demonstrasse a participação na constituição do patrimônio adquirido durante a união estável teria direito à partilha dos mesmos. Note-se que não eram aplicadas, por analogia, as regras atinentes ao matrimônio e sua dissolução, mas sim ao direito das obrigações, relativas às sociedades de fato. Tal posicionamento foi corroborado com a edição do enunciado 380 da súmula do Supremo Tribunal Federal.²

Ademais, a Lei 6.015/1973, em seu artigo 47, parágrafo 2º, admitiu que a companheira adotasse o patronímico de seu companheiro, o que era possível nas uniões matrimonializadas.³

A Constituição da República de 1988 erigiu a união estável à condição de entidade familiar, ao lado do casamento e da família monoparental. O Direito passou a tratar de uma realidade da qual não poderia se afastar: a família, ao contrário do que ocorria no passado, não era constituída unicamente pelo casamento, passando a ser fundada na relação de afetividade. Neste sentido, manifesta-se Rodrigo da Cunha Pereira⁴, ao afirmar que “a partir do momento em que a família deixou de ser o núcleo econômico e de reprodução para ser o espaço do afeto e do amor, surgiram novas e várias representações sociais para ela”.

O advento da Constituição impôs que o legislador infraconstitucional editasse duas Leis: 8.971/1994 e 9.278/1996, ambas com o intuito de estabelecer condições à constituição desta entidade familiar e a tutela de seus efeitos. A primeira delas estabeleceu os direitos sucessórios ao companheiro supérstite, assim dispondo seu artigo 2º:

“As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do companheiro(a) nas seguintes condições:

I – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto da quarta parte dos bens do *de cuius*, se houver filhos deste ou comuns;

II – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do *de cuius*, se não houver filhos, embora sobrevivam os ascendentes;

III – Na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.”

Os direitos conferidos aos companheiros eram bastante assemelhados aos deferidos aos cônjuges, ressalvadas as peculiaridades de cada caso. Ressalte-se que o companheiro, com a lei em comento, foi inserido no terceiro lugar da ordem de vocação hereditária, afastando da sucessão os parentes colaterais e passando a ocupar posição idêntica a do cônjuge.

A lei 9.278/1996, além de instituir novos critérios para a constituição da união estável, mais flexíveis, acrescentou ao sistema sucessório dos companheiros o direito real de habitação, que já era deferido aos cônjuges na mesma situação. Dispõe a norma:

Artigo 7º (...)

Parágrafo Único: “Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou

² Enunciado 380 da Súmula do STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”

³ Lei 6.015/1973, artigo 57, parágrafo 2º “A mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas.”

⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte. Del Rey. 2003. p. 258-259

casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.”

Luiz Edson Fachin⁵, sobre o tema, aduz que passamos do direito sumular à vocação hereditária, uma vez que a elevação da união estável ao *status* constitucional acarretou uma série de avanços relacionados à tutela sucessória.

Ocorre que o novo legislador achou por bem restringir tais direitos, remodelando o direito sucessório dos companheiros, tratando do tema em apenas um dos artigos, o 1.790, como iremos analisar.

2. Análise do artigo 1.790 do Código Civil Brasileiro

A norma que analisaremos é, indubitavelmente, uma das mais discutidas pela doutrina, principalmente no tocante a sua aplicabilidade. Insta salientar que não temos o escopo de analisar todas as críticas exegéticas empreendidas, uma vez que tal discussão afastaria nossa reflexão de seu objetivo precípuo.

Contudo, algumas situações merecem destaque, até mesmo para demonstrar a discriminação no tratamento jurídico conferido aos companheiros supérstites. Assim dispõe a lei civil:

Artigo 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade que couber a cada um daqueles;

III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito à 1/3 (um terço) da herança;

IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Veremos que a norma é de difícil exegese, suscitando discussões acirradas da doutrina.

2.1. Sucessão dos Companheiros: Participação ou Herança?

O direito sucessório dos companheiros foi tratado pelo legislador no capítulo atinente às disposições gerais, o que, de plano, demonstra a impropriedade na linguagem eleita. Neste sentido o entendimento de Giselda Hironaka⁶, onde aduz que “não obstante sua importância, parece, todavia, que a regra está topicamente mal colocada. Trata-se de verdadeira regra de vocação hereditária para as hipóteses de união estável, motivo pelo qual deveria estar situada no campo referente à ordem de vocação hereditária”

Tal situação admite que seja interpretado, por alguns, que o companheiro tenha perdido a condição de herdeiro, passando a figurar como mero partícipe da herança, já que a ordem de vocação hereditária é tratada em capítulo diverso, através dos artigos 1.829 e seguintes.⁷

Contudo, cremos que tal afirmação não representa o conteúdo da norma jurídica. Com efeito, embora o artigo esteja alocado no capítulo acima referido, seu conteúdo não traça disposições gerais, mas específicas, relativas à sucessão dos companheiros. Ademais, a legislação especial utilizava o mesmo

⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos de Direito de Família*: Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro. Renovar. 1999. p. 81.

⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das sucessões*, v. 20. coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 53.

⁷ A preocupação com a falha exegética é demonstrada por Venosa, quando afirma que “a impressão que o dispositivo transmite é de que o legislador teve rebouços em classificar a companheira ou companheiro como herdeiros, procurando evitar percalços e críticas sociais, não os colocando definitivamente na disciplina da ordem de vocação hereditária. Desse modo, afirma eufemisticamente que o consorte da união estável participará da sucessão, como se pudesse haver um meio-termo entre herdeiro e mero “participante” da herança.” VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil: direito das sucessões*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 119.

verbo em sua redação e o companheiro era reconhecido como herdeiro quando recebia a totalidade da herança, na inexistência de descendentes ou ascendentes do *de cujus*.

Assim, a mera impropriedade do legislador não pode ser fundamento hábil para refutar a qualidade de herdeiro daquele que sobrevive na união estável, já que a norma deve ser interpretada segundo seu conteúdo, de forma sistemática e finalística.

2.2. A sucessão do companheiro e a sucessão do cônjuge: a desigualdade de tratamento às entidades familiares

O sistema sucessório do cônjuge, ao contrário do que ocorreu no tocante aos companheiros, foi tratado no local próprio, quer seja, na ordem de vocação hereditária. E seria simples se esta fosse a única discrepância.

O cônjuge neste novo modelo terá o direito de herdar os bens particulares de seu par, ao contrário do companheiro ou companheira, que herdarão tão somente uma cota da meação do finado, e, literalmente, não farão jus aos bens exclusivos do outro.

Ademais, o cônjuge não poderá herdar menos do que a quarta parte da herança quando concorrer com descendentes comuns, não cabendo tal proteção ao supérstite da união estável, que receberá quota equivalente a que for entregue aos filhos comuns, sem reserva alguma de quinhão.

O cônjuge foi erigido à condição de herdeiro necessário, expressamente, ao lado dos descendentes e ascendentes. Já os companheiros não terão direito à legítima, cabendo o afastamento da sucessão de seu par, em tese, pela disposição de última vontade.

Ressalte-se que inexistindo descendentes ou ascendentes do finado, o cônjuge herdará a totalidade da herança. Quanto ao companheiro sobrevivente, terá que dividir o acervo com os colaterais até o quarto grau. E se inexistirem parentes sucessíveis? Há quem afirme (com a devida *venia*, equivocadamente), que ao companheiro somente caberão os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, ficando os bens particulares do *de cujus* para o ente público respectivo.

Finalizando, o direito real de habitação, previsto na lei 9.278/1996, não foi citado no Código Civil, sendo certo que o cônjuge conta com tal proteção no artigo 1.831, e, não bastasse, não há determinação de extinção do direito na hipótese do viúvo ou viúva constituir novo casamento ou união estável.

Certamente, difícil encontrar a *ratio legis* do sistema sucessório atual.

Críticas à parte, houve avanço, em largos passos, aos direitos sucessórios dos cônjuges, ao inverso do retrocesso havido na união estável.

2.3. Aplicabilidade do artigo 1.790: controvérsias

A norma relativa à sucessão dos companheiros não peca somente no tratamento diferenciado que dispensa, se levarmos em conta a situação do cônjuge na mesma posição. Destarte, o dispositivo é alvo de críticas em virtude da sua redação, que não abarca todas as hipóteses de concorrência, deixando várias situações sem amparo legal.

Desta feita, fica a cargo da doutrina e do Judiciário a função de analisar sua aplicabilidade.

O *caput* do artigo, como vimos, impõe que a herança destinada ao companheiro seja tão somente a que concerne aos bens adquiridos na constância da união estável, de forma onerosa.

Ressalte-se que o legislador não impôs a demonstração da participação do sobrevivente na aquisição do bem. Assim, temos que não é necessária a comprovação do esforço comum para que seja deferido o direito à sucessão.

Necessário abrirmos um parêntese para que seja demonstrada a falta de critério do legislador se compararmos o sistema sucessório no casamento e na união estável, ao menos no que concerne à concorrência com descendentes. Enquanto o cônjuge somente será co-herdeiro quando não for meeiro, já que é afastada a concorrência quando o regime for o da comunhão universal, o companheiro somente ostentará tal qualidade se for meeiro, já que somente irá participar quanto aos bens havidos na constância da união.

Com efeito, a justificativa para atrelar a sucessão ao regime de bens apresentada na exposição de motivos do Código Civil está na desnecessidade daquele que sobrevive, sendo o regime o da comunhão total, em virtude de ter direitos sobre a metade do patrimônio, sendo desnecessário atribuir-lhe direitos sucessórios.

Contudo, o legislador ao tratar a união estável adotou critério absolutamente inverso, qual seja, o companheiro somente figurará como herdeiro se for meeiro, uma vez que herdará sobre aquilo que for adquirido onerosamente durante a convivência. Novamente, onde está a *ratio legis*?

Após definir o objeto da sucessão dos companheiros, o legislador começa a traçar as hipóteses legais acerca da devolução da herança, conferindo uma quota específica para cada situação. O critério para a distinção das quotas toma como base o herdeiro concorrente.

Os primeiros são os filhos comuns, e, neste caso, companheiros e filhos receberão quotas equivalentes, levando-se em conta, repetimos, que a concorrência somente se refere aos bens comuns adquiridos onerosamente durante a convivência. Necessário frisar que o primeiro inciso é de difícil exegese, uma vez que, ao que parece, o legislador deveria referir-se aos descendentes comuns, e não somente os filhos. Ressalte-se que a omissão dificulta a aplicabilidade da norma, uma vez que para cada hipótese é prevista uma quota distinta.

Neste caso específico, entendemos que seria possível a interpretação teleológica e sistemática com resultado extensivo, a fim de que fosse aplicado o mesmo critério de divisão do acervo na hipótese do companheiro concorrer com descendentes comuns que não filhos.⁸ Com efeito, a expressão “descendentes” é utilizada no inciso II do artigo em comento, o que reforça a tese de que a mesma expressão deveria estar contida no inciso anterior.

O inciso II do artigo 1.790 trata da concorrência dos companheiros com descendentes apenas do autor da herança, quando é disposto que caberá ao companheiro fração equivalente à metade do que couber aos descendentes. Nesta hipótese, o sobrevivente não seria ascendente dos descendentes com os quais iria concorrer, acarretando, assim, a redução de sua quota.. Importante frisar que o cônjuge na mesma situação receberia quota igual a que seria entregue aos descendentes, restando evidenciado o tratamento desigual entre as entidades familiares.

Apresentadas as soluções impostas pelo legislador para a concorrência com descendentes, qual seria a adotada para a hipótese do companheiro concorrer de descendentes comuns e descendentes não comuns? Além disto, como se daria a delação da herança na hipótese do companheiro concorrer com descendentes comuns a partir do segundo grau?

A lei não dispõe sobre os casos acima apontados, o que é uma falha do elaborador da norma. Com efeito, os casos omissos ficarão ao critério dos julgadores. Tal fato, certamente, encharcará o Poder Judiciário com demandas baseadas em omissão, de forma inevitável, pois não se poderá afastar o direito de ação dos herdeiros que apresentarem legítimo interesse.

Destarte, a Constituição da República, em seu artigo 226, aduz como dever do Estado a proteção à família. Ademais, a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 5º, estabelece que o Juiz, ao aplicar a norma jurídica, deve atender aos fins a que ela se destina.

A interpretação, por um critério sistemático e teleológico, impõe ao magistrado que ao aplicar a norma civil atinente ao direito sucessório dos companheiros, dê eficácia ao mandamento constitucional, a fim de que seja protegida a família e, neste sentido, o companheiro ou companheira que sobreviver ao outro.

Com efeito, inadmissível entendimento inverso, já que a lei infraconstitucional visa dar eficácia aos preceitos constitucionais. O aplicador da norma deve estar atento a este fundamento.

Ainda sobre o segundo inciso, mister se faz demonstrar a dificuldade em aplicar o artigo em questão, uma vez que o legislador não especifica se caberá ao companheiro a metade da fração destinada ao descendente que herdar por direito próprio e cabeça ou daquele que herdar *in stirpes*. Como cediço, é cabível a representação entre os descendentes, o que acarreta, via de regra, a destinação de frações não equânimes aos sucessores. Destarte, tormentosa a tarefa de estabelecer a quota destinada ao companheiro se a lei somente dispõe que este receberá a metade do que couber aos descendentes, sem a determinar a forma de sucessão, se por direito próprio ou stirpe. Certamente a interpretação mais adequada seria no sentido de que o companheiro receberia a fração equivalente à metade da destinada ao descendente que herdar por direito próprio e cabeça, medida mais viável matematicamente.

O terceiro inciso do artigo 1.790 aborda a situação do companheiro receber a herança em conjunto com outros herdeiros sucessíveis, incluindo, aí, ascendentes e colaterais.

Talvez este tenha sido, ao lado da não inclusão como herdeiro necessário e a não concessão do direito real de habitação, o maior retrocesso aos direitos sucessórios conferidos aos companheiros. A lei 8.971/1994 havia alocado o companheiro no terceiro lugar da ordem de vocação, afastando os herdeiros colaterais. Hoje, somente aquele que é oriundo de família decorrente do matrimônio ostenta tal prerrogativa, que foi excluída, de forma injustificada, do companheiro sobrevivente.

⁸ A mesma interpretação é realizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira, atualizador da obra de Caio Mário da Silva Pereira: “Ao descrever a primeira hipótese, fala-se em concorrência “*com filhos comuns*”, devendo-se concluir entender, porém, que a referência correta é a *descendentes* comuns. (...)” PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*. v. VI. Ed. Forense. 2004. p. 157.

O Jurista Zeno Veloso⁹, comentando o tema, alerta que foi priorizado o laço biológico, ainda que distante, em detrimento do laço afetivo, mais próximo e que, indubitavelmente, abarca a vontade presumida do *de cujus*.

Necessária a transcrição da manifestação do autor supra mencionado sobre o tema em comento:

Haverá alguma pessoa, neste país, jurista ou leigo, que assegure que tal solução é boa e justa? Por que prestigiar a estes extremos vínculos biológicos, ainda que remotos, em prejuízo dos vínculos do amor, da afetividade? Por que os membros da família parental, em grau tão longínquo, devem ter preferência sobre a família afetiva (que em tudo é comparável à família conjugal) do hereditando?

Definitivamente, lamentável a solução legal.

Inexistindo parentes sucessíveis, figurará o companheiro como sucessor da herança do *de cujus*, conforme preceitua o artigo 1.790, inciso IV.

Todavia, o tema é outra celeuma jurídica, objeto de discussões doutrinárias em virtude do que dispõe o *caput* do artigo analisado. Isto por que, como vimos, o legislador prevê que a participação do companheiro se restringe aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. E quanto aos bens particulares do autor da herança?

Há doutrinadores que sustentam a aplicabilidade do *caput* do artigo, e, neste diapasão, ao companheiro competiria a delação dos bens adquiridos onerosamente na união, ficando os demais a cargo do ente público, na forma da lei. Neste sentido, temos a crítica empreendida por Veloso¹⁰, onde afirma que embora injusta a norma em comento, uma interpretação diversa admitindo a entrega de todo o acervo hereditário ao companheiro, englobando bens comuns e particulares, se constituiria em criação normativa. Destarte, sustenta o autor:

A totalidade da herança, mencionada no inciso IV do artigo 1.790, é da herança a que o companheiro sobrevivente está autorizado a receber. (...) O operador do Direito tem de compreender a sucessão dos companheiros diante do comando imperativo, da regra geral do artigo 1.790, *caput*, que subordina todas as demais prescrições a respeito do tema. A não ser que, para escapar da exdrúxula e injusta solução do novo Código Civil, dê-se ao assunto um entendimento que desborde da interpretação – mesmo construtiva –, que é admissível e até louvável, ingressando no campo da criação normativa, o que ao intérprete é vedado, ao próprio juiz é proibido, porque estará tomando o lugar e exercendo função do Legislativo, praticando um excesso, um abuso de poder.”

⁹ VELOSO, Zeno, Do direito sucessório dos companheiros. In DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. coord. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte. 3. ed. Del Rey. 2003. p. 293.

¹⁰ VELOSO, Zeno, op. cit. p. 289-290.

Data venia, esta não é a melhor solução, visto que seria aplicar à lei interpretação meramente literal, e, como de comum sabença, a análise gramatical pura e simples é insuficiente para definir o alcance da lei. Seus efeitos, *in casu*, seriam catastróficos, não se podendo admitir medida tão bizarra. Indubitavelmente, realizando-se uma interpretação sistêmica e teleológica, vê-se que o artigo 1.844 do Código Civil dispõe que a devolução da herança ao ente público ocorrerá quando não existir, sobrevivente, cônjuge, *companheiro*, nem parente algum sucessível. Assim, melhor exegese é no sentido de que houve falha do legislador, e a expressão “herança”, adotada no inciso IV, refere-se a todo o patrimônio do *de cuius*

Não se pode olvidar que a entrega de todo o acervo ao *companheiro sobrevivente* representa a aplicação, ao caso concreto, do mandamento constitucional que prevê a proteção à família. E qualquer entendimento contrário, repita-se, constitui afronta à Lei Maior.

2.4. Direito real de habitação: a revogação apenas parcial da Lei 9.278/1996.

O artigo 1.831 do Código Civil manteve a concessão do direito real de habitação ao cônjuge, que já era deferido no diploma civil revogado. Os *companheiros* não foram contemplados com tal medida no novo diploma civil, sendo certo que a Lei 9.278/1996, como vimos, prevê a garantia da habitação ao *companheiro sobrevivente*.

Diante do conflito de leis, a doutrina restou dividida, em virtude do Novo Código não prever de forma expressa a revogação das leis especiais que tratam da união estável.

Desta feita, parte da doutrina sustenta ter havido revogação tácita da legislação especial que regia a matéria, em virtude do Código Civil disciplinar a união estável, bem como o sistema sucessório dos *companheiros*. Assim, o direito de habitação seria deferido somente aos casais oriundos do matrimônio, na forma prevista no artigo 1.831.

Contudo, o tema vem sendo interpretado por outros de modo diverso, admitindo a aplicação da lei especial quando não houver incompatibilidade com o Código Civil. Tal interpretação nos parece, sem sombra de dúvida, mais justa e condizente com a finalidade da norma.

Neste sentido, discorre Aldemiro Rezende Dantas Jr,¹¹ *in verbis*:

De nossa parte, pensamos que foi revogada a disposição da Lei n.º 8.971/94, que previa o direito de usufruto em favor do *companheiro sobrevivente*., mas que foi mantida a disposição da Lei n.º 9.278/1996, que previa o direito real de habitação em favor do *supérstite*.
(...)

Quanto ao direito real de habitação, no entanto, outra é a situação, uma vez que esse direito foi expressamente atribuído ao cônjuge, qualquer que seja o regime de bens do casamento e independentemente de eventual direito a quinhão. Nessas condições, a disposição que se encontra na Lei n.º 9.278/1996 se mostra plenamente compatível com as normas do Código Civil de 2002 que se referem à sucessão *causa mortis*, podendo, perfeitamente, ser tida como vigente ao lado do disposto no artigo 1.790 do Novo Código Civil”

Vale aqui refletirmos sobre a questão no plano da eficácia dos princípios constitucionais. Ana Paula Barcellos¹², em obra sobre o tema, aponta como uma das modalidades da eficácia a vedativa ao retrocesso, segundo a qual a lei infraconstitucional deve avançar, no sentido de cada vez mais atribuir eficácia aos preceitos constitucionais. Ainda neste sentido, sustenta a autora que a revogação de uma norma não merece ser aplicada se constituir em retrocesso na eficácia dos princípios constitucionais.

O direito real de habitação, certamente, é medida que tem o escopo de dar proteção à família, que, por seu turno, é mandamento constitucional. Ora, admitir a revogação da lei especial que garante o direito em tela seria um verdadeiro retrocesso, inadmissível no plano da eficácia das normas constitucionais.

¹¹ DANTAS Jr, Aldemiro Rezende. Sucessão no casamento e na união estável. In FARIAS, Cristiano Chaves de. coord. *Temas Atuais e Direito e Processo de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004. p. 605-606.

¹² BARCELLOS, Ana Paula, *A Eficácia dos Princípios Constitucionais*. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar. p. 68-71.

Diante de todo o exposto, vimos, portanto, que o sistema sucessório dos companheiros é falho por ser de difícil exegese; injusto pelo tratamento diferenciado, se tomarmos como base o cônjuge na mesma situação e, veremos, inconstitucional, por violar princípios constitucionais. Certamente, caberá ao Judiciário dar eficácia, ou não, ao artigo em comento. A questão, de extrema relevância, é abordada pela Magistrada Maria Berenice Dias¹³ em uma de suas obras:

(...) Em particular, os vínculos interpessoais, são os mais sensíveis à evolução dos costumes, à mudança de valores e dos conceitos de moral e de pudor. Dada a aceleração com que ocorrem, as mudanças sociais escapam da legislação tradicional.

Em face das lacunas que acabam ocorrendo, o magistrado precisa se conscientizar de que as regras legais existentes não podem servir de limites à prestação jurisdicional. Quando o fato *sub judice* escapa da normatização ordinária, a resposta precisa ser encontrada nos direitos fundamentais que cada vez mais vêm buscando guarida nas Constituições. “Não se trata de forma alternativa de se fazer justiça, mas de encontrar uma solução atendendo aos ditames de ordem constitucional.

Não podemos olvidar, ademais, que a eficácia interpretativa dos princípios constitucionais impõe que os magistrados, na prestação da tutela jurisdicional, analisem as normas infraconstitucionais pelo viés da Constituição, aplicando aquelas que se coadunem com a Lei Maior e expurgando do ordenamento aquelas que venham a ofender seus preceitos, o que se faz possível através do controle por via incidental.¹⁴

2.5 A Projeção de Reforma do artigo 1.790 do Código Civil.

A sucessão dos companheiros é abordada no Projeto de Lei 6.960, de autoria de Ricardo Fiuza, que altera as disposições contidas no artigo 1.790. A alteração também é falha, pois, insistentemente, o tratamento permanece diferenciado. Assim, o artigo passaria a conter a seguinte redação:

Art. 1.790. O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:

I – em concorrência com descendentes, terá direito a uma cota equivalente à metade do que couber a cada um destes, salvo se tiver havido comunhão de bens durante a união estável e o autor da herança não houver deixado bens particulares, ou se o casamento dos companheiros se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória (artigo 1.641);

II – em concorrência com ascendentes, terá direito a uma quota

¹³ DIAS, Maria Berenice. *A discriminação sob a ótica do Direito. Jus Navegandi*. Teresina, a.8, n. 302, 5 maio 2004. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5165>>. Acesso em 22 jun.2004.

¹⁴ BARCELLOS, Ana Paula, op.cit. p. 73-75.

equivalente a metade do que couber a cada um destes;

III – em falta de descendentes e ascendentes, terá direito à totalidade da herança;

Parágrafo único. Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Percebemos que algumas omissões seriam supridas com a inovação. Porém esta não é a melhor solução para a matéria.

Destarte, com a nova redação o companheiro passaria a concorrer sobre o acervo hereditário, bens comuns e particulares do *de cuius*, ao contrário do que ocorre atualmente, o que já configuraria um avanço.

Todavia, a cota deferida ao companheiro na concorrência com descendentes e ascendentes ficaria reduzida, e a sua participação seria de apenas metade daquela cabível a cada concorrente.

Mais uma vez o legislador falhou na elaboração da norma, deixando de lado os preceitos constitucionais relativos à proteção da família, igualdade real e dignidade da pessoa, já que a posição do companheiro seria, e muito, inferior à posição do cônjuge supérstite.

Quanto à hermenêutica, o primeiro inciso da norma é de difícil interpretação. Com efeito, o legislador passou desavisado, mais um vez, pelo fato de que a sucessão dos descendentes e ascendentes comporta delação de frações distintas, diante da possibilidade da aplicação do direito de representação e da sucessão por linha. Assim, caberia ao legislador indicar qual a fração que serviria como base para o cálculo da “metade” cabível ao companheiro.

Neste sentido e para não sermos incongruentes, entendemos que caberia ao companheiro a metade da fração cabível ao descendente que herdar por direito próprio e cabeça. Já na sucessão dos ascendentes, a situação é mais complexa, já que a sucessão por linha admite frações distintas a serem deferidas aos troncos materno e paterno, o que torna quase que inatingível a solução jurídica.

O legislador preocupou-se ainda em excluir o direito de concorrência nas hipóteses semelhantes àquelas nas quais o cônjuge deixa de ostentar a qualidade de herdeiro. Assim, havendo apenas bens comuns, o companheiro ficará tão somente com a parte que lhe tocar na meação. Também deixará de herdar quando estivermos diante das situações que se apresentam como causas suspensivas, ou seja, aquelas que obrigam os nubentes a realizarem o matrimônio sob o regime da separação de bens. Havendo, então, situação semelhante entre os companheiros, o sobrevivente não herdar.

O companheiro voltaria a ocupar o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, excluindo os colaterais. Também lhe seria deferido o direito real de habitação e, neste aspecto, o projeto atendeu às aspirações da doutrina.

Todavia, a nova redação do artigo 1.790 estaria bem longe do ideal.

De fato, seria mais coerente e simples suprimir o malfadado artigo 1.790 e incluir os companheiros na ordem de vocação hereditária, ao lado do cônjuge, com os mesmos direitos, a fim de fazer valer os preceitos constitucionais.

3. O artigo 1.790 e a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988

A Constituição, enquanto Lei Maior, ganha eficácia, em alguns aspectos, através da edição de legislação infraconstitucional. Desta feita, a norma civil deverá harmonizar-se com os preceitos constitucionais, objetivando sua eficácia.

A exegese da lei, por seu turno, deverá levar em conta, precipuamente, os corolários e princípios constitucionais, que são dotados, como vimos, de eficácia plena. Com efeito, tais princípios devem atingir as relações privadas, já que os princípios, mormente o da dignidade da pessoa, são inerentes à própria existência humana, inafastáveis, portanto.

O Código Civil vigente desde 1916 foi revogado para que outro diploma fosse coadunado com os preceitos constitucionais. Por outro lado, as relações familiares deram lugar ao afeto, a

fim de estreitar laços onde havia o amor, a despeito de haver, ou não, o matrimônio. A família, neste momento, é protegida pelo Estado de tal modo que o casamento, antes única forma de instituir família, teve que dividir espaço, primeiro na sociedade e depois na própria Constituição, com outros modelos.

Não se trata de uma simples questão de eleição. A constituição de família pelo mero enlace do afeto não é realizada a partir da análise prévia dos efeitos de cada instituto. Aquele que busca uma família o faz pelo amor, buscando, sem dúvida, a felicidade. Não se verifica, destarte, o efeito acarretado por cada espécie de família ou a tutela jurídica deferida, de forma prévia, como se fora uma relação meramente contratual.

Sobre o tema, aduz Fachin¹⁵ que não se deve compreender a constituição das espécies de família pelo simples critério da eleição, o que seria um entendimento elitista, não passível de ser adotado em nossa sociedade, tendo em vista a cultura e os aspectos sociais a ele concernentes.

O artigo 226 da Constituição protege a família e, conseqüentemente, a união estável, elevada à condição de entidade familiar, merece total proteção, tal qual a que se confere à união matrimonializada.

A interpretação, pois, de qualquer regramento que se preste a estabelecer soluções jurídicas às questões decorrentes da relação familiar devem ser realizadas a fim de atender a este princípio maior. E quando se protege a família não se tem em mente uma instituição, fria e intangível, mas o ser humano que nasce e cresce no seio da família.

Diante da proteção deferida à união não matrimonializada, surgiram duas indagações, que servem como base para muitas outras: Há hierarquia entre as entidades protegidas pelo legislador constituinte? A união matrimonializada, antes único meio de constituição da família, merece posição de destaque em relação à união estável?

A doutrina está longe de ser unívoca quanto ao tema. Para alguns, o casamento ainda é a forma preferencial de família e o maior fundamento para tanto é a artigo 226, parágrafo 3º da Constituição que dispõe que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento. Neste sentido, merece destaque o posicionamento de Eduardo de Oliveira Leite¹⁶

Ora, se a lei (ordinária, diga-se) deve facilitar a conversão da união estável em casamento, evidente, o parâmetro perseguido pelo constituinte, apesar do reconhecimento de novas formas de conjugalidade continua sendo o casamento.

Data venia, não merece prosperar tal assertiva. A facilitação de que trata a lei maior faz referência, certamente, a desnecessidade de burocracias inúteis, em virtude de haver ali uma família de fato, gozando de notoriedade, o que torna despidendo atos como o das proclamas, por exemplificar.

Certamente, não há como crer que a constituição tenha elevado a união estável a um *status* para colocá-la em segundo plano, como categoria inferior. Com efeito, a família é digna, independentemente da forma de sua constituição.

A inexistência de privilégio de uma entidade sobre a outra também é defendida por Luiz Paulo Netto Lôbo¹⁷, abordando o tema em comentário, onde salienta que o critério de igualdade é o que mais se coaduna com os mandamentos constitucionais

Não se está aqui querendo equiparar as entidades quanto sua natureza jurídica ou mecanismos para sua constituição. Nesse aspeto, encontraremos distinções inegáveis. Contudo, o gênero é um, embora sejam espécies distintas. A Constituição visa proteger o gênero família. A hierarquia entre as

¹⁵ FACHIN, Luiz Edson, op. cit. p. 66-67

¹⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira, *Comentários ao Novo Código Civil*, v. XXI: *do direito das sucessões*: (Arts. 1.784 a 2.027) Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 51.

¹⁷ Neste sentido, esclarece o autor que “com efeito, a norma do § 3º do artigo 226 da Constituição não contém determinação de qualquer espécie. Não impõe requisito para que se considere existente união estável ou que subordine sua validade ou eficácia à conversão em casamento. Configura muito mais comando ao legislador infraconstitucional para que remova os obstáculos e dificuldades para os companheiros que desejem casar-se, se quiserem, a exemplo da dispensa da solenidade de celebração. Em face dos companheiros, apresenta-se como norma de indução. Contudo, para os que desejarem permanecer em união estável, a tutela constitucional é completa, segundo o princípio de igualdade que se conferiu a todas as entidades familiares. Não pode o legislador infraconstitucional estabelecer dificuldades ou requisitos onerosos para ser concebida a união estável, pois facilitar uma situação não significa dificultar outra” LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. O mundo jurídico. Disponível em <<http://www.omundojuridico.com.br>. Acesso em 24 jun.2004

espécies viola os princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º, III e da igualdade prevista no artigo 5º da Constituição da República.

Não há como afirmar que o casamento é mais digno que a união estável. A família deve ter fundamento no amor e no afeto. É este núcleo de afetividade e de busca da dignidade que merece proteção equânime.

Vale, aqui, ser transcrito o entendimento de Paulo Luiz Netto Lôbo¹⁸, sobre a dignidade da pessoa e as entidades familiares:

A proteção da família é proteção mediata, ou seja, no interesse da realização existencial e afetiva das pessoas. Não é a família *per se* que é constitucionalmente protegida, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana. Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana.

Assim, a proteção à família somente se justifica para dignificar, a bem da verdade, o indivíduo que a compõe. Certamente, o Princípio da Dignidade da Pessoa, corolário de outros preceitos constitucionais, está inserido no núcleo familiar e a família, neste aspecto, pode ser considerada como a mola propulsora da dignidade de seus componentes.

O companheiro ou companheira sobrevivente, neste diapasão, merece ser tratado da mesma forma que o cônjuge em igual situação. É tratar com dignidade e igualdade as entidades familiares, fazendo valer os preceitos constitucionais.

É neste sentido que deve ser interpretado o sistema sucessório dos companheiros, à luz dos ditames constitucionais.

Diante do exposto, é forçoso concluir que a sucessão dos companheiros, na forma em que se apresenta no novo Código Civil, fere a Constituição da República. Este é o entendimento de parte da doutrina, e citamos aqui a manifestação de Maria Berenice Dias¹⁹ sobre o tema, em artigo onde analisa a concorrência do cônjuge com os descendentes no casamento:

Falando em inconstitucionalidade, era bom inserir no rol o tratamento discriminatório concedido à união estável, não só no âmbito sucessório mas em incontáveis dispositivos espalhados na lei. Desrespeitam a diretriz traçada pela Constituição Federal, que não estabeleceu qualquer hierarquização entre as entidades familiares e as elencou de forma exemplificativa.

Assim, por violar a os preceitos constitucionais, o artigo 1.790 deve ser extirpado do ordenamento jurídico, como passaremos a concluir, para que os companheiros recebam o mesmo tratamento legal conferido aos cônjuges, contemplado no Código Civil em seu artigo 1829.

Frise-se que o Judiciário já tem se pronunciado neste sentido, afastando a aplicação do artigo 1790 do Código Civil por considera-lo inconstitucional. Embora ainda tímida a manifestação neste

¹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. op. cit.

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. *Filhos, bens e amor não combinam! Ou a concorrência sucessória. Jus Navegandi*, Teresina, a.8, n. 302, 5 maio 2004. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5165>>. Acesso em 22 jun.2004.

sentido, tais decisões demonstram o posicionamento de parte dos juristas em respeito àqueles que decidiram se unir apenas pelos laços afetivos, sem a intervenção estatal na instituição da família.²⁰

Indubitavelmente, bastaria ao legislador acrescentar ao dispositivo acima apontado os companheiros sobreviventes, atendendo, assim, aos princípios orientadores do Direito de Família.

Considerações Finais

O direito não pode ser afastado de sua função principal, ordenadora por excelência. Deste modo, os avanços sociais devem ser abarcados pela legislação, a fim de que seja dotada de legitimidade. É dever de o legislador acompanhar o movimento social, a fim de que o direito cumpra sua missão, de conjugar interesses e garantir a vida em sociedade.

A edição de uma nova lei civil era, por seu turno, esperada com ansiedade, diante da Constituição da República, que avançou na tutela de direitos individuais e sociais, tornando, obsoleto, destarte, o modelo antes apresentado. Não se pode olvidar que as omissões da lei civil vinham sendo supridas pelas legislações especiais, mais adequadas à realidade social.

No campo do Direito de Família, a sociedade acolheu a união estável como entidade familiar. Podemos afirmar que o acolhimento social deste modelo foi dando contorno a uma nova legislação, e, atualmente, a família, que antes dependia de um ato solene para sua constituição, é hoje alcançada através da anuência ao amor e ao afeto, sem que se torne necessária a intervenção do Estado para a sua formação.

O legislador constituinte, atento à realidade social e em cotejo com o princípio da dignidade da pessoa humana, erigiu, então, a união estável à condição de entidade familiar, ao lado do casamento, e, importante frisar, não abaixo deste. Tal assertiva é claramente verificada pela redação do texto constitucional, quando impõe que esta modalidade familiar deva ser protegida pelo Estado.

Não há razão para entender que o constituinte tenha alocado a união estável no rol de entidades familiares, bem como estabelecido sua proteção pelo Estado, para que a instituição ocupasse o segundo lugar. Com efeito, não podemos admitir diante do que refletimos que haja família de primeira e de segunda classe. O cônjuge é tão digno quanto o companheiro. A família matrimonializada é tão digna quanto à família enlaçada simplesmente pelo afeto.

A proteção à família, neste aspecto, deve atingir ao companheiro, na mesma proporção e intensidade com que atinge ao cônjuge. O Estado deve se preocupar com ambas as realidades. Impõe-se a aplicação do princípio da igualdade, garantia fundamental prevista constitucionalmente, e sem o qual, inegavelmente, torna-se inviável o tratamento digno, essencial à própria existência humana.

Diante de tudo o que foi abordado, não há como entender apenas pela injustiça do artigo 1.790 do Código Civil. A questão é, sem sombra de dúvidas, bem mais complexa, já que a norma que analisamos afronta os mandamentos da Lei Maior.

Neste sentido é que concluímos pela inconstitucionalidade do artigo de lei sob comento, diante de sua análise pela ótica da Constituição da República e todos os seus mandamentos.

²⁰ Neste sentido, decisão proferida no Rio Grande do Sul: EMENTA: APELAÇÃO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. COLATERAIS. EXCLUSÃO DO PROCESSO. Apenas o companheiro sobrevivente tem direito sucessório no caso, não havendo razão para cogitar em direito sucessórios dos parentes colaterais. A união estável se constituiu em 1996, antes da entrada em vigor do Novo Código Civil. Logo, não é aplicável ao caso a disciplina sucessória prevista neste diploma legal, mesmo que fosse esta a legislação material em vigor na data do óbito. Aplicável ao caso é a orientação legal, jurisprudencial e doutrinária anterior, pela qual o companheiro sobrevivente tinha o mesmo status hereditário que o cônjuge supérstite. Por essa perspectiva, na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro sobrevivente tem direito à totalidade da herança, afastando da sucessão os colaterais e o Estado. Além disso, as regras sucessórias previstas para a sucessão entre companheiros no Novo Código Civil são inconstitucionais. Na medida em que a nova lei substantiva rebaixou o status hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite, violou os princípios fundamentais da igualdade e da dignidade. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70015433758, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 05/10/2006)

Referências Bibliográficas

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

DANTAS Jr, Aldemiro Rezende. Sucessão no casamento e na união estável. In FARIAS Cristiano Chaves de. *Temas Atuais de Direito e Processo de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *A discriminação sob a ótica do Direito. Jus Navegandi*. Teresina, a.8, n. 302, 5 maio 2004. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5165>>. Acesso em 22 jun.2004.

DIAS, Maria Berenice. *Filhos, bens e amor não combinam! Ou a concorrência sucessória*. Jus Navegandi, Teresina, a.8, n. 302, 5 de maio de 2004. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5165>. Acesso em 22 jun. 2004.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos de Direito de Família: Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro. Renovar. 1999

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das sucessões*. v. 20. coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003

LEITE, Eduardo, *Comentários ao Novo Código Civil, v. XXI: do direito das sucessões: (Arts. 1.784 a 2.027)* Rio de Janeiro: Forense. 2003

LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. O mundo jurídico. Disponível em <<http://www.omundojuridico.com.br>. Acesso em: 24 jun.2004

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*. v. VI. Ed. Forense. 2004

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Da união estável. In DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. coord. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte. 3. ed. Del Rey. 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil* 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil : direito das sucessões*. 3 ed. São Paulo : Atlas, 2003

VELOSO, Zeno, Do direito sucessório dos companheiros. In DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. coord. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte. 3. ed. Del Rey. 2003.

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA PESSOA FÍSICA - UMA NECESSIDADE EXEGÉTICA APÓS A NOVA LEI DE FALÊNCIAS

Fábio Schwartz
Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

I - INTRÓITO

A lei 11.101/2005 introduziu em nosso ordenamento jurídico pátrio o instituto da recuperação judicial, com o nítido objetivo de viabilizar a superação de crise econômico-financeira eventualmente enfrentada por uma empresa.

Tal procedimento constitui-se num *prius*, ao passo que a falência em um *posterius*, sendo certo que esta última somente sobrevém em caso de patente insucesso da tentativa de recuperação. Desta feita, oportuniza-se à empresa levar a cabo um plano tendente a reconduzi-la à plena atividade no mercado.

Assim, observa-se que após o advento do novel instituto, exsurgiu verdadeiro paradoxo no mundo jurídico nacional, eis que à pessoa jurídica, antes de se lhe impingir a pecha de falida, oferece-se plenos mecanismos de recuperação; ao passo que à pessoa humana, em igualdade de condição, impõe-se a mancha de insolvente, sem qualquer oportunidade de resgate de sua dignidade e respeito perante a comunidade dos credores.

II - A INTERPRETAÇÃO COMO SALVAGUARDA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Diante de tal disparate, forçoso o implemento de profunda reflexão acerca da questão demandada a qual, em verdade, constitui verdadeiro tormento dos dias coevos, dominados pela cultura da globalização, em que se busca o difícil equilíbrio entre os interesses da maioria e os dos grupos econômicos, cuja lógica totalitária irradia-se de forma cada vez mais voraz, inclusive no seio do judiciário.

Não há dúvidas de que, para efetividade dos direitos fundamentais, verdadeiros epicentro da modernidade, é preciso que o judiciário assuma uma postura ativa, servindo como última trincheira de proteção das conquistas sociais alcançadas às duras penas pela atual constituição cidadã.

Ora, tendo a constituição Federal erigido como fundamento da República Federativa do Brasil o princípio da dignidade da pessoa humana (e não da pessoa jurídica), inadmissível que a pessoa física (materializada no mundo fenomênico), em cotejo com uma entidade jurídica (cuja existência se admite apenas por ficção), receba tratamento discriminatório, e com conseqüências irrefutavelmente mais deletérias.

Acerca da exegese acima sugerida, mister se faz trazer à tona a lição da professora portuguesa CRISTINA QUEIROZ, a qual leciona:

“Adaptando a compreensão de que o processo de aplicação judicial da Constituição (constitucional adjudication) é interpretação, teóricos como DWORKIN e FISS afirmam que o juiz pode proceder sobre questões fortemente controvertidas, identificando os valores partilhados pela comunidade através de um processo de interpretação objetiva que filtre e descubra os valores da comunidade. Isso pressupõe uma concepção positiva da liberdade como cidadania e um conceito novo de representação *we the people actually speak*. O Tribunal Constitucional, entre nós, ao exercer o seu direito judicial de controle, actua como representante do povo, no sentido mais recto do termo, o seu comissionário para prevenir o abuso em seu nome da política

ordinária (normal politics), contrária a vontade constitucionalizada da maioria”¹

Assim, cotejando-se os dois interesses acima, a preservação da pessoa humana decerto prepondera sobre a preservação da pessoa jurídica, sendo de mister citar anotação do insigne doutrinador português, José Carlos Vieira de Andrade, que expressa: “realmente, o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais”.²

Impõe-se, desta feita, a realização de verdadeira interpretação corretiva/adequativa da Lei. No caso em tela, imprimir interpretação conforme, a partir de uma decisão aditiva, estendendo-se a possibilidade de recuperação judicial às pessoas físicas. Assim, o texto da Lei susomencionada continua vigente; sua validade, porém, é que vem confortada por uma interpretação constitucional, mediante o uso analógico, readequando a norma aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da isonomia.

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, embora não se encontrem explicitados no texto constitucional, servem para conformar a interpretação de um texto infraconstitucional com o Texto Maior. No caso apresentado, tais princípios vêm em socorro à causa supra vindicada, já que o legislador, ao lançar no mundo jurídico a Lei 11.101/2005 cometeu séria anomalia, posto que propôs proteção diferenciada às pessoas jurídicas, deixando de fora as pessoas físicas, valorizando mais a atividade econômica do que a dignidade da pessoa humana, o que se afigura desarrazoado e desproporcional.

Por outro lado, não se estender a benesse legal às pessoas físicas, decerto culminará em espetacular agressão ao princípio da isonomia. Neste diapasão cumpre apropriar-se das palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual diz que uma norma somente atende a igualdade “se o tratamento diverso outorgado a uns for justificável, por existir uma correlação lógica entre o fator de discrimen... e o regramento que se lhe deu”.

Como se vê, as discriminações – *rectius*: tratamento diferenciado – devem ser lógicas, racionais, visivelmente justificáveis, logo, inexistindo qualquer destes ingredientes, irrepreensível a providência ora propugnada, sob pena de, nas palavras do doutrinador gaúcho, Lenio Streck, se apresentar o seguinte paradoxo: “Uma constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídica que, reiteradamente, (só) nega a aplicação de tais direitos.”³

III - AS SENTENÇAS ADITIVAS NO DIREITO PÁTRIO

Havendo um dispositivo legal incongruente com a Constituição, e não havendo o legislador tomado as necessárias providências de adaptação daquele a esta, o judiciário pode e deve realizar a correção através do processo hermenêutico, permitindo não somente redefinir o conteúdo de um texto legal, como também adapta-lo à Constituição.

No campo do direito penal-processual, a 5ª Câmara do Rio Grande do Sul exarou decisão inédita no país, aplicando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e da interpretação conforme a constituição, *verbis*:

“Furto qualificado pelo concurso. Agride aos princípios da proporcionalidade e da isonomia o aumento maior da pena ao furto em concurso do que ao do roubo em igual condição. Aplica-se o percentual de aumento deste àquele. Atenuante pode deixar pena aquém do mínimo abstrato. Deram parcial provimento aos apelos.”⁴

O professor Lênio Luis Streck, em comentário à decisão supra citada assim se pronunciou, *verbis*:

¹ in Interpretação Constitucional e Poder Judicial, Coimbra Editora, 2000.

² in Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 1988, p. 102

³ in Jurisdição Constitucional e Hermeneutica. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.

⁴ *apud* Amilton Bueno de Carvalho, in Garantismo Penal Aplicado, 2ª edição, 2006, editora Lúmen Juris, p. 15.

“A solução encontrada pelo Tribunal foi a aplicação do mecanismo da interpretação conforme a Constituição, ancorado nos princípios da isonomia e da proporcionalidade (sem considerar o fato de que a duplicação da pena no furto feria também, frontalmente, o princípio da razoabilidade). O texto da Lei (Código Penal) permaneceu no sistema. A norma exurgente desse texto é que teve uma adição de sentido (interpretação conforme), passando-se a aplicar ao furto qualificado pelo concurso de agentes a majorante do concurso de agentes do roubo. (...)”⁵

Mais adiante arremata o consagrado doutrinador dizendo:

“Importa referir, ainda, que o acórdão em tela pode ser enquadrado naquilo que Lafuente Balle denomina de sentenças aditivas, pelas quais o Tribunal dá provimento ao recurso e adiciona ao conteúdo normativo da disposição impugnada uma regulação que faltava para assegurar sua conformidade com a Constituição, ou como sentenças manipulativas, que se caracterizam toda vez que o Tribunal acolhe um recurso e altera o conteúdo normativo da disposição impugnada, substituindo a norma contrária à Constituição por outra de acordo com a Constituição. Nas sentenças aditivas, o texto da disposição legal impugnada permanece inalterado. O tribunal cria uma norma e a adiciona ao texto da disposição. A decisão declarará que esta nova norma infere-se do conteúdo da Constituição e que sua adição à disposição recorrida resulta determinante para assegurar a constitucionalidade desta. Nas sentenças manipulativas, por outro lado, ocorre a substituição do texto impugnado.”

Registre-se que a mais alta corte do país, embora sem assumir expressamente estar forjando uma sentença aditiva, nos termos acima propugnados, acabou funcionando como verdadeiro legislador positivo, contemplando o indigitado expediente, a fim de corrigir injustificadas omissões do legislativo pátrio. Confira-se:

ISONOMIA – ATIVOS E INATIVO - §4º DO ARTIGO 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – APLICABILIDADE. A garantia insculpida no §4º do artigo 40 da Constituição Federal é de eficácia imediata. A revisão dos proventos da aposentadoria e a extensão aos inativos de quaisquer benefícios e vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade pressupõem, tão-somente, a existência de lei prevendo-os em relação a estes últimos. O silêncio do diploma legal quanto aos inativos não é de molde a afastar a observância da igualação, sob pena de relegar-se o preceito constitucional a plano secundário, potencializando-se a atuação do legislador ordinário como se a este fosse

⁵ in jurisdição constitucional e hermenêutica - Uma Nova Crítica do Direito, 2ª edição, editora forense, p. 599.

possível introduzir, no cenário jurídico, temperamentos à igualdade. Uma vez editada lei que implique outorga de direitos aos servidores em atividade, dá-se, pela existência da norma constitucional, a repercussão no campo patrimonial dos aposentados. A locução contida na parte final do §4º em comentário – ‘na forma da lei’ – apenas submete a situação dos inativos às balizas impostas na outorga do direito aos servidores da ativa.⁶

De igual modo foi a decisão do STF no RMS 22.307/DF. Aqui, conforme havia decidido no Processo Administrativo 19.426-3 – no qual se consideraram, entre outros fatores, "a auto-aplicabilidade e, portanto, a imperatividade, com eficácia imediata, da norma constitucional asseguradora da revisão geral da remuneração de civis e militares na mesma data, sem distinção de índice" –, com base no inciso X do artigo 37 da CF/88, o STF estendeu a outros servidores públicos a revisão salarial concedida somente a determinadas categorias pelas Leis 8.622, de 10/01/93, e 8.627, de 19/02/93.⁷

E porque não citar exemplo advindo do STJ, quando da entrada em vigor da lei 10.259 de 17/07/2001, a qual, em seu art. 2º, fixava a competência dos Juizados Especiais Criminais da Justiça Federal para o julgamento das infrações de menor potencial ofensivo e as definia, em seu parágrafo único, da seguinte forma: "Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa." Diante do então novel dispositivo, verificou-se total incongruência em relação aos Juizados Especiais da justiça dos Estados-membros e do Distrito Federal, posto que o legislador, nestes casos, foi menos generoso. O art. 61 da Lei 9.099, de 26/09/95, restringiu o conceito das infrações penais de menor potencial ofensivo somente aos delitos criminais cuja pena máxima não seja superior a um ano. Entretanto, como tal disparidade implicaria tratamento discriminatório, o STJ, embasado exatamente no princípio da isonomia, passou a entender que a nova definição de crimes de menor potencial ofensivo acabou por derogar aquela prevista no art. 61 da Lei 9.099/95. E isso tudo a despeito da regra de exclusão explícita, contida no transcrito parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259/2001, conforme a qual a nova definição de crimes de menor potencial ofensivo só se aplicava para os efeitos da própria Lei 10.259/2001.⁸

Assim foi que o STJ acabou considerando inconstitucional omissão relativa expressa, cometida pelo legislador e, por consequência, em razão do princípio da isonomia, estendeu a nova definição de crimes de menor potencial ofensivo ao âmbito da Lei 9.099/95, de balde cláusula explícita de exclusão contida na Lei 10.259/2001.

Como se vê, inúmeras sentenças aditivas já foram materializadas no judiciário brasileiro, ainda que não se tenha dado "nome aos bois", entretanto, como é cediço, a inscrição grafada no frasco não lhe altera a essência. Logo, há que ser admitido tal controle de constitucionalidade em mais este caso, através do processo interpretativo sugerido nesta sede. O processo interpretativo implica em redefinições. Interpretar é redefinir. Todo o processo de interpretação é um processo de criação. Ou não é a jurisprudência fonte de Direito?

Demais de tudo até aqui sustentado, convém lembrar que com a institucionalização da interpretação conforme a Constituição e da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, através da Lei 9.868/99, o Poder Legislativo admitiu expressamente que o Poder Judiciário pode exercer atividade de adaptação e adição de sentido aos textos legislativos, reconhecendo que a função do Poder Judiciário não mais se reduz à clássica concepção de "legislador negativo".

Desta feita, nada impede que seja o mecanismo de recuperação, principalmente o chamado plano especial, previsto no art. 71 do diploma legal em comentário, aplicado às pessoas físicas, oportunizando-se, a guisa de exemplo, o parcelamento de suas dívidas em até 36 parcelas mensais, iguais e sucessivas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de 12% a.a., bem como a aplicação do prazo máximo para pagamento da primeira parcela para 180 dias e etc.

⁶ Pleno, Min. MARCO AURÉLIO, *DJU* de 13/06/97, p. 26.722.

⁷ Cf. Ata da 8ª Sessão Administrativa, realizada em 29/04/93, como transcrita no voto do Min. MARCO AURÉLIO na *RTJ* 163:147.

⁸ Por todos, cf. RHC 12.033/MS, 5ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, *DJU* de 09/09/2002, p. 234.

Tal solução se constituiria em espetacular mecanismo de reestruturação das finanças dos chamados superendividados, realidade incontestável da sociedade atual, vítima da oferta desenfreada do crédito fácil pelas instituições financeiras, as quais preferem um devedor atrelado a uma dívida impagável a permitir sua recuperação e retorno a uma vida digna perante a sociedade.

IV - CONCLUSÃO

Destarte, face aos arrazoados acima expostos, dúvidas não restam acerca da necessidade de adição de sentido à indigitada Lei de Recuperação de empresas, admitindo que igual benesse seja aplicada às pessoas físicas, mormente a atinente ao plano especial de recuperação, socorrendo, assim, os ditames constitucionais alhures enfatizados.

V - BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luiz Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional no Direito brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 539, 28 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6126>>.

CARVALHO, Amilton Bueno e Saulo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 3ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris editora, 2004.

CARVALHO, Amilton Bueno. *Garantismo Penal Aplicado*. 2ª edição. Rio de Janeiro, Lumen Juris editora, 2006.

JÚNIOR. Américo Bedê Freire. O papel do juiz no mundo globalizado. Síntese Jornal. Editora Síntese. JULHO/2004 - ANO 8 - Nº 89.

MELLO. Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo Jurídico do princípio da igualdade. 3ª edição. São Paulo. Malheiros, 1993.

STRECK. Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica - Uma Nova Crítica do Direito*. 2ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2004.

VALLE. Anco Márcio. *Processo Falimentar*. Rio de Janeiro. Editora Idéia Jurídica. 1998.

BREVES ANOTAÇÕES SOBRE AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 11.382/06 NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Felippe Borring Rocha

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito. Professor de graduação em Direito na Universidade Estácio de Sá. Professor de pós-graduação em Direito na Universidade Estácio de Sá, na Universidade Cândido Mendes, na Universidade Gama Filho, na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, na Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e na Escola Superior da Advocacia do Rio de Janeiro. Professor dos cursos preparatórios para concurso da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e da Associação do Ministério Público do Rio de Janeiro. Autor dos livros Juizados Especiais Cíveis: Aspectos Polêmicos da Lei n.º 9.099, de 26/9/95, Justiça Federal no Estado do Rio de Janeiro e Estatuto da Criança e do Adolescente. Co-Autor do Livro a Nova Reforma do CPC.

Resumo: Buscando fazer uma interpretação comparativa entre o texto anterior e o texto atual, pretende o presente texto analisar as alterações promovidas pela Lei n.º 11.382/06 no sistema executivo do Código de Processo Civil.

Palavras-chaves: Direito. Processual. Civil. Execução. Lei n.º 11.382/06. Alteração. Código de Processo Civil.

Índice: 1. Introdução. 2. O Novo Panorama do Sistema Executivo. 3. Os Vetos Presidenciais. 4. As Principais alterações. 5. A Análise Comparativa das Alterações Feitas no Livro I do CPC. 6. A análise comparativa das alterações feitas no Livro II do CPC. 7. Conclusões. 8. Referências.

1. Introdução.

A essência das normas constantes da Lei n.º 11.382/06 foi concebido no Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, sob a orientação dos Ministros Sálvio Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro. Na verdade, o anteprojeto de lei formulado pelo IBDP tratava exclusivamente da execução. Este anteprojeto, entretanto, foi dividido e posteriormente agrupado com outro texto, antes de se tornar o Projeto de Lei n.º 4.497/04, que originou a Lei n.º 11.382/06. Por isso, além de alterar 74 artigos no Livro II (Do Processo de Execução), a Lei também modificou outros 4 artigos no Livro I (Do Processo de Conhecimento).

Trata-se, sem dúvida, da mais extensa reforma feita no CPC desde sua entrada em vigor. Apesar disso, a maioria dos seus dispositivos não oferecem grandes dificuldades interpretativas e, muitas das vezes, seu principal objetivo foi tornar as regras mais claras e tecnicamente adequadas ou harmonizar os novos dispositivos às leis que alteraram o CPC, especialmente à Lei n.º 11.232/05.

2. O Novo Panorama do Sistema Executivo.

Tem sido muito comum ouvir que a Lei n.º 11.382/06 fez com que o Livro II do CPC passasse a regular exclusivamente o processo de execução fundado em título executivo extrajudicial. Isso, além de tecnicamente errado, pode dificultar em muito a já complicada tarefa de estudar o novo sistema executivo do CPC. Na verdade, o Livro II continua a regular no seu bojo aquilo que chamamos de Teoria Geral do Processo Executivo, aplicável a todas as formas de execução, incidentais ou autônomas, no CPC ou fora dele. Não obstante, como o rito da execução por quantia certa contra devedor solvente fundado em título executivo extrajudicial passou a ser o procedimento referencial (o procedimento executivo “ordinário”), todas as execuções passaram a ter as suas regras como fonte subsidiária. Apenas para exemplificar, o sistema geral da execução da sentença depende da aplicação subsidiária das regras relativas à execução fundada em título extrajudicial (art. 475-R do CPC). Portanto, é preciso afastar essa afirmação de que o Livro II do CPC agora regula exclusivamente a execução fundada em título extrajudicial.

Nós defendemos, inclusive, que, em face das recentes reformas, o CPC deve ser inteiramente reorganizado. Em nosso sentir, a estrutura do Código não deve mais ser focada no processo, mas na tutela jurisdicional que é prestada e em seus procedimentos. Por isso, fomos contrários à inclusão dos artigos relativos à execução da sentença (art. 475-J/R) no Livro I. Este Livro deveria ser dedicado exclusivamente à Teoria Geral do Processo e à tutela cognitiva. O Livro II deveria deixar de tratar do processo de execução e passar a tratar da tutela executiva em sentido amplo (tutela específica e execução de título executivo judicial e extrajudicial). Por sua vez, o Livro III deveria tratar da tutela cautelar ao invés de falar do processo cautelar. E finalmente, o Livro IV deveria tratar do procedimento ordinário, dos procedimentos especiais (sumário, procedimentos perante os tribunais, procedimentos de jurisdição voluntária etc.) e dos incidentes (exceções, declaração de inconstitucionalidade, uniformização da jurisprudência etc.). Enquanto essa reorganização (ou qualquer outra) não é implementada, o estudo da ciência processual terá que ser feito sobre uma verdadeira colcha de retalhos.

3. Os Vetos Presidenciais.

Três vetos foram opostos pelo Presidente da República ao Projeto de Lei aprovado pelo Congresso Nacional. Os três vetos, em nossa opinião, foram equivocados. O primeiro foi ao art. 649, § 2.º, que permitia a penhora de até 40% do valor que excedesse 20 salários mínimos do salário mensal do executado. Na sua mensagem de veto, o Presidente disse que esta norma quebraria com uma tradição do ordenamento jurídico brasileiro, que seria a proteção ao salário, mas a verdadeira tradição que foi preservada foi a de proteger as classes mais abastadas. Com efeito, proteger um salário de R\$350,00 significa proteger a dignidade e a própria sobrevivência do devedor. Agora, proteger um salário de R\$35.000,00, por exemplo, significa preservar um padrão e um estilo de vida de uma minoria da população, em detrimento do direito de crédito alheio. Toda vez que a Lei protege o patrimônio em detrimento do crédito, somos todos nós que pagamos a conta, através dos juros bancários, da dificuldade na obtenção de crédito, das exigências de garantias para a realização dos negócios jurídicos etc. Essa proteção, portanto, deveria ser pautada em critérios de proporcionalidade e de justiça social, em consonância com os fins maiores almejados pelo Estado Democrático de Direito. No caso em tela, perdeu-se a oportunidade de promover uma regra afinada com tais objetivos.

O segundo veto foi ao parágrafo único do art. 650, que permitia a venda do bem de família quando este fosse avaliado acima de 1.000 salários mínimos (atualmente R\$350.000,00). Neste caso, o valor de 1.000 salários mínimos permaneceria impenhorável e seria devolvido ao executado após a expropriação, mas o valor que excedesse a esse limite seria entregue ao exequente para solver a dívida

exequianda. Com isso, continua a existir a mesma proteção ao casebre da periferia que é dada à cobertura de frente para o mar. Isso é evidentemente um absurdo. Mas, para não transformar este artigo jurídico num manifesto político, limitamo-nos a remeter o leitor às críticas feitas ao primeiro veto comentado.

O terceiro e último veto, de tão absurdo, chega a ser irônico. O Presidente da República vetou o art. 6.º da Lei n.º 11.382/06, que previa uma *vacatio legis* de 6 meses, sob o argumento de que o projeto de lei já tinha sido suficientemente debatido e divulgado na comunidade jurídica e poderia entrar em vigor em período mais curto, ou seja, pela regra geral, 45 dias após a sua publicação. Uma das marcas registradas das leis que alteraram recentemente o CPC foi o fato delas terem sido propostas, discutidas e aprovadas em regime de urgência e sem qualquer divulgação nos meios jurídicos. Além disso, a enorme quantidade de leis alterando o CPC que foram recentemente sancionadas tornou ainda mais difícil a compreensão da nova sistemática vigente. Seria o caso não de reduzir, mas sim ampliar o prazo de *vacatio legis*. O veto, assim, se apresenta com anti-democrático e dissociado da realidade jurídica brasileira, que nunca teve tradição de acompanhar os milhares, e muitas vezes contraditórios, projetos de lei em tramitação no Parlamento.

4. As Principais Alterações.

Não obstante, as principais alterações realizadas podem assim ser resumidas:

- Foi alterado o rol dos títulos executivos extrajudiciais (o seguro de acidentes pessoais de que resulte morte ou incapacidade e a renda de imóvel deixaram de ser títulos);
- permitiu-se a transformação da execução definitiva em provisória (caso seja interposta apelação contra a sentença de improcedência dos embargos dotado de efeito suspensivo);
- criou-se o dever do executado de indicar onde estão e qual o valor dos seus bens penhoráveis (sob pena de não o fazendo praticar ato atentatório à dignidade da Justiça);
- permitiu-se que uma certidão sobre a existência e as características da execução proposta seja averbada nos registros de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos à penhora;
- foi simplificado o procedimento de contratação do terceiro para cumprir a obrigação no lugar do executado;
- permitiu-se que a adjudicação seja feita não apenas para o exequente, mas também pelo cônjuge, descendentes e ascendentes do executado, assim pelo credor com garantia real e pelo sócio da empresa;
- a adjudicação passou a ser a forma preferencial de expropriação do bem penhorado;
- autorizou-se a alienação do bem penhorado por iniciativa privada (inclusive por meios eletrônicos);
- excluiu-se o usufruto de empresa e incluiu-se o usufruto de bem móvel;
- tornaram-se impenhoráveis os bens que guarnecem a casa, os vestuários e pertences de uso pessoal do executado, salvo os de elevado valor, a contraprestação em dinheiro pelo trabalho desenvolvido de qualquer natureza e a caderneta de poupança até 40 salários mínimos;
- na execução fundada em título extrajudicial, a citação do executado passou a ser apenas para determinar o pagamento do débito em 3 dias;
- a penhora agora pode ser feita imediatamente depois de escoado o prazo para o executado pagar a dívida (3 dias), com a possibilidade do exequente indicar os bens a serem penhorados desde a petição inicial;

- o bem penhorado agora deve ser avaliado imediatamente pelo oficial de justiça, salvo se forem necessários conhecimentos específicos, caso em que um perito será nomeado e apresentará seu laudo em 10 dias;
- dispensou-se a avaliação no caso do exequente aceitar a estimativa feita pelo executado;
- a intimação da penhora pode ser feita na pessoa do advogado do executado ou dispensa pelo juiz;
- os honorários são fixados de plano e são reduzidos pela metade se o executado paga no prazo de 3 dias;
- foi modificada a ordem dos bens a serem penhorados;
- foi incluída a penhora do faturamento de empresa;
- regulou-se a penhora *on line*;
- agora, não é mais o executado que fica, em regra, com os bens penhorados;
- a ineficácia da nomeação foi transformada em substituição da penhora;
- tornou-se possível a substituição do bem penhorado que tenha baixa liquidez ou que não se consiga alienar judicialmente;
- a penhora passou a poder ser substituída por fiança bancária no valor do débito, acrescido de 30%;
- a concordância do cônjuge quando a substituição da penhora for por bem imóvel passou a ser exigida expressamente;
- agora a prisão de depositário pode ocorrer no próprio processo de execução, sem a necessidade de instauração da ação de depósito;
- excluiu-se a previsão de intimação do executado para embargar;
- a principal forma de resistência do executado agora se chama embargos do executado e deve ser interposto nos 15 dias, contados da citação;
- o embargo pode ser feito sem que o juízo seja garantido e será autuado em apenso à execução;
- a alegação de excesso de execução passou a ser válida somente se o valor entendido como correto for apontado;
- retirou-se o efeito suspensivo, como regra, dos embargos do executado;
- somente se o juízo for garantido e o executado provar *fumus boni iuris* e *periculum in mora* é que os embargos terão efeito suspensivo;
- ficou estabelecido que ainda que os embargos tenham efeito suspensivo, é possível promover a penhora e a avaliação dos bens;
- a resposta aos embargos deve ser ofertada em 15 dias;
- os embargos protelatórios são sancionados com uma multa de até 20% do valor da execução;
- a adjudicação, com novas regras, passou a ser forma preferencial de satisfação do crédito do exequente;
- a intimação da hasta pública agora pode ser feita na pessoa do advogado do executado;
- foram editadas novas regras sobre os embargos de retenção;
- passou a ser prevista expressamente a possibilidade de pagamento parcelado do débito, em até 6 parcelas, com 30% de depósito e correção de 1% ao mês;
- o não pagamento de uma parcela implica no vencimento antecipado das demais, com prosseguimento dos atos executivos e multa de 10% sobre o valor devido;
- foram criadas novas regras para os embargos à alienação e à arrematação, a serem propostos no prazo de 5 dias, com multa para embargos protelatórios (20% do valor da execução).

5. A Análise Comparativa das Alterações Feitas no Livro I do CPC.

ART. 143, INCISO V

NORMA ATUAL

Art. 143. Incumbe ao oficial de justiça: (...) V – efetuar avaliações.
--

O art. 143 do CPC trata das atribuições dos oficiais de justiça. A nova lei inseriu no rol existente a determinação para que o oficial de justiça faça avaliações. Essa regra é fundamental para a nova sistemática executiva da sentença (art. 475-J, § 1.º) e dos títulos extrajudiciais (art. 652, § 1.º), embora não vá alterar a situação dos Tribunais de Justiça onde a função já era atribuída, como regra, ao oficial de justiça, como no caso do Rio de Janeiro.

ART. 238, PARÁGRAFO ÚNICO

NORMA ATUAL

Art. 238. Não dispendo a lei de outro modo, as intimações serão feitas às partes, aos seus representantes legais e aos advogados pelo correio ou, se presentes em cartório, diretamente pelo escrivão ou chefe de secretaria. Parágrafo único. Presumem-se válidas as comunicações e intimações dirigidas ao endereço residencial ou profissional declinado na inicial, contestação ou embargos, cumprindo às partes atualizar o respectivo endereço sempre que houver modificação temporária ou definitiva.

O art. 238 regula a forma como as intimações devem ser feitas. A este artigo foi acrescido um parágrafo único que traz uma das mais importantes regras trazidas pela Lei n.º 11.382/06: o dever legal das partes informarem ao juízo a alteração de seus endereços, sob pena de não o fazendo reputar-se como válidas as comunicações feitas no endereço indicado nos autos. Regra análoga já existia, embora pouco lembrada, no âmbito dos Juizados Especiais (art. 19, § 2.º da Lei n.º 9.099/95). Trata-se de uma norma de elevado valor moral. Antes, principalmente para o réu, era vantajoso sumir, deixando para o autor o encargo de localizar seu novo endereço. São conhecidos nos meios forenses os famosos ofícios à Receita Federal, às concessionárias de serviço público, aos cadastros de proteção ao crédito etc., que os autores tinham que fazer expedir na tentativa de localizar os réus que se mudavam sem deixar novo endereço. Isso era um absurdo intolerável, que, inexplicavelmente, pouca revolta causava na doutrina. Agora, a parte que deixa de comunicar a mudança de seu endereço tem uma sanção compatível com a sua postura irresponsável. Cuida-se de uma nova modalidade de intimação ficta, que certamente modificará a visão que as partes e seus patronos têm do processo.

ART. 365, INCISO IV

NORMA ATUAL

Art. 365. Fazem a mesma prova que os originais: (...) IV – as cópias reprográficas de peças do próprio processo judicial declaradas autênticas pelo próprio advogado sob sua responsabilidade pessoal, se não lhes for impugnada a autenticidade.

Finalmente o legislador transformou em regra geral uma norma fundamental que servirá para facilitar a atuação das partes juízos. Essa norma, que permite que os advogados das partes declarem como autênticas as peças que juntam aos autos, entrou no CPC através do art. 544, § 1.º, que trata do agravo de instrumento da decisão que inadmite, no tribunal *a quo*, o recurso especial ou o recurso extraordinário (inserida pela Lei n.º 10.352/01). Aos poucos, os advogados foram ampliando os casos de aplicação da norma. O primeiro caso de aplicação analógica foi no cumprimento da determinação do art. 525 do CPC, que trata das cópias que devem instruir o agravo de instrumento. Em seguida, outras hipóteses foram sendo usadas (art. 261, 304, 390 etc.). Até mesmo o legislador resolveu prever explicitamente a utilização da regra do art. 544, § 1.º na formação do instrumento que vai ser usado para realizar a execução provisória – art. 475-O, § 3.º (referência incluída pela Lei n.º 11.232/05).

Agora, todo e qualquer documento pode ser declarado autêntico pelo advogado que o junta, não apenas na formação de instrumentos, mas em qualquer etapa do processo. Pelo óbvio a mesma regra pode ser usada pelos membros da Defensoria Pública, do Ministério Público e das Procuradorias.

ART. 411, INCISO IV

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
Art. 411. São inquiridos em sua residência, ou onde exercem a sua função: (...) IV - os ministros do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Federal de Recursos , do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal de Contas da União; (...)	Art. 411. São inquiridos em sua residência, ou onde exercem a sua função: (...) IV – os ministros do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça , do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal de Contas da União; (...)

A alteração foi feita somente para excluir a referência ao extinto Tribunal Federal de Recursos e incluir a menção ao Superior Tribunal de Justiça.

ART. 493, INCISO I

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
Art. 493. Concluída a instrução, será aberta vista, sucessivamente, ao autor e ao réu, pelo prazo de 10 (dez) dias, para razões finais. Em seguida, os autos subirão ao relator, procedendo-se ao julgamento: I - no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Federal de Recursos , na forma dos seus Regimentos Internos; (...)	Art. 493. Concluída a instrução, será aberta vista, sucessivamente, ao autor e ao réu, pelo prazo de 10 (dez) dias, para razões finais. Em seguida, os autos subirão ao relator, procedendo-se ao julgamento: I – no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça , na forma dos seus regimentos internos; (...)

Mais uma vez, a alteração foi feita somente para excluir a referência ao extinto Tribunal Federal de Recursos e incluir a menção ao Superior Tribunal de Justiça.

6. A análise comparativa das alterações feitas no Livro II do CPC.

ART. 580

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
Art. 580. Verificado o inadimplemento do devedor, cabe ao credor promover a execução. Parágrafo único. Considera-se inadimplente o devedor, que não satisfaz espontaneamente o direito reconhecido pela sentença, ou a obrigação, a que a lei atribuir eficácia de título executivo.	Art. 580. A execução será instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo. (Revogado o parágrafo único)

Antes o dispositivo afirmava que cabia ao credor, verificado o inadimplemento, promover a execução. Em seguida, o seu parágrafo único buscava definir o que era inadimplemento, invadindo uma seara pertencente ao Direito Material. Agora, o novo art. 580, sem parágrafo único, limita-se a dizer que execução será instaurada caso o devedor não cumpra uma obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo.

Como no texto atual foi excluída a referência ao credor, um olhar desavisado pode concluir que a nova sistemática permite a realização da execução de ofício. Tal conclusão, frequentemente suscitada pela doutrina, no entanto, permanece fora do nosso ordenamento jurídico. Continua a valer a regra de que somente o credor ou quem o represente pode deflagrar a execução (art. 566 e 567 do CPC). Trata-se de um corolário do princípio dispositivo (autonomia da vontade). Além disso, se o credor pode desistir da execução (art. 569 do CPC), seria ilógico não depender da vontade dele a instauração da execução.

ART. 583 (REVOGADO)

Dizia o art. 583 que *“toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial”*. Esse artigo não precisava ter sido revogado, porque seu conteúdo continua válido e a norma era de todo pertinente no capítulo em que se encontrava inserido. Essa revogação só serviu para amparar as afirmações de que o Livro II teria sido transformado num texto voltado exclusivamente para regular a execução fundada em título executivo extrajudicial, o que, como dito, não é correto.

ART. 585

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais: (...) III – os contratos de hipoteca, de penhor, de anticrese e de caução, bem como de seguro de vida e de acidentes pessoais de que resulte morte ou incapacidade . IV – o crédito decorrente de foro, laudêmio, aluguel ou renda de imóvel, bem como encargo	Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais: (...) III – os contratos garantidos por hipoteca, penhor, anticrese e caução, bem como os de seguro de vida; IV – o crédito decorrente de foro e laudêmio; V – o crédito documentalmente comprovado , decorrente de aluguel de imóvel, bem como de

<p>de condomínio desde que comprovado por documento escrito;</p> <p>V – o crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial;</p> <p>VI – a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município, correspondentes aos créditos inscritos na forma da lei;</p> <p>VII – todos os demais títulos, a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.</p>	<p>encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínios;</p> <p>VI – o crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial;</p> <p>VII - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município, correspondentes aos créditos inscritos na forma da lei;</p> <p>VIII – todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.</p>
---	--

Houve algumas mudanças no rol de títulos executivos extrajudiciais. O *caput* e incisos I e II do art. 585 não foram alterados, mas o seguro de acidentes pessoais e o contrato de renda de imóvel deixaram de ser títulos executivos extrajudiciais. Tais exclusões não interferem nos processos já em curso, mas impedem a propositura de ações executivas a partir da entrada em vigor da Lei.

O inciso III, que antes falava que os contratos de hipoteca, de penhor, de anticrese e de caução eram títulos executivos extrajudiciais, foi aprimorado. Agora o CPC diz o que sempre deveria ter dito, ou seja, que os títulos executivos extrajudiciais são os contratos garantidos por hipoteca, penhor, anticrese ou caução. Estes são direitos reais de garantia e não títulos executivos, apesar de ser comum ouvir-se, por exemplo, que a hipoteca será executada. Na verdade, é o contrato que será executado e nesta execução a hipoteca gerará direito de preferência ao credor sobre o imóvel dado em garantia.

O antigo inciso IV foi dividido em duas partes. A primeira parte, que trata do crédito decorrente de foro e laudêmio, agora compreende o novo inciso IV. A segunda parte, que tratava do aluguel e da renda de imóvel, agora está no novo inciso V. Este inciso, por sinal, está mais bem escrito e menciona genericamente os demais encargos acessórios à locação. A renda de imóvel, como assinalado, foi excluída.

O antigo inciso V passou a ser o novo VI. O que era inciso VI, passou a ser VII. E foi acrescido um novo inciso (VIII), com a mesma redação do anterior inciso VII.

ART. 586

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
<p>Art. 586. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível.</p> <p>§ 1.º Quando o título executivo for sentença, que contenha condenação genérica, proceder-se-á, primeiro à sua liquidação;</p> <p>§ 2.º Quando na sentença há uma parte líquida e outra ilíquida, ao credor é lícito promover simultaneamente a execução daquela e a liquidação desta.</p>	<p>Art. 586. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível.</p> <p>(Parágrafos revogados)</p>

A alteração feita neste dispositivo foi, apenas, para corrigir suas imprecisões técnicas. Com efeito, não era o título executivo que deveria ser ilíquido, certo e exigível, mas a obrigação nele contida. Ademais, a ordem correta das características da obrigação é, primeiro, a certeza, segundo a liquidez e, terceiro, a exigibilidade (possibilidade de ser cobrada). De fato, primeiro é preciso saber se a obrigação existe, para em seguida verificar se está quantificada e, por fim, aferir-se se ela pode ser cobrada.

Os parágrafos foram revogados porque cuidavam de execução de sentença, que, agora, estão disciplinados nos art. 475-A e 475-I, § 2.º do CPC.

ART. 587

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
Art. 587. A execução é definitiva , quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial ; é provisória , quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo.	Art. 587. É definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo (art. 739).

A alteração feita no art. 587 retrata, sem dúvida, um dos piores momentos da Lei n.º 11.382/06. Antes, a execução fundada em título executivo extrajudicial era sempre definitiva, do início até o fim. Uma corrente de pensamento, a nosso ver equivocada, entendia que a execução poderia se tornar provisória caso fosse interposta apelação contra a sentença que julgasse improcedente os embargos do executado. Foi necessário o STJ editar uma súmula para refutar essa tese. Diz a súmula 317 daquela Corte: “*É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra a sentença que julgue improcedente os embargos*”.

Pois agora o CPC diz exatamente o contrário da jurisprudência dominante. Trata-se de um contra-senso absurdo. Os embargos do executado não têm mais o efeito suspensivo *ope legis* (art. 739-A) e a apelação interposta em face da sentença de improcedência dos embargos do executado só têm efeito devolutivo (art. 520, V). O novo art. 587 diz que se for atribuído o efeito suspensivo aos embargos (art. 739-A, § 1.º), a apelação interposta em face da sentença de improcedência continua sem efeito suspensivo, mas transforma a execução definitiva em provisória. Em outras palavras, se o executado tiver obtido o efeito suspensivo e receber uma sentença de improcedência, a sua apelação transformará uma execução definitiva em provisória. Essa norma contraria todos os escopos que foram perseguidos pela Lei n.º 11.382/06 e pelas outras leis que recentemente reformaram o CPC, além de representar um indevido estímulo para que o executado recorra e, assim, retarde a prestação da tutela jurisdicional.

Como se sabe, na prática, a maioria dos recursos relativos aos embargos do executado não são providos. Portanto, poder-se-ia, perfeitamente, em favor da maioria, acabar com as restrições às execuções submetidas a recurso. Aliás, somos adeptos de uma postura ainda mais radical. Acreditamos que deveriam acabar todas as restrições relativas à execução provisória. Bastaria dizer que, mediante requerimento fundamentado do executado, poderia o juiz, em situações excepcionais, exigir do exequente uma caução idônea. Fora destes casos, a execução provisória seria processada da mesma forma que a definitiva, ressalvando que, se o executado sair vencedor no recurso poderá ajustar a execução ou, caso esta já tenha se encerrado, cobrar do exequente o que foi pago ou perdas e danos.

Consoante, é muito comum ouvir-se que o maior problema do Direito Processual é o sistema recursal. Nós sempre acreditamos que limitar o uso de recursos (mitigando o controle sobre os atos judiciais) é uma postura antidemocrática e que, na verdade, o maior problema do Direito Processual é o sistema executivo. Se nós tivéssemos um sistema executivo eficiente, especialmente que estimulasse a execução provisória, não haveria utilidade para os procrastinadores usar dos recursos, pelo menos em face das sentenças condenatórias. Nestas, o objetivo dos recursos protelatórios é postergar ao máximo o trânsito em julgado da decisão, para não permitir a realização da execução definitiva. Infelizmente, as restrições que existem para as execuções provisórias praticamente as inviabilizam, estimulando a interposição sucessiva de vários recursos.

Resta-nos torcer para que os juízes não concedam o efeito suspensivo aos embargos do executado, ressalvados os casos excepcionalíssimos, ou, se o fizerem, que o revoguem quando proferirem sentença de improcedência (art. 739-A, § 2.º). Assim, não tendo a apelação efeito suspensivo, a sentença de improcedência será imediatamente eficaz, não permitindo a transformação da execução definitiva em provisória.

ART. 592, INCISO I

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
Art. 592. Ficam sujeitos à execução os bens: I – do sucessor a título singular, tratando-se de execução de sentença proferida em ação fundada em direito real; (...)	Art. 592. Ficam sujeitos à execução os bens: I – do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória ; (...)

A nova redação do art. 592 teve como meta excluir a referência à sentença, direcionando a sua incidência às execuções fundadas em títulos extrajudiciais, e, ao mesmo tempo, inserir no dispositivo as hipóteses relativas às obrigações reipersecutórias.

Obrigações reipersecutórias, mais conhecidas como obrigações *propter rem*, são aquelas que acompanham a coisa. A inclusão das obrigações reipersecutórias no dispositivo é absolutamente justificável, na medida em que, embora não retratem direitos reais (são obrigações pessoais), possuem características muito semelhantes. Com efeito, se a obrigação persegue a coisa, processualmente, será esta que irá determinar a quem cabe a responsabilidade patrimonial pela dívida.

ART. 600, INCISO IV

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da justiça o ato do devedor que: (...) IV – não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução.	Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da justiça o ato do executado que: (...) IV – intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores.

O inciso IV trouxe para o CPC outra norma de importantíssimo valor moral. Antes, o inciso IV do art. 600 já previa como ato atentatório à dignidade da justiça a omissão do executado em indicar os seus bens sujeitos à execução. Ocorre que, por não ter uma regulamentação efetiva, a norma acabava por não ter qualquer aplicação prática. Agora, o CPC estabelece que o executado precisa ser intimado para, no prazo de 5 dias, informar ao juízo quais são, onde estão e os valores dos seus bens penhoráveis. Caso não o faça, estará incidindo em ato atentatório á dignidade da justiça.

Finalmente o legislador entendeu por bem transferir para o executado mais deveres visando o rápido e efetivo desfecho do processo executivo. Antes, o executado fica deitado em berço esplendido, aguardando, indiferente, enquanto o exequente tinha que ficar investigando seu patrimônio, atrás de bens penhoráveis. Isso era mais um absurdo, como tantos outros presentes no processo executivo, que não despertavam maiores irresignações na doutrina. Por certo, nem todos os executados ficarão suficientemente assustados com a possibilidade, pouco comum, de ser condenado por litigância de má-fé. Mas já é um começo. Para nós, o ideal seria que o juiz fixasse de plano, ao despachar a inicial, uma multa elevada para o caso de ser localizado no curso do processo um bem não indicado pelo executado, independentemente de requerimento do exequente. Esta multa seria acrescida do valor exequendo e cobrada na própria execução, se possível. Como a Lei não foi a tanto, o melhor é que o exequente, já na petição inicial, peça ao juiz que, caso não sejam localizados bens penhoráveis, o executado seja intimado imediatamente a declinar onde estão os seus bens sujeitos à execução, sob pena de prática de ato atentatório á dignidade da justiça.

ART. 614, INCISO I

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
Art. 614. Cumpre ao credor, ao requerer a execução, pedir a citação do devedor e instruir a petição inicial: I – com o título executivo, salvo se ela se fundar em sentença (art. 584); (...)	Art. 614. Cumpre ao credor, ao requerer a execução, pedir a citação do devedor e instruir a petição inicial: I – com o título executivo extrajudicial; (...)

O art. 614 trata dos documentos e informações que devem instruir a petição inicial. A única alteração realizada foi supressão da referência feita à sentença no inciso I. Como já dito, o objetivo desta e de outras alterações foi o de direcionar as normas do Livro II exclusivamente à execução fundada em título extrajudicial. Nós, mais uma vez, não concordamos com essas modificações. Os dispositivos contidos no art. 475-J e seguintes não têm uma norma própria para regular a petição que deflagra a fase executiva. Portanto, o art. 614 é aplicável subsidiariamente à execução fundada em título judicial. Isso decorre da previsão genérica do art. 475-R e do próprio art. 475-J, *caput*, que remete ao art. 614. Em suma, para nós, não era necessária a alteração no inciso I do art. 614.

ART. 615-A

NORMA ATUAL
Art. 615-A. O exequente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.

§ 1.º O exequente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas, no prazo de 10 (dez) dias de sua concretização.

§ 2.º Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, será determinado o cancelamento das averbações de que trata este artigo relativas àqueles que não tenham sido penhorados.

§ 3.º Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (art. 593).

§ 4.º O exequente que promover a averbação manifestamente indevida indenizará a parte contrária, nos termos do § 2.º do art. 18 desta Lei, processando-se o incidente em autos apartados.

§ 5.º Os tribunais poderão expedir instruções sobre o cumprimento deste artigo.

O art. 615-A trouxe para o CPC uma nova medida voltada a coibir a prática da fraude à execução. Agora o exequente pode obter no ato da distribuição uma certidão atestando que foi proposta uma execução, com a identificação das partes e o valor da causa, para averbar nos sistemas registrais de bens (imóveis, veículos, ações etc.). Assim, a norma transforma em fraude à execução a venda do bem averbado, imobilizando, em certa medida, o patrimônio do executado. É bom ressaltar que a averbação da certidão não impede a venda ou a oneração do bem, mas, na prática, dificilmente isso ocorrerá e se ocorrer, será ineficaz em relação à execução.

Já existia norma semelhante na Lei de Registros Públicos (art. 167, I, 21, da Lei n.º 6.015/73), mas restrita às ações relativas a direitos reais ou direitos pessoais *propter rem*. A regra ora inserida é muito mais ampla e bem regulada. Na nova sistemática, feita a averbação, o exequente tem 10 dias para comunicar ao juízo quais foram os bens submetidos à anotação. A Lei foi omissa, mas parece que as averbações não podem incidir em bens cujos valores somados sejam evidentemente superiores ao exequendo. É claro que o exequente, num primeiro momento, pode não saber qual o valor daqueles bens e o ideal é que deixe uma margem de folga. Mas não pode ele, por exemplo, averbar a certidão em relação a mais de um bem, se apenas um deles for claramente suficiente para saldar a dívida. Da mesma forma, havendo dois bens que bastem à satisfação do crédito, deve o exequente averbar no registro daquele que tiver menor valor. Em ambos os casos, aplica-se o princípio da menor onerosidade. Tais situações certamente serão regulamentadas pelos tribunais (art. 615-A, § 5.º).

Por outro lado, diz a Lei que uma vez feita a penhora, cancelam-se as averbações feitas em relação aos bens não penhorados (art. 615-A, § 2.º). Essa afirmação nos parece equivocada. Na verdade, uma vez feita a penhora em quantidade necessária para saldar a dívida, todas as averbações devem ser canceladas. Não tem sentido o bem ficar gravado com a penhora e a certidão da mesma execução.

Por fim, é preciso salientar que a averbação feita de forma indevida gera responsabilidade civil para o exequente. Trata-se de modalidade subjetiva de responsabilidade, com culpa comprovada. Tal responsabilidade pode ser dividida em averbação absolutamente indevida e averbação relativamente indevida, ou melhor, excessiva. Por exemplo, se o exequente realiza a averbação de uma certidão de uma dívida já paga, responde integralmente pelos danos causados ao executado. No entanto, se o exequente averbou uma certidão em relação a dois bens, quando só um deles evidentemente bastaria para suprir o débito, responderá pelos danos gerados em relação ao outro bem, onde houve o excesso.

ART. 618, INCISO I

NORMA ANTERIOR

NORMA ATUAL

Art. 618. É nula a execução: I – se o título executivo não for líquido, certo e exigível . (art. 586); (...)	Art. 618. É nula a execução: I – se o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível . (art. 586); (...)
--	---

Mais uma vez o CPC foi alterado para corrigir uma imprecisão técnica e direcionar o dispositivo à execução de título executivo extrajudicial. Antes o inciso I do art. 618 falava que o título deveria ser líquido, certo e exigível. Agora, fala que a obrigação deve ser certa, líquida e exigível. Mesmo tipo de alteração que já ocorrera em relação aos art. 580 e 586.

ART. 634

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
<p>Art. 634. Se o fato puder ser prestado por terceiros, é lícito ao juiz, a requerimento do credor, decidir que aquele o realize à custa do devedor.</p> <p>§ 1.º O Juiz nomeará um perito que avaliará o custo da prestação do fato, mandando em seguida expedir edital de concorrência pública, com o prazo máximo de 30 (trinta) dias.</p> <p>§ 2.º As propostas serão acompanhadas de prova do depósito da importância, que o juiz estabelecerá a título de caução.</p> <p>§ 3.º No dia, lugar e hora designados, abertas as propostas, escolherá o juiz a mais vantajosa;</p> <p>§ 4.º Se o credor não exercer a preferência a que se refere o art. 637, o concorrente, cuja proposta foi aceita, obrigará-se-á, dentro de 5 (cinco) dias, por termo nos autos, a prestar o fato sob pena de perder a quantia caucionada.</p> <p>§ 5.º Ao assinar o termo o contratante fará nova caução de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do contrato.</p> <p>§ 6.º No caso de descumprimento da obrigação assumida pelo concorrente ou pelo contratante, a caução referida nos §§ 4.º e 5.º, reverterá em benefício do credor.</p> <p>§ 7.º O credor adiantará ao contratante as quantias estabelecidas na proposta aceita.</p>	<p>Art. 634. Se o fato puder ser prestado por terceiro, é lícito ao juiz, a requerimento do exeqüente, decidir que aquele o realize à custa do executado.</p> <p>Parágrafo único. O exeqüente adiantará as quantias previstas na proposta que, ouvidas as partes, o juiz houver aprovado.</p>

No *caput* do art. 634, as únicas alterações foram substituir a palavra “*devedor*” por “*executado*” e “*credor*” por “*exeqüente*”. É verdade também que a palavra “*terceiros*”, na redação atual, perdeu o “s”, mas isso não significa que agora a obrigação exeqüenda só possa ser prestada por um único terceiro. A obrigação pode ser prestada por um ou mais terceiros, já que, na interpretação jurídica, o singular não afasta o plural.

A grande novidade está na revogação dos inacreditáveis parágrafos do art. 634, que estabeleciam um complexo sistema de licitação para escolha do terceiro. Estes parágrafos eram ignorados pelos operadores do Direito. Agora, o artigo tem apenas um parágrafo, que reproduz parte do antigo parágrafo sétimo: “*O exequente adiantará as quantias previstas na proposta que, ouvidas as partes, o juiz houver aprovado*”. Assim, pela nova sistemática, qualquer um pode apresentar uma proposta para realização da obrigação por terceiro. Basta o juiz aprovar a proposta, depois de ouvidas as partes, que o terceiro estará contratado. O problema que continua a existir é que o exequente permanece com o encargo de adiantar os valores para que o terceiro realize a obrigação. Com isso, o exequente é penalizado pela segunda vez, eis que já pagou ao executado inadimplente por aquele mesmo serviço. O ideal seria como ocorre nos Juizados Especiais, onde o executado é o responsável por pagar ao terceiro, sob pena de multa (art. 52, VI, da Lei n.º 9.099/95).

ART. 637, PARÁGRAFO ÚNICO

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
<p>Art. 637. Se o credor quiser executar, ou mandar executar, sob sua direção e vigilância, as obras e trabalhos necessários à prestação do fato, terá preferência, em igualdade de condições de oferta, ao terceiro.</p> <p>Parágrafo único. O direito de preferência será exercido no prazo de 5 (cinco) dias, contados da escolha da proposta, a que alude o art. 634, § 3º</p>	<p>Art. 637. Se o credor quiser executar, ou mandar executar, sob sua direção e vigilância, as obras e trabalhos necessários à prestação do fato, terá preferência, em igualdade de condições de oferta, ao terceiro.</p> <p>Parágrafo único. O direito de preferência será exercido no prazo de 5 (cinco) dias, contados da apresentação da proposta pelo terceiro (art. 634, parágrafo único).</p>

A única alteração foi no parágrafo único do art. 637, de modo a adaptá-lo à nova sistemática do art. 634.

CAPÍTULO IV – SEÇÃO I

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
<p>CAPÍTULO IV DA EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE Seção I Da Penhora, da Avaliação e da Arrematação Subseção I Das Disposições Gerais</p>	<p>CAPÍTULO IV DA EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE Seção I Da Penhora, da Avaliação e da Expropriação de Bens Subseção I Das Disposições Gerais</p>

A alteração feita na denominação da seção I, do capítulo IV, foi para corrigir um erro terminológico que acompanhava o Código desde sua entrada em vigor. Naquela seção o objetivo não era regular a arrematação, mas a expropriação dos bens. Tanto é verdade, que o segundo artigo daquela seção trazia, como ainda traz, as formas como a expropriação se realiza.

ART. 647

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
Art. 647. A expropriação consiste: I – na alienação de bens do devedor; II – na adjudicação em favor do credor ; III – no usufruto de imóvel ou de empresa .	Art. 647. A expropriação consiste: I – na adjudicação em favor do exequente ou das pessoas indicadas no § 2.º do art. 685-A desta Lei ; II – na alienação por iniciativa particular ; III – na alienação por hasta pública; IV – no usufruto de bem móvel ou imóvel.

As alterações no art. 647 podem ser divididas em três grupos. Em primeiro lugar, a adjudicação passou a ser a forma preferencial de expropriação dos bens penhorados. Assim, penhorados os bens e não havendo interposição de embargos do executado, ou tendo sido eles julgados, deve o juiz indagar se o exequente deseja adjudicá-los. Somente em caso negativo é que o juiz poderá, validamente, lançar mão das demais formas expropriatórias. Além disso, a adjudicação agora pode ser feita pelo cônjuge, descendentes e ascendentes do executado e pelo credor com garantia real (art. 685-A, § 2.º). Antes, só o poderia pelo exequente ou pelo credor hipotecário (art. 714, § 1.º).

Em segundo lugar, o CPC agora permite que a alienação do bem penhorado seja feita por iniciativa privada. Esta modalidade coloca-se, ainda, acima da hasta pública, que só será realizada se aquela não for possível (art. 686). Foi criada uma nova subseção (Subseção VI-B), só para tratar da alienação por iniciativa particular (art. 685-C).

Em terceiro lugar, foi excluído o usufruto de empresa e incluído o usufruto de bem móvel. Como é sabido, o usufruto retrata o instituto que no Direito Civil é chamado de anticrese (direito real de garantia). Este instituto, nas pouquíssimas vezes em que era utilizado em sede de execução, apresentava uma série de complicações quando incidente em empresas. As empresas de nosso País têm problemas crônicos de registro e contabilidade, o que dificultava o controle dos ganhos sobre os quais o usufruto deveria incidir. Por isso, andou muito bem o legislador ao excluí-lo do texto legal, incluindo o usufruto de bem móvel.

ART. 649

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
Art. 649. São absolutamente impenhoráveis: (...) II – as provisões de alimentos e combustível, necessárias à manutenção do devedor e de sua família, durante 1 (um) mês; III – o anel nupcial e os retratos de família; IV – os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos , o soldo e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia; V – os equipamentos dos militares;	Art. 649. São absolutamente impenhoráveis: (...) II – os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarneçam a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; III – os vestuários, bem com os pertences de uso pessoal do executado, salvo de elevado valor; IV – os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria,

<p>VI – os livros, as máquinas, os utensílios e os instrumentos necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão;</p> <p>VII – as pensões, as tenças ou os montepios, percebidos dos cofres públicos, ou de institutos de previdência, bem como os provenientes de liberalidade de terceiro, quando destinado ao sustento do devedor ou da sua família;</p> <p>VIII – os materiais necessários para obras em andamento, salvo se estas forem penhoradas;</p> <p>IX – o seguro de vida;</p> <p>X – o imóvel rural, até um módulo, desde que este seja o único que disponha o devedor, ressalvada a hipoteca para fins de financiamento agropecuário.</p>	<p>pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos do trabalhador autônomo e os honorários e profissional liberal, observado o disposto no § 3.º deste artigo;</p> <p>V – os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão.</p> <p>IV – os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos do trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3.º deste artigo;</p> <p>VI – o seguro de vida;</p> <p>VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se estas forem penhoradas;</p> <p>VIII – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;</p> <p>IX – os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;</p> <p>X – até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança.</p> <p>§ 1º. A impenhorabilidade não é oponível à cobrança do crédito concedido para a aquisição do próprio bem.</p> <p>§ 2º. O disposto no inciso IV do caput deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia;</p> <p>§ 3.º (Vetado)</p>
---	---

O art. 649, que trata da impenhorabilidade absoluta, foi bastante alterado pela Lei n.º 11.382/06. Estas modificações, entretanto, não são capazes de perturbar o atual entendimento fluente sobre a matéria, uma vez que elas adotam, na sua maioria, entendimentos que já eram sufragados pela jurisprudência e pela legislação especial, notadamente pela Lei n.º 8.009/90. Ainda assim, o dispositivo trouxe algumas novidades. Tornaram-se impenhoráveis os bens que guarnecem a casa, os vestuários e os pertences de uso pessoal do executado, salvo os de elevado valor. Da mesma forma, a impenhorabilidade agora incide sobre “*os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social*” e a caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos. Estas duas inclusões foram, a nosso ver, equivocadas. Afastar a penhora sobre

recursos públicos recebidos por entidades privadas significa, na prática, proteger o dinheiro para que o Estado possa vir a recuperá-lo, caso entenda que estão sendo malversados. Isso fragiliza ainda mais o direito de crédito, em nome de um eventual interesse público. Uma vez repassado o recurso público, ele pode se pulverizar pelo patrimônio da instituição privada, tornando muito difícil separar o que é daquilo que não é penhorável. Ademais, como proceder se a entidade, por exemplo, dá o recurso público como garantia de uma obrigação e não a cumpre?

Por outro lado, é inteiramente irrazoável permitir que o executado tenha uma poupança, de até 40 salários mínimos (atualmente 14 mil reais), impenhorável, enquanto o exequente fica com seu direito de crédito lesionado. Diante da regra, basta ao executado que mantenha o dinheiro depositado até que a dívida prescreva, para então poder retirá-lo e gastá-lo. Imagine-se a repercussão social que isso trará. Como explicar essa regra ao cidadão honesto e cumpridor dos seus deveres?

É óbvio que, apesar da omissão legal, somente uma caderneta de poupança com até 40 salários mínimos é impenhorável. Se o executado tiver duas cadernetas de poupança, cada uma com 50 salários mínimos, somente 40 salários mínimos de uma delas será impenhorável. No entanto, se houver duas cadernetas com 20 salários mínimos cada, o mais coerente é que ambas sejam impenhoráveis.

O anel nupcial, os retratos de família e os equipamentos dos militares, por seu turno, foram corretamente excluídos do rol de bens impenhoráveis. Os equipamentos dos militares são, em regra, bens públicos e, por isso, impenhoráveis. O anel nupcial pode ter tanto valor afetivo quanto qualquer outra jóia e por isso não havia sentido em manter a proteção legal. O mesmo se diga em relação aos retratos de família.

Nos demais dispositivos, houve apenas uma reorganização dos itens, com redação aprimorada. Agora o CPC diz que é impenhorável a contraprestação em dinheiro pelo trabalho desenvolvido de qualquer natureza; existe uma melhor especificação de quais sejam os utensílios necessários ao exercício da profissão; tornou-se expresso que a propriedade rural só é protegida se for trabalhada pela família, em simetria com as normas constitucionais (art. 5.º, XXVI, 153, § 4.º, II, 185, II, 186 etc. da CF).

Os parágrafos primeiro e segundo do novo art. 649 trazem hipóteses onde a impenhorabilidade é afastada. Isso ocorre quando a execução se funda em crédito obtido pelo executado para a aquisição do próprio bem penhorado e, em relação à remuneração do executado, quando o crédito exequendo tiver natureza alimentícia.

O parágrafo terceiro, que permitia a penhora proventos, em até 40% daquilo que ultrapassasse 20 salários mínimos, foi vetado. Dizia o dispositivo: “§ 3º. Na hipótese do inciso IV, será considerado penhorável até 40% do total recebido mensalmente, acima de vinte salários mínimos, calculados após efetuados os descontos de imposto de renda retido na fonte, contribuição previdenciária oficial e outros descontos compulsórios.”. Sobre este veto, veja-se a introdução deste texto.

ART. 650

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
650. Podem ser penhorados, à falta de outros bens: I – os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, salvo se destinados a alimentos de incapazes, bem	Art. 650. Podem ser penhorados, à falta de outros bens, os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, salvo se destinados à satisfação de

como de mulher viúva, solteira, desquitada, ou de pessoas idosas; II – as imagens e os objetos de culto religioso, sendo de grande valor.	prestação alimentícia. Parágrafo único. (Vetado)
--	---

O art. 650 trata da chamada impenhorabilidade relativa. Na verdade, cuida-se de uma norma de preferência, não de impenhorabilidade, pois ela diz os casos onde a penhora só pode ser realizada se não houver outros bens penhoráveis. O *caput* do texto atual incorpora o que estava no *caput* e inciso primeiro do artigo primitivo, melhorando e atualizando sua redação. Antes, falava-se em incapazes, mulher viúva, solteira, desquitada e pessoas idosas. Agora, menciona-se apenas a natureza alimentícia da obrigação.

Outro avanço da Lei foi permitir a penhora direta (sem preferência) das imagens e os objetos de culto religioso de grande valor. Embora possa parecer desrespeitoso em relação à religião do executado, o fato é que as imagens religiosas de grande valor, na maioria das vezes, são mais importantes pelo seu aspecto comercial do que espiritual. Um cristão pode ter a mesma espiritualidade em face de uma cruz de madeira ou de ouro.

O parágrafo único do art. 650, que permitia a penhora impenhorabilidade do bem de família quando avaliado em valor superior a mil salários mínimos, em até 40% daquilo que ultrapassasse 20 salários mínimos, foi vetado. Dizia o dispositivo: “*Parágrafo único. Também poderá ser penhorado o imóvel considerado bem de família, se de valor superior a mil salários mínimos, caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao devedor, sob cláusula de impenhorabilidade.*”. Sobre este veto, veja-se, mais uma vez, a introdução deste texto.

ART. 651.

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
Art. 651. Antes de arrematados ou adjudicados os bens, pode o devedor, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios.	Art. 651. Antes de adjudicados ou alienados os bens, pode o executado, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância atualizada da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios.

O art. 651 foi modificado para se adequar à nova realidade do sistema executivo, onde as formas preferenciais de expropriação são a adjudicação e a alienação privada. Assim, foi suprimida a menção à arrematação, característica do sistema de expropriação pela hasta pública. Por outro lado, foi prevista expressamente a necessidade de atualização da dívida, como fator de cálculo para a remição.

ART. 652

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
Art. 652. O devedor será citado para, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, pagar ou nomear bens à penhora. § 1.º O oficial de justiça certificará, no mandado, a	Art. 652. O executado será citado para, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento da dívida. § 1.º Não efetuado o pagamento, munido da segunda via do mandado, o oficial de justiça

<p>hora da citação. § 2.º Se não localizar o devedor, o oficial certificará cumpridamente as diligências realizadas para encontrá-lo.</p>	<p>procederá de imediato à penhora de bens e a sua avaliação, lavrando-se o respectivo auto e de tais atos intimando, na mesma oportunidade, o executado. § 2.º O credor poderá, na inicial da execução, indicar os bens a serem penhorados (art. 655). § 3.º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento do exequente, determinar a qualquer tempo, a intimação do executado para indicar bens passíveis de penhora. § 4.º A intimação do executado far-se-á na pessoa de seu advogado; não o tendo, será intimado pessoalmente. § 5.º Se não localizar o executado para intimá-lo da penhora, o oficial certificará detalhadamente as diligências realizadas, caso em que o juiz poderá dispensar a intimação ou determinará novas diligências.</p>
--	--

No *caput* do art. 652 foram realizadas importantes modificações. Primeiro, trocou-se a palavra “*devedor*” por “*executado*”. Segundo, ampliou-se o prazo para o executado pagar, de 24 horas para 3 dias. De fato, o prazo anterior era excessivamente curto e acabava por inviabilizar o pagamento. Imagine-se, por exemplo, procurar um advogado, sacar o dinheiro e proceder o depósito em tão exíguo espaço de tempo. Por certo, sendo contado da juntada do mandado cumprido aos autos, na prática, o prazo acabava por ficar mais extenso, ainda assim, entendemos que o prazo de 3 dias é bastante razoável.

Terceiro, o executado não é mais citado para pagar ou nomear bens à penhora. Agora, ele é citado para pagar. Caso não o faça, o oficial de justiça poderá penhorar os bens indicados pelo exequente ou, na sua falta, aqueles que localizar. Na nova sistemática executiva, não cabe mais ao executado indicar os bens que quer ver penhorados (§ 2.º). Isso pode parecer excessivamente oneroso, mas é absolutamente razoável e lógico, além de assegurar maior efetividade e celeridade ao procedimento. Se o executado está inadimplente é o seu patrimônio que deve garantir a dívida, independentemente da sua preferência, respeitadas as reservas legais. Além disso, perdia-se um precioso tempo permitindo ao executado exercer seu direito de escolha. Esta norma vem de encontro ao que dispõe o novo parágrafo terceiro do mesmo artigo: que o juiz pode, de ofício ou a requerimento do exequente determinar que o executado indique seus bens penhorados. Importante lembrar que se o executado descumprir dolosamente a determinação judicial estará praticando ato atentatório à dignidade da justiça (art. 600, VI).

Importante sublinhar que os embargos do executado foram desatrelados da penhora (art. 736) e agora devem ser interpostos em 15 dias, contados da citação (art. 738). Portanto, o oficial de justiça antes de proceder à penhora deverá certificar se houve pagamento no prazo legal. Em caso negativo, deverá realizar imediatamente a penhora e a avaliação, que não ficam obstadas nem mesmo com o oferecimento de embargos com pedido de efeito suspensivo (art. 739-A, § 6.º).

Os parágrafos do antigo art. 652 foram muito bem revogados, já que eram redundantes em face da regra geral contida no art. 143, I, do CPC, que diz que incumbe ao oficial de justiça fazer

“pessoalmente as citações, prisões, penhoras, arrestos e mais diligências próprias do seu ofício, certificando no mandado o ocorrido, com menção de lugar, dia e hora”.

A citação do executado permanece sendo pessoal, mas a intimação dos demais atos da execução poderá ser feita na pessoa do advogado, salvo se não o tiver, ou até dispensada pelo juiz. Deve-se ter muito cuidado na hipótese do executado estar sendo assistido pela Defensoria Pública ou por advogado dativo. Nestes casos, é importante diferenciar os atos de índole processual, onde a intimação pode ser feita através deles, dos atos de natureza pessoal, como, por exemplo, a indicação dos bens penhoráveis. Nestes, a intimação deverá ser pessoal. Com relação à dispensa da intimação, trata-se de mais uma modalidade de comunicação ficta que a Lei introduziu no CPC. Se o executado não for localizado pelo oficial de justiça, deve-se fazer uma distinção: se ele não reside mais no local, sem ter comunicado a mudança ao juízo, a intimação feita é válida (novo parágrafo único do art. 238); se ele permanece residindo no local, mas nunca é encontrado, apesar de insistentemente procurado, a intimação pode ser dispensada. É, sem dúvida, uma forma de sancionar o executado, que só deve ser adotada se o juiz percebe dolo na sua conduta. Essa mesma sistemática já vem sendo adotada nos Juizados Especiais como alternativa simplificada à comunicação por hora certa, como se pode vislumbrar através do Enunciado n.º 1 do 2.º Encontro de Juizes de Juizados Especiais do Rio de Janeiro: *“O Juiz poderá considerar o réu regularmente citado, se verificar, ante minuciosa certidão negativa do Oficial de Justiça, que o mesmo ocultou-se para evitar o recebimento da citação”.*

Outra inovação da Lei é acabar com a necessidade do exequente de, diante da inércia do executado, postular pela penhora de seus bens. Isso era uma formalidade absolutamente descipienda e que só servia para atrasar a execução. Agora, a penhora e a avaliação são feitas automaticamente, com a segunda via do mandado, uma vez certificado que o executado não pagou.

ART. 652-A

NORMA ATUAL
Art. 652-A. Ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários de advogado a serem pagos pelo executado (art. 20, § 4.º). Parágrafo único. No caso de integral pagamento no prazo de 3 (três) dias, a verba honorária será reduzida pela metade.

O art. 652-A promoveu uma importante alteração. Antes, os honorários advocatícios eram fixados ao final do processo de execução, obrigando o advogado, caso não houvesse o pagamento dessa quantia, a mover nova execução, em face do mesmo executado, nos mesmos autos. Agora, os honorários são fixados *“de plano”*, ou seja, ao despachar a petição inicial. Os advogados devem ficar atentos a essa mudança, exigindo a fixação no despacho, para que o valor seja incluído no mandado. Outro aspecto importante, é que os honorários, via de regra, são fixados ao final do processo, à luz do grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (art. 20, § 3.º do CPC). Na nova sistemática executiva, como a fixação dos honorários é feita no início do processo, sem que se tenha condições de avaliar a maioria dos requisitos citados, o ideal é que se faça uma adaptação das regras existentes, mediante um juízo de probabilidade e razoabilidade. Os advogados deverão formular um texto, na própria petição inicial, justificando, caso assim entendam, porque devem receber acima do patamar mínimo de 10% do valor da causa.

Outra novidade foi estabelecer que se houver pagamento integral nos 3 dias previstos no *caput* do art. 652, os honorários advocatícios são reduzidos pela metade. Assim, se o valor principal é dez mil reais e o juiz fixou os honorários em 10%, o executado tem 3 dias para retirar a guia no valor de dez mil e quinhentos reais (principal mais 5% de honorários), acrescido das custas e taxas. Se o executado, no entanto, preencher os requisitos legais, poderá pleitear a gratuidade de justiça no mesmo ato em que junta a guia, pagando apenas o valor principal. Trata-se de uma postula positiva, que visa estimular a submissão da parte à determinação judicial, com já existe, por exemplo, no procedimento monitório (art. 1.102-C, § 1.º).

ART. 655

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
<p>Art. 655. Incumbe ao devedor, ao fazer a nomeação de bens, observar a seguinte ordem:</p> <p>I – dinheiro;</p> <p>II – pedras e metais preciosos;</p> <p>III – títulos da dívida pública da União ou dos Estados;</p> <p>IV – títulos de crédito, que tenham cotação em bolsa;</p> <p>V – móveis;</p> <p>VI – veículos;</p> <p>VII – semoventes;</p> <p>VIII – imóveis;</p> <p>IX – navios e aeronaves;</p> <p>X – direitos e ações.</p> <p>§ 1.º Incumbe também ao devedor:</p> <p>I – quanto aos bens imóveis, indicar-lhes as transcrições aquisitivas, situá-los e mencionar as divisas e confrontações;</p> <p>II – quanto aos móveis, particularizar-lhes o estado e o lugar em que se encontram;</p> <p>III – quanto aos semoventes, especificá-los, indicando o número de cabeças e o imóvel onde se acham;</p> <p>IV – quanto aos créditos, identificar o devedor e qualificá-lo, descrevendo a origem da dívida, o título que a representa e a data do vencimento;</p> <p>V – atribuir valor aos bens nomeados à penhora.</p> <p>§ 2.º Na execução de crédito pignoratício, anticrético ou hipotecário, a penhora, independentemente de nomeação, recairá sobre a coisa dada em garantia.</p>	<p>Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:</p> <p>I – dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;</p> <p>II – veículos de via terrestre;</p> <p>III – bens móveis em geral;</p> <p>IV – bens imóveis;</p> <p>V – navios e aeronaves;</p> <p>VI – ações e quotas de sociedades empresárias;</p> <p>VII - percentual do faturamento da empresa devedora;</p> <p>VIII – pedras e metais preciosos;</p> <p>IX – títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado;</p> <p>X – títulos e outros valores mobiliários com cotação em mercado;</p> <p>XI – outros direitos.</p> <p>§ 1.º Na execução de crédito com garantia hipotecária, pignoratícia ou anticrética, a penhora recairá, preferencialmente, sobre a coisa dada em garantia; se a coisa pertencer a terceiro garantidor, será também esse intimado da penhora;</p> <p>§ 2.º Recaindo a penhora em bens imóveis, será intimado também o cônjuge do executado.</p>

Outra mudança feita pela Lei n.º 11.382/06 foi no art. 655, que cuida da ordem da penhora. Antes o dispositivo era direcionado ao executado, que tinha a preferência para indicar os bens à penhora. Atualmente, essa prerrogativa foi transferida para o exequente, mas continua a vincular o executado.

Por isso, o *caput* do art. 655 diz apenas que aquela ordem é da penhora, não mais mencionado quem deverá utilizá-la. Outra observação importante é que a ordem agora é meramente preferencial. Por certo, a preferencialidade é do exequente e não do executado. Isso significa dizer, por exemplo, que o exequente, ao indicar os bens a serem penhorados pode desconsiderar a ordem, mas o executado só pode pleitear a substituição de um bem penhorado por outro de melhor colocação (art. 656, I, do CPC).

O dinheiro permanece em primeiro lugar, mas agora consta com um adendo para remeter à penhora on line (art. 655-A). Os veículos de via terrestre, um dos bens mais penhorados na prática, deixou o longínquo inciso VI para ocupar agora o segundo lugar na ordem legal. Os bens móveis agora contam com o qualificativo “*em geral*” e aparecem em terceiro lugar, quando antes estavam no inciso V. Logo em seguida surgem os bens imóveis, que antes estavam, inacreditavelmente, no inciso VIII. Os navios e aeronaves também foram “promovidos”, passando do inciso IX para o inciso V. Essas reorganizações foram, certamente, frutos da observação de quem conhece o dia-a-dia forense.

Os bens “rebaixados”, com inteiro acerto, foram as pedras e metais preciosos (do inciso II para o inciso VIII), os títulos da dívida pública da União ou dos Estados, que agora conta com a menção ao Distrito Federal (do inciso III para o inciso IX) e os títulos e outros valores mobiliários com cotação em mercado (do inciso IV para o inciso X). Com efeito, era muito raro ver a penhora de pedras e metais preciosos. Os títulos da dívida pública já causaram enorme confusão nos tribunais, principalmente aqueles títulos mais antigo, com procedência duvidosa e de complicados cálculos de atualização. Agora, em relação a eles pelo menos se exige a cotação em mercado. Os títulos e outros valores mobiliários foram bem rebaixados em razão da sua volatilidade. Bastava uma crise no mercado para que a penhora se tornasse do dia para noite excessiva ou insuficiente.

As únicas novidades no rol foram a exclusão dos semoventes (antigo inciso VII) e a inclusão, no inciso VII, do percentual do faturamento da empresa “*devedora*” (*rectus*, executada). No que tange à inclusão, na prática, os tribunais já permitiam a penhora da renda das empresas executadas, limitada a um patamar dificilmente superior a 20%. A Lei poderia ter aproveitado essa experiência para fixar um limite, de modo a afastar eventuais excessos, mas, de qualquer forma, ao usar a expressão “*percentual*”, ela vetou a possibilidade de penhora do total do faturamento. A penhora do faturamento da empresa está regulada no parágrafo terceiro do art. 655-A. Em nosso sentir, o faturamento da empresa, por representar dinheiro, deveria estar melhor colocado no rol, talvez no inciso II ou III. Com relação aos semoventes, a sua exclusão deve ser comemorada em parte. Só quem já precisou “depositar” um semovente sabe como isso é complicado e custoso, abrangendo questões relativas à alimentação, saúde, longevidade etc. A Lei, no entanto, deveria ter feito ressalva em face dos semoventes de grande valor. Existem hoje no Brasil cavalos que valem mais de um milhão de reais. Se o exequente for um criador e tiver condições de arcar a manutenção do animal, poderia pleitear a sua penhora, ressarcindo-se, inclusive, com seus frutos (o cruzamento do cavalo, por exemplo). Atualmente estes e outros bens não contemplados expressamente ficaram relegados ao final da fila, no novo inciso XI, que diz “*outros direitos*”.

O conteúdo do antigo parágrafo primeiro do art. 655, que previa as obrigações acessórias que tinha o executado ao indicar seus bens à penhora foi transportado para o texto do novo parágrafo único do art. 668. O texto do antigo parágrafo segundo foi transportado, com a ressalva “*preferencialmente*”, para o novo parágrafo primeiro. Neste mesmo parágrafo, foi incluída a necessidade de intimação do garantidor se a coisa penhorada pertencer a terceiro.

Por fim, a Lei tornou expressa, no novo parágrafo segundo, a necessidade de intimação do cônjuge na penhora de bens imóveis.

ART. 655-A

NORMA ATUAL

Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.

§ 1º. As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução.

§ 2º. Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do caput do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade.

§ 3º. Na penhora de percentual do faturamento da empresa executada, será nomeado depositário, com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exequente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.

O art. 655-A trata, no *caput* e parágrafos primeiro e segundo, da chamada penhora *on line*. Estes dispositivos devem ser interpretados em conjunto com o novo parágrafo sexto do art. 659, que trata da penhora de numerário por meio eletrônico. A maioria dos dispositivos reproduz aquilo que o convênio firmado entre o Banco Central e os tribunais já estabelecia para a realização de tais atos. Uma regra importante, entretanto, foi introduzida: a vedação à penhora *on line* de ofício. Com efeito, já surgia na jurisprudência acirrada discussão sobre a possibilidade ou não do juiz determinar de ofício a realização da penhora *on line*. Parece-nos que o legislador agiu bem em proibi-la. Como dito, a prerrogativa de indicar os bens a serem penhorados agora é do exequente, que pode ainda adjudica-los. Portanto, permitir a penhora *on line* de ofício seria, em certa medida, afastar a possibilidade legal mencionada.

A nova regra permite que o juiz apenas obtenha informações sobre os valores depositados pelo executado ou, no mesmo ato, também os torne indisponíveis. A Lei não disse, mas no convênio mencionado, o magistrado além de obter as informações e bloquear o valor pode também determinar a sua transferência para uma conta judicial, para permanecer em depósito. Por certo, a omissão não significa que a transferência está proibida. Esta, apenas, continua regrada pelo convênio.

A Lei também estabeleceu que as informações obtidas devam ficar limitadas ao valor da execução. Trata-se de restrição voltada a preservar, em parte, o sigilo bancário do executado. Normalmente, essas informações são objeto de certificação, que é introduzida nos autos. Assim, se as informações fossem ilimitadas e ficassem à disposição de qualquer um nos autos, na prática o sigilo bancário da pessoal ficaria absolutamente exposto.

O novo parágrafo segundo do art. 655-A adota uma orientação que já vinha se impondo na jurisprudência. De acordo com esse dispositivo, cumpre ao executado comprovar que os valores bloqueados não poderiam ter sido objeto de penhora. Por isso, efetuada a penhora, deverá o magistrado, antes de determinar a transferência dos valores (para evitar a incidência de impostos), deverá intimar o executado para que se manifeste sobre o ato de constrição praticado. Se ele calar ou não comprovar a impenhorabilidade deles, a questão estará preclusa e a penhora efetivada. A Lei não foi muito clara mas nos parece que essa discussão não precisa de veiculação por meios de embargos do executado, podendo

ser feita por simples petição e decida de plano, como já ocorre em relação a outras situações (por exemplo, o parágrafo único do art. 657).

No parágrafo terceiro, estranhamente, o art. 655-A trata da penhora do faturamento da empresa. Este dispositivo, que não tem relação direta com a penhora *on line*, ficaria melhor situado no corpo do art. 655. A regra estabelece que nesta modalidade de penhora deva ser nomeado um depositário. Este, caso não cumpra com seus deveres, certamente poderá ser preso, nos mesmos autos (art. 666. § 3.º). A Lei foi atécnica ao mencionar que as quantias seriam repassadas ao exequente para “*serem imputadas no pagamento da dívida*”. Na verdade, o que se tem aqui é a penhora e não o pagamento. A empresa-executada pode, perfeitamente, sair vencedora nos embargos do executado. O que a Lei poderia ter feito é estabelecer critérios para o exequente obter a liberação provisória, parcial ou total, dos valores penhorados, numa modalidade especial de tutela antecipada.

ART. 655-B

NORMA ATUAL
Art. 655-B. Tratando-se de penhora em bem indivisível, a meação do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem.

O novo art. 655-B encampou, *in totum*, o entendimento pacificado no STJ segundo o qual é possível a penhora de bem indivisível pertencente ao casal, ainda que a dívida seja somente de um dos cônjuges. Neste caso, o bem será expropriado na sua integralidade e, do produto da alienação, será restituído ao cônjuge que não participou da dívida o valor correspondente à sua meação. A norma visa evitar que o bem seja expropriado em fração ideal, gerado um desconfortável condomínio entre o comprador e o cônjuge do executado. Essa situação, na prática, inviabilizava a expropriação do bem, por isso o dispositivo merece aplausos.

ART. 656

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
Art. 656. Ter-se-á por ineficaz a nomeação, salvo convindo ao credor: I – se não obedecer à ordem legal; II – se não versar sobre os bens designados em lei, contrato ou ato judicial para o pagamento; III – se, havendo bens no foro da execução, outros haja sido nomeados; IV – se o devedor , tendo bens livres e desembargados, nomear outros que o não sejam; V – se os bens nomeados forem insuficientes para garantir a execução ; VI – se o devedor não indicar o valor dos bens ou omitir qualquer das indicações a que se referem os ns. I a IV do § 1º do artigo anterior . Parágrafo único. Aceita a nomeação, cumpre ao devedor, dentro de prazo razoável assinado pelo	Art. 656. A parte poderá requerer a substituição da penhora: I – se não obedecer à ordem legal; II – se não incidir sobre os bens designados em lei, contrato ou ato judicial para o pagamento. III – se, havendo bens no foro da execução, outros houver sido penhorados; IV – se, havendo bens livres, a penhora houver recaído sobre bens já penhorados ou objeto de gravame; V – se incidir sobre bens de baixa liquidez ; VI – se fracassar a tentativa de alienação judicial do bem ; ou VII – se o devedor não indicar o valor dos bens ou omitir qualquer das indicações a que se referem os incisos I a IV do parágrafo único do art. 668

<p>juiz, exibir a prova de propriedade dos bens e, quando for o caso, a certidão negativa de ônus.</p>	<p>desta Lei.</p> <p>§ 1.º É dever do executado (art. 600), no prazo fixado pelo juiz, indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução, exibir a prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus, bem como abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora (art. 14, parágrafo único).</p> <p>§ 2.º A penhora pode ser substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante na inicial, mais 30% (trinta por cento).</p> <p>§ 3.º O executado somente poderá oferecer bem imóvel em substituição caso o requeira com a expressa anuência do cônjuge.</p>
--	--

A redação anterior do *caput* do art. 657 indicava que aquele dispositivo tratava dos casos de ineficácia da nomeação à penhora feita pelo executado. Agora, este mesmo dispositivo cuida dos casos em que a penhora pode ser substituída, mediante requerimentos das partes. Isso significa que não se deve mais falar em ineficácia da penhora, quando a hipótese estiver descrita no art. 657, porque ou ela é eficaz é substituível. O artigo prevê uma ordem de preferência para a penhora dos bens do executado, da mesma forma que o art. 650. Por certo, continuam a existir casos onde a penhora pode ser declarada ineficaz, como ocorrer quando ela incidente sobre bem impenhorável (art. 649). Nos casos previstos no art. 657, no entanto, tal qualificativo não se enquadra mais. O procedimento de substituição da penhora está regulado no art. 657. A regra é que a substituição deve ser requerida pelo exequente, salvo nas hipóteses previstas pelo art. 668.

Duas novidades foram inseridas nos incisos do art. 657. A primeira, é a possibilidade de se substituir bens penhorados caso eles tenham baixa liquidez (novo inciso V). A substituição, neste caso, não precisa observar a ordem legal do art. 655. Imagine-se a seguinte situação. O exequente penhora um imóvel do executado que é um verdadeiro “elefante branco”. Posteriormente, o exequente descobre que o executado tem um barco de grande liquidez. Neste caso, provando que o imóvel penhorado tem baixa liquidez pode o exequente postular a sua substituição, mesmo estando aquele acima deste na ordem legal (respectivamente, incisos IV e V do art. 655). A segunda, traz a previsão da substituição no caso da alienação judicial não ser bem-sucedida (novo inciso VI). Essa prática já era comum no dia-a-dia forense, embora não houvesse regra a contemplando. As alterações feitas nos demais incisos foram apenas para melhorar suas redações: trocou-se “*versar*” por “*incidir*” (II) e “*nomeados*” por “*penhorados*” (III). No novo parágrafo primeiro a alteração também foi somente para aprimorar a redação, substituindo a palavra “*devedor*” por “*executado*”.

A grande novidade do artigo, no entanto, está no seu parágrafo segundo. Agora, a penhora pode ser substituída por fiança bancária, no valor do débito, acrescido de 30%. Isso é um avanço significativo que já vinha sendo reclamado há algum tempo. A fiança bancária, em tese, garante a solvência do crédito exequendo e, ao mesmo tempo, desonera o patrimônio do executado. Pense-se na hipótese do executado que, para participar de uma licitação, precise dos seus bens livres e desimpedidos. Nesta situação a fiança bancária é vantajosa para ambas as partes.

Por fim, agora o CPC dispõe expressamente que o cônjuge tem que consentir quando a substituição da penhora for por imóvel. Isso certamente evitará a ocorrência de embargos do terceiro por parte do cônjuge não vinculado à obrigação exequenda e está em sintonia com outros dispositivos introduzidos, tais como o art. 655, § 2.º.

ART. 657.

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
<p>Art. 657. Cumprida a exigência do artigo antecedente, a nomeação será reduzida a termo, havendo-se por penhorados os bens; em caso contrário, devolver-se-á ao credor o direito à nomeação.</p> <p>Parágrafo único. O juiz decidirá de plano as dúvidas suscitadas pela nomeação.</p>	<p>Art. 657. Ouvida em 3 (três) dias a parte contrária, se os bens inicialmente penhorados (art. 652) forem substituídos por outros, lavrar-se-á o respectivo termo.</p> <p>Parágrafo único. O juiz decidirá de plano quaisquer questões suscitadas.</p>

Proposta a substituição da penhora (art. 656), diz o art. 657, a parte contrária tem 3 dias para se manifestar. Caso não se manifeste ou concorde, a nova penhora será lavrada. Na hipótese da parte contrária opor-se, o juiz decidirá, de plano a substituição ou qualquer outra questão relativa á penhora (10 dias – art. 189, II, do CPC). Ou seja, não haverá embargos do executado para discutir a penhora. Importante lembrar que o executado só pode pedir a substituição dos bens penhorados em até 10 dias da intimação da penhora (art. 668), o que interromperá o prazo para o eventual oferecimento de embargos. Já o exeqüente pode pedir a substituição a qualquer tempo.

ART. 659

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
<p>Art. 659. Se o devedor não pagar, nem fizer nomeação válida, o oficial de justiça penhorar-lhe-á tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios.</p> <p>§ 1.º Efetuar-se-á a penhora onde quer que se encontrem os bens, ainda que em repartição pública; caso em que precederá requisição do juiz ao respectivo chefe.</p> <p>(...)</p> <p>§ 4.º A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exeqüente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 669), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, o respectivo registro no ofício imobiliário, mediante apresentação de certidão de inteiro teor do ato e independentemente de mandado judicial.</p> <p>(...)</p>	<p>Art. 659. A penhora deverá incidir em tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, juros, custas e honorários advocatícios.</p> <p>§ 1.º Efetuar-se-á a penhora onde quer que se encontrem os bens, ainda que sob a posse, detenção ou guarda de terceiros.</p> <p>(...)</p> <p>§ 4.º A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exeqüente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 652, § 4º), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial.</p> <p>(...)</p> <p>§ 6.º Obedecidas as normas de segurança que forem instituídas, sob critérios uniformes, pelos</p>

	Tribunais, a penhora de numerário e as averbações de penhoras de bens imóveis e móveis podem ser realizadas por meios eletrônicos.
--	--

O antigo art. 659 tratava da penhora realizada pelo oficial de justiça quando o executado não pagava nem exercia seu direito de escolher os bens a serem penhorados. Como a prerrogativa de indicação dos bens à penhora é do exequente, o texto perdeu sua razão de ser. Assim, o dispositivo agora trata do valor que a penhora deve abranger: o principal atualizado, ou seja, com correção monetária, e com juros, custas e honorários advocatícios. O parágrafo primeiro, por sua vez, foi aprimorado e excluiu a necessidade de intimação do chefe da repartição pública para a realização da penhora de bens que lá se encontrem. No parágrafo quarto, trocou-se a expressão “registro”, tecnicamente errada, por “averbação”.

Por fim, o parágrafo sexto traz regras verdadeiramente inovadoras. O CPC agora permite que a penhora de numerário seja feita por meios eletrônicos, a chamada penhora *on line*. Esta regra estaria melhor localizada se fosse posta no art. 655-A, onde se encontram os demais dispositivos relativos ao tema. A segunda parte do texto, por sua vez, permite que a penhora de bens móveis e imóveis também possa ser feita por meios eletrônicos. Para tanto, os tribunais terão que firmar acordos e traçar diretrizes para viabilizar a intervenção judicial nos sistemas registrares informatizados.

ART. 666

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
<p>Art. 666. Se o credor não concordar em que fique como depositário o devedor, depositar-se-ão: (...) III – em mãos do depositário particular, os demais bens, na forma prescrita na Subseção V deste Capítulo.</p>	<p>Art. 666. Os bens penhorados serão preferencialmente depositados: (...) III – em mãos de depositário particular, os demais bens. § 1.º Com a expressa anuência do exequente ou nos casos de difícil remoção, os bens poderão ser depositados em poder do executado; § 2.º As jóias, pedras e objetos preciosos deverão ser depositados com registro do valor estimado de resgate; § 3.º A prisão do depositário judicial infiel será decretada no próprio processo, independentemente de ação de depósito.</p>

Na sistemática anterior, a regra era que os bens penhorados deveriam ficar com o próprio executado. Isso gerava para o executado uma situação confortável, uma vez que ele ficava usando o bem enquanto a execução não se encerrasse. O executado, assim, tinha todo interesse em prolongar indefinidamente a execução. No antigo art. 666 o CPC estavam previstas as situações onde o executado poderia opor-se a essa circunstância. Agora, o novo art. 666 prevê que os bens penhorados somente ficarão com o exequente, mediante expressa anuência do executado ou nos casos de difícil remoção (§ 1.º). Isso significa que os incisos do art. 666, que eram as exceções, agora são as regras. Trata-se de uma das melhores regras implementadas pela Lei n.º 11.382/06 e que certamente contribuirá para a maior efetividade do processo.

Houve a supressão no inciso III da referência feita à Subseção V do Capítulo IV. Neste inciso, o Código determinava que o depósito feito com particular deveria se submeter às regras pertinentes ao administrador de empresas penhoradas. Essas regras são excessivamente formais e inviabilizava a realização do depósito particular. Agora, os tribunais deverão firmar as regras que os depósitos particulares deverão adotar para poder receber os bens penhorados. Na regra vigente, o depósito de dinheiro deve ficar em instituição financeira, o depósito de bens móveis e imóveis urbanos deve ficar com depositário judicial e somente os outros bens podem ser levados ao depósito privado. Em nossa opinião, excluindo-se o depósito de dinheiro, que efetivamente deve ficar em instituição financeira, todos os outros bens deveriam poder ser depositados em mãos de particulares. É isso que ocorre na maioria dos países do mundo, onde o depósito público é a exceção.

No parágrafo segundo fica estabelecido que o depósito de jóias e objetos preciosos deve ser feito com o registro mediante o registro do valor estimado de resgate. No parágrafo terceiro, a Lei n.º 11.382/06 introduziu no CPC a jurisprudência já há muito dominante no Supremo Tribunal Federal. Diz a Súmula 619 do STF: “a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”.

ART. 668.

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
<p>Art. 668. O devedor, ou responsável, pode, a todo tempo, antes da arrematação ou da adjudicação, requerer a substituição do bem penhorado por dinheiro; caso em que a execução correrá sobre a quantia depositada.</p>	<p>Art. 668. O executado pode, no prazo de 10 (dez) dias após intimado da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove cabalmente que a substituição não trará prejuízo algum ao exequente e será menos onerosa para ele devedor (art. 17, incisos IV e VI e art. 620).</p> <p>Parágrafo único. Na hipótese prevista neste artigo, ao executado incumbe:</p> <p>I - quanto aos bens imóveis, indicar as respectivas matrículas e registros, situá-los e mencionar as divisas e confrontações;</p> <p>II - quanto aos móveis, particularizar o estado e o lugar em que se encontram;</p> <p>III - quanto aos semoventes, especificá-los, indicando o número de cabeças e o imóvel em que se encontram;</p> <p>IV - quanto aos créditos, identificar o devedor e qualificá-lo, descrevendo a origem da dívida, o título que a representa e a data do vencimento;</p> <p>V - atribuir valor aos bens indicados à penhora.</p>

O caput do art. 668 determina que o executado somente pode pedir a substituição da penhora (art. 656) no prazo de 10 dias após a sua efetivação, desde que comprove cabalmente que a substituição não trará prejuízo algum ao exequente e será menos onerosa para ele. Os incisos do parágrafo único, que reproduzem o teor do antigo parágrafo primeiro do art. 655, trazem os deveres do executado em identificar, particularizar, especificar e quantificar os bens penhorados.

ART. 669 (REVOGADO)

O revogado art. 669 dizia que “*feita a penhora, intimar-se-á o devedor para embargar a execução no prazo de 10 (dez) dias*”. Assim, a intimação consistia no termo inicial para contagem do prazo para oferecimento de embargos. No sistema atual, entretanto, o executado é citado para pagar em 3 dias (652-A) e pode embargar em 15 (art. 738), sem necessidade de garantia do juízo (art. 736). Se quiser que os embargos tenham efeito suspensivo, deverá garantir o juízo e provar a existência de *fumus boni iuris e periculum in mora* (739, § 1.º). Os embargos do executado, portanto, agora estão desvinculados da penhora (art. 736). Se a parte quiser impugnar a penhora feita, ou pede a sua substituição ou a sua invalidade, de forma incidental à execução (art. 668).

Com isso, além de acelerar o procedimento, o novo rito torna desnecessária a utilização da exceção de pré-executividade. Esta criação doutrinária tinha como vantagem em relação aos embargos o fato de não necessitar da garantia do juízo para ser apreciado. Agora, sem essa imposição, a medida tornou-se dispensável.

ART. 680

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
Art. 680. Prosseguindo na execução, e não configurada qualquer das hipóteses do art. 684 , o juiz nomeará perito para estimar os bens penhorados, se não houver, na comarca, avaliador oficial , ressalvada a existência de avaliação anterior (art. 655, § 1º, V).	Art. 680. A avaliação será feita pelo oficial de justiça (art. 652), ressalvada a aceitação do valor estimado pelo executado (art. 668, parágrafo único, inciso V); caso sejam necessários conhecimentos especializados, o juiz nomeará avaliador , fixando-lhe prazo não superior a 10 (dez) dias para entrega do laudo .

No sistema anterior, a regra era que a avaliação era feita por perito ou avaliador, no prazo de 10 dias, ressalvados os casos do art. 684 ou se já houvesse uma avaliação anterior. Atualmente, a regra é que a avaliação deve ser feita pelo oficial de justiça, salvo se o exequente aceitar a estimativa do executado ou se forem necessários conhecimentos específicos. Neste caso, é nomeado um avaliador que tem 10 dias para apresentar seu lado. Não se trata de um procedimento pericial como existente no procedimento ordinário (art. 420 e seg.). Não haverá quesitos ou assistentes técnicos. Se a parte não concordar com o laudo aceito pelo juiz deverá impugná-lo, por agravo sob a forma instrumental (art. 522, *caput*). É a mesma sistemática adotada pela execução da sentença (art. 475-J, § 2.º), só que existe uma diferença. No art. 680, o dispositivo diz que o avaliador tem 10 dias para apresentar o laudo e no art. 681, o texto diz, citando expressamente o art. 680, que o juiz fixará prazo para o perito entregar seu laudo. A solução mais lógica parece ser que, onde houver avaliador judicial com conhecimentos para avaliar o bem, o laudo será entregue em 10 dias. Onde não houver, sendo necessária a nomeação de um perito, o juiz fixará prazo para a conclusão de seus trabalhos. Com isso, tem-se que a avaliação será feita pelo oficial de justiça, imediatamente, pelo avaliador, em 10 dias, ou pelo perito, em prazo fixado pelo juiz, conforme o grau de conhecimento necessário. Essa regra é melhor do que a constante no art. 475-J, § 2.º e deverá a ela ser aplicada, por analogia.

ART. 681

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
<p>Art. 681. O laudo do avaliador, que será apresentado em 10 (dez) dias, conterà: (...) Parágrafo único. Quando o imóvel for suscetível de cômoda divisão, o perito, tendo em conta o crédito reclamado, o avaliará em suas partes, sugerindo os possíveis desmembramentos.</p>	<p>Art. 681. O laudo de avaliação integrará o auto de penhora ou, em caso de perícia (art. 680), será apresentado no prazo fixado pelo juiz, devendo conter: (...) Parágrafo único. Quando o imóvel for suscetível de cômoda divisão, o avaliador, tendo em conta o crédito reclamado, o avaliará em partes, sugerindo os possíveis desmembramentos.</p>

O caput do art. 681 tratava do prazo para entrega do laudo de avaliação (10 dias). Essa regra agora consta do art. 680 e o novo dispositivo determinou que o laudo de avaliação faça parte do auto de penhora. Além disso, previu que havendo necessidade de um perito para avaliar o bem, o juiz fixará o prazo para entrega do seu laudo. Apesar de não ficar claro no texto, nos parece que também o laudo pericial integrará o auto de penhora. Os incisos do art. 681 não foram alterados. No parágrafo único, foi substituída a palavra “*perito*” por “*avaliador*”.

ART. 683

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
<p>Art. 683. Não se repetirá a avaliação, salvo quando: I - se provar erro ou dolo do avaliador; II – se verificar, posteriormente à avaliação, que houve diminuição do valor dos bens; III – houver fundada dúvida sobre o valor atribuído ao bem (art. 655, § 1º, V).</p>	<p>Art. 683. É admitida nova avaliação quando: I - qualquer das partes argüir, fundamentadamente, a ocorrência de erro na avaliação ou dolo do avaliador; II - se verificar, posteriormente à avaliação, que houve majoração ou diminuição no valor do bem; ou, III - houver fundada dúvida sobre o valor atribuído ao bem (art. 668, parágrafo único, inciso V).</p>

As alterações feitas no art. 683 foram somente para aprimorar sua redação e adapta-lo às mudanças feitas. O *caput* diz a mesma coisa que sua versão anterior, mas com outras palavras, ou seja, que aquele artigo trata da realização de uma nova avaliação. O novo inciso I agora conta com um redundante pedido de fundamentação à argüição de erro na avaliação ou dolo do avaliador. Este dispositivo é, obviamente, extensivo ao laudo feito pelo oficial de justiça e pelo perito. Finalmente, o inciso III continua tratando da mesma hipótese, da dúvida sobre o valor do bem atribuído pelo executado. A diferença é que essa situação não é mais retratada pelo art. 655, § 1º, V, mas pelo inciso V do parágrafo único do art. 668.

ART. 684

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
<p>Art. 684. Não se procederá à avaliação se: I - o credor aceitar a estimativa feita na</p>	<p>Art. 684. Não se procederá à avaliação se: I - o exequente aceitar a estimativa feita pelo</p>

nomeação de bens; (...) III - os bens forem de pequeno valor.	executado (art. 668, parágrafo único, inciso V); (...) III – (Revogado).
--	---

O art. 684 trata da dispensa de avaliação. No inciso primeiro, trocou-se a palavra “credor” por “exequente” e acrescentou-se a referência ao artigo que atualmente trata do dever do executado em dar valor aos bens penhorados. A única novidade do artigo foi a revogação do equivocadamente inciso III. Este dispositivo permitia a dispensa da avaliação dos bens penhorados de pequeno valor. Este dispositivo nunca foi cumprido, por ser desprovido de qualquer lógica. Todo bem penhorado tem que ser avaliado, por menor que seja, sob pena de inviabilizar sua expropriação.

ART. 685, PARÁGRAFO ÚNICO

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
Art. 685. Após a avaliação, poderá mandar o juiz, a requerimento do interessado e ouvida a parte contrária: (...) Parágrafo único. Uma vez cumpridas essas providências, o juiz mandará publicar os editais de praça.	Art. 685. Após a avaliação, poderá mandar o juiz, a requerimento do interessado e ouvida a parte contrária: (...) Parágrafo único. Uma vez cumpridas essas providências, o juiz dará início aos atos de expropriação de bens.

A alteração feita no parágrafo único do art. 685 foi apenas para adequá-la à nova sistemática da expropriação. Como dito, agora as formas preferências de expropriação são a adjudicação e a venda por particular. Somente em não sendo possível qualquer destas, ou da constituição em usufruto, é que se iniciará a hasta pública. Portanto, atualmente, o mais correto de se dizer é que encerrada a fase de avaliação, inicia-se a fase de expropriação.

SUBSEÇÃO VI-A – DA ADJUDICAÇÃO

NORMA ATUAL
Subseção VI-A – Da Adjudicação

O art. 3.º da Lei n.º 11.382/06 criou uma nova Subseção VI-A tratando da adjudicação.

ART. 685-A

NORMA ATUAL
Art. 685–A. É lícito ao exequente, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, requerer lhe sejam adjudicados os bens penhorados. § 1º. Se o valor do crédito for inferior ao dos bens, o adjudicante depositará de imediato a diferença, ficando esta à disposição do executado; se superior, a execução prosseguirá pelo saldo remanescente. § 2º. Idêntico direito pode ser exercido pelo credor com garantia real, pelos credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem, pelo cônjuge, pelos descendentes ou ascendentes do executado. § 3º. Havendo mais de um pretendente, proceder-se-á entre eles à licitação; em igualdade de oferta, terá

preferência o cônjuge, descendente ou ascendente, nessa ordem.

§ 4º. No caso de penhora de quota, procedida por exequente alheio à sociedade, esta será intimada, assegurando preferência aos sócios.

§ 5º. Decididas eventuais questões, o juiz mandará lavrar o auto de adjudicação.

A adjudicação, como dito, passou a ser a forma preferencial de satisfação do débito exequendo. Assim, o instituto demandou uma regulamentação nova. A adjudicação continua a ser feita pelo preço da avaliação, da mesma forma que estabelecia o revogado art. 714. Melhor seria se a adjudicação pudesse ser feita por valor inferior à avaliação, desde que aceito pelas partes. Para o executado, por exemplo, seria melhor fazer uma adjudicação por 90% do preço da avaliação do que correr o risco de levar o bem à hasta pública para que ele fosse arrematado, no segundo leilão, por 50% do seu valor.

Na sistemática anterior, não havia regras para tratar da situação na qual o valor da avaliação era diferente do valor da execução. Agora, a Lei positivou aquilo que já era sufragado na prática: se o valor da execução for menor que a avaliação, para realizar a adjudicação o exequente terá que depositar a diferença; se maior, feita a adjudicação, a execução prossegue pelo a diferença faltante.

A legitimidade para postular a adjudicação também foi consideravelmente ampliada. Antes somente o exequente ou o credor hipotecário poderiam fazê-lo (art. 714, *caput* e § 1.º). Agora, diz o novo parágrafo segundo que além do exequente, também podem pleitear a adjudicação o credor com garantia real, pelos credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem, pelo cônjuge, pelos descendentes ou ascendentes do executado.

A Lei manteve no CPC a previsão de uma “licitação” para o caso de haver mais de um legitimado interessado em adjudicar o bem (§ 3.º). Neste caso, os interessados devem dizer se oferecem valor superior à avaliação para ficar com o bem. A Lei, no entanto, mais uma vez, deixou de estabelecer como será processado este leilão (art. 714, § 2.º). Em nosso sentir, o ideal seria que a Lei estabelecesse uma reunião com os interessados, na sede do juízo, dirigida pelo escrivão, para que ele atuasse como leiloeiro e colhesse os lances. O escrivão-leiloeiro e os interessados assinariam o laudo (art. 685-B) e o submeteriam ao juiz.

Não havendo lances, a licitação será definida pela ordem de preferência definida no mesmo parágrafo: primeiro o cônjuge, depois o descendente e o ascendente do executado. O problema surge se a igualdade de ofertas for entre o exequente e o credor com garantia real, que não foram contemplados na ordem de preferência ou entre estes e os demais credores concorrentes. No sistema anterior, o credor hipotecário tinha a preferência (art. 714, § 2.º). Agora, diante do silêncio da Lei, parece que a solução a ser adotada é a inversa, uma vez que a execução se desenvolve para satisfazer o interesse do exequente (art. 646). O interesse deste deve preferir sobre o dos demais credores e, por fim, sobre o interesse dos credores com garantia real. O melhor seria que a Lei disse isso expressamente.

A Lei adotou ainda uma prática recomendada pela doutrina e jurisprudência: na adjudicação de cotas de uma empresa, devem os sócios ser intimados para exercerem seu direito de preferência na sua aquisição (§ 4.º). Aqui, havendo licitação e igualdade dos lances, por ser regra especial, terão os sócios preferência sobre os demais legitimados.

Por fim, o parágrafo quinto estabeleceu que o juiz decida sobre as questões relativas à adjudicação antes de lavrar o respectivo auto. Este dispositivo reforçou aquilo que já se diz há muito tempo: que os embargos à adjudicação e à arrematação deveriam mudar de nome. Nestes embargos não se discute a adjudicação ou a arrematação propriamente, mas os fatores supervenientes à penhora. O novo art. 746,

atento a este aspecto, agora fala em “*embargos fundados em nulidade da execução, ou em causa extintiva da obrigação, desde que superveniente à penhora*”. Mas o legislador esqueceu-se de mudar o nome do Capítulo IV, que continua sendo “*Dos Embargos à Adjudicação e à Arrematação*”.

ART. 685-B

NORMA ATUAL
Art. 685-B. A adjudicação considera-se perfeita e acabada com a lavratura e assinatura do auto pelo juiz, pelo adjudicante, pelo escrivão e, se for presente, pelo executado, expedindo-se a respectiva carta, se bem imóvel, ou mandado de entrega ao adjudicante, se bem móvel. Parágrafo único. A carta de adjudicação conterà a descrição do imóvel, com remissão a sua matrícula e registros, a cópia do auto de adjudicação e a prova de quitação do imposto de transmissão.

A adjudicação é considerada concluída com a lavratura do auto e sua assinatura pelos interessados e pelo juiz. Neste momento, todas as questões restarão preclusas se o interessado não a agravar por instrumento (art. 522). O novo art. 685-B também simplificou o procedimento para confecção da carta de adjudicação, aprimorando a redação anteriormente existente e excluindo a necessidade de juntada do título executivo (antigos art. art. 703, V, e 715). A carta agora somente será feita se o bem adjudicado for imóvel. Caso contrário, a adjudicação dependerá, tão-somente, de mandado de entrega do bem.

SUBSEÇÃO VI-B – DA ALIENAÇÃO POR INICIATIVA PARTICULAR

NORMA ATUAL
Subseção VI-B – Da Alienação por Iniciativa Particular

O art. 3.º da Lei n.º 11.382/06 inseriu no CPC uma nova Subseção, tratando da alienação por iniciativa particular. Esta, como dito, é uma nova forma de expropriação dos bens não prevista na sistemática anterior fora do caso específico do art. 700 (venda de bem imóvel por corretor particular), que foi agora revogado.

ART. 685-C

NORMA ATUAL
Art. 685-C. Não realizada a adjudicação dos bens penhorados, o exequente poderá requerer sejam eles alienados por sua própria iniciativa ou por intermédio de corretor credenciado perante a autoridade judiciária. § 1º. O juiz fixará o prazo em que a alienação deve ser efetivada, a forma de publicidade, o preço mínimo (art. 680), as condições de pagamento e as garantias, bem como, se for o caso, a comissão de corretagem; § 2º. A alienação será formalizada por termo nos autos, assinado pelo juiz, pelo exequente, pelo adquirente e, se for presente, pelo executado, expedindo-se carta de alienação do imóvel para o devido registro imobiliário, ou, se bem móvel, mandado de entrega ao adquirente. § 3º. Os Tribunais poderão expedir provimentos detalhando o procedimento da alienação prevista neste artigo, inclusive com o concurso de meios eletrônicos, e dispor sobre o credenciamento dos corretores, os quais deverão estar em exercício profissional por não menos de 5 (cinco) anos.

A alienação por iniciativa particular, como sublinhado, só ocorrerá se não for possível a adjudicação do bem. Na sistemática anterior, a venda por particular só poderia ocorrer no caso de venda de bem imóvel por corretor credenciado por sua entidade de classe (art. 700). Agora, o art. 685-C permite a alienação de bens móveis ou imóveis, por iniciativa do exequente, por corretor (credenciado perante a autoridade judiciária e com pelo menos 5 anos de exercício profissional) e por meios eletrônicos. O juiz deverá fixar as condições para a realização da alienação (§ 1.º). Se uma proposta preencher essas condições, o juiz formalizará a alienação por termo, expedindo carta de arrematação, se for bem imóvel (art. 703) ou mandado de entrega, se bem móvel. Se houver mais de uma proposta em igualdade de condições, diante do silêncio da Lei, deverá ser instaurada uma licitação, aos moldes do que se previu no caso de vários interessados na adjudicação de um mesmo bem (art. 685-A, § 3.º).

Como não poderia deixar de ser, o parágrafo terceiro determinou que os tribunais expeçam regulamentos específicos para tratar da venda do bem penhorado por particular.

ART. 686

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
<p>Art. 686. A arrematação será precedida de edital, que conterà:</p> <p>I - a descrição do bem penhorado com os seus característicos e, tratando-se de imóvel, a situação, as divisas e a transcrição aquisitiva ou a inscrição;</p> <p>(...)</p> <p>IV - o dia, o lugar e a hora da praça ou do leilão;</p> <p>(...)</p> <p>§ 3º. Quando os bens penhorados não excederem o valor correspondente a 20 (vinte) vezes o maior salário mínimo, conforme o art. 275 desta Lei, será dispensada a publicação de editais, não podendo, neste caso, o preço da arrematação ser inferior ao da avaliação.</p>	<p>Art. 686. Não requerida a adjudicação e não realizada a alienação particular do bem penhorado, será expedido o edital de hasta pública, que conterà:</p> <p>I - a descrição do bem penhorado, com suas características e, tratando-se de imóvel, a situação e divisas, com remissão à matrícula e aos registros;</p> <p>(...)</p> <p>IV - o dia e a hora de realização da praça, se bem imóvel, ou o local, dia e hora de realização do leilão, se bem móvel;</p> <p>(...)</p> <p>§ 3º. Quando o valor dos bens penhorados não exceder 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo vigente na data da avaliação, será dispensada a publicação de editais; nesse caso, o preço da arrematação não será inferior ao da avaliação.</p>

As alterações feitas no *caput* e nos incisos do art. 686 foram, basicamente, para melhorar sua redação e ajustá-lo à nova sistemática vigente. No *caput* o legislador quis mais uma vez enfatizar que a hasta pública só irá ocorrer se não for possível a adjudicação ou a alienação por particular. Corrigiu-se também o erro de falar que a arrematação seria precedida por edital. É a hasta pública, com dito agora, que depende da publicação edital e não a arrematação, que pode nem ocorrer. No inciso I, trocou-se “*característicos*” por “*características*”, “*transcrição aquisitiva ou a inscrição*” por “*matricula e registro*”. O novo inciso IV, por sua vez, agora dá tratamento diferenciado à praça e ao leilão. No caso da praça, não é necessário dizer onde ela será realizada, pois a Lei determina, sempre, o átrio do fórum,

mas no caso do leilão, como a Lei permite a sua realização onde estiverem os bens ou no lugar designado pelo juiz (§ 2.º), o edital precisa indicar tal informação.

A única novidade do dispositivo é a elevação do valor dos bens que não precisam da publicação de editais para ser alienados. Seguindo uma tendência moderna (art. 275, I, do CPC, e art. 3.º da Lei n.º 10.259/01, dentre outros), este patamar foi erigido a 60 salários mínimos. Como nós somos contrários à publicação de editais para alienação de bens (uma formalidade pouco efetiva e muito custosa), aplaudimos a iniciativa. A Lei também aproveita para dirigir uma antiga divergência: em que momento deveria ser verificado se o bem teria que ter ou não edital para sua alienação. Agora, está expresso no CPC que essa verificação deve ocorrer no momento em que a avaliação é concluída.

ART. 687, §§ 2.º E 5.º

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
<p>Art. 687. O edital será afixado no local do costume e publicado, em resumo, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias, pelo menos uma vez em jornal de ampla circulação local. (...) § 2º Atendendo ao valor dos bens e às condições da comarca, o juiz poderá alterar a forma e a frequência da publicidade na imprensa, mandar divulgar avisos em emissora local e adotar outras providências tendentes à mais ampla publicidade da alienação. (...) § 5º. O devedor será intimado pessoalmente, por mandado, ou carta com aviso de recepção, ou por outro meio idôneo, do dia, hora e local da alienação judicial.</p>	<p>Art. 687. O edital será afixado no local do costume e publicado, em resumo, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias, pelo menos uma vez em jornal de ampla circulação local. (...) § 2º. Atendendo ao valor dos bens e às condições da comarca, o juiz poderá alterar a forma e a frequência da publicidade na imprensa, mandar divulgar avisos em emissora local e adotar outras providências tendentes a mais ampla publicidade da alienação, inclusive recorrendo a meios eletrônicos de divulgação. (...) § 5º. O executado terá ciência do dia, hora e local da alienação judicial por intermédio de seu advogado ou, se não tiver procurador constituído nos autos, por meio de mandado, carta registrada, edital ou outro meio idôneo.</p>

As modificações implementadas nos parágrafos do art. 687 foram apenas para incluir a menção à publicação dos editais por meios eletrônicos (§ 2.º), trocar a palavra “*devedor*” por “*executado*” e determinar que a sua intimação pelo seu advogado, ou, na sua falta, carta registrada, edital ou outro meio idôneo (§ 5.º). A menção feita no parágrafo segundo visa, sem dúvida, o conteúdo da recém aprovada Lei n.º 11.419/06, que trata da informatização do processo. Esta Lei e a Lei n.º 11.382/06 fizeram parte do mesmo pacote de projetos integrantes da chamada Reforma Infra-Constitucional do Judiciário. A *vexata quaestio*, no entanto, encontra-se na parte final do parágrafo quinta. Ali, determina-se que a intimação do executado pode ocorrer por “*outro meio idôneo*”. Que meios idôneos que poderiam ser adotados nesta intimação?

Parece-nos que a Lei adotou o sistema de atipicidade dos meios de intimação do executado do edital de alienação (e também nas hipóteses descritas no art. 698). Este modelo já existia nos Juizados Especiais, que permite em qualquer fase do procedimento a intimação das partes pelos modos previstos em lei ou por outros meios idôneos (art. 19 da Lei n.º 9.099/95). Com efeito, nestes órgãos é possível verificar a

realização de intimações por via telefônica, por fax e até por e-mail. Esperamos que as varas cíveis possam assimilar essa experiência e adotá-la nos seus feitos.

ART. 689-A

NORMA ATUAL
Art. 689-A . O procedimento previsto nos arts. 686 a 689 poderá ser substituído, a requerimento do exequente, por alienação realizada por meio da rede mundial de computadores, com uso de páginas virtuais criadas pelos Tribunais ou por entidades públicas ou privadas em convênio com eles firmado. Parágrafo único. O Conselho da Justiça Federal e os Tribunais de Justiça, no âmbito das suas respectivas competências, regulamentarão esta modalidade de alienação, atendendo aos requisitos de ampla publicidade, autenticidade e segurança, com observância das regras estabelecidas na legislação sobre certificação digital.

No novo art. 689-A foi mal redigido. O dispositivo diz que o procedimento previsto nos art. 686 a 689 poderá ser substituído pelo procedimento nele versado. Nos dispositivos indicados, no entanto, estão previstos vários procedimentos. Além disso, a idéia original não é substituir, mas utilizar em conjunto. Na verdade, como já dito pelo art. 685-C, § 3.º, a alienação por particular pode ser feita, inclusive, por meios eletrônicos. Trata-se, pois, de uma modalidade de alienação, como bem assinalado pelo parágrafo único do art. 689-A: a venda em *site* de leilão na internet. As únicas exigências feitas são que o *site* seja público ou conveniado com o tribunal e que se submeta às regras a serem fixadas pelo Poder Judiciário. Esta será, certamente, a forma mais efetiva e pública de se realizar a alienação.

ART. 690

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
Art. 690. A arrematação far-se-á com dinheiro à vista, ou a prazo de 3 (três) dias , mediante caução idônea. § 1º. É admitido a lançar todo aquele que estiver na livre administração de seus bens. Excetuam-se: I - os tutores, os curadores, os testamentários, os administradores, os síndicos, ou liquidantes, quanto aos bens confiados à sua guarda e responsabilidade; II - os mandatários, quanto aos bens, de cuja administração ou alienação estejam encarregados; III - o juiz, o escrivão, o depositário, o avaliador e o oficial de justiça. § 2º. O credor , que arrematar os bens, não está obrigado a exibir o preço; mas se o valor dos bens exceder o seu crédito, depositará, dentro em 3 (três) dias, a diferença, sob pena de desfazer-se a arrematação; caso em que os bens serão levados à praça ou ao leilão à custa do credor .	Art. 690. A arrematação far-se-á mediante o pagamento imediato do preço pelo arrematante ou, no prazo de até 15 (quinze) dias , mediante caução. § 1º. Tratando-se de bem imóvel, quem estiver interessado em adquirí-lo em prestações poderá apresentar por escrito sua proposta, nunca inferior à avaliação, com oferta de pelo menos 30% (trinta por cento) à vista, sendo o restante garantido por hipoteca sobre o próprio imóvel. § 2º. As propostas para aquisição em prestações, que serão juntadas aos autos, indicarão o prazo, a modalidade e as condições de pagamento do saldo. § 3º. O juiz decidirá por ocasião da praça, dando o bem por arrematado pelo apresentante do melhor lance ou proposta mais conveniente. § 4º. No caso de arrematação a prazo, os pagamentos feitos pelo arrematante pertencerão ao exequente até o limite de seu crédito, e os subseqüentes ao executado.

O *caput* do art. 690 foi modificado para corrigir uma imprecisão e ampliar o prazo para efetivar o pagamento da arrematação. Na sistemática anterior o pagamento era “*a vista*” ou em 3 dias, mediante caução. Agora, o pagamento é a vista, no ato da arrematação ou em 15 dias, mediante caução. A regulamentação da arrematação que constava dos parágrafos do antigo art. 690 agora estão no novo art. 690-A. Os parágrafos do novo art. 690 atualmente tratam do pagamento parcelado. Infelizmente, a Lei permitiu o parcelamento do pagamento somente na aquisição de bens imóveis, mas nada obsta que o juiz utilize destes dispositivos por analogia, no caso de alienação de bens móveis.

Os novos parágrafos do art. 690 fica estabelecido que a proposta de pagamento parcelado deve ser feita, por escrito e juntada aos autos, em valor nunca inferior à avaliação. Na proposta, o interessado deverá oferecer pelo menos 30% (trinta por cento) de entrada, e as condições do parcelamento do saldo restante, que ficará garantido por hipoteca do próprio bem em favor do exequente, até o limite do seu crédito. O excedente será devido ao executado, que também terá direito à garantia por hipoteca desta parcela. Havendo mais de uma proposta, elas serão analisadas pelo juiz que verificará qual a mais vantajosa.

ART. 690-A

NORMA ATUAL
<p>Art. 690–A . É admitido a lançar todo aquele que estiver na livre administração de seus bens, com exceção:</p> <p>I- dos tutores, curadores, testamentários, administradores, síndicos ou liquidantes, quanto aos bens confiados a sua guarda e responsabilidade;</p> <p>II- dos mandatários, quanto aos bens de cuja administração ou alienação estejam encarregados;</p> <p>III- do juiz, membro do Ministério Público e da Defensoria Pública, escrivão e demais servidores e auxiliares da Justiça.</p> <p>Parágrafo único. O exequente, se vier a arrematar os bens, não estará obrigado a exibir o preço; mas, se o valor dos bens exceder o seu crédito, depositará, dentro de 3 (três) dias, a diferença, sob pena de ser tornada sem efeito a arrematação e, neste caso, os bens serão levados a nova praça ou leilão à custa do exequente.</p>

O novo art. 690-A corresponde ao conteúdo dos antigos parágrafos do art. 690, com pequenas modificações. A palavra “*credor*” foi substituída por “*exequente*” e o parágrafo único está com redação mais clara que seu anterior similar. A única modificação de monta foi a inclusão dos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública dentre os impedidos de lançar.

ART. 693

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
<p>Art. 693. A arrematação constará de auto, que será lavrado 24 (vinte e quatro) horas depois de realizada a praça ou o leilão.</p>	<p>Art. 693. A arrematação constará de auto que será lavrado de imediato, nele mencionadas as condições pelas quais foi alienado o bem.</p> <p>Parágrafo único. A ordem de entrega do bem móvel ou a carta de arrematação do bem imóvel será expedida depois de efetuado o depósito ou</p>

	prestadas as garantias pelo arrematante.
--	--

A nova redação do art. 693 passou a determinar que a arrematação seja lavrada imediatamente e não mais em 24 horas, como permitido anteriormente. Como o bem pode ser adquirido a vista ou a prazo (art. 690), o *caput* do dispositivo estabeleceu que esta circunstância também conste do termo. O novo parágrafo único do dispositivo, por sua vez, determinou que a carta de arrematação ou o mandado de entrega do bem somente será expedido depois de efetuado o depósito ou prestadas as garantias.

ART. 694

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
<p>Art. 694. Assinado o auto pelo juiz, pelo escrivão, pelo arrematante e pelo porteiro ou pelo leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretroatável.</p> <p>Parágrafo único. Poderá, no entanto, desfazer-se:</p> <p>I - por vício de nulidade;</p> <p>II - se não for pago o preço ou se não for prestada a caução;</p> <p>III - quando o arrematante provar, nos 3 (três) dias seguintes, a existência de ônus real não mencionado no edital;</p> <p>IV - nos casos previstos neste Código (arts. 698 e 699).</p>	<p>Art. 694. Assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretroatável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado.</p> <p>§ 1º. A arrematação poderá, no entanto, ser tornada sem efeito:</p> <p>I - por vício de nulidade;</p> <p>II - se não for pago o preço ou se não for prestada a caução;</p> <p>III - quando o arrematante provar, nos 5 (cinco) dias seguintes, a existência de ônus real ou de gravame (art. 686, inciso V) não mencionado no edital;</p> <p>IV - a requerimento do arrematante, na hipótese de embargos à arrematação (art. 746, §§ 1º e 2º);</p> <p>V - quando realizada por preço vil (art. 692);</p> <p>VI - nos casos previstos neste Código (art. 698).</p> <p>§ 2º. No caso de procedência dos embargos, o executado terá direito a haver do exequente o valor por este recebido como produto da arrematação, caso inferior ao valor do bem, haverá do exequente também a diferença.</p>

O art. 694 cuida da finalização da arrematação. Esta é considerada concluída uma vez assinada por todos e será irretroatável, ainda que julgados procedentes os embargos do executado. No caso do bem ser arrematado e o executado obter provimento de seus embargos, o problema não é mais do comprador, mas do exequente, que terá que restituir o valor recebido e a eventual diferença entre este e o valor da avaliação (§ 2.º). Essa alteração visou dar maiores garantias ao comprador do bem e, assim, aumentar a efetividade da hasta pública.

No parágrafo primeiro foram mantidos, em sua maioria, os mesmos dispositivos do antigo parágrafo único que descreviam as situações onde a arrematação perde a sua eficácia. Houve uma alteração para ampliar o prazo que tem o arrematante requerer a ineficácia da arrematação, de 3 para 5 dias, e

mencionou-se, ao lado do ônus real, a existência de qualquer gravame não mencionado no edital (inciso I).

No novo inciso IV foi inserida a possibilidade do arrematante pedir a ineficácia da arrematação no caso de serem interpostos os embargos previstos no art. 746. Trata-se de verdadeira desistência da arrematação que se encontra regulada nos parágrafos do novo art. 746. Por fim, o novo inciso V destacou a referência ao preço vil e o novo inciso VI manteve, tão-somente, a menção ao art. 698, que existia no antigo inciso IV, excluindo a feita ao art. 699, que foi revogado.

ART. 695

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
Art. 695. Se o arrematante ou o seu fiador não pagar dentro de 3 (três) dias o preço, o juiz impor-lhe-á, em favor do exequente, a multa de 20% (vinte por cento) calculada sobre o lance. § 1º. Não preferindo o credor que os bens voltem a nova praça ou leilão, poderá cobrar ao arrematante e ao seu fiador o preço da arrematação e a multa, valendo a decisão como título executivo. § 2º. O credor manifestará a opção, a que se refere o parágrafo antecedente, dentro em 10 (dez) dias, contados da verificação da mora. § 3º. Não serão admitidos a lançar em nova praça ou leilão o arrematante e o fiador remissos.	Art. 695. Se o arrematante ou seu fiador não pagar o preço no prazo estabelecido , o juiz impor-lhe-á, em favor do exequente, a perda da caução, voltando os bens a nova praça ou leilão, dos quais não serão admitidos a participar o arrematante e o fiador remissos. (Parágrafos revogados)

A redação anterior do art. 695 permitia ao exequente, diante da inadimplência do arrematante ou de seu fiador, escolher entre realizar nova hasta pública ou cobrar deles o preço da arrematação, acrescido de multa de 20% do lance, valendo essa decisão como título executivo. A redação atual deste dispositivo, no entanto, retirou do exequente a possibilidade de cobrar o valor do arrematante e seu fiador. Agora, se o arrematante ou seu garantidor não efetuam o pagamento do modo acertado, o juiz de ofício impõe a perda da caução em favor do exequente e determina a realização de nova praça ou leilão, sem a participação daqueles. Andou bem o legislador, pois evitou, com isso, a multiplicação de processos executivos.

ART. 697 (REVOGADO)

O art. 697 dizia que quando *“a penhora recair sobre imóvel, far-se-á a alienação em praça”*. O conteúdo deste dispositivo agora se encontra no novo art. 686, IV.

ART. 698

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
Art. 698. Não se efetuará a praça de imóvel hipotecado ou emprazado, sem que seja intimado ,	Art. 698. Não se efetuará a adjudicação ou alienação de bem do executado sem que da

com 10 (dez) dias pelo menos de antecedência, o credor hipotecário ou o senhorio direto, que não seja de qualquer modo parte na execução.	execução seja cientificado, por qualquer modo idôneo e com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência, o senhorio direto, o credor com garantia real ou com penhora anteriormente averbada , que não seja de qualquer modo parte na execução.
---	---

A nova redação do art. 698 foi aprimorada e adequada aos comandos inseridos pela Lei n.º 11.382/06. Antes, falava-se em somente em “*praça*” e agora em “*adjudicação ou alienação*”. Embora melhor que o dispositivo anterior, o atual poderia ter dito simplesmente “expropriação”. No dispositivo, mais uma vez tem-se a menção à cientificação por qualquer “*modo idôneo*”. Da mesma forma que dissemos em relação ao parágrafo quinto do art. 687, aqui o legislador adotou um sistema atípico de comunicação que deve se aproveitar das novas tecnologias. Foram ainda incluídos na regra o credor com garantia real, que abrange o credor hipotecário, e o credor com penhora anteriormente averbada.

ART. 699 (REVOGADO)

Este artigo tratava da execução da hipoteca de vias férreas, determinando a intimação do representante da Fazenda Nacional ou do Estado, para exercer seu direito de preferência. Com a privatização de boa parte da malha ferroviária e sua regulamentação por leis especiais, este dispositivo tinha ficado anacrônico e ineficaz.

ART. 700 (REVOGADO)

O art. 700 previa a venda de bem imóvel penhorado por corretor de imóveis. Essa modalidade de alienação por particular foi absorvida pelas novas regras inseridas no CPC, em especial a contida no novo art. 685-C.

ART. 703

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
Art. 703. A carta de arrematação conterá: I - a descrição do imóvel, constante do título, ou, à sua falta, da avaliação; II - a prova de quitação dos impostos; III - o auto de arrematação; IV - o título executivo.	Art. 703. A carta de arrematação conterá: I - a descrição do imóvel, com remissão à sua matrícula e registros; II - a cópia do auto de arrematação; e III - a prova de quitação do imposto de transmissão. IV – (Revogado).

O art. 703, que trata da carta de arrematação, sofreu quatro modificações. A primeira foi suprimir as menções ao título executivo, existentes no inciso I e IV. A segunda foi estabelecer que além da descrição do imóvel é necessária a indicação da sua matrícula e do seu registro. A terceira foi esclarecer que na carta de arrematação deve contar não o auto de arrematação (que fica nos autos do processo), mas sua cópia. E a quarta, que o único imposto que deve ter sua quitação comprovada é o de transmissão.

ART. 704

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
Art. 704. Ressalvados os casos de atribuição de corretores da Bolsa de Valores e o previsto no art. 700, todos os demais bens penhorados serão alienados em leilão público.	Art. 704. Ressalvadas os casos de alienação de bens imóveis e aqueles de atribuição de corretores da Bolsa de Valores, todos os demais bens serão alienados em leilão público.

O art. 704 foi alterado apenas para incluir no dispositivo a alienação dos bens imóveis, adequando-o à nova sistemática do CPC.

ART. 706

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
Art. 706. O leiloeiro público será livremente escolhido pelo credor .	Art. 706. O leiloeiro público será indicado pelo exequente .

No art. 706 a alteração limitou-se a substituir a palavra “credor” por “exequente”.

ART. 707

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
Art. 707. Efetuado o leilão, lavrar-se-á o auto, expedindo-se a carta de arrematação .	Art. 707. Efetuado o leilão, lavrar-se-á o auto, que poderá abranger bens penhorados em mais de uma execução, expedindo-se, se necessário, ordem judicial de entrega ao arrematante .

A redação anterior do art. 707 determinava que após o leilão seria lavrado auto e expedida a carta. A nova redação deste dispositivo diz que o auto de arrematação pode abranger bens penhorados em mais de uma execução, permitindo uma maior economia processual e facilitando o registro do imóvel. Por outro lado, o artigo previu, em caráter incidental à execução, a possibilidade do juiz entrega do bem ao arrematante (*rectus*, a imissão na posse do arrematante).

ART. 713

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
Art. 713. Findo o debate, o juiz proferirá a sentença .	Art. 713. Findo o debate, o juiz decidirá .

O art. 713 está inserido entre os dispositivos que cuidam da chamada concorrência de credores. Existia conhecida divergência doutrinária sobre a natureza deste procedimento, uma vez que o CPC determinava que seu encerramento ocorresse com uma “sentença”. Tais controvérsias certamente continuarão a existir, mas a sua principal aplicação prática restou superada: agora, o ato do juiz que

encerra a concorrência de credores passa a ser, em regra, uma decisão interlocutória, recorrível mediante agravo de instrumento (art. 522).

ART. 714 (REVOGADO)

O revogado art. 714 determinava que a adjudicação somente poderia ocorrer se a segunda praça se encerrasse sem lançador. O conteúdo deste artigo, portanto, tornou-se incompatível com a nova sistemática a que está submetida a adjudicação, especialmente o art. 685-A.

ART. 715 (REVOGADO)

O revogado art. 715 tratava da adjudicação quando só houvesse um interessado no bem. O conteúdo deste artigo, portanto, tornou-se incompatível com a nova sistemática a que está submetida a adjudicação, especialmente o art. 685-A.

ART. 716

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
Art. 716. O juiz da execução pode conceder ao credor o usufruto de imóvel ou de empresa , quando o reputar menos gravoso ao devedor e eficiente para o recebimento da dívida.	Art. 716. O juiz pode conceder ao exeqüente o usufruto de móvel ou imóvel, quando o reputar menos gravoso ao executado e eficiente para o recebimento do crédito.

O art. 716 foi alterado simplesmente para trocar a palavra “credor” por “exeqüente” e para retirar o usufruto de empresa e inserir o usufruto de bem móvel, adequando-o à nova sistemática do usufruto, conforme visto no art. 647.

ART. 717

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
Art. 717. Decretado o usufruto, perde o devedor o gozo do imóvel ou da empresa , até que o credor seja pago do principal, juros, custas e honorários advocatícios.	Art. 717. Decretado o usufruto, perde o executado o gozo do móvel ou imóvel, até que o exeqüente seja pago do principal, juros, custas e honorários advocatícios.

O art. 717 foi modificado apenas para trocar as palavras “credor” por “exeqüente” e “devedor” por “executado”, bem como para retirar o usufruto de empresa e inserir o usufruto de bem móvel, adequando-o à nova sistemática do usufruto, conforme visto no art. 647.

ART. 718

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
Art. 718. O usufruto tem eficácia, assim em	Art. 718. O usufruto tem eficácia, assim em

relação ao devedor como a terceiros, a partir da publicação da sentença .	relação ao executado como a terceiros, a partir da publicação da decisão que o conceda.
---	---

O art. 717 foi para substituir a palavra “*devedor*” por “*executado*” e estabelecer que a decisão que concede o usufruto é interlocutória, sujeita à agravo de instrumento (art. 522).

ART. 720

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
Art. 720. Quando o usufruto recair sobre o quinhão do condômino na co-propriedade, ou do sócio na empresa , o administrador exercerá os direitos que numa ou noutra cabiam ao devedor .	Art. 720. Quando o usufruto recair sobre quinhão do condômino na co-propriedade, o administrador exercerá os direitos que cabiam ao executado .

O art. 717 foi alterado para trocar a palavras “*devedor*” por “*executado*” e para retirar a referência ao usufruto de empresa, adequando-o à nova sistemática do usufruto, conforme visto no art. 647.

ART. 722

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
Art. 722. Se o devedor concordar com o pedido, o juiz nomeará perito para: I - avaliar os frutos e rendimentos do imóvel ; II - calcular o tempo necessário para a liquidação da dívida. § 1º. Ouidas as partes sobre o laudo, proferirá o juiz a sentença , ordenando a expedição de carta de constituição de usufruto. § 2º. Constarão da carta, além das peças indicadas no art. 703 , a sentença e o cálculo dos frutos e rendimentos . § 3º. A carta de usufruto do imóvel será inscrita no respectivo registro.	Art. 722. Ouido o executado , o juiz nomeará perito para avaliar os frutos e rendimentos do bem e calcular o tempo necessário para o pagamento da dívida. § 1º. Após a manifestação das partes sobre o laudo, proferirá o juiz decisão ; caso deferido o usufruto de imóvel, ordenará a expedição de carta para averbação no respectivo registro. § 2º. Constarão da carta a identificação do imóvel e cópias do laudo e da decisão . (§ 3.º revogado).

O art. 722 agora regula o usufruto de bem imóvel e também do bem móvel. O conteúdo dos antigos incisos foi incorporado pelo novo *caput*, sem a referência ao tipo de bem. Somente se o usufruto for sobre bem imóvel é que será necessária a expedição de carta para averbação. Neste caso, os documentos necessários para formar a carta foram reduzidos a três: identificação do imóvel e cópias do laudo e cópia da decisão. A alteração mais importante, no entanto, foi a troca da palavra “*sentença*” por “*decisão*”. Com isso, torne-se inequívoco que a decisão que concede o usufruto é interlocutória, sujeita à agravo de instrumento (art. 522).

ART. 724

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
----------------	-------------

<p>Art. 724. O usufrutuário poderá celebrar nova locação, aceitando proposta de contrato, desde que o devedor concorde com todas as suas cláusulas. Havendo discordância entre o credor e o devedor, o juiz decidirá, podendo aprovar a proposta, se julgar conveniente, ou determinar, mediante hasta pública, a locação.</p>	<p>Art. 724. O exequente usufrutuário poderá celebrar locação do móvel ou imóvel, ouvido o executado. Parágrafo único: Havendo discordância, o juiz decidirá a melhor forma de exercício do usufruto.</p>
---	---

O novo art. 724 trata do usufruto, agora também direcionado aos bens móveis. Na sistemática anterior, para que o exequente pudesse celebrar a locação do bem, o executado tinha que concordar com todas as cláusulas do contrato. Agora, basta que ele seja ouvido. Na redação antiga, se houve discordância entre o exequente e o executado, o juiz poderia definir a questão ou submeter a locação à hasta pública. Atualmente, o juiz é obrigado a resolver a questão, pois a ineficaz alternativa de submeter a locação à hasta pública foi suprimida.

ART. 725 (REVOGADO)

O revogado art. 725. tratava da venda judicial do imóvel gravado em usufruto. Com a sua revogação, entendemos que tal hipótese ficou proibida. Com efeito, era um absurdo que o CPC permitisse que após todo o procedimento para realização do usufruto, pudesse o bem ver vendido, fragilizando ainda mais o ineficiente instituto.

ART. 726 (REVOGADO)

O revogado art. 726 tratava do usufruto de empresa, que foi revogado pela Lei n.º 11.382/06, como já visto.

ART. 727 (REVOGADO)

O revogado art. 727 tratava do usufruto de empresa, que foi revogado pela Lei n.º 11.382/06, como já visto.

ART. 728 (REVOGADO)

O revogado art. 728 tratava do usufruto de empresa, que foi revogado pela Lei n.º 11.382/06, como já visto.

ART. 729 (REVOGADO)

O revogado art. 729 tratava do usufruto de empresa, que foi revogado pela Lei n.º 11.382/06, como já visto.

ART. 736

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
Art. 736. O devedor poderá opor-se à execução por meio de embargos, que serão autuados em apenso aos autos do processo principal.	Art. 736. O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução , poderá opor-se à execução por meio de embargos. Parágrafo único. Os embargos à execução serão distribuídos por dependência, autuados em apartado, e instruídos com cópias (art. 544, § 1º, in fine) das peças processuais relevantes.

Uma das alterações mais importante promovidas pela Lei n.º 11.382/06 foi na disciplina dos embargos do executado. Pela regra anterior, o executado opunha os embargos, desde que garantido o juízo, com o oferecimento de bens à penhora ou pelo depósito (revogado art. 737). Isso somente foi possível na medida em que se retirou, como regra, o efeito suspensivo dos embargos. Assim, pela nova sistemática, o executado só precisará garantir o juízo se quiser postular a concessão de efeito suspensivo aos seus embargos (art. 739-A, § 1.º). Na prática, portanto, não há mais espaço para a oposição de exceção de pré-executividade.

Uma lástima que o novo parágrafo único continue chamando o instituto previsto no art. 736 de embargos à execução, quando os demais dispositivos falam em embargos do executado, terminologia mais adequada. Não obstante, este mesmo parágrafo adotou melhor técnica ao mencionar a distribuição por dependência e a autuação em apartado. O parágrafo único do novo art. 736 determina ainda que os embargos sejam instruídos com as cópias das peças processuais relevantes e faz referência ao art. 544, § 1.º, do CPC, que diz que o advogado pode declarar como autênticas as cópias de peças que junta aos autos. Como dito, é um exemplo de falta de coerência da Lei n.º 11.382/06. Com efeito, no corpo da própria Lei já consta a nova regra geral inserida no inciso IV do art. 365, que diz que o advogado pode declarar como autênticas as cópias das peças que junta aos autos. O parágrafo único do art. 736 deveria fazer a menção ao art. 365, IV, (regra geral) e não ao art. 544, § 1.º (regra especial). Na verdade, o anteprojeto de lei que tratava exclusivamente da execução foi dividido e posteriormente agrupado com outro texto, antes de se tornar o Projeto de Lei n.º 4.497/04, que originou a Lei n.º 11.382/06. Por isso a falta de integração entre os dispositivos. Importante frisar que se o embargante não juntar as peças necessárias à instrução dos embargos, deverá o juiz determinar a sua emenda, sob pena de indeferimento da petição inicial (art. 284).

ART. 737 (REVOGADO)

O revogado art. 737 tratava das formas como o executado poderia assegurar o juízo para embargar. Com a nova disciplina inserida no art. 736, este dispositivo tornou-se desnecessário.

ART. 738

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
Art. 738. O devedor oferecerá os embargos no prazo de 10 (dez) dias , contados: I - da juntada aos autos da prova da intimação da penhora;	Art. 738. Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias , contados da data da juntada aos autos do mandado de citação . (Incisos revogados)

<p>II - do termo de depósito (art. 622); III - da juntada aos autos do mandado de imissão na posse, ou de busca e apreensão, na execução para entrega de coisa (art. 625); IV - da juntada aos autos do mandado de citação, na execução das obrigações de fazer ou de não fazer.</p>	<p>§ 1º. Quando houver mais de um executado, o prazo para cada um deles embargar conta-se a partir da juntada do respectivo mandado citatório, salvo tratando-se de cônjuges. § 2º. Nas execuções por carta precatória, a citação do executado será imediatamente comunicada pelo juiz deprecado ao juiz deprecante, inclusive por meios eletrônicos, contado-se o prazo para embargos a partir da juntada aos autos de tal comunicação. § 3º. Aos embargos do executado não se aplica o disposto no art. 191 desta Lei.</p>
--	--

No antigo art. 738, o CPC estabelecia que o prazo para embargar era de 10 dias, contados da juntada aos autos do mandado da intimação da penhora, no caso de execução por quantia certa, da juntada do termo de depósito, do mandado de imissão na posse ou do mandado de busca e apreensão, nas execuções para entrega de coisa, ou da juntada da citação, na execução das obrigações de fazer ou de não fazer. Agora, o prazo para embargar foi ampliado para 15 dias e será sempre contado da juntada do mandado de citação, em todas as execuções, ressalvadas as que tenham rito especial. Como já dito, os embargos não estão mais vinculados à penhora, mesmo porque não há mais necessidade de garantia do juízo para seu oferecimento (art. 736). Importante frisar que o prazo para embargar tem o mesmo termo inicial do prazo que o executado dispõe para pagar (3 dias – art. 652-A). Com isso, uma vez citado, o executado tem três caminhos a seguir: pagar em 3 dias, embargar em 15 dias ou ficar inerte. Neste último caso, o oficial de justiça poderá retornar com a segunda via do mandado para efetuar a penhora e avaliação dos bens localizados por ele, na falta da indicação pelo exequente (art. 652, § 1.º), independentemente de ter havido ou não a interposição de embargos (art. 739-A, § 6.º).

O prazo foi ampliado porque antes os embargos eram oponíveis com a execução em curso, tendo o executado já sido citado e intimado, e, agora, fazem parte da etapa inicial do procedimento. Por isso, foi preciso dar mais tempo ao executado para que ele pudesse constituir um advogado e preparar os embargos, especialmente se pretender pleitear o efeito suspensivo (739-A, § 1.º). O prazo de 15 dias está em simetria com o prazo geral da resposta do réu (art. 297) e o prazo da impugnação na execução de título judicial (art. 745-J, § 1.º).

Havendo mais de um executado, diz o novo parágrafo primeiro, cada prazo é contado independentemente, exceto se os executados forem casados entre si. Na verdade, o ideal seria que o dispositivo tivesse feito a exceção, na contagem comum do prazo, não apenas aos cônjuges, mas também aos executados litisconsortes necessários. O casal executado pode estar sendo cobrado por obrigações diversas e terem patrimônios distintos (regime de separação total de bens). Neste caso, o prazo poderia correr de forma autônoma, para cada um, sem qualquer prejuízo. Por outro lado, imagine-se dois executados que são co-proprietários de um bem, submetido o mesmo ônus real. Nesta hipótese, os embargos de um poderão ser aproveitados ao outro, de modo que o prazo comum seria o mais recomendável.

O novo parágrafo segundo trata da execução por carta precatória (art. 747), determinando a imediata comunicação da citação do executado ao juízo deprecante, inclusive por meios eletrônicos (Lei n.º 11.419/06). Com isso, o legislador debelou uma acirrada controvérsia existente na doutrina e na jurisprudência. De acordo com este dispositivo, o prazo para oferecimento dos embargos do executado fluem da juntada aos autos da comunicação da citação feita no juízo deprecado.

Por fim, o novo parágrafo terceiro estabelece que não haverá contagem de prazo em dobro, no caso de executados com diferentes procuradores (art. 191).

ART. 739

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
<p>Art. 739. O juiz rejeitará liminarmente os embargos:</p> <p>I - quando apresentados fora do prazo legal;</p> <p>II - quando não se fundarem em algum dos fatos mencionados no art. 741;</p> <p>III - nos casos previstos no art. 295.</p> <p>§ 1º Os embargos serão sempre recebidos com efeito suspensivo.</p> <p>§ 2º Quando os embargos forem parciais, a execução prosseguirá quanto à parte não embargada.</p> <p>§ 3º O oferecimento dos embargos por um dos devedores não suspenderá a execução contra os que não embargaram, quando o respectivo fundamento disser respeito exclusivamente ao embargante.</p>	<p>Art. 739. O juiz rejeitará liminarmente os embargos:</p> <p>I - quando intempestivos;</p> <p>II - quando inepta a petição (art. 295); ou</p> <p>III - quando manifestamente protelatórios.</p> <p>(Parágrafos revogados)</p>

O art. 739 trata dos casos onde ocorrerá a rejeição liminar dos embargos. Na nova sistemática, os incisos tiveram suas redações melhoradas. Antes, o inciso primeiro falava em embargos oferecidos “*fora do prazo legal*” e agora diz, apenas, “*intempestivos*”. Necessário frisar que o novo prazo para oferecimento dos embargos é de 15 dias (art. 738). O inciso III, por sua vez, mencionava os “*casos previstos no art. 295*” e o novo inciso II trata da “*inépcia da petição (art. 295)*”. O conteúdo do antigo inciso II, no entanto, foi revogado. Este dispositivo fazia menção ao art. 741, que antes da entrada em vigor da Lei n.º 11.232/05 cuidava das matérias que poderia ser tratadas nos embargos. A revogação, portanto, foi bem feita, uma vez que o executado que embargasse fora daquelas hipóteses era “*carecedor de ação*”, por falta de interesse processual, situação já prevista pelo art. 295, III. O problema ocorre em relação ao novo inciso terceiro. Ali, rola-se como caso de rejeição liminar o fato dos embargos serem considerados manifestamente protelatórios. Parece-nos que o legislador não foi técnico ao tratar da questão. Pelo menos em tese, não há relação entre o *animus* com o qual o executado embarga e a possibilidade dos embargos serem julgados liminarmente. O julgamento liminar, segundo a melhor doutrina, deve estar associado à chamada teoria da causa madura. Assim, para que o dispositivo possa ser aplicado, além de protelatórios, os embargos terão que ser também manifestamente improcedentes. Importante lembrar que, conforme estabelece o novo parágrafo único do art. 740, “*no caso de embargos manifestamente protelatórios, o juiz imporá, em favor do exequente, multa ao embargante em valor não superior a 20% (vinte por cento) do valor em execução*”. E o novo art. 739-B determina que as multas ou indenização decorrentes de litigância de má-fé das partes poderão ser cobradas no próprio processo, em autos apensos, por execução ou compensação.

Os parágrafos do art. 739 foram revogados porque tratam do efeito suspensivo dos embargos. A norma que regula essa matéria, atualmente, é o novo art. 739-A.

ART. 739-A

NORMA ATUAL

Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo.

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

§ 2º. A decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, a requerimento da parte, ser modificada ou revogada a qualquer tempo, em decisão fundamentada, cessando as circunstâncias que a motivaram.

§ 3º. Quando o efeito suspensivo atribuído aos embargos disser respeito apenas a parte do objeto da execução, essa prosseguirá quanto à parte restante.

§ 4º. A concessão de efeito suspensivo aos embargos oferecidos por um dos executados não suspenderá a execução contra os que não embargaram, quando o respectivo fundamento disser respeito exclusivamente ao embargante.

§ 5º. Quando o excesso de execução for fundamento dos embargos, o embargante deverá declarar na petição inicial o valor que entende correto, apresentando memória do cálculo, sob pena de rejeição liminar dos embargos ou de não conhecimento desse fundamento.

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

Antes da Lei n.º 11.382/06, o CPC dizia que os embargos eram recebidos, em regra, com efeito suspensivo (revogado § 1.º do art. 739). Agora, a regra é que embargos não têm mais efeito suspensivo, a não ser que o juiz o conceda, presentes os requisitos legais. Esse dispositivo consagra uma tendência moderna que é abolir o efeito suspensivo automático (“*ope legis*”) para adotar o efeito suspensivo motivado (“*ope judicis*”). Essa tendência ganhou fôlego em 1995, quando o agravo de instrumento (Lei n.º 9.139/95) e o recurso inominado (art. 43 da Lei n.º 9.099/95) passaram a adotar o sistema. O próximo passo, espera-se, é a retirada do efeito suspensivo *ope legis* da apelação.

A concessão do efeito suspensivo, como provimento de natureza cautelar que é, depende da verificação da presença dos requisitos gerais de cautela: *fumus boni iuris* e *periculum in mora* (art. 798). Além disso, estabeleceu a Lei que para o juiz poder conceder o efeito suspensivo, o executado terá que garantir o juízo, indicando bens à penhora, depositando a coisa ou caucionando. Apesar de retratar um provimento cautelar, em nome da efetividade do processo, foi vedada a possibilidade do deferimento do efeito suspensivo de ofício. De fato, a Lei exige o requerimento do embargante como requisito da concessão. É o mesmo que ocorre no art. 461, § 3.º, do CPC, que também versa sobre a possibilidade de concessão de provimento cautelar, mas condicionado ao requerimento da parte.

O novo parágrafo segundo trata da possibilidade do juiz rever a decisão sobre os efeitos atribuídos aos embargos. O juiz revogará a decisão se perceber que a mesma foi lavrada sobre *error in iudicando*, enquanto que revogará, quando vislumbrar um *error in iudicando*. Naquela hipótese, os efeitos da revogação serão ultra-ativos (*ex nunc*) e nesta, retroativos (*ex tunc*). Em todos os casos, plenamente aplicáveis os dispositivos relativos ao processo (*rectus*, tutela) cautelar.

Assinala o parágrafo terceiro, por seu turno, que o efeito suspensivo pode ser total ou parcial, conforme paralise a totalidade ou não da execução. Sendo parcial, o objeto da execução que não ficar submetido a esse efeito poderá prosseguir sem qualquer embaraço. Quando o juiz deferir efeito suspensivo parcial aos embargos deverá definir quais são os pontos controvertidos, para delimitar, com precisão, o que

pode prosseguir na execução. O mesmo se diga quando houver diferentes executados (§ 4.º). A regra é que o efeito suspensivo não atinge quem não o postulou. Se, entretanto, a matéria aproveitar a quem não embargou ou, embargando, não pediu efeito suspensivo, este poderá também se beneficiar do efeito deferido ao seu co-executado.

O novo parágrafo quinto do art. 739-A, a exemplo do art. 475-L, § 2.º, agora exige, para viabilizar a alegação de excesso de execução, que o embargante declare o valor que entende devido. Isso permitirá, de plano, que o juiz estabeleça a porção incontroversa da execução. Sobre esta, por exemplo, não será possível a concessão de efeito suspensivo.

Por fim, determina o novo parágrafo sexto que ainda que concedido efeito suspensivo aos embargos, pode-se promover a penhora e avaliação dos bens. Com isso, mesmo que o executado esteja dentro do prazo para embargar (15 dias), pode o oficial de justiça comparecer na sua residência para penhorar tantos bens quanto forem necessários, se verificar que no prazo de 3 dias não houve pagamento (art. 652).

ART. 739-B

NORMA ATUAL
Art. 739-B. A cobrança de multa ou de indenizações decorrentes de litigância de má-fé (arts. 17 e 18) será promovida no próprio processo de execução, em autos apensos, operando-se por compensação ou por execução.

O novo art. 739-B determina que as multas ou indenização decorrentes de litigância de má-fé das partes poderão ser cobradas no próprio processo, em autos apensos, por execução ou compensação. Destarte, se a litigância de má-fé for praticada pelo executado, haverá a cumulação superveniente de pedidos executivos. Se a litigância de má-fé, no entanto, for praticada pelo exequente, o procedimento passará a ter natureza dúplice, permitindo que este débito seja compensado do montante devido pelo executado. Esta regra certamente será aplica aos embargos declarados protelatórios (art. 739, III).

ART. 740, PARÁGRAFO ÚNICO

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
Art. 740. Recebidos os embargos, o juiz mandará intimar o credor para impugná-los no prazo de 10 (dez) dias , designando em seguida a audiência de instrução e julgamento . Parágrafo único: Não se realizará a audiência, se os embargos versarem sobre matéria de direito ou, sendo de direito e de fato, a prova for exclusivamente documental ; caso em que o juiz proferirá sentença no prazo de 10 (dez) dias.	Art. 740. Recebidos os embargos, será o exequente ouvido no prazo de 15 (quinze) dias ; a seguir, o juiz julgará imediatamente o pedido (art. 330) ou designará audiência de conciliação, instrução e julgamento , proferindo sentença no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único: No caso de embargos manifestamente protelatórios , o juiz imporá, em favor do exequente, multa ao embargante em valor não superior a 20% (vinte por cento) do valor em execução.

O novo *caput* art. 740, em simetria com o novo prazo para interposição dos embargos (art. 738), estabeleceu que a impugnação deverá ser feita em 15 dias. Se não for caso de rejeição liminar (art. 739) ou julgamento imediato do mérito (art. 330), diz o novo dispositivo, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, para em seguida, proferir sentença. Por certo, essa audiência só será marcada se houver prova oral a ser produzida e terá seu início marcado pela tentativa de conciliação das partes (art. 125, IV). A sentença, por sua vez, poderá ser proferida de plano, na própria audiência, ou no prazo de 10 dias (art. 456).

O novo parágrafo único do art. 740 trata da multa aplicável no caso dos embargos serem declarados protelatórios. Essa previsão, como tantas outras existentes no CPC (art. 17, VII, 31, 130, 273, II, etc), carece de um regramento mais efetivo. Tanto é verdade que, apesar de freqüentes, raramente tais atos são punidos. Uma pena que o legislador não aproveitou a oportunidade para inserir no CPC um artigo definindo o que seja ato protelatório. De qualquer sorte, dois elementos são destacados como caracterizadores da conduta protelatória: o *animus* da parte em atrasar o desfecho do processo (responsabilidade subjetiva com culpa comprovada) e a falta de fundamentação ou efetividade dos atos praticados.

Reconhecida a natureza protelatória, o juiz então fixará “*multa*” de até 20% sobre o valor da execução, a ser revertida em favor do exeqüente. Essa multa, como já visto, pode ser cobrada no próprio processo executivo, em apenso (art. 739-B). Necessário destacar que, nas últimas alterações promovidas no CPC tem sido comum introduzir institutos com o nome de multa mas que, na verdade, retratam indenizações. Multa, no seu sentido técnico, deveria ser aquilo que se paga ao Estado-Juiz pelo descumprimento de um dever processual (art. 18). Se essa regra fosse seguida, não seria necessário dizer que a multa não se confunde com a indenização, como foi feito no art. 461, § 2.º.

ART. 744 (REVOGADO)

O art. 744 foi revogado porque os embargos de retenção agora estão regulados no art. 745.

ART. 745

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
<p>Art. 745. Quando a execução se fundar em título extrajudicial, o devedor poderá alegar, em embargos, além das matérias previstas no art. 741, qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento.</p>	<p>Art. 745. Nos embargos, poderá o executado alegar:</p> <ul style="list-style-type: none"> I - nulidade da execução, por não ser executivo o título apresentado; II - penhora incorreta ou avaliação errônea; III - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; IV - retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de títulos para entrega de coisa certa (art. 621); V - qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento. <p>§ 1º. Nos embargos de retenção por benfeitorias, poderá o exeqüente requerer a compensação de seu valor com o dos frutos ou danos considerados</p>

	devidos pelo executado, cumprindo ao juiz, para a apuração dos respectivos valores, nomear perito, fixando-lhe breve prazo para entrega de laudo. § 2º. O exequente poderá, a qualquer tempo, ser imitado na posse da coisa, prestando caução ou depositando o valor devido pelas benfeitorias ou resultante da compensação
--	--

O antigo art. 745 tratava das matérias que poderiam ser alegadas nos embargos opostos na execução fundada em título executivo extrajudicial. Este dispositivo fazia remissão ao art. 741, que tratava das matérias que podiam ser ventiladas nos embargos incidentes à execução baseada em título judicial. A Lei n.º 11.232/05, no entanto, alterou este artigo, destinando-o aos embargos à execução contra a Fazenda Pública. Agora, o novo conteúdo do art. 745 contempla, com melhor redação, aquilo que estava dividido no primitivo art. 741, no revogado art. 744 e no anterior art. 745.

Assim, os embargos podem tratar da nulidade da execução, caso o título não seja executivo, ou seja, não tenha certeza, liquidez ou exigibilidade (art. 580), penhora incorreta (art. 649, 650 etc.), avaliação errônea (art. 683), excesso de execução (art. 743), cumulação indevida de execuções (art. 573), retenção por benfeitorias ou qualquer outra matéria. A redação do dispositivo ficou melhor que a dos artigos similares (art. 475-L e 741). Além disso, o artigo concentrou num único lugar o que antes era dividido em embargos à execução, embargos à penhora e embargos de retenção por benfeitorias.

Os embargos por retenção por benfeitorias úteis e necessárias, que antes estava no art. 744, agora é regido pelo parágrafo primeiro do art. 745. No novo dispositivo, o CPC prevê que o exequente pode requerer compensação dos valores das benfeitorias considerando seus frutos e os danos causados. Destarte, o juiz deverá nomear perito para apurar o valor das benfeitorias, o valor dos frutos percebidos pelo executado e o valor dos danos causados ao bem. O perito, no prazo assinado pelo juiz deverá apurar esses valores e, após compensá-los, chegar a um denominador final. Assim, dependendo das circunstâncias, o saldo final pode até ser desfavorável ao embargante. Trata-se de regra que restabelece a equidade nas relações entre credor e devedor quando há direito de retenção. Melhor seria, inclusive, que a Lei previsse que na realização do laudo devesse o perito calcular o valor do aluguel devido em razão do uso do bem que o executado reteve em nome das benfeitorias.

Por fim, estabelece o novo parágrafo segundo (reprodução do antigo parágrafo terceiro do art. 744) que a qualquer tempo pode o exequente, mediante caução ou depósito do valor do saldo das benfeitorias, pleitear, incidentalmente, a sua imissão na posse. Da mesma forma que o dispositivo anteriormente comentado, a norma visa minimizar o prejuízo suportado pelo exequente que tem que enfrentar a alegação de retenção por benfeitorias. A caução, por seu turno, tem sido cada vez mais utilizada para reverter situações injustas, que eram perpetuadas em nome da proteção de interesses. Veja-se os casos dos art. 475-M, § 1.º, 475-O, III, 804 etc.

ART. 745-A

NORMA ATUAL Art. 745–A. No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de 30% (trinta por cento) do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, poderá o executado requerer seja admitido a pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês.
--

§ 1º. Sendo a proposta deferida pelo juiz, o exeqüente levantará a quantia depositada e serão suspensos os atos executivos; caso indeferida, seguir-se-ão os atos executivos, mantido o depósito.

§ 2º. O não pagamento de qualquer das prestações implicará, de pleno direito, o vencimento das subseqüentes e o prosseguimento do processo, com o imediato início dos atos executivos, imposta ao executado multa de 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações não pagas e vedada a oposição de embargos.

O novo art. 745-A cuida da hipótese onde o executado pode obter do pagamento parcelado do débito, independentemente da concordância do exeqüente. Em primeiro lugar, importante destacar que o pagamento parcelado tem que ser requerido pelo executado, dentro do prazo dos embargos, ou seja, nos 15 dias subseqüentes à juntada nos autos do mandado de citação (art. 738). Além disso, o executado não pode pedir o parcelamento e, ao mesmo tempo, embargar. A Lei exige que ele reconheça o crédito. Não obstante, junto com o pedido de parcelamento, deve o executado juntar comprovante de depósito de pelo menos 30% do valor em execução, contando inclusive custas e honorários de advogado, salvo no caso de gratuidade de justiça (art. 3.º da Lei n.º 1.060/50). O juiz, verificando a presença dos requisitos legais, autorizará o levantamento do depósito pelo exeqüente e fixará o numero de prestações em que será dividido o saldo restante, acrescido de correção monetária e juros de 1% ao mês. Se o pedido de parcelamento é indeferido, a execução segue seu rito, mas o depósito é mantido, como garantia do juízo. A Lei não tratou da questão, mas parece intuitivo concluir que se o pedido de parcelamento for indeferido, o prazo para embargar não será devolvido ao executado.

Prossegue o novo parágrafo segundo assinalando que o não pagamento de qualquer das parcelas implicará no vencimento antecipado das demais, acrescido de multa de 10% sobre este valor. Assim, a execução será retomada, pelo valor apurado, vedada a oposição de embargos.

ART. 746

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
<p>Art. 746. É lícito ao devedor oferecer embargos à arrematação ou à adjudicação, fundados em nulidade da execução, pagamento, novação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à penhora.</p> <p>Parágrafo único: Aos embargos opostos na forma deste artigo, aplica-se o disposto nos Capítulos I e II deste Título.</p>	<p>Art. 746. É lícito ao executado, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da adjudicação, alienação ou arrematação, oferecer embargos fundados em nulidade da execução, ou em causa extintiva da obrigação, desde que superveniente à penhora, aplicando-se, no que couber, o disposto neste Capítulo.</p> <p>§ 1º. Oferecidos embargos, poderá o adquirente desistir da aquisição;</p> <p>§ 2º. No caso do § 1º deste artigo, o juiz deferirá de plano o requerimento, com a imediata liberação do depósito feito pelo adquirente (art. 694, § 1º, inciso IV).</p> <p>§ 3º. Caso os embargos sejam declarados manifestamente protelatórios, o juiz imporá multa ao embargante, não superior a 20% (vinte por cento) do valor da execução, em favor de quem desistiu da aquisição.</p>

A nova redação do art. 746 trata dos chamados embargos à adjudicação e à arrematação. A primeira consideração que deve ser feita é que o nome dos embargos deveria ter sido mudado. Nestes embargos não se discute a adjudicação ou a arrematação propriamente, mas os fatores supervenientes à penhora. O novo art. 746, atento a este aspecto, agora fala em “*embargos fundados em nulidade da execução, ou em causa extintiva da obrigação, desde que superveniente à penhora*”. Mas o legislador esqueceu-se de mudar o nome do Capítulo IV, que continua sendo “*Dos Embargos à Adjudicação e à Arrematação*”.

Nos novos embargos à alienação ou arrematação, o prazo para a interposição é de 5 (cinco) dias, contados da adjudicação (art. 685-A), alienação (art. 685-C) ou arrematação (art. 694), argüindo a nulidade da execução ou a ocorrência de causa extintiva da obrigação, desde que superveniente à penhora. As regras relativas aos embargos do executado são aplicadas subsidiariamente.

A interposição de embargos à arrematação permite que o arrematante desista da aquisição (art. 694, IV). Trata-se de uma norma que visa tornar mais atrativas estas formas de expropriação. Com efeito, se o interessado sabe, antecipadamente, que havendo discussão judicial sobre a arrematação poderá desistir dela, ficará mais seguro de participar do certame. Se os embargos à arrematação forem declarados protelatórios, diz o parágrafo terceiro, o juiz infligirá ao embargante o pagamento de uma “multa”, não superior a 20% do valor da execução, em favor de quem desistiu da aquisição. Pelo texto da Lei, se o interessado não desistir da arrematação, não haverá a multa mencionada, ainda que os embargos sejam declarados protelatórios. No entanto, em nosso sentir, independentemente desta multa, poderá também o embargante ser sancionado com a multa prevista no art. 740, parágrafo único, revertida em favor do embargado. Primeiro, porque o artigo manda aplicar subsidiariamente os dispositivos constantes daquele Capítulo. Segundo, porque seria ilógico que o arrematante fosse indenizado e o embargado não. Por fim, seria anti-isonômico que o embargado nas outras modalidades de embargos pudesse receber a multa e nos embargos à arrematação, que não tem qualquer diferença ontológica, ficasse sem a multa. Seria, na verdade, um estímulo à protelação.

ART. 787 (REVOGADO)

O art. 787 tratava da remição de bens penhorados pelo cônjuge, descendente ou ascendente do executado. Este artigo foi revogado porque estes mesmos legitimados agora podem adjudicar os bens penhorados (art. 685-A, § 2.º). Na nova sistemática do CPC, a adjudicação passou a ser a forma preferencial de expropriação e a remição de bens estava atrelada à hasta pública.

ART. 788 (REVOGADO)

O art. 788 tratava da remição de bens penhorados pelo cônjuge, descendente ou ascendente do executado. Este artigo foi revogado porque estes mesmos legitimados agora podem adjudicar os bens penhorados (art. 685-A, § 2.º). Na nova sistemática do CPC, a adjudicação passou a ser a forma preferencial de expropriação e a remição de bens estava atrelada à hasta pública.

ART. 789 (REVOGADO)

O art. 789 tratava da remição de bens penhorados pelo cônjuge, descendente ou ascendente do executado. Este artigo foi revogado porque estes mesmos legitimados agora podem adjudicar os bens

penhorados (art. 685-A, § 2.º). Na nova sistemática do CPC, a adjudicação passou a ser a forma preferencial de expropriação e a remição de bens estava atrelada à hasta pública.

ART. 790 (REVOGADO)

O art. 789 tratava da remição de bens penhorados pelo cônjuge, descendente ou ascendente do executado. Este artigo foi revogado porque estes mesmos legitimados agora podem adjudicar os bens penhorados (art. 685-A, § 2.º). Na nova sistemática do CPC, a adjudicação passou a ser a forma preferencial de expropriação e a remição de bens estava atrelada à hasta pública.

ART. 791

NORMA ANTERIOR	NORMA ATUAL
Art. 791. Suspende-se a execução: I - no todo ou em parte, quando recebidos os embargos do devedor (art. 739, § 2º); (...)	Art. 791. Suspende-se a execução: I - no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução (art. 739-A) ; (...)

Na sistemática anterior, os embargos do executado eram sempre recebidos com efeito suspensivo (revogado § 1.º do art. 739). Por isso, o antigo art. 791, I, não precisava fazer qualquer distinção. Na nova sistemática, entretanto, os embargos somente suspendem a execução se o juiz deferir o efeito suspensivo (art. 739-A, § 1.º). Por isso, o atual dispositivo foi alterado para se adaptar a essa nova realidade.

7. Conclusões.

O balanço geral dos dispositivos introduzidos pela Lei n.º 11.382/06 no CPC é extremamente positivo. Na maioria das vezes, seus componentes apresentaram soluções práticas e efetivas para os inúmeros problemas apresentados pelo péssimo sistema executivo concebido pelo legislador de 1973. A bem da verdade, é preciso reconhecer que a ineficácia do sistema executivo brasileiro não foi um mero acaso, mas uma estratégia bem montada para beneficiar uma elite econômica e social que, por conhecer os tortuosos caminhos da justiça, logravam postergar a aplicação da tutela executiva, em detrimento do direito de crédito alheio. Ainda assim, é realmente impressionante como nós pudemos conviver por tanto tempo com tantos absurdos jurídicos. É preciso chamar à responsabilidade os doutrinadores que, durante décadas, estudaram docemente essas normas sem qualquer espírito de irrisignação. Eles contribuíram, por omissão, com a preservação deste modelo anti-democrático e sectarista.

Por outro lado, não podemos achar que agora todos os problemas da execução estão resolvidos. As restrições à penhora continuam a ser excessivas e distorcidas. Os mecanismos para impedir a dilapidação do patrimônio do devedor-execução são pouco eficientes. A vergonhosa forma de pagamento dos débitos pela Fazenda Pública, por meio de precatório, continua a existir, em flagrante violação dos mais mezinhos preceitos de preservação dos direitos e garantias fundamentais. Enfim, muito ainda tem que ser feito, mas, agora, pela primeira vez desde que começamos a estudar o Direito Processual Civil, somos capazes de acreditar em nosso sistema executivo.

8. Referências.

- ASSIS, Araken de. **Cumprimento da Sentença**, Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, v. II, 12.^a ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. **A Nova Execução de Sentença**, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GRECO, Leonardo. **O Processo de Execução**, vol. I e II, 3.^a ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- NOGUEIRA, Gustavo Santana (Coord.). **A Nova Reforma Processual**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ROCHA, Felipe Borring. **Considerações Iniciais Sobre as Últimas Alterações no Recurso de Agravo**, site *Ius Navegandi*, disponível no endereço <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7557>, acessado em 15 de maio de 2006.
- _____. **Juizados Especiais Cíveis: Aspectos Polêmicos da Lei n.º 9.099, de 26/9/05**, 4.^a ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- _____. **Projeto de Lei n.º 3.253/04: Uma Revolução na Execução Civil**, Revista de Direito da Defensoria Pública, ano 19, n.º 20, Rio de Janeiro: Defensoria Pública Geral, 2006.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues *et Altri*. **Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2**, São Paulo: RT, 2006.
- WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**, 3.^a ed., São Paulo: Perfil, 2005.

A LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DE AÇÕES CIVIS PÚBLICAS: primeiras impressões e questões controvertidas

HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO

Pós-Doutor em Direito (University of Connecticut School of Law). Mestre, Doutor em Direito e Professor Adjunto de Direito Processual (Universidade do Estado do Rio de Janeiro). Professor da Universidade Estácio de Sá. Promotor de Justiça Titular no Estado do Rio de Janeiro.

A Lei Federal nº 11.418, de 15 de janeiro de 2007 é, a um só tempo, um marco histórico e a correção de uma injusta discriminação com uma das mais importantes e respeitadas instituições brasileiras.

O artigo 2º dessa Lei, ao dar nova redação ao artigo 5º da Lei nº 7.347/85, denominada Lei da Ação Civil Pública, inscreve a Defensoria Pública entre os legitimados para a propositura de tais demandas.

Nas linhas abaixo, faremos uma análise da evolução legislativa em matéria de ações coletivas. Após, teceremos algumas considerações sobre as modalidades de direitos transindividuais para, em seguida, examinar as perspectivas no Projeto de Código de Direitos Coletivos¹ apresentado recentemente pelo IBDP.

Com efeito, o texto base sobre a ação civil pública é a já referida Lei nº 7.347/85, o que denota que o ordenamento brasileiro é ainda neófito no tema².

¹ Disponível para consulta no sítio do Instituto, em <http://www.direitoprocessual.org.br>, acesso em 22 de fevereiro de 2007.

² Apenas para que se tenha uma idéia de nosso atraso, datam de 1820 os primeiros processos coletivos na experiência norte-americana, destacando-se, em especial, o pioneiro *West v. Rendall*, de 1820, em que certo residente de Massachussets tinha pretensões indenizatórias face a seus trustees, que teriam dilapidado seu patrimônio. Não obstante o julgamento da ação como inepta pela Corte Federal², o “Justice” Joseph Story argumenta em seu voto que, caso o feito fosse admitido, todos os residentes de Rhode Island deveriam ser partes no processo, por faltar àquela região a jurisdição da “equity” e pela impossibilidade prática de todas as partes figurarem no processo. Para maiores informações, consulte-se YEAZELL, Stephen C. *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, London: Yale University Press, 1987, p. 149.

Portanto, apenas três anos antes³ da edição de nossa atual Carta Política, nosso legislador começa a se preocupar com a proteção dos interesses sociais, para utilizar a expressão cunhada pelo texto constitucional no artigo 127.

A partir daí, podemos dizer que se inicia o movimento para mover o eixo estrutural do processo de um viés puramente individual para a seara coletiva, o que já vinha acontecendo com o direito civil⁴ e já era advertido pela doutrina processual⁵ italiana.

Com a Lei nº 7.347/85, foram ampliadas as hipóteses de cabimento de demandas visando à tutela dos direitos difusos e coletivos, podendo tal ação ser utilizada não somente para a proteção do patrimônio público, que já era tutelável via ação popular, mas, da mesma forma, para a proteção do meio ambiente, dos consumidores, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, bem como qualquer interesse difuso ou coletivo⁶.

Depois, mister fazer referência à Constituição Federal de 1988, que teve papel fundamental na tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, uma vez que ampliou o objeto da ação popular, permitindo a sua utilização também para a preservação do meio ambiente e da moralidade administrativa; previu a possibilidade de mandado de segurança coletivo; e, por fim, dispôs expressamente sobre a legitimidade para tanto⁷.

³ É bem verdade que Barbosa Moreira já estudava o assunto desde a edição da Lei da Ação Popular, no ano de 1965, enquanto Paulo Cezar Pinheiro Carneiro sustenta que o primeiro registro legal da tutela de tais direitos em nosso país remonta à Consolidação das Leis do Trabalho, quando tratou dos dissídios coletivos. Para maiores informações, conferir: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Ação Popular no Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados Direitos Difusos*, in Temas de Direito Processual, Primeira Série, São Paulo: Saraiva, 1977; e CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Il Diritto civile nella Legalità Costituzionale*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Formações Sociais e Interesses Coletivos Diante da Justiça Civil*, in Revista de Processo, Vol. 5, pp. 128/159.

⁶ Art. 1º da Lei 7347/85.

⁷ O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 trata da ação popular e do mandado de segurança coletivo: “Art. 5º(...): LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados; (...) LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada

A Lei da Ação Civil Pública foi seguida pela Lei 7853/89, que disciplina especificamente a tutela dos direitos e interesses coletivos e difusos de pessoas portadoras de deficiência, e pela Lei 7913/89, que prevê a ação civil pública de responsabilidade por danos a investidores do mercado de valores mobiliários.

Posteriormente, tivemos a edição do E.C.A. (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), que contemplou a viabilidade da ação civil pública por ofensa a direitos da criança e do adolescente.

Logo após, foi editado o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.90), que alterou diversos dispositivos da Lei da Ação Civil Pública e também regulamentou no ordenamento pátrio a ação coletiva nos seus artigos 91 a 100.

Importante, ainda, apontarmos a edição da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), que visa ao combate dos atos ilícitos praticados por funcionários públicos no exercício de suas funções, criando mecanismos para a repressão a esses atos e a devolução aos cofres públicos das quantias desviadas de suas finalidades originais; da Lei nº 8.884/94 (Lei Antitruste), que dispõe sobre a prevenção e a repressão de infrações econômicas; e da Lei 8.974/95, que estabelece normas de proteção à vida e à saúde do homem, dos animais, das plantas, bem como do meio ambiente.

A seguir, tivemos a Lei nº 10.257/01, que em seu artigo 54 (que remete à Lei nº 7.347/85) contemplou a defesa coletiva da ordem urbana, e o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) que criou uma série de normas protetivas às pessoas maiores de sessenta anos, bem como regulamentou o uso da ação civil pública para a defesa dos interesses desses indivíduos.

má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”. A ação civil pública vem inserida no capítulo que trata do Ministério Público, como sendo uma de suas funções institucionais: “Art. 127 – O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (...) Art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público: (...) III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;”

Por fim, a Lei Maria da Penha – Lei nº 10340/06 – que visa a coibir a violência doméstica, também contemplou a tutela coletiva nos artigos 26, inciso II e 37.

Vistos todos esses Diplomas, surge a inevitável indagação: qual a extensão da legitimidade da Defensoria Pública nesse contexto?

Estamos em que, diante da previsão genérica no artigo inciso II do art. 5º da Lei nº 7.347/85, a Defensoria Pública estará legitimada para todas as matérias contempladas nas Leis acima referidas.

A única exceção que poderá ser oposta diz respeito à matéria de improbidade administrativa, uma vez que a Lei nº 8.429/92 traz regra específica e restritiva a respeito do tema no artigo 16, que dispõe serem legitimados apenas o Ministério Público e a pessoa jurídica de direito público interno lesada.

Quer me parecer que aqui, por se tratar de moralidade administrativa, com claros reflexos nas instâncias penal e, por vezes, eleitoral, a legitimidade deve ser mesmo mais restrita, constituindo-se em norma específica que não admite revogação por Lei posterior.

Importante observar que o Estatuto do Idoso, traz em seu artigo 81 um rol de legitimados para a ação coletiva, que chega a incluir a Ordem dos Advogados do Brasil (inciso III), embora nada disponha sobre a Defensoria Pública.

Também a “Lei Maria da Penha” traz redação restritiva no artigo 37, dispondo que para ações coletivas em matéria de violência doméstica estarão legitimados o Ministério Público e as Associações Cívicas, observado quanto a essas últimas, o requisito da pertinência temática.

Mesmo nesses dois casos, temos sustentado que a nova Lei nº 11.448/07, por ser norma posterior e por estar inserida exatamente no Diploma Base da Ação civil

pública, que, aliás, é invocado por quase todas as demais Leis, se aplica também a esses casos.

Por outro lado, sendo ente legitimado para a propositura da ação, certamente poderá também habilitar-se como litisconsorte (art. 94 do C.D.C.). Pode-se ainda pensar numa interpretação extensiva do art. 5º, § 5º da Lei nº 7.347/85, de modo a se permitir um litisconsórcio entre Defensorias Públicas de Estados diversos ou ainda entre o ente estadual e a Defensoria Pública da União.

Contudo, é mais ponderado que tal dispositivo venha a ser inserido na Lei Orgânica da Defensoria Pública, tanto em nível federal (Lei Complementar nº 80/94) como nos planos estaduais (no caso do Rio de Janeiro, Lei Complementar nº 06/77).

Em razão das restrições contidas no art. 129, inciso III da Constituição da República, c/c art. 8º da Lei nº 7.347/85, a D.P. não pode instaurar inquérito civil, eis que se trata de providência privativa do Ministério Público, na medida em que este instrumento demanda uma série de providências investigatórias, como a requisição de documentos, depoimentos de testemunhas e realização de perícias, incompatíveis com a natureza constitucional da Defensoria.

Por outro lado, nos termos do artigo 5º, § 6º da Lei da Ação Civil Pública, poderá normalmente firmar compromissos de ajustamento de conduta, eis que se insere na definição legal de “órgão público”.

Outras providências, como a convocação de audiências públicas e expedição de recomendações devem ser, por enquanto, evitadas, eis que sua efetivação, a nosso ver, demanda previsão legal específica nas respectivas leis orgânicas, como referido acima.

Como ocorre com os demais legitimados, à D.P. também será imposta a restrição referida no parágrafo único do artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública,

introduzido pela Medida Provisória nº 2180-35, de 24 de agosto de 2001, no sentido de não ser cabível a tutela coletiva “*para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia de Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados*”.

Ainda quanto à legitimidade, é preciso investigar sua dimensão político-social, a fim de ofertar sustentáculo dogmático à nova Lei.

Nesse passo, mister referir dois autores de grande relevância nessa matéria e que ajudaram a construir a “ponte” entre os mundos político e jurídico.

Barbosa Moreira⁸ talvez tenha sido o primeiro processualista a ofertar uma visão sistemática da legitimidade, aclarando alguns pontos sobre o instituto.

Para o Mestre, legitimação é “*a coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa tal como resulta da postulação formulada perante o órgão judicial, e uma situação legitimante prevista em lei para posição que essa pessoa se atribui, ou que ela mesma pretende assumir*”.

Prosseguindo nessa linha de raciocínio, Donaldo Armelin⁹ faz distinção entre a legitimidade política-social e a legitimidade jurídica, asseverando que o ponto de contato entre elas reside na justificação do exercício do poder.

Destarte, o conceito de legitimidade é firmado a partir de dois elementos, a saber: (i) objetivo, que representa a qualidade atribuída pela ordem jurídica ao sujeito legitimado para o exercício de determinados atos; e (ii) subjetivo, que indica a existência de uma situação de fato legitimante e que autorize a atuação do referido sujeito.

⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária*. Revista dos Tribunais, RT, vol. 404: São Paulo, junho/1969, pp.9/10.

⁹ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1976.

Tais considerações são interessantes para a tutela individual, mas não suficientes para fundamentar a legitimação de um ente para a tutela coletiva.

Com efeito, há grande controvérsia doutrinária, de cunho processual, acerca da legitimidade para a propositura da ação coletiva; discute-se ser ela ordinária ou extraordinária.

A bem da verdade, tal divergência já existia ao tempo da Lei nº 7.347/85. Neste trabalho não abordaremos a questão, mas remetemos o leitor às obras especializadas.

Embora prevalecesse o entendimento de que a legitimidade seria extraordinária¹⁰, a idéia de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro¹¹ mostrava-se bastante sedutora. Advogava ele a tese da legitimidade ordinária, na medida em que na ação coletiva o interesse tutelado é da coletividade, e como tal, todos têm certa ligação com ele, não havendo razão plausível para se falar em tutela em nome próprio de interesse alheio.

É certo que tal questão se torna um pouco obscura nas hipóteses de direito individual homogêneo, dada a necessidade de observação de cada caso concreto, mas se torna bastante clara quando se trata de direito difuso ou coletivo.

De qualquer sorte, parece-nos realmente que o direito processual coletivo está a reclamar melhor regulamentação e mais atenção do legislador, sobretudo ante sua enorme importância social, não sendo, portanto, recomendável que se tente aplicar “forçosamente” as disposições do direito processual individual, como ocorre, *in casu*, com a suposta incidência do artigo 6º do C.P.C..

¹⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 9ª edição, São Paulo: Saraiva, 1997; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: Comentários por Artigo*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

¹¹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público e a Lei da Ação Civil Pública – dez anos na defesa dos interesses difusos e coletivos*, in Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, volume 2, p. 148.

Temos sustentado que a legitimação nas ações coletivas é de natureza política¹², por ter sido uma opção do legislador não admitir a legitimidade do interessado, do sujeito da relação de direito material (como ocorre rotineiramente nos Estados Unidos, por exemplo, - Federal Rules of Civil Procedure¹³ (FRCP), Rule 23, “b” e criar um rol de entes legitimados para tanto.

Nesse diapasão, a legitimidade da Defensoria Pública, tal como ocorre com os demais integrantes do rol do art. 5º, é fruto de uma escolha discricionária do legislador, que aponta expressamente os entes que considera capacitados para a tutela coletiva, independentemente da vinculação ou não ao direito material em jogo.

Ao se considerar como política essa legitimidade, surge a necessidade de se justificar tal opção pelo legislador. Nesse ponto, mais uma vez socorremo-nos do direito norte-americano, cuja doutrina já debate a questão há vários anos, tendo chegado, apesar dos posicionamentos divergentes, a um bom termo.

Nesse passo, na busca de um substrato jurídico-conceitual para as “class actions”, erigiram-se muitas teorias, dentre as quais destacamos três: (i) Teoria da Comunidade de Interesses; (ii) Teoria do Consenso (essas duas consideradas teorias unitárias e reputadas insatisfatórias pela moderna doutrina do direito processual norte-americano); e (iii) Teoria Substantiva da Ações Coletivas.

A primeira das teorias identifica-se com a produção legislativa e jurisprudencial do século XIX; a segunda com o interregno de 1938 a 1966; e a terceira trata particularmente de questões cujo advento é posterior à reforma¹⁴ de 1966.

¹² No sentido do texto, NERY JR. Nelson et alli. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 628, nota 17.

¹³ A versão atualizada das “Regras” está disponível em nosso sítio: <http://www.humbertodalla.pro.br>.

¹⁴ Maiores informações sobre as reformas na Rule 23 podem ser obtidas com a leitura das seguintes obras: BUENO, Cássio Scarpinella. *As Class Actions Norte-Americanas e as Ações Coletivas Brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, in *Revista de Processo*, Vol. 82, abr/jun, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, pp. 92/151. CUNHA, Alcides Munhoz da. *Evolução das Ações Coletivas no Brasil*, *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 77, pp. 224/235, jan./mar. 1995. GIDI, Antonio. *Class Action in Brazil - a model for civil law countries*, *The American Journal of Comparative Law*, vol LI, number 2, 2003. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da Class Action for Damages à Ação de*

Embora nos voltemos aqui para o sistema legal norte-americano, certamente da análise destas teorias será possível depreender elementos aplicáveis universalmente às ações coletivas, em especial no que tange ao ordenamento brasileiro.

Começemos pela Teoria da Comunidade de Interesses.

A doutrina¹⁵ norte-americana das class actions partiu do pressuposto de que “*a class must, for all purposes of the suit, constitute a unit*”.

Já em 1837, ensinava Calvert¹⁶ que a “community of interests” era o elemento fundamental para a instauração da “class action”.

Segundo ele: “*This form of suit cannot be adopted, unless all the persons on whose behalf the bill is filed, have one common interest in all the objects of the suit*”.

Largo dissenso, contudo, se instalou desde cedo na doutrina estadunidense no que tange à verificação do que configuraria a unidade da classe; bastaria a possibilidade de instauração de um mesmo “*case*”, em que se apreciariam “*joint and several rights*”, ou seria necessário compartilharem os membros da classe de um mesmo direito, bastando uma única sentença para que todos se vissem contemplados?

Classe Brasileira: os Requisitos de Admissibilidade, in *REPRO*, vol. nº 101, ano 26, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar 2001, pp.11/27. HENSLER, Deborah R. *et alii*. *Class Action Dilemmas*, Santa Monica: Rand, 2000. KLONOFF, Robert H, BILICH, Edward K. M. *Class Actions and other multi-party litigation – Cases and Materials*, Minnesota: West Group, 2000. LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. MILLER, Arthur R. *On Frankenstein Monsters and Shining Knights: Mith, Reality and The Class Action Problem*, *Harvard Law Review*, jan./79, 92(3): 664-694. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Class Actions in Brazilian Law: General Aspects. Evolution and Some Controversies*, in *Connecticut Journal of International Law*, vol 20, number 2, summer 2005, pp. 185/197). TUCCI, José Rogério Cruz e. *Class Action e Mandado de Segurança Coletivo*, São Paulo: Saraiva, 1990.

¹⁵ HARVARD UNIVERSITY. *Developments in Law: Class Actions*, *Harvard Law Review*, may/76, 89(7), p. 1332.

¹⁶ CALVERT, F. HARVARD UNIVERSITY, *op. cit*, p. 1333.

O fato é que a Teoria da Unidade de Interesses concebia a classe como uma entidade unitária, engendrada abstrata e juridicamente a partir da natureza de unicidade e homogeneidade dos direitos envolvidos. Derivava, portanto, não de opção das partes ou discricionariedade judicante, mas da própria estrutura das relações jurídicas envolvidas.

Vejamos agora a Teoria do Consentimento.

Como antítese da teoria do “community of interests”, a teoria do consentimento toma por ponto de partida a individualidade dos interesses envolvidos na “class action”. A configuração da “class”, dentro dessa perspectiva, não seria corolário direto da natureza dos direitos e interesses envolvidos, mas situação fática decorrente do consenso expresso dos membros.

A teoria, embora possa ter parecido para alguns uma forma de emprestar maior legitimidade às “class actions”, foi pouco acolhida pela jurisprudência e, nas raras vezes em que foi esposada pelos tribunais, não se revelou bem sucedida. Na verdade, propõe inverter o foco de abordagem da teoria da comunidade de interesses; enquanto esta última interpreta a “class” como um ente unitário distinto de seus membros, a primeira enxerga-a como um agregado de indivíduos.

Assim, cabe ao indivíduo aferir as vantagens e desvantagens envolvidas na litigância coletiva. Por um lado diminuem os custos da ação e aumenta o poder de barganha do grupo. Por outro, contudo, estará o indivíduo no mais das vezes alijado do controle do litígio, embora vinculado aos efeitos da sentença, mesmo em detrimento de seus interesses.

Apesar de tudo o que se afirmou até agora, a bem da verdade, ambas as teorias se encontram em franco desuso desde a reforma de 1966.

Já é hora, pois, de examinar a Teoria Substantiva das Ações Coletivas, assim definida pela doutrina da Harvard Law School¹⁷:

“Class action procedures assist courts in giving full realization to substantive policies in two ways. First, to the extent that they open courts to claims not ordinarily litigated, class actions enable courts to enforce policies underlying causes of action in circumstances where those policies might not otherwise be effectuated. Second, to the extent that they enable courts to see the full implications of recognizing rights or remedies, class action procedures assist courts in judging precisely what outcomes of litigation would best serve the policies underlying causes of action. Class action procedures are fair because courts are more likely to see both significance of the claims of a plaintiff and the consequences of imposing liability to a defendant, and thus are more likely to arrive at a substantively just conclusion. Through class action procedures, moreover, the interests of absentees, who may be affected by litigation regardless of its class nature, are given representation in the litigative process, and thus are more likely to be given their due”.

Desse modo, temos que a “substantive theory” encara a “class action” como uma solução processual de acesso à justiça, principalmente nos casos em que a litigância individual se provaria economicamente inviável.

Dessa forma, a solução processual das “class actions”, sob o prisma da substantive theory, pode e deve representar uma resposta processual adequada aos desafios inerentes à tutela dos direitos transindividuais, servindo igualmente para justificar a opção política do legislador.

A partir dessas premissas apontadas, a legitimidade da Defensoria Pública exsurge de forma inquestionável, apoiada na doutrina da Teoria Substantiva, como instrumento viabilizador ou ao menos facilitador do acesso à justiça.

Questão interessante e que já começa a chamar a atenção dos especialistas diz respeito a uma possível restrição da legitimidade da Defensoria Pública tendo em vista a espécie de direito transindividual tutelado.

¹⁷ HARVARD UNIVERSITY. *idem*, p. 1353.

Como é de conhecimento geral, o artigo 81, parágrafo único do C.D.C. apresenta as três espécies de direitos coletivos em sentido lato: (i) difuso; (ii) coletivo em sentido estrito; e (iii) individual homogêneo.

Como já temos manifestado, em diversas ocasiões, a opção do legislador foi profundamente equivocada.

Os direitos transindividuais não são estáticos e não admitem uma classificação definitiva. São direitos dinâmicos, na medida em que refletem a pretensão de uma coletividade que está em constante mutação.

Embora seja algo desejável, do ponto de vista teórico e sistemático, na prática, a classificação proposta pelo CDC tem se mostrado catastrófica. Vários problemas têm surgido a partir da dificuldade de adaptação desses conceitos herméticos às situações concretas.

Apenas para citar um exemplo, podemos referir a discussão acerca da legitimidade do Ministério Público no caso do reajuste das mensalidades escolares¹⁸.

¹⁸ “*Recurso Extraordinário Constitucional. Legitimidade do Ministério Público para promover a Ação Civil Pública em defesa dos interesses difusos, coletivos e homogêneos. Mensalidades escolares: capacidade postulatória do Parquet para discuti-las em juízo. 1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). 2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III). 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. 5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. 5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como*”

Desde o ajuizamento da demanda, mais de cinco anos se passaram até que o Supremo Tribunal Federal resolvesse, por maioria, que o *Parquet* estava legitimado para tanto.

Cinco anos para se atestar a presença de uma condição para o regular exercício do direito de ação.

A partir daí, os autos do processo retornaram ao juízo de primeira instância, para que esse proferisse o despacho liminar positivo, e desse seguimento à fase postulatória, com a citação do réu.

Como se percebe facilmente, após o decurso de tanto tempo, todos os pais de alunos que estavam em dificuldades financeiras para pagar a mensalidade de seus filhos, tiveram que encontrar outra solução, pois quando o STF finalmente se manifestou, aqueles alunos já haviam concluído o curso secundário.

O legislador, em 1990, trabalhou com conceitos jurídicos indeterminados, com normas em aberto e, com isso, criou toda essa confusão.

Realmente, não faz muito sentido a opção de avocar a responsabilidade de definir e classificar um instituto e não apresentar uma delimitação objetiva clara sobre o mesmo.

O problema é potencializado, na medida em que os Tribunais demonstraram, por muito tempo, extrema dificuldade em trabalhar com os novos

dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade ad causam, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação.” (RE N. 163.231-SP. RELATOR: MIN. MAURÍCIO CORRÊA - Informativo nº 234 do S.T.F, disponível na Internet no seguinte endereço: <http://www.stf.gov.br>).

conceitos e não há ainda uma estrutura que permita a aplicação de regras próprias à jurisdição coletiva. Nesse sentido, já tivemos oportunidade¹⁹ de ressaltar que:

“Toda a dificuldade surge da conjugação de uma legislação lacônica, fundada em conceitos jurídicos abertos ou indeterminados, aliada a uma postura tradicionalista de alguns membros do Poder Judiciário, que, infelizmente, e com todas as vênias, ainda não se mostram imbuídos de uma mentalidade apropriada à solução dos conflitos de massa, os quais demandam regras próprias, sendo inviável a aplicação das mesmas regras atinentes à jurisdição individual. Nesse passo, percebe-se, não raras vezes, que os tribunais tentam aplicar a teoria geral do processo tradicional, construída para atender às demandas individuais, aos novíssimos conflitos sociais, que, certamente, não eram sequer imaginados pelos grandes mestres clássicos quando disciplinaram os institutos da legitimidade, competência, conexão, litispendência e coisa julgada, entre tantos outros. Hoje, podemos afirmar, a toda evidência, que a legislação brasileira reclama a criação e a sistematização de uma teoria geral diferenciada e específica ao processo coletivo, eis que a concepção tradicional não oferece uma solução apropriada à maioria dos problemas processuais típicos das ações de classe”.

De se referir, nesse ponto, a experiência norte-americana.

Numa tentativa de se chegar a uma base teórica para as ações coletivas, James W. Moore, um dos redatores do Federal Rules of Procedure, concebeu um conceitualismo confuso, consignado na Rule 23 do referido diploma legal, em que se dividiam as ações coletivas em *true*, *hybrid* e *spurious*²⁰.

Depreende-se da leitura da antiga Rule 23 que as ações eram classificadas com base no critério da natureza do direito (*“character of the right”*). Uma *“true class action”* seria, portanto, aquela que versasse sobre interesses comuns e internos dos membros de uma mesma pessoa jurídica, como as associações, por exemplo. Uma *“hybrid class action”* (tornada obsoleta pela superveniência de uma

¹⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de *Direito Individual Homogêneo e legitimidade do Ministério Público: visão dos Tribunais Superiores*, in Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, volume 07, nº 26, Rio de Janeiro, 2004, pp. 246/7. Neste texto podem ser encontrados ainda diversos outros casos em que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça foram chamados a identificar a espécie de direito transindividual, de forma a resolver se o Ministério Público teria ou não legitimidade para a sua tutela.

²⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *As Class Actions Norte-Americanas e as Ações Coletivas Brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, in Revista de Processo, Vol. 82, abr/jun, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 94.

legislação de falências) consubstanciaria a hipótese dos concursos de credores. Por fim, as “*spurious class actions*” seriam meros convites aos litisconsortes a fim de que esses ingressassem naquela relação jurídico-processual.

A propósito, anota José Rogério Cruz e Tucci²¹:

“Antes da reforma de 66, a regra 23, como visto, ensejava uma triplíce distinção das class actions, dependendo do character of right deduzido em juízo e, por isso, diferente era a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada (binding effect) em cada uma das espécies então concebidas. Com efeito, na denominada true class action – quando o direito da categoria era joint ou common – a eficácia ultra partes da decisão atingia diretamente todos os membros do grupo, ainda que estranhos ao processo. Tratando-se da hipótese de hybrid class action – quando os direitos dos componentes eram distintos (several), mas referentes a um único bem -, na qual havia um interesse comum, os efeitos da denominada claim preclusion atingiam todos os membros tão somente em relação aos seus respectivos direitos sobre o bem que havia sido objeto da controvérsia. (...) Por outro lado, na hipótese de spurious class action – quando os direitos dos componentes eram distintos (several), mas dependentes de uma questão comum de fato ou de direito, ensejando uma decisão uniforme – a qual, como decorre da própria denominação, apenas do ponto de vista prático era inserida entre as class actions, a sentença projetava seus efeitos exclusivamente àqueles que participavam do processo: ‘bound only the parties before the court’”.

Durante os vinte e oito anos de vigência da classificação (1938-1966), consignada na Rule 23 do “Federal Rules of Civil Procedure”, não se conseguiu implementar de forma eficiente o sistema, altamente criticado pela doutrina e mal compreendido na jurisprudência.

A partir de 1966, com a reformulação da Rule 23, extinguiram-se as antigas categorias e instalou-se um regime de “*opt-out*” para as ações coletivas (tutelares de direitos individuais homogêneos) e de dispensa de notificação para as ações populares (tutelares de direitos difusos). Essas alterações foram acompanhadas

²¹ TUCCI, José Rogério Cruz. *Class Action e Mandado de Segurança Coletivo*, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 26.

nas legislações estaduais, se bem que com considerável redução de requisitos para sua propositura, na maioria das vezes.

Nessa linha de raciocínio, e retornando ao problema brasileiro, talvez fosse o caso de o legislador abandonar a classificação no plano material (do direito civil) e adotar uma classificação no plano processual, de modo a conceber apenas duas espécies de ação, de acordo com divisibilidade ou não do direito e, conseqüentemente, de acordo com o destinatário do valor a ser percebido a título de indenização (o fundo, no primeiro caso e os lesados, no segundo).

Não obstante a crítica, mister examinar o dispositivo do C.D.C. a fim de se avaliar a necessidade de balizamento na atuação da Defensoria Pública.

Os direitos ou interesses difusos são conceituados no art. 81, parágrafo único, inciso I do Código de Defesa do Consumidor como sendo “*os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato*”.

Rodolfo de Camargo Mancuso²², com base na conceituação legal acima apontada, indica como características básicas de tais interesses a indeterminação dos sujeitos, a indivisibilidade do objeto, a intensa conflituosidade, e a sua duração efêmera.

Com relação à indeterminação dos sujeitos, temos que os interesses difusos dirão respeito a um grupo indeterminado ou dificilmente determinável de sujeitos.

Justifica-se a tutela dessa espécie de direitos a partir do raciocínio de que se o interesse individual merece a tutela do Direito, com mais razão ainda a merece o interesse de muitos, ainda que os seus titulares não possam ser identificados precisamente.

²² MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 88.

A lesão a esses direitos, por conseqüência, também atingirá um número indeterminado de pessoas, que pode ser tanto uma comunidade, quanto uma etnia, ou mesmo um país inteiro. Assim, temos que *“os interesses difusos situam-se no ‘extremo oposto’ dos direitos subjetivos, visto que estes apresentam como nota básica o ‘poder de exigir’, exercitável por seu titular, contra ou em face de outrem, tendo por objeto certo bem da vida”*.

Quanto à indivisibilidade do objeto, a satisfação dos interesses difusos a um indivíduo implica necessariamente na satisfação de outros, já que a lesão também atingirá toda a coletividade. O caráter da indivisibilidade desses interesses também decorre do fato de que não existe a possibilidade de se afirmar com precisão quanto do direito pertence a cada um dos integrantes do grupo indeterminado, que é o seu titular.

A terceira característica dos direitos difusos é a intensa litigiosidade interna²³ que *“deriva basicamente da circunstância de que todas essas pretensões meta individuais não têm por base um vínculo jurídico definido, mas derivam de situações de fato, contingentes, por vezes até ocasionais”*.

A quarta característica diferenciadora dos interesses difusos é a sua transição ou mutação no tempo e no espaço, visto que os mesmos surgem e também desaparecem muitas vezes de situações repentinas e imprevisíveis.

Os direitos ou interesses coletivos em sentido estrito são conceituados pelo artigo 81, parágrafo único, inciso II do CDC, como *“os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria, ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base”*.

Conforme lição de Kazuo Watanabe²⁴, *“com o uso da expressão transindividual de natureza indivisível se destacou, antes de mais nada, a idéia de*

²³ Idem. ibidem, pp. 94.

²⁴ WATANABE, Kazuo. *Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense*. REPRO, vol. 67, Revista dos Tribunais: São Paulo, 1992, p. 17.

interesses individuais agrupados ou feixe de interesses individuais da totalidade dos membros de uma entidade ou de parte deles”.

Assim, são direitos coletivos em sentido estrito aqueles cujos sujeitos estão ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, e não por circunstâncias fáticas, como ocorre no caso dos direitos difusos.

Ademais, os titulares dos direitos coletivos em sentido estrito são determinados, ou ao menos determináveis em tese, em virtude do fato de que eles fazem parte de certos “grupos, categorias, ou classes”, como, por exemplo, os condôminos de um edifício, os sócios de uma empresa, os membros de uma equipe esportiva, os membros de uma associação de classe, etc.

Também os direitos coletivos em sentido estrito são indivisíveis; tal qual ocorre com os direitos coletivos, também aqui a satisfação ou a lesão do direito irá atingir indistintamente todos os seus possíveis titulares²⁵.

Ainda podemos apontar como características dos direitos coletivos em sentido estrito, dada a sua natureza, que eles são insuscetíveis de apropriação individual, de renúncia ou de transação, e intransmissíveis.

Finalmente, os direitos individuais homogêneos.

O CDC inovou ao incluir em seu artigo 81, parágrafo único, inciso III, a possibilidade de tutela coletiva desses direitos, definidos, simploriamente, como aqueles que possuem “*origem comum*”.

Essa falta de conceituação precisa levou a um entendimento errôneo de que seria interesse individual homogêneo aquele que não pudesse ser encaixado nas

25 ZAVASCKI, Teori albino, *Defesa de Direitos Coletivos e Defesa Coletiva de Direitos*. REPRO, vol. 78, Revista dos Tribunais: São Paulo, 1995, p. 34.

conceituações de direitos difusos e coletivos²⁶. Assim passamos a analisar alguns conceitos que foram desenvolvidos pela doutrina, a fim de delimitar mais precisamente o tema.

De acordo com o magistério de Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes²⁷, *“os direitos individuais homogêneos particularizam-se por serem singulares, próprios de cada pessoa (pois, divisíveis), decorrentes de fato comum, mas que por motivos de interesse social podem ser tutelados coletivamente, como meio de lograr maiores êxitos no aspecto da efetiva reparação patrimonial”*.

Assim, temos que os direitos individuais homogêneos são aqueles que têm por base uma mesma circunstância fática, sendo os seus titulares determinados ou ao menos determináveis, distinguindo-se exatamente nesse ponto dos direitos difusos, que também têm por base a mesma circunstância fática, todavia os seus titulares são indeterminados.

Muito também se discute quanto à natureza individual ou coletiva dos direitos individuais homogêneos.

Alcides A. Munhos da Cunha²⁸, assumindo posição minoritária, entende que os direitos ou interesses individuais homogêneos *“são interesses meta-individuais, enquanto pressupõem interesses coordenados e justapostos que visam à obtenção de um mesmo bem, de uma mesma utilidade indivisível”*.

Em sentido contrário, Rodolfo de Camargo Mancuso²⁹ preleciona que *“tudo indica que os interesses individuais homogêneos não são coletivos em sua essência, nem no modo como são exercidos, mas apresentam certa uniformidade, pela*

²⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, *A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça*. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 33.

²⁷ FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. *Breves considerações sobre as ações coletivas contempladas no Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Processo, vol. 71, 1993, p. 141.

²⁸ CUNHA, Alcides A. Munhos da. *Evolução das Ações Coletivas no Brasil*. Revista de Processo, vol. 77, 1995, p. 233.

²⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sobre a legitimação do Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos*. Ação Civil Pública: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após 10 anos de aplicação – coordenador Édis Milaré, São Paulo, Revista dos Tribunais. 1995, pp. 438-450.

circunstância que seus titulares se encontram em certas situações, que lhes confere coesão suficiente para destacá-los da massa de indivíduos isoladamente considerados”.

Nessa mesma esteira, Pedro da Silva Dinamarco³⁰ afirma serem eles *“verdadeiros interesses individuais, mas circunstancialmente tratados de forma coletiva. (...) São conseqüências da moderna sociedade de massa, em que a concentração de pessoas em grandes centros e a produção em série abrem espaço para que muitas pessoas sejam prejudicadas por um mesmo fato”.*

Entendemos nós³¹ que o direito individual homogêneo é direito subjetivo individual complexo; *“é um direito individual porque diz respeito às necessidades, aos anseios de uma única pessoa; ao mesmo tempo é complexo, porque suas necessidades são as mesmas de todo um grupo de pessoas, fazendo nascer, destarte, a relevância social da questão”.*

Examinadas as três espécies, chega a hora de avaliar o papel da Defensoria Pública nesse contexto.

O Projeto³² de Código Brasileiro de Direitos Coletivos, em seu artigo 20, inciso IV assegura legitimidade para a tutela dos direitos transindividuais pela Defensoria Pública, regulando a matéria da seguinte forma:

*“Art. 20. Legitimação. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa: (...)
IV – a Defensoria Pública, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, quando a coletividade ou os membros do grupo, categoria ou classe forem necessitados do ponto de vista organizacional, e dos individuais homogêneos, quando os membros do grupo, categoria ou classe forem, ao menos em parte, hiposuficientes”;*(sic)

³⁰ DINARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo, Saraiva, 2001, p. 60.

³¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. *Direito Individual Homogêneo – uma leitura e releitura do tema*, in Revista Júris Poiesis, volume 06, ano 07, pp. 213/226, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2004.

³² De acordo com a última versão disponível quando da elaboração deste artigo (abril de 2007), consultada no sítio do IBDP, em <http://www.direitoprocessual.org.br>. O artigo 42 do mesmo Projeto garante ainda à Defensoria Pública a legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo

Como se pode perceber, o Projeto cria duas hipóteses distintas:

- (i) se o direito for difuso ou coletivo, a legitimidade da Defensoria Pública depende da verificação, no caso concreto, de um requisito específico, a saber, a necessidade organizacional da coletividade ou dos membros do grupo, categoria ou classe;
- (ii) se o direito for individual homogêneo, a legitimidade está condicionada a hipossuficiência de ao menos uma parcela do grupo, categoria ou classe.

Mais uma vez, corremos o risco de o legislador trabalhar com conceitos jurídicos indeterminados e, em razão de intermináveis discussões judiciais, colocar em risco a efetividade da tutela desses direitos.

Como já referimos, a classificação dos direitos coletivos (*lato sensu*) no plano material é falha, leva a desencontros conceituais, e já foi abandonada, desde o ano de 1966, pela legislação norte-americana.

Como se isso não bastasse, o Projeto cria um requisito de conteúdo indeterminado e que demanda uma avaliação subjetiva.

Afinal de contas, o que é necessidade organizacional? Como pode ser aferida? Quais são os parâmetros objetivos para tanto? E se houver discordância entre o Juiz e o Defensor Público acerca da presença desse requisito?

É razoável exigir-se do Defensor que interrompa todo o seu trabalho (que não é pouco) e faça uma investigação minuciosa para descobrir se há ou não a tal necessidade?

Ainda que ele se disponha a isso, o que fazer se o Juiz não entender dessa forma e rejeitar a inicial sob o fundamento da ausência dessa “condição específica para o regular exercício do direito de ação”? Teremos aqui uma reedição do mesmo problema que ocorreu com a legitimidade do Ministério Público e a extensão dos

direitos individuais homogêneos, que emperrou os Tribunais por anos e levou a um atraso desnecessário na prestação jurisdicional?

Ou ainda, por outro lado, se o Defensor entende que não há a referida necessidade organizacional e, fundamentadamente, deixa de propor a ação civil pública, podem os interessados questionar esse ato de alguma forma? Seria cabível exigir do Defensor, ao não propor, que encaminhasse os autos à Chefia da Instituição para exame da conveniência e oportunidade desse ato?

Deveria o Defensor, por outro lado, encaminhar ao M.P. ou a outro legitimado, se entendesse faltar esse requisito, ou simplesmente “arquivar” o pedido de providências ou a notícia de ilícito civil, sem a necessidade de tomar providências outras. Em suma como se daria o controle administrativo desse ato, se é que deveria estar sujeito a algum controle, ou seria apenas uma manifestação de sua independência funcional.

As mesmas questões se aplicam ao direito individual homogêneo, além de outras relativas ao termo “hipossuficiência” utilizado pelos redatores do Projeto.

Inicialmente, não se identifica de que hipossuficiência estamos falando: econômica, social, cultural ou jurídica. Em segundo lugar, não há um referencial proporcional; o texto fala apenas em parte do grupo. Seria, ao menos, a metade mais um?

Ainda que positiva a resposta, como isso poderia ser aferido na prática?

Uma vez mais se coloca a indagação: é razoável exigir do Defensor que abandone suas funções e, de calculadora em punho, saia batendo de porta em porta indagando se aquela pessoa pertence aquele grupo e, em caso positivo, proceda a uma investigação social para verificar ou não uma hipossuficiência que nem ele mesmo sabe como definir ou balizar?

Com todo respeito aos autores do Projeto, e sem ter a pretensão de criticá-los, parece que a redação ainda está a reclamar um amadurecimento e exame sob o ponto de vista prático. Um Projeto com tamanha ambição social não pode ser redigido apenas em gabinetes, sob influxos teóricos e dogmáticos. Deve se submeter ao mais amplo crivo social, ouvindo-se efetivamente os operadores do direito que serão diretamente atingidos por ele e que serão os seus instrumentalizadores!

É certo, por um lado, que se percebe uma preocupação com a questão constitucional. Afinal de contas, a Carta de 1988, ao tratar da Defensoria Pública no art. 134, faz expressa menção à defesa dos “necessitados”. Nessa linha de raciocínio, realmente, não poderia o Projeto conferir uma legitimidade ampla à Defensoria como aquela que se outorga ao Ministério Público, por exemplo.

Por outro lado, hoje, diante da vigência da Lei nº 11.448/07, não há parâmetros concretos para essa defesa, ao mesmo tempo em que a Defensoria, enquanto Instituição Pública, não pode se negar a tutelar um direito de grupo de pessoas, classe ou categoria que a procura e invoca a condição de hipossuficiente ou necessitada.

A questão é ainda mais tormentosa porque sempre pairou a noção de que o Ministério Público deveria tratar de questões coletivas, ao passo que a Defensoria se encarregaria de problemas individuais, os quais, por sua vez, não poderiam ser tutelados pelo M.P., sob pena de se violar o artigo 129, inciso IX da Carta, que veda ao M.P. o exercício de funções atípicas.

Entretanto, é bem verdade que essa divisão nunca foi obedecida em termos absolutos.

Em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 201, inciso III, conferiu ao *Parquet* a legitimidade para ajuizar ação de alimentos, apesar do silêncio do Código Civil, do C.P.C. e da própria Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68), e este dispositivo nunca foi questionado em A.D.I.N.. Ao contrário,

recentemente, o S.T.J.³³ fez referência a essa possibilidade ao reconhecer a legitimidade do M.P. para providências de natureza individual previstas no Estatuto do Idoso.

O Pretório Excelso, a seu turno, examinando a tormentosa questão da legitimidade do M.P. para a ação civil *ex delicto*³⁴, na forma do art. 68 do C.P.P., pontificou que, embora não se trate de uma função prioritária, em caso de ausência de Defensor ou Advocacia Dativa, tal direito pode ser tutelado pelo *Parquet* a fim de evitar seu perecimento.

Numa tentativa de sistematizar a matéria, diante da omissão do legislador, já temos visto algumas posições, em grupos de discussão institucional, na internet, no sentido de que os direitos ditos difusos e coletivos deveriam ficar sob a tutela do M.P., ao passo que os direitos individuais homogêneos poderiam ser defendidos pela Defensoria Pública.

A idéia não é má, mas certamente carece de base legal. Nada impede, contudo, que em determinada comarca, o Defensor e o Promotor façam um acordo

³³ AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. MP. IDOSO. Tal quando objetiva proteger o interesse individual do menor carente (arts. 11, 201, V, 208, VI e VII, da Lei n. 8.069/1990), o Ministério Público tem legitimidade ativa *ad causam* para propor ação civil pública diante da hipótese de aplicação do Estatuto do Idoso (arts. 15, 74 e 79 da Lei n. 10.741/2003). No caso, cuidava-se de fornecimento de remédio. Precedentes citados: REsp 688.052-RS, DJ 17/8/2006, e REsp 790.920-RS, DJ 4/9/2006. REsp 855.739-RS, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 21/9/2006. (Informativo nº 297, disponível em <http://www.stj.gov.br>).

³⁴ MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMAÇÃO PARA PROMOÇÃO, NO JUÍZO CÍVEL, DO RESSARCIMENTO DO DANO RESULTANTE DE CRIME, POBRE O TITULAR DO DIREITO À REPARAÇÃO: C. PR. PEN., ART. 68, AINDA CONSTITUCIONAL (CF. RE 135328): processo de inconstitucionalização das leis. 1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc* faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição - ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada - subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem. 2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal - constituindo modalidade de assistência judiciária - deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que - na União ou em cada Estado considerado -, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135328. RE N. 147.776-SP. RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE (Fonte: Informativo nº115 do Supremo Tribunal Federal, disponível na Internet no seguinte endereço: <http://www.stf.gov.br>).

de cavalheiros ou, melhor, assinem ambos, em litisconsórcio, a inicial, o que reduziria bastante as chances da sua rejeição pela ausência dos tão invocados requisitos da indisponibilidade do direito invocado e da relevância social da questão.

Esta é uma medida que, sem dúvida, contribuirá, em muito, para a defesa dos direitos coletivos, gerando benefícios concretos à população.

Mas, como isto depende, acima de tudo, de uma certa dose de bom senso e boa vontade dos membros de ambas as instituições, e isto nem sempre ocorre, é preciso traçar, ainda que genericamente, um parâmetro para a legitimidade da Defensoria Pública.

Nesse sentido, e tendo em vista que, em geral, normas definidoras de direitos e garantias devem ser interpretadas de forma extensiva, estamos em que a Defensoria Pública, ao menos hoje, tem legitimidade para a tutela das três espécies de direitos (difusos, coletivos e individuais homogêneos).

Caberá ao Defensor, no caso concreto, aferir se aquela situação demanda a atuação da Defensoria Pública, levando em conta todas as circunstâncias que puder examinar, sobretudo as econômicas, sociais, culturais e jurídicas.

Em ato fundamentado, deverá, ou propor a ação, ou arquivar o material que tiver recebido, dando notícia à Chefia da Instituição, e remetendo os autos, de ofício, ao Ministério Público, legitimado prioritário das ações civis públicas.

Tendo em conta esses precedentes, somos de opinião que, ao menos por enquanto, cabe apenas ao Defensor Público aferir, no caso concreto, a presença ou não da hipossuficiência, dentro dos parâmetros de sua independência funcional.

A fim de evitar um posicionamento judicial restritivo, o Membro do Ministério Público, ao ser intimado da propositura da demanda (art. 5º, § 1º da Lei

nº 7.347/85), poderá peticionar no sentido de ser admitido como litisconsorte (art. 94 da Lei nº 8.078/90 c/c art. 46, inciso I do C.P.C.).

Certamente muitas questões ainda surgirão a partir da ausência de normas específicas em matéria tão complexa.

De toda sorte, é de todo conveniente que as Associações de Defensores Públicos se organizem no sentido de viabilizar Projeto de Lei junto ao Congresso Nacional para criar um capítulo próprio para a matéria na Lei Orgânica Nacional (Lei Complementar nº 80/94), devendo haver ainda norma expressa no sentido de que tais disposições se aplicarão às Defensorias Estaduais.

Ademais, é preciso um movimento a fim de sensibilizar as Chefias dos Executivos Estaduais e Federal quanto aos investimentos indispensáveis na ampliação dos quadros, abertura de concurso para pessoal administrativo, e aparelhamento técnico, material e estrutural das Defensorias Públicas.

Não custa lembrar que, não por acaso, a prestação de uma assistência jurídica gratuita de qualidade é a primeira das “Ondas Renovatórias” propostas por Mauro Cappelletti³⁵ na sua já imortalizada obra “Acesso à Justiça”, e é um dos pilares que garantem a efetividade da prestação jurisdicional.

³⁵ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant (tradução de Ellen Gracie Northfleet). *Acesso à Justiça*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

DIREITO E ORDENAMENTO JURÍDICO DEMOCRÁTICO: UM ESTUDO SOBRE A IMPORTÂNCIA DO "ACESSO À JUSTIÇA" COMO GARANTIA DA "PERSONALIDADE JURÍDICA"

JOÃO LUÍS AMOÊDO GUIMARÃES¹

"Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à idéia do acesso à justiça, que é o pólo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios" Cândido Rangel Dinamarco

RESUMO

A monografia possui o tema: "Direito e Ordenamento Jurídico Democrático: Um estudo sobre a importância do acesso à justiça como garantia da personalidade jurídica".

Seu objetivo geral é analisar as evidências de que o "acesso à justiça" consiste no direito que emerge de um ordenamento jurídico democrático e visa a garantia efetiva da existência da personalidade jurídica da pessoa humana.

Este trabalho não se propõe a analisar profundamente soluções quanto aos problemas relacionados ao "acesso à justiça", e sim estudar e conscientizar sobre a importância e a compreensão de temas como a "efetividade e celeridade do processo", "segurança jurídica", "personalidade jurídica", "assistência jurídica integral e gratuita", "direitos coletivos e difusos" e "acesso à justiça", cotejando tais conceitos, bem como apontar caminhos para a reversão do atual estágio do "acesso à justiça" no Brasil. Eis o que trata a monografia, *lato sensu*, discutindo sobre a evolução, as expectativas, importância e os cuidados que devem ser tomados quanto ao processo judicial.

Procurou-se em cada capítulo, analisar cada instituto, não de forma estanque, mas, ao contrário, tendo sempre em mente o conjunto, que é a própria essência do "acesso à justiça", com um enfoque especial no hipossuficiente.

Utilizou-se da pesquisa bibliográfica dos principais autores nacionais contemporâneos, bem como da jurisprudência dos Tribunais Brasileiros.

Justifica-se o estudo pelo fato de atualmente existir um grande interesse nas questões inerentes a distribuição da justiça, o que sempre foi preocupação apenas dos operadores do direito, bem como em razão de contribuir com a discussão das propostas atualmente existentes sobre as reformas urgentes que merecem as questões atinentes ao "acesso à justiça".

A conclusão principal obtida foi à constatação de que a ineficiência do "acesso à justiça", não observando os institutos citados, acarreta consequência nefasta sobre a "personalidade jurídica" da pessoa humana, qual seja, seu aniquilamento.

1 - INTRODUÇÃO

A monografia objetiva o estudo do ordenamento jurídico nacional, a fim de investigar a importância do "acesso à justiça" para a "personalidade jurídica" da pessoa humana. Analisa as evidências de que o "acesso à justiça" consiste no direito que emerge de um ordenamento jurídico democrático e deve garantir a efetiva existência da "personalidade jurídica".

O trabalho promove o estudo de importantes institutos jurídicos, citando características e principais dispositivos legais, tais como: "acesso à justiça", "ordem jurídica justa", "segurança jurídica", "personalidade jurídica", "direitos coletivos e difusos", "assistência jurídica integral e gratuita" e "efetividade processual"; bem como a relação entre tais institutos, a análise da efetividade do "acesso à justiça" na sociedade brasileira, e, por fim, apontar medidas que visem a universalização do "acesso à justiça".

Vale ressaltar que não se descurou da pesquisa, objetivando atingir um estudo amplo dos institutos e a sua correlação com outras normas e princípios. Sob este prisma, procurou-se no estudo conceituar, dissertar e apontar a natureza de cada um dos temas citados, e, finalmente, não se furtou a um juízo de valor, sobre o sistema do "acesso à justiça" brasileiro.

Para o fim proposto pelo trabalho, fez-se uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se as obras jurídicas dos principais autores nacionais contemporâneos e a jurisprudência brasileira. Optou-se pelo desenvolvimento do trabalho em capítulos, dando um caráter didático aos temas em questão.

No momento, cabe dizer, que "acesso à justiça" e "personalidade jurídica" são institutos jurídicos de naturezas diversas, visto que o primeiro encontra-se embutido no direito processual e o segundo no direito material, mas encontram-se interligados, sob pena do segundo inexistir, numa ótica efetiva, sem o asseguramento do primeiro.

¹ Defensor Público, Pós-graduado em direito processual e processual civil

Eis a importância do trabalho, ante a significação para o Estado Democrático de Direito, de garantir direitos básicos de cidadania.

Em síntese “acesso à justiça” é o direito de toda pessoa pleitear os serviços judiciais, *lato sensu*. Já “personalidade jurídica” é a aptidão genérica e inerente a pessoa humana para adquirir direitos e contrair obrigações.

2 - DESENVOLVIMENTO

2.1 - CONSIDERAÇÕES SOBRE “ACESSO À JUSTIÇA”

2.1.1 - DO “ACESSO À JUSTIÇA”

Inicialmente cabe a conceituação do vocábulo “justiça”, eis que permeia todo o estudo, o qual segundo De Plácido e Silva² quer dizer:

“Justiça. Derivado de *justitia*, de *justus*, quer o vocábulo exprimir, na linguagem jurídica, o que se faz conforme o Direito ou segundo as regras prescritas em lei. (...) Os romanos consideravam-na em grau tão elevado que Ulpiano, argüindo-a de virtude, a definia como “*constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuere*” (vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu). (...) Em sentido restrito, é o vocábulo empregado na equivalência de organização judiciária. Indica, assim, o aparelhamento político-jurídico destinado à aplicação do Direito aos casos concretos, a fim de fazer a justiça. (...)”

“Acesso à justiça”, segundo os doutos, é expressão de difícil conceituação, mas, em apertada síntese, é o meio ou forma pela qual pode-se acessar o sistema jurídico com a finalidade de reivindicar direitos ou resolver litígios sob o patrocínio estatal.

Para Mauro Cappelletti³, os sistemas jurídicos possuem duas finalidades básicas:

“Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.”

Logo, é imprescindível numa sociedade democrática, que se garanta o “acesso à justiça”, viabilizando o acionamento do sistema jurídico na busca da solução dos conflitos.

Já “acesso à ordem jurídica justa” é a expressão utilizada por alguns doutrinadores, como a efetividade do “acesso à justiça”, isto é, não basta a garantia formal de acesso ao judiciário, é indispensável que seja assegurado a todos o direito de obter tutela jurídica, de forma eficaz, segura, justa e célere. Tal efetividade será objeto de análise no decorrer do trabalho.

Imprescindível ante a clareza de seus ensinamentos, a citação de Alexandre Câmara⁴:

“A garantia de acesso à ordem jurídica justa, assim deve ser entendida como a garantia de que todos os titulares de posições jurídicas de vantagem possam ver prestada a tutela jurisdicional, devendo esta ser prestada de modo eficaz, a fim de se garantir que a já referida tutela seja capaz de

² De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, Rio de Janeiro: Forense, 7ª ed., vol. III, 1982, p.40.

³ Mauro Cappelletti e Bryant Garth, tradução: Ellen Gracie Northfleet, Acesso à Justiça, Porto Alegre: Fabris, 1988, p.8.

⁴ Alexandre Freitas Câmara, Lições de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro: Lumem Juris, 8ª ed., vol.I, 2002, p.34.

efetivamente proteger as posições de vantagem mencionadas.”

Resumindo, “acesso à justiça” está diretamente ligado a outros institutos, especialmente a “efetividade do processo” e a garantia do direito a “assistência jurídica integral e gratuita”, o que também será objeto de comentário específico no decorrer do estudo.

Ao mesmo tempo em que se deve ter a pretensão quanto a um processo desburocratizado, ágil, seguro e célere, o ordenamento jurídico deve garantir efetivamente o acesso universal à justiça.

O ordenamento jurídico brasileiro, sob o aspecto formal é razoável quanto ao tema em questão. O que é imperioso é aparelhar à garantia constitucional do “acesso à justiça” ao hipossuficiente.

Deve o Estado buscar o aprimoramento das instituições ligadas ao “acesso à justiça”, evoluindo no campo legislativo, visto que as reformas da lei processual, na maioria das vezes, buscam apenas a celeridade.

Portanto, o direito ao “acesso à justiça”, é um direito previsto constitucionalmente (art. 5º, XXXV da C.F.), basilar no Estado Democrático de Direito, que consiste na garantia da intervenção judiciária para dirimir controvérsia, o que gera o dever da prestação da tutela jurisdicional, chamado de princípio da indeclinabilidade da prestação judicial, no sentido do texto a lição de Alexandre de Moraes⁵:

“O princípio da legalidade é basilar na existência do Estado de Direito, determinando a Constituição Federal sua garantia, sempre que houver violação do direito, mediante lesão ou ameaça (art. 5º XXXV). Dessa forma, será chamado a intervir o Poder Judiciário, que, no exercício da jurisdição, deverá aplicar o direito ao caso concreto.”

O princípio acima citado projeta-se no campo da legislação infraconstitucional como no art. 126 do CPC: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei...”, pois, de nada adiantaria assegurar-se o amplo acesso ao Judiciário, se, correlatamente, não se impusesse ao juiz o dever de sentenciar, ainda que diante de obscuridade da lei.

O mestre Mauro Cappelletti⁶, em sua obra sobre o tema “acesso à justiça”, já referido, aborda o assunto em tela, sobre três fases de desenvolvimento, as quais denomina de “as três ondas do acesso à justiça”:

- 1) assistência judiciária;
- 2) representação jurídica para os interesses difusos;
- 3) enfoque do acesso à justiça.

Conquanto fosse a intenção inicial, não se conseguiu analisar as “ondas” de forma absolutamente individualizada, em razão de que as matérias sobre “acesso à justiça” encontram-se firmemente interligadas, o que apenas durante o estudo ficou evidenciado.

Finalizando, optou-se apenas por uma questão didática, seguir a indicação do consagrado mestre, dando a cada “onda” uma preponderância de observação sobre determinado assunto.

2.1.2 - A PRIMEIRA ONDA (assistência jurídica integral e gratuita)

Assistência Judiciária significa exclusivamente a representação em Juízo, ou seja, a defesa judicial.

Com a evolução, percebeu-se a insuficiência de tal direito, posto que não atendia a garantia do “acesso à ordem jurídica justa”, pois o aconselhamento, a consultoria, a representação extrajudicial, etc., não se encontravam abarcados pela “Assistência Judiciária”.

Daí chegou-se ao que hoje se conhece como “Assistência Jurídica Integral e Gratuita”, a qual abrange de forma completa toda a assistência a que deve ter acesso o sujeito de direito, conforme relata Barbosa Moreira⁷:

“Nota-se desde logo aí uma inovação capital: a Constituição abandona aquela orientação

⁵ Alexandre de Moraes, Direito Constitucional, São Paulo, Atlas, 12ª ed., 2002, p.103.

⁶ Mauro Cappelletti e Bryant Garth, tradução: Ellen Gracie Novoa, Acesso à Justiça, Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 31.

⁷ Revista de Direito da Defensoria Pública nº 5, 1991, p.130.

restritiva de cuidar do assunto unicamente com referência à defesa em juízo: abandona a concepção de uma assistência puramente judiciária, e passa a falar em assistência jurídica integral. Obviamente, alarga de maneira notável o âmbito da assistência, que passa a compreender, além da representação em juízo, além da defesa judicial, o aconselhamento, a consultoria, a informação jurídica e também a assistência aos carentes em matéria de atos jurídicos extrajudiciais, como, por exemplo, os atos notariais e outros que conhecemos.”

A “assistência jurídica integral e gratuita” é o direito/garantia que visa permitir ao hipossuficiente o alcance dos meios existentes na busca da realização estatal da Justiça, configurada, de forma relevante, como direito individual no art. 5º, LXXIV da Constituição Federal. Sua efetiva aplicação, como outras prestações estatais, constituirão um meio de realizar o princípio da igualização, tratando os desiguais de forma diferenciada.

No que pertine a legislação Federal, a matéria é regulada pela Lei nº 1.060/50, a qual, cabe dizer, ante as imperfeições técnicas e a superveniência da Constituição Federal de 1988, faz jus a uma urgente atualização de conteúdo, inclusive, tal matéria merece ser inserida na codificação pertinente, haja vista sua importância para o direito processual.

Logo, sem o asseguramento do direito fundamental à “assistência jurídica integral e gratuita”, não dar-se-á efetividade ao comando que garante o amplo acesso ao Judiciário.

No aspecto formal constitucional (art. 134 da C.F.) e legal (Lei Complementar nº 80 de 12.01.1994), a sociedade brasileira possui uma instituição capaz de proporcionar o acesso dos menos favorecidos de fortuna aos tribunais, fazendo valer o direito à “assistência jurídica integral e gratuita”.

A estatística apresentada por estas instituições, especialmente a do Estado do Rio de Janeiro, a qual atendeu no ano de 2002 cerca de 1,8 milhões de pessoas⁸, deixa evidente a necessidade e a capacidade das Defensorias Públicas.

Entretanto, muito há que se fazer. Falta um tratamento isonômico por parte do Estado. É necessário investir-se na Defensoria Pública tal como se faz com as instituições congêneres, pois do contrário interpretar-se-á que o Estado não almeja a realização da justiça, e sim o aniquilamento dos necessitados, ou seja, resolve a demanda existente quanto ao “acesso à justiça”, dizimando seus credores.

Não se pode aceitar que o Estado, em causa própria, conte com toda a estrutura disponível em suas contendas, enquanto o hipossuficiente, não tenha o mesmo tratamento processual, pois os que representam os mais carentes não contam com a mesma estrutura, o que se afigura inconstitucional (art. 5º, *caput* da C.F.).

Vale dizer que alguns Estados da federação contam com uma Defensoria Pública organizada, embora com as deficiências já apontadas, devido à omissão estatal quanto ao tratamento isonômico.

“Acesso à justiça” não é privilégio dos “endinheirados”, que podem contratar advogados competentes. A mesma oportunidade deve ser estendida aos menos favorecidos de riqueza, aparelhando-se e aperfeiçoando-se as Defensorias Públicas. A questão do “acesso à justiça” deve ser encarada da mesma forma como as questões atinentes à educação e saúde, tendo em vista a sua importância e implicações de ordem prática, contribuindo para a paz social e a democracia, enfim, para o equilíbrio político-institucional do país, proporcionando a inclusão social.

Não há outro caminho no sentido de incluir os hipossuficientes senão consolidar a Defensoria Pública em todo o país, bem como cuidando de seu aparelhamento, o aumento do número de profissionais, a participação no quinto constitucional e legitimidade para as ações declaratórias de inconstitucionalidade.

No mesmo sentido a conclusão do I grupo de trabalho “Condições de acesso: Autonomia do Poder Judiciário, sob a coordenação do Des. Sylvio Capanema de Souza⁹ no *Workshop* “Acesso à Justiça - Administração da Justiça nas Américas no Contexto da Globalização:

⁸ Estatística disponível em: www.dpge.rj.gov.br.

⁹ Acesso à Justiça, Workshop, Administração da Justiça nas Américas no Contexto da Globalização, realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 10 a 14 Nov. 1997, pág. 49.

“Considerou-se importante o fortalecimento da instituição da Defensoria Pública, como mecanismo fundamental para um melhor acesso à justiça, sobretudo nos setores de recursos escassos.”

Assim, conforme se observa, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional está intimamente ligado àquele que assegura “assistência jurídica integral e gratuita” aos necessitados.

Concluindo, uma das principais conquistas sociais nos Estados Democráticos é a constitucionalização do direito ao “acesso à justiça”, com o correspondente dever do Estado de prestar “assistência jurídica integral e gratuita” àqueles que não puderem pagar honorários de advogado e custas judiciais. A Constituição Federal encarregou a Defensoria Pública como a instituição capaz de proporcionar ao hipossuficiente o “acesso à ordem jurídica justa”, tornando assim, efetivo o direito ao “acesso à justiça”.

2.1.3 - A SEGUNDA ONDA (interesses coletivos e difusos)

A questão ora em comento deve partir de uma nova ótica processual, que representa, segundo denominam vários especialistas, como fazendo parte da “novas tendências do direito processual”.

Para melhor entendimento dos interesses em questão (direitos coletivos e difusos), deve-se esquecer a concepção individualista do processo até agora reinante, a qual encontra-se ultrapassada, pois insuficiente para atender o aumento da demanda, acarretando reflexos na morosidade do aparelho judiciário.

A tutela dos interesses difusos e coletivos é mais vasta: abrange grupos e categorias, como no caso do consumidor ou do meio ambiente. O exemplo trazido por Antonio de Pádua Ribeiro¹⁰ é esclarecedor sobre a importância, cada vez maior de buscar a tutela do direito sob o enfoque coletivo/difuso:

“Uma empresa produz milhões de produtos com um defeito de pouco valor. Trata-se de interesse fragmentado, pequeno demais para que o cidadão, individualmente, defenda o seu direito. Mas, se todos os consumidores, em conjunto, decidirem atuar, estarão em jogo interesses consubstanciados em valores consideráveis. Há, pois, de atentar-se para os carentes econômicos e os carentes organizacionais.”

Para a compreensão exata dos direitos difusos e coletivos, é necessário, como se disse, que se deixe de lado os princípios liberais do individualismo que influenciaram a legislação brasileira em geral. É imprescindível uma mudança de paradigma, para que seja possível dar efetividade aos novos institutos em comento, os quais podem ser de grande valia no “acesso à justiça”, inclusive na diminuição das demandas junto ao Poder Judiciário.

Quanto à conceituação de direitos coletivos e difusos, a doutrina ensina que se tratam de direitos de natureza indivisível, sendo os primeiros de titularidade de grupos, categorias ou classes; já os últimos, os titulares são indetermináveis.

No aspecto formal, na tentativa de proteção dos direitos coletivos e difusos, o direito brasileiro é rico, como se pode observar das disposições contidas no art. 5º, XXI e 8º, III da CF e de institutos como a ação popular (art. 5º LXXIII da CF), ação civil pública (art. 129, III da CF e Lei nº 7.347/85), Código de Defesa do Consumidor (art. 81 e 82 da Lei nº 8.078/90), mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, da CF), e de dispositivos contidos no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 201, V da Lei nº 8.069/90).

2.1.4 - A TERCEIRA ONDA (efetividade do processo)

A busca da efetividade do processo, que alguns denominam de “o novo enfoque do acesso à justiça”, é à parte que requer maior desenvolvimento, tendo em vista as várias causas da ineficiência processual.

A análise do instituto da “efetividade do processo” é de importância capital, em razão da própria essência do direito processual, o de servir de instrumento de atuação do direito material. Assim, a serviço do direito material, é imprescindível seja o processo efetivo, para que alcance sua finalidade, dispondo de ferramentas capazes de assegurar aos jurisdicionados o que lhes pertence.

¹⁰ Revista Jurídica Consulex, Brasília nº 36, 1999.

No sentido do texto os ensinamentos de Alexandre Câmara¹¹:

“Por efetividade entende-se a aptidão de um instrumento para alcançar seus objetivos. Assim é que o processo só é efetivo se dispõe de meios capazes de permitir ao Estado atingir os escopos da jurisdição.”

A efetividade é um princípio sem o qual o processo perde sua razão de ser, pois não se concebe uma obrigação estatal de notável importância, qual seja, a de garantir dos direitos materiais, reconstruindo o *status quo ante*, sem que possua o selo da efetividade.

Não se pode falar em efetividade do processo no Brasil, sem referência ao processualista Barbosa Moreira¹², para quem, o processo, para ser efetivo, precisa atender a cinco postulados básicos:

“Dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos e posições jurídicas de vantagem contemplados no ordenamento; tais instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, sejam quais forem os titulares das posições jurídicas de vantagem, ainda quando indeterminados ou indetermináveis os seus sujeitos; há que se assegurar condições capazes de permitir uma exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, de modo a permitir que o convencimento do juiz corresponda, tanto quanto possível, à verdade; o processo deve ser capaz de assegurar a quem tem uma posição jurídica de vantagem, na medida do possível, tudo aquilo, e precisamente aquilo, a que faz jus, assegurando-se-lhe o pleno gozo da específica utilidade a que tem direito; cumpre assegurar que tal resultado seja alcançado com o mínimo dispêndio de tempo e energias”.

Ressalte-se que a efetividade do processo é um movimento contínuo e interminável, e se encontra relacionado à evolução jurídica da sociedade.

Não se muda uma sociedade apenas com voluntarismo, é necessário estudo, estratégia, trabalho, perseverança, e vontade política dos cidadãos, dos operadores do direito e das autoridades constituídas, especialmente daquelas que lidam e sobrevivem do serviço jurisdicional.

Proporcional a importância da efetividade processual, é a dificuldade de sua observação. Efetividade processual não significa o descuido de formalidades imprescindíveis, como as garantias processuais, especialmente aquelas alçadas a norma de natureza constitucional, muito menos a inobservância de institutos como a segurança jurídica e justiça das decisões.

A discussão sobre a efetividade do processo tardiamente chegou ao Brasil, e com certeza, é fruto da democratização do país, pois já era motivo de preocupação da doutrina alienígena a muito mais tempo, como se observa dos estudos de Ihering¹³:

¹¹ Alexandre Freitas Câmara, Lições de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro: Lumem Júris, 8ª ed. Vol.I, 2002, p.217.

¹² Apud Alexandre Freitas Câmara, Lições de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro: Lumem Júris, 8ª ed. Vol.I, 2002, p.217.

¹³ Apud Carice Dee Weber dos Santos, O que é a efetividade do Processo? Disponível em: www.cartamaior.com.br, acesso em 04.out. 2002.

"O direito existe para se realizar. A realização é a vida e a verdade do direito, é o próprio direito. O que não se traduz em realidade, o que está apenas na lei, apenas no papel, é um direito meramente aparente, nada mais do que palavras vazias. Pelo contrário, o que se realiza como direito é direito, mesmo quando não se encontra na lei ainda que o povo e a ciência dele não tenham tomado consciência".

A preocupação maior com a efetividade do processo e "acesso à justiça" se deu a partir do século XIX quando começaram as mudanças mais significativas da ciência processual, não podendo deixar sem citação os trabalhos valorosos dos juristas Cappelletti e Chiovenda.

Atualmente há consciência mundial sobre a importância da garantia do acesso de todos aos meios jurisdicionais, num processo ágil, rápido e de resultado justo. No Brasil, como já salientado, apenas agora tais preocupações constam da agenda dos operadores do direito, estando em andamento várias mini-reformas.

A conclusão de que se está atrasado nos estudos da efetividade do processo, levou-se recentemente as discussões sobre a reforma do judiciário, com o fim de torná-lo transparente e democrático.

Aliás, a expressão não deveria ser "Reforma Judiciário", visto que não corresponde a grandeza do que precisa ser reformado. Talvez o melhor fosse a expressão "a reforma do acesso à justiça" pois, não se trata apenas de reformar as estruturas do Poder Judiciário, como também da Defensoria Pública, do Ministério Público, das Procuradorias dos Estados, das Leis Processuais e do enfoque do ensino jurídico.

A morosidade judicial como estratégia processual é algo que deve ser atacado de forma veemente, principalmente quando praticada pelos próprios agentes do Estado, sob pena de se arraigar de forma profunda no ordenamento jurídico pátrio, a cultura da ineficiência.

A efetividade do processo exige que o Estado garanta a todas as pessoas que tenham direito violado o *status quo ante*.

A crise do Judiciário causa contratempos à sociedade, principalmente para a parcela menos privilegiada. Os problemas do congestionamento e da morosidade precisam ser resolvidos rapidamente, para possibilitar a democratização do "acesso à justiça", garantindo aos cidadãos todos os seus direitos, pois como diz Humberto Theodoro Júnior¹⁴:

"Não basta ter um caminho traçado na lei. É importante que tal caminho esteja realmente franqueado a todos, independentemente de seus meios de riquezas, e que seja hábil em conduzir o litigante a um resultado satisfatório"

Vale dizer, que a efetividade é inerente a outros princípios, especialmente ao da celeridade processual, que exige a atuação estatal imediata ou dentro de prazo razoável.

É preciso também para que se garanta a observância do instituto em comento, que o processo seja cada vez mais desburocratizado e despido de formalidades esdrúxulas, bem como se exige em razão da variedade da natureza das controvérsias judiciais, a existência, na mesma qualidade e quantidade, de uma variedade de estruturas técnicas processuais correspondentes.

No que pertine ao aspecto da celeridade, ao contrário do dito popular, Justiça que tarda, demorando na prestação da tutela jurisdicional, falha de forma clamorosa, contribuindo para a sensação de insegurança e desrespeito aos direitos dos cidadãos.

Conforme se observa, o requisito da celeridade na prestação jurisdicional encontra-se embutida no princípio da efetividade do processo, visto que este prestigia uma solução justa e rápida.

Do exposto conclui-se que a celeridade é um instrumento a serviço da efetividade. No sentido do texto os ensinamentos de Weber Martins Batista e Luiz Fux¹⁵:

¹⁴ Revista Jurídica Consulex, Brasília nº 5, 1997.

¹⁵ Weber Martins Batista, Luiz Fux, Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal: a Lei nº 9.099/95 e sua doutrina mais recente, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.92.

“Além dessa finalidade genérica, inegável é o requisito da celeridade na prestação jurisdicional como integrante da efetividade, tanto que só se considera uma justiça efetiva aquela que confere o provimento contemporaneamente à lesão ou ameaça de lesão ao direito. A tutela de segurança é assim informada, prioritariamente, pelo princípio da efetividade uma vez que nessas ações busca-se uma solução sob medida, eficiente e célere”.

Quanto à segurança jurídica, sua importância para o sistema jurídico, pode ser observada já do Preâmbulo da Constituição Federal vigente:

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

O compromisso do Estado em instituir a segurança como um dos "valores supremos de uma sociedade", é significativo. Por segurança, entenda-se, também, a segurança jurídica.

Logo, há compromissos com a certeza das leis, garantia de que sejam estáveis, justas e de que serão efetivamente aplicadas.

Da mesma forma, exige o ordenamento jurídico garantia de aplicabilidade e segurança das decisões judiciais, em razão do artigo 1º da Constituição Federal, declarar que A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Por conseguinte, diante da nova ordem constitucional, valoriza-se a norma justa e segura, incluindo a decisão judicial (norma concreta), banindo a arbitrariedade e a falta de sintonia com a realidade e o Direito vigente.

Concluindo, "efetividade do processo", requer a reforma e aperfeiçoamento da legislação e das instituições, como: reforma da legislação processual, o aparelhamento da Defensoria Pública, reforma do ensino jurídico, entre outras medidas.

2.1.5 - CONSIDERAÇÕES SOBRE A "PERSONALIDADE JURÍDICA"

Instituto básico no estudo da ciência jurídica que nos remete as primeiras lições acadêmicas, servindo de pilar para o entendimento da própria razão do Direito.

Tal instituto está intimamente ligado ao conceito de "pessoa".

"Pessoa", do latim *persona*, é o sujeito de direito, aquele suscetível de direitos e obrigações.

Já a "personalidade" é a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações.

Citados conceitos são encontrados nos estudos dos principais doutrinadores pátrios, que não fogem substancialmente do que até aqui se disse, cita-se as lições de Maria Helena Diniz:¹⁶, a qual resume com maestria a doutrina nacional sobre o tema:

¹⁶ Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, São Paulo: Saraiva, 10ª ed., 1994, p. 81 e 82.

“Para a doutrina tradicional “pessoa” é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial.

.....
.....

.....
Liga-se à pessoa a idéia de personalidade, que exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Deveras, sendo a pessoa natural (ser humano) ou jurídica (agrupamentos humanos) sujeito das relações jurídicas e a personalidade a possibilidade de ser sujeito, ou seja, uma aptidão a ele reconhecida, toda pessoa é dotada de personalidade.”

Ensina Orlando Gomes¹⁷, contudo, que “a personalidade é um atributo jurídico.

Os doutrinadores civilistas não fogem dos conceitos apresentados, não restando muito mais a dizer senão que personalidade é uma abstração jurídica que confere a um determinado ente a qualidade de pessoa, ou seja, é a personalidade que dá existência jurídica a pessoa, e o que a torna ser o que é: sujeito de direitos.

Necessário neste momento fazer um esclarecimento de natureza filosófica. Para os positivistas, a pessoa como ser capaz de possuir direitos e contrair obrigações, só existe devido à lei, ou seja, a lei confere a pessoa esta qualidade.

Para os Jusnaturalistas, a personalidade é a capacidade abstrata para possuir direitos e contrair obrigações, sendo aquela inerente à pessoa humana; a legislação apenas possui o escopo de garantia. A personalidade exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres, cujos atributos são reconhecidos pelo direito com um sentido de universalidade.

O direito brasileiro reconhece a personalidade a todo homem, como sujeito das relações jurídicas, bem como a entes morais, sejam agrupamentos de indivíduos que se associam para a realização de finalidade econômica ou social (sociedades e associações), sejam os que se formam mediante a destinação de um patrimônio para um fim determinado (fundações), mas no presente estudo o enfoque é apenas quanto à personalidade da pessoa natural. O reconhecimento da personalidade independe da consciência ou vontade do indivíduo.

Sendo a personalidade atributo da pessoa humana, está a ela indissolavelmente ligada, perdurando por toda a vida. A partir do nascimento surge a personalidade civil. O direito não reconhece qualquer hipótese de perda da personalidade em vida. Quanto à natureza desses direitos e deveres decorrentes da personalidade, este estudo não faz distinção, em virtude de que sua finalidade é analisar a “personalidade jurídica” sob o ângulo do “acesso a justiça”.

Concluindo a “personalidade jurídica” é o que torna a pessoa titular de direitos e deveres, é o que lhe dá existência jurídica e a distingue dos demais seres e objetos.

2.1.6 - A RELAÇÃO ENTRE O “ACESSO À JUSTIÇA” E A “PERSONALIDADE JURÍDICA”

Inicialmente, ante a clareza e sintonia com a nossa discussão, bem como em razão da importância do Ministro Celso de Mello¹⁸ no cenário jurídico, transcreve-se parte do artigo do ilustre Juiz do Supremo Tribunal Federal, o qual facilita o entendimento e a conclusão deste trabalho:

¹⁷ Orlando Gomes, Introdução ao Direito Civil, Rio de Janeiro: Forense, 8ª ed., 1986, p.122.

¹⁸ Revista Jurídica Consulex, Brasília nº 9, 1997.

(...) de nada valerão os direitos e de nada significarão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apóiam – além de desrespeitados pelo Poder Público – também deixarem de contar com o suporte e o apoio da ação conseqüente e responsável do Poder Judiciário. Daí a necessidade de enfatizar, a cada momento, que o Poder Judiciário tem um compromisso histórico e moral com a luta pelas liberdades e, também, com a preservação dos valores fundamentais que protegem a essencial dignidade da pessoa humana. Sem que se reconheça a toda e qualquer pessoa o direito que ela tem de possuir e titularizar outros direitos, frustrar-se-á – com conquista verdadeiramente inútil – o acesso ao regime das liberdades públicas. É preciso construir a cidadania a partir do reconhecimento de que assiste a toda e qualquer pessoa uma prerrogativa básica que se qualifica como fator de viabilização dos demais direitos e liberdades. Torna-se imperioso reconhecer que toda pessoa tem direito a ter direitos. Sem se reconhecer a realidade de que a cidadania impõe ao Estado o dever de atribuir aos desprivilegiados – verdadeiros marginais do sistema jurídico nacional – a condição essencial de titulares do direito de serem reconhecidos como pessoas investidas de dignidade e merecedoras do respeito social, não se tornará possível construir o sonho da igualdade e nem o de realizar a edificação de uma sociedade justa e fraterna. O fato grave e dramático que atinge os socialmente excluídos – e que se tornam, também eles, por efeito causal, vítimas injustas dessa perversa exclusão de ordem jurídica – reside na circunstância de que a condição de despossuídos acaba gerando a perda de um essencial elemento de conexão que lhes garanta uma exata e bem definida posição em nosso sistema político e jurídico. Com os socialmente excluídos está em causa, portanto, o próprio reconhecimento – tão essencial à preservação da dignidade individual – de que a pessoa humana assiste o direito a ter direitos. A exclusão de ordem jurídica – que representa um subproduto perverso derivado da

exclusão social –, gerada e impulsionada pela injusta condição social que tão gravemente afeta os que nada têm, acaba por frustrar a possibilidade de defesa jurisdicional das prerrogativas jurídicas que competem, de maneira indisponível, a cada ser humano. No processo de construção da igualdade e de consolidação da cidadania, revela-se essencial organizar um modelo institucional que viabilize o efetivo acesso de todos – notadamente das pessoas despossuídas – ao sistema de administração de Justiça, para que o reconhecimento constitucional dos direitos e das liberdades não se transforme em um inútil exercício de justas expectativas fraudadas pela omissão inconstitucional do Poder Público. A proteção jurisdicional, ao materializar o acesso à Justiça, permite tornar efetivos e reais os direitos abstratamente proclamados pela ordem normativa. A frustração do acesso ao aparelho judiciário do Estado, motivada pelo injusto inadimplemento do dever governamental de conferir expressão concreta à norma constitucional que assegura aos necessitados integral assistência de ordem jurídica (Constituição Federal, art. 5º, nº 74), culmina por gerar situação socialmente intolerável e juridicamente inaceitável... ”

Historicamente, observa-se desde a antiguidade que os direitos decorrentes da “personalidade jurídica” não eram inerentes a pessoa humana, seja no direito grego e no romano. A “personalidade jurídica” como inerente à pessoa humana surge com a influência da Igreja Católica, ao impor sua filosofia e influência política. Na sociedade antiga a personalidade das pessoas naturais, ainda que embrionariamente, dependia se aquelas exerciam funções “relevantes” na sociedade, ou seja, se pertenciam a classe dominante ou fossem grandes guerreiros e vencedores de jogos.

As professoras Jacqueline Moura Romão, Valquíria Soares Cavalcanti e Flávia Averbach Kogan¹⁹ ao tratarem do Direito Romano, ensinam que o *Jus Civile* (direitos da classe patricial/ classe social dominante) conferia aos patrícios direitos exclusivos, como o *Jus actionis*: direito de fazer valer seus direitos na Justiça.

No Brasil, a primeira constituição trouxe a garantia de direitos básicos da personalidade humana, conforme se observa do artigo 6, I c/c 179 da C.F. de 1824, contudo, afasta os escravos.

Como deixa claro este estudo, agora analisando especificamente nossa sociedade, nem sempre a personalidade jurídica foi inerente ao ser humano. A História do Brasil, como já se salientou, relata que a escravidão transformou o homem negro em “coisa”, objeto, mercadoria que podia ser negociada, trata-se do processo de “coisificação” do escravo. Os escravos possuíam o papel de instrumento de trabalho, não tinham direitos, acesso à educação, etc; com a evolução histórica tal situação foi amenizada até a formal libertação (Lei Áurea).

A Constituição vigente assegura de forma ampla a “personalidade jurídica” das pessoas naturais, conforme se verifica de vários dispositivos, especialmente nos incisos do art. 5º, o que foi regulamentado pelo código civil (art. 1º e 2º).

¹⁹ Jacqueline Moura Romão, Valquíria Soares Cavalcanti, Flávia Averbach Kogan, História do Direito, Rio de Janeiro: Editora Rio, 2003, p.123.

Justamente este paralelo é que interessa ao presente estudo, ou seja, o quanto à inobservância do “acesso à justiça” é prejudicial à “personalidade jurídica”.

Conforme salientado, os juristas brasileiros conceituam pessoa natural como ente físico suscetível de direitos e obrigações, sinônimo de sujeito de direitos, que se consubstanciam no poder de fazer valer, inclusive através da esfera jurisdicional, o não-cumprimento do dever jurídico. Os conceitos de pessoa e personalidade estão intimamente ligados. Personalidade é a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações.

Daí conclui-se que, a “pessoa” natural é o sujeito das relações jurídicas e a personalidade é a aptidão que o torna sujeito, trata-se, portanto, de uma abstração da ciência jurídica.

Quanto ao “acesso à justiça”, o mesmo consiste no direito de todas as pessoas de pleitear perante o Poder Judiciário seus serviços, bem como de obter deste uma resposta satisfatória.

O “acesso à justiça”, como diz Roberto Luis Luchi Demo²⁰:

“... é exercício da cidadania. Um Estado que tem por fundamento a cidadania [art. 1º, II, CF/88, há de estabelecer mecanismos de isonomia material no processo aos despossuídos, cuja desproporção de poder econômico em relação à parte contrária há de ser equalizada [art. 5º, LXXIV, CF/88.”

Diante de tudo que foi explanado, observa-se que dito acesso no Brasil não é pleno, em que pese os esforços das instituições e dos operadores do direito, e isto ocorre não apenas com a parcela mais pobre da população (embora seja a principal prejudicada), mas com toda a sociedade, gerando problemas de ordem social, econômico e político.

Logo, observa-se que historicamente sempre se desrespeitou o direito inalienável ao “acesso à justiça”, em razão da falta de políticas públicas para as questões sociais.

Concluindo, consiste o “acesso à justiça” no direito de todas as pessoas de pleitear perante o Poder Judiciário seus serviços, bem como de obter deste uma resposta satisfatória, o que é inerente à sociedade que pretenda considerar-se democrática. Logo, “acesso à justiça” é a garantia, de qualquer pessoa, do direito a ter direitos, ou seja, do elemento que distingue a pessoa de tudo mais que existe: a personalidade jurídica.

Sendo assim, há evidências de que o “acesso à justiça” consiste no direito que emerge de um ordenamento jurídico democrático e que visa dar efetividade a “personalidade jurídica”.

De nada adianta a codificação dos direitos sem a exigibilidade do seu cumprimento. O não asseguramento dos direitos da pessoa humana equivale à inexistência de direitos, tendo em vista que há que se propiciar o caminho para fazê-lo real.

A precariedade do “acesso à justiça” causa imenso prejuízo à “personalidade jurídica” dando ensejo a um novo fenômeno social: a “coisificação” contemporânea do homem.

3 - CONCLUSÃO

Este trabalho objetiva analisar a importância da efetividade do “acesso à justiça”, chegando a conclusão de que sua inobservância, em razão da omissão estatal, acarreta graves consequências, como o aniquilamento da “personalidade jurídica”, ou seja, daquilo que é mais caro na pessoa humana e a distingue dos demais seres e coisas, afirmando-se que se está diante de um fenômeno social contemporâneo, qual seja, o da “coisificação” do homem.

Ficou evidenciado que os problemas do “acesso à justiça” não afetam apenas os carentes sócio-econômicos, como também os bem afortunados.

Da mesma forma, é imprescindível uma mudança de postura dos operadores do direito, os quais devem canalizar suas ações, despirem-se das formalidades desnecessárias e das vaidades esdrúxulas, para pensar em um processo efetivo, onde o principal objetivo deve ser a prestação jurisdicional. De nada adiantarão as reformas do Judiciário, das leis, da constituição etc., se o homem encarregado da operação do direito não estiver imbuído do seu dever de contribuir para uma sociedade democrática.

Há que se implantar medidas que busquem a universalização da justiça. No entanto, ações governamentais devem ser tomadas no sentido de diagnosticar a máquina judiciária *lato sensu*, torná-la democrática e desburocratizada e, por fim, a reforma infra-constitucional.

²⁰ Roberto Luis Luchi Demo, Assistência Judiciária Gratuita. Disponível em https://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-31/artigos/assistencia_judiciaria_gratuita.htm#4, acesso em 18. Jul. 2004.

O ensino jurídico também deve ser objeto de preocupação quanto à mudança de paradigmas e ter seu enfoque em questões pedagógicas e filosóficas, fugindo assim do mero estudo da Lei. Nesse sentido, parece desarrazoado impedir a criação de novos cursos de direito. Qual o prejuízo que causa a sociedade que cada vez mais pessoas obtenham o grau superior em direito? O que é imprescindível é a efetividade de outra obrigação estatal, qual seja, a de fiscalizar as instituições de ensino.

Como se percebe há muito trabalho a fazer, devendo o enfoque da "onda reformista" não se resumir apenas ao sistema judiciário, deve se levar em conta os destinatários dos serviços, ou seja, os consumidores do serviço público jurisdicional, a fim de tornar efetivo os direitos de cidadania, tratando os desiguais de forma diferenciada, a fim de assegurar aos carentes de fortuna o mesmo "acesso à justiça". Pois como diz o Antonio de Pádua Ribeiro²¹:

"De nada adianta conferirem-se direitos aos cidadãos, se não lhes são dados meios eficazes para a concretização desses direitos. As idéias sobre a matéria vêm sendo desenvolvidas em países da Europa e da América, em torno do que se convencionou chamar "acesso à justiça", sendo relevantes, a respeito, os sucessivos trabalhos publicados por Mauro Cappelletti e Vittorio Denti. Em suma, o que pretende essa corrente de pensamento é "a abertura da ordem processual aos menos favorecidos da fortuna e à defesa de direitos e interesses supra-individuais, com a racionalização do processo", que "quer ser um processo de resultados, não um processo de conceitos ou de filigranas". O que se busca é a efetividade do processo, sendo indispensável, para isso, "pensar no processo como algo dotado de bem definidas destinações institucionais e que deve cumprir os seus objetivos sob pena de ser menos útil e tornar-se socialmente ilegítimo" (Cândido Rangel Dinamarco). Acesso à justiça é o acesso à ordem jurídica justa, no dizer de Kazuo Watanabe. "Não tem acesso à justiça aquele que sequer consegue fazer-se ouvir em juízo, como também todos os que, pelas mazelas do processo, recebem uma justiça tarda ou alguma injustiça de qualquer ordem" (Cândido Rangel Dinamarco)"

A evolução humana confunde-se com a luta pelo reconhecimento de seus direitos, da mesma forma, quanto mais tolida a liberdade, mais evidente o atraso da sociedade, com reflexos diretos no direito ao "acesso à justiça", posto que não interessa a governos despóticos. Portanto, eis a explicação porque apenas na contemporaneidade, a discussão e a cobrança pela efetividade do processo se tornaram parte da agenda política.

A sociedade brasileira, na busca por sua evolução democrática, não pode ficar alheia ao desenvolvimento do processo, pois não existe outra forma conhecida da realização do direito, quando este é desrespeitado. O processo é o meio encontrado no estágio atual da civilização para realizar direitos. Sem o processo, em perigo a efetividade da "personalidade jurídica", tornando-se a "Lei" mera abstração.

A conscientização sobre a importância da evolução do processo há muito, já era preocupação da doutrina estrangeira. No Brasil, desde 1994, dita preocupação com um processo mais efetivo, vem ganhando fôlego,

²¹ Revista Jurídica Consulex, Brasília nº 36, 1999.

como se observa das mini-reformas do processo civil. Não resta dúvida, muito há que se trilhar, pois as reformas estão resumidas ao Código de Processo Civil, e neste, principalmente quanto ao aspecto da celeridade. A reforma deve passar dentro e fora dos códigos, e se inspirar também no anseio de proporcionar um amplo e efetivo acesso a uma ordem jurídica justa, especialmente, para os menos afortunados. A efetividade do direito, cuja base é de natureza abstrata, passa, dentre outros aspectos pela efetividade do processo.

A análise dessa conclusão leva a um artigo de Reis Friede sobre o tema²²:

“ É a situação clássica de um garoto, que na inerente fragilidade física de seus 10 anos de idade, após comprar (com seu dinheiro) um sorvete – e, portanto, titular do direito de propriedade e de posse sobre a guloseima -, é violentamente abordado por um adolescente de 17 anos (necessariamente provido de maior robustez atlética) que, através do simples uso da ameaça ou da própria força, lhe exige o sorvete, tomando-o, por fim, independentemente da insistente alegação, por aquele primeiro menor, de que o mesmo é titular de indiscutíveis direitos sobre o objeto jurídico, de cuja posse, aliás deixou de ser detentor. Nessa situação, o Direito revela-se, de forma insofismável, como uma incontestável realidade ficcional, posto que, não obstante a sua inerente previsão de sanção para a exata hipótese narrada, a mesma, por si só, não possui as condicionantes operativas que a tornam efetiva, dotando, em último grau, o direito de necessária concretude. Todavia, o resultado final do caso descrito pode ser completamente diferente, na hipótese de o garoto de 10 anos ter um irmão de 21 anos que, chamado em seu socorro no exato momento da abordagem ameaçadora do adolescente de 17 anos, comparece imediatamente para fazer valer o direito titularizado por aquele, e de cuja simples alegação de existência não foi suficiente para inibir a ação antijurídica do agente. Ainda assim, é importante consignar que – de forma diversa da relação direta entre o garoto de 10 anos e o adolescente de 17 anos, em que necessariamente este é maior e mais forte que aquele -, o irmão de 21 anos não será obrigatoriamente capaz de impor o direito ao adolescente de 17 anos, considerando que, na situação real, ainda que em caráter excepcional, o rapaz de 21 anos – intelectualizado e avesso a atividades físicas – pode

²² Revista Jurídica Consulex, Brasília nº 139, 2002.

não ser páreo para um eventual adolescente de 17 anos, que seja praticante de fisiculturismo e iniciado em técnicas de lutas marciais. Nessa hipótese particular, não obstante a presença de um indiscutível elemento de concreção, mais uma vez o Direito continuará em seu âmbito ficcional, deixando de se projetar, no mundo real, de forma efetiva. No Exemplo ilustrativo, que nada mais é do que uma analogia metafórica, vale assinalar que o irmão mais velho representa, sobretudo (ainda que não exclusivamente), o Estado, como instrumento por excelência de efetivação jurídica, sendo certo, neste prisma analítico, que a simples presença do Estado, por outro lado, não é por si só suficiente para prover a necessária concretude ao Direito, sendo indispensável a existência do Estado forte, ou seja, dotado de recursos e de disposição política para fazer valê-los ...”

O Estado forte a que alude o mestre, sem dúvida, não dispensa um processo efetivo, por conseqüência célere, sem deixar de ser seguro, justo e razoável, bem como que preserve o acesso universal à justiça.

Necessário afirmar que as reformas do processo não podem levar em consideração apenas o seu aspecto intrínseco, ou seja, mudanças das estruturas processuais, como o procedimento; mas também os órgãos que lidam com o mesmo, como a reforma do Judiciário, do Ministério Público e o tratamento igualitário para a Defensoria Pública em relação às instituições congêneres, garantindo aos hipossuficientes o sistema jurídico de forma plena.

A reforma do processo, com a finalidade de torná-lo cada vez mais efetivo, portanto, não pode distanciar-se de princípios como a “celeridade processual”, o “acesso à ordem jurídica justa” e da “segurança jurídica”.

Como se vê o trabalho é árduo, e deve ser balizado pelos institutos em comento, não podendo haver preponderâncias, sob pena de invalidação da própria efetividade. É necessário equilíbrio, bom senso e vontade política para tornar efetiva a democracia jurisdicional.

O trabalho não se propõe a analisar profundamente soluções quanto aos problemas existentes, e sim conscientizar sobre a importância e a compreensão de temas como a “efetividade e celeridade do processo”, “segurança jurídica” e, especialmente, “acesso à justiça” e de sua conseqüência nefasta quanto à “personalidade jurídica” da pessoa humana, quando tais institutos não são observados, qual seja, a “coisificação” contemporânea do homem, bem como apontar caminhos para a reversão do atual estágio do “acesso à justiça” no Brasil. Resumindo, a monografia trata sobre a discussão, evolução, expectativas, importância e os cuidados que devem ser tomados quanto ao processo, *lato sensu*.

Procurou-se em cada capítulo, analisar cada instituto, não de forma estanque, mas, ao contrário, tendo sempre em mente o conjunto, que é a própria essência do “acesso à justiça”, com um enfoque especial no hipossuficiente.

Para concluir cita-se as palavras de Fábio Konder Comparato, as quais exprimem a tendência atual do direito processual²³:

“O que se exige hoje, mais do que nunca, da ciência do Direito, não é apenas o levantamento rigoroso da realidade jurídica, com a explicação racional dos fundamentos lógicos e éticos do sistema. O que se impõe à

²³ Fábio Konder Comparato, *Função Social do Jurista no Brasil Contemporâneo*, in RT 670/12.

consciência de todo jurista é também, e sobretudo, a invenção de um Direito mais eficiente e justo.”

4 - REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- ALVIM, EDUARDO ARRUDA. Curso de Direito Processual Civil. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- BATISTA, Weber Martins, FUX, Luiz. Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal: a Lei nº 9.099/95 e sua doutrina mais recente. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2001.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Licções de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro. Editora Lumem Juris, 2002.
- CAMPANHOLE, Adriano, CAMPANHOLE, Hilton Lobo. Constituições do Brasil. São Paulo. Editora Atlas, 1983.
- CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant, tradução: Ellen Gracie Northfleet. Acesso à Justiça. Porto Alegre. Editora Fabris, 1988.
- DEMO, Roberto Luis Luchi. Assistência Judiciária Gratuita. Disponível em: <https://www.presidencia.gov.br/ccivil03/revista/Ver31/artigos/assistencia_judiciaria_gratuita.htm#4> acesso em 18.Jul.2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. São Paulo. Editora Malheiros, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo. Editora Saraiva, 1994.
- FRIEDE, Reis. Direito e Efetividade Jurídica. Revista Jurídica Consulex. Brasília, nº 139, 2002
- GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1986.
- HENRIQUES, Antonio, MEDEIROS, João Bosco. Monografia no Curso de Direito. São Paulo. Editora Atlas, 2000.
- HRYNIEWICZ, Severo. Para Filosofar. Rio de Janeiro. Edição do Autor, 2001.
- LEVENHAGEM, Antônio José de Sousa. Código Civil Comentários Didáticos. São Paulo. Editora Atlas, 1984.
- MELLO, Celso de. Reforma do Judiciário: Drama ou Preconceito? Revista Jurídica Consulex. Brasília, nº 9, 1997.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. São Paulo: Editora Saraiva, 1984.
- MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo. Editora Atlas S.A., 2002.
- MORAES, Sílvio Roberto Mello. Princípios Institucionais da Defensoria Pública. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais Ltda, 1995.
- MOREIRA, Barbosa. Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, nº 5. Rio de Janeiro, 1991.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal – Coleção Estudos de Direito do Processo Enrico Tullio Liebman – v. 21. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1999.
- RIBEIRO, Antonio de Pádua, Revista Jurídica Consulex. Brasília, nº 36, 1999.
- RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. São Paulo: Editora Saraiva, 1993.
- ROMÃO, Jacqueline Moura, CAVALCANTI, Valquíria Soares, KOGAN, Flávia Averbach. História do Direito. Rio de Janeiro. Editora Rio, 2003.
- SANTOS, Carice Dee Weber dos. O que é a efetividade do processo? CARTA MAIOR. Disponível em :<<http://www.cartamaior.com.br>>, Acesso em 04 out. 2002
- SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1982.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- SOUZA, Carlos Afonso Pereira de, CALIXTO, Marcelo, SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Os Direitos da Personalidade – Breve Análise de sua Origem Histórica. Disponível em:<<http://www.suigeneris.pro.br/personalidade.htm>>, Acesso em 17 fev. 2004.

SOUZA, Sylvio Capanema de. Acesso à Justiça, Workshop Administração da Justiça nas Américas no Contexto da Globalização. Rio de Janeiro, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, Revista Jurídica Consulex. Brasília nº 5, 1997.

WALD, Arnaldo. Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 1995.

Uma Crítica Criminológica aos Rumos da Globalização

José Danilo Tavares Lobato¹

Ementa: Criminologia; Globalização; Pós-Modernidade; Violência; Comércio Internacional; Desenvolvimento Econômico; Política Criminal; Direito Penal do Inimigo

1. Introdução

A globalização é um fenômeno produtor de efeitos em diversos campos do conhecimento, inclusive, no ramo do saber jurídico e dos saberes que o circundam, vide a criminologia. Nogueira, afirma que, apesar de não termos a capacidade de perceber, com um mínimo de certeza, o grau e a extensão da onda globalizadora, podemos sentir que estamos por ela envolvidos “como uma nave tragada por furacão, à matraca na imensidão do mar, sem rumo e sem controle”². A criminologia crítica apresenta, como elemento de inevitável ponderação, o fenômeno da globalização, uma vez que as relações econômicas atuam direta e/ou indiretamente nos processos seletivos primário e secundário de criminalização. Em outras palavras, os efeitos gerados pelas relações comerciais internacionais necessitam ser, também, analisados sob o ponto de vista criminológico, pois as conseqüências negativas do comércio internacional devem ser superadas a partir da adoção de um sistema de trocas que efetivamente seja libertador e jamais repressor.

A escola da criminologia capitaneada por Alessandro Baratta tem como pilar a construção de uma teoria materialista (econômico-política) do desvio, ou seja, dos comportamentos socialmente negativos e também da criminalização³; nesse sentido, torna-se mais patente que o fenômeno globalização precisa ser igualmente estudado pela criminologia e não pode ser diminuído apenas a análises econômicas e jurídico-regulatórias, sob pena de haver uma redução considerável na qualidade das propostas desenvolvimentistas, pois estas perdem sensivelmente a sua eficácia quando não contemplam, em seu bojo, outros valores sociais que indubitavelmente relacionam-se com o desenvolvimento. Isto é, não existe desenvolvimento sem que haja qualidade social e econômica para os participantes diretos e indiretos do comércio internacional, ou seja, as duas vertentes devem ser aprimoradas em conjunto, uma vez que o desenvolvimento econômico sozinho não tem a capacidade de sustentar as bases e o fortalecimento da democracia nas sociedades, principalmente, nas dos países em desenvolvimento, pois, para os participantes indiretos do comércio internacional, é mais importante a existência de programas político-sociais de desenvolvimento do que propriamente a de um sistema democrático simbólico dissociado das reais necessidades desses cidadãos, que, a propósito, têm representação numérica consideravelmente superior a dos “global players”⁴.

A liberdade a ser buscada no comércio internacional pelos participantes diretos não pode resultar na falta de liberdade dos “non-global players”. O objetivo a ser alcançado, ainda que utopicamente, mas sempre ideologicamente, deve ser a liberdade em sentido amplo, ou seja, a queda das barreiras alfandegárias e a criação dos blocos econômicos, por exemplo, não pode significar o

¹ Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito – Ciências Penais pela UCAM. Professor Substituto de Direito Penal e Sociologia Criminal da UFRJ no ano de 2006.

² NOGUEIRA, Alberto. Globalização, Regionalizações e Tributação – A Nova Matriz Mundial. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.2.

³ Baratta, 1999, BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999. p.197.

⁴ “Eis que na globalização surge um novo ator. Ao lado de figuras tradicionais como a dos artífices, agricultores, comerciantes, industriais, banqueiros e tantos outros da diversificada fauna econômica, emerge a do *jogador global*. É o profissional por excelência do mundo globalizado. Está em toda parte, em todos os mercados e sabe transitar com facilidade pelo planeta afora, freqüentemente, sem sair do lugar. Seu principal trunfo é ter a informação certa no tempo certo e saber como dela tirar vantagem. É a versão mais avançada e eficiente do novo capitalista (...). Freqüentemente é identificado pela sigla PPII (planetário, permanente, internacional e imaterial)”. NOGUEIRA, Alberto. *Op. Cit.* p.41 e p.42.

crescimento da seletividade do sistema penal em cima dos novos excluídos. Se é verdade que as relações econômicas são dinâmicas e ágeis e que os participantes das áreas menos competitivas tendem a sucumbir frente aos mais competitivos quando da liberalização comercial, deve igualmente ser verdade que os excluídos, nesse primeiro momento, necessitam ser reinseridos no sistema produtivo legal. Não é admissível que se permita a perpetuação da exclusão dos “non-global players” da economia e do comércio legais com a conseqüente migração para a economia informal e o comércio ilícito. Em realidade, esse é um dos pontos que merece maior cuidado pelos estudiosos, pois a criação de um ambiente socialmente insustentável levará, em questão de tempo, à paralisação ou ao retrocesso dos atuais patamares das relações comerciais, seja em razão da falência do mercado consumidor ou em virtude das instabilidades político-sociais vividas pelas sociedades que contêm os maiores números de excluídos das vantagens do comércio internacional e dos incluídos nas desvantagens do mesmo.

Considerando que a criação de um sistema econômico-social estável é a meta a ser perseguida, o Direito é um instrumento importante na concretização desse objetivo; para tanto, é mister que o mesmo não seja utilizado como forma de controle criminal das massas dos “non-global players”, mas, sim, como uma arma a favor de um crescimento econômico socialmente distribuído. Essa meta pode ser alcançada quando as regulações jurídicas visarem, no âmbito macro, à construção de regras claras, estáveis e materialmente isonômicas e, no âmbito micro, à concretização de um sistema realmente democrático, estável, não propício à corrupção, de tratamento eqüitativo aos cidadãos, de certeza jurídica, capaz de efetivar os contratos comerciais e, por fim, um sistema que permita a todos participarem positivamente dos bônus do comércio internacional. Ou seja, o comércio internacional não pode ser “desenvolvido” como um fenômeno socializador de exclusão, repressão e contenção das massas de seus participantes indiretos, mas, sim, como um meio de integração, desenvolvimento econômico-social e socializador dos bônus a todos, sejam estes os participantes diretos ou os “non-global players”.

2. O Panorama e os Desafios da Pós-Modernidade

Com o fito de traçar o quadro da contemporaneidade, é de grande valia que se recorra ao panorama traçado por Zaffaroni e Batista quando estes defenderam que, na atualidade, pode-se assistir a uma dinâmica muito própria do poder mundial, pois os Estados nacionais vêm perdendo parte de seu poder de decisão, em razão de estarem sitiados por centenas de macrocorporações transnacionais que operam com cálculos de rendimento imediato; a concentração de riquezas está em um processo de acentuação e assumindo características estruturais, sendo que a distância entre o centro e a periferia do poder mundial está em fase de ampliação; em acréscimo, o poder mundial contenta-se com mercados que excluem setores cada vez maiores da população; por fim, o discurso penal inquisitório torna-se revestido por critérios que procuram prescindir de ideologias, que são, erroneamente, chamados de pragmáticos⁵. É a partir desse contexto que se deve procurar responder à pergunta sobre a importância das regras do comércio como causa da perpetuação das desigualdades entre países desenvolvidos e em desenvolvimento.

O criminólogo Dornelles afirma que as últimas duas décadas do último século foram caracterizadas por profundas transformações nos padrões da concentração tecnológica e da acumulação de capital, pois o processo de reestruturação econômica trouxe graves conseqüências, principalmente para as sociedades em desenvolvimento, por exemplo, a América Latina vive um processo ampliado de exclusão social e violência generalizada e os países centrais tiveram um significativo aumento do desemprego, da exclusão, da miséria, da xenofobia, do racismo e da violência⁶. Ou seja, esse novo modelo de desenvolvimento do capitalismo baseado na mundialização econômica organizou-se com uma nova ordem financeira internacional, um novo modelo capitalista que se baseia em novos padrões de produção, na revolução tecnológica, na elevadíssima

⁵ ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro – I*. 1ª.ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. p.333.

⁶ DORNELLES, João Ricardo. Ofensiva Neoliberal, Globalização da Violência e Controle Social. *Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 12, ano 7, p. 119-138, 2º semestre de 2002. p.119.

concentração do capital, na precarização das relações de trabalho, na degradação do meio ambiente, na exclusão social e etc., isto com a conseqüente e imediata produção de uma elevada concentração de rendas, de um desenvolvimento da economia informal como expressão da exclusão, marginalização e afastamento do mercado moderno e, por fim, de um novo ciclo de concentração acelerada do capital⁷.

Em verdade, como afirma Dornelles, nesse cenário, vislumbra-se um modelo de desenvolvimento internacionalizado em que não há lugar para todos e que tem a sua fundamentação ideológica no ideário neoliberal⁸. Nesse diapasão, a pobreza generalizada, a marginalização, a exclusão, os massacres, a fome, as guerras civis e as conseqüentes mortes de seres humanos são apresentados como condições necessárias à reengenharia social, em que as políticas compensatórias e o controle social repressivo se complementam, ou seja, ao "Estado mínimo", na esfera social e econômica, corresponde o "Estado máximo" na esfera das políticas de segurança pública e no exercício do controle social através da criminalização dos problemas sociais, pois esse é o "custo social" do progresso⁹. A esse quadro, é importante lembrar que o aumento dos níveis mundiais de pobreza não é um resultado decorrente da escassez de recursos econômicos, mas, ao contrário, a capacidade produtiva é imensa e a "globalização da pobreza" ocorre em tempos de grandes progressos tecnológicos¹⁰.

A necessidade de que os rumos do desenvolvimento do comércio internacional não prossigam pelo caminho traçado até o momento é óbvia, pois, conforme uma ótica fundada na idéia kantiana, de que o Homem é um fim e não um meio em si mesmo, está claro que, no atual quadro, o Homem está sendo o meio da agressiva acumulação de capital por parte de alguns poucos. A percepção, de que o quadro social também não pode ser esquecido, é encontrada em defensores do livre comércio, como, por exemplo, Trebilcock e Howse. Esses autores expõem que a adoção de políticas liberais pode ser condição necessária para o desenvolvimento econômico, mas, no entanto, estas políticas estão longe de ser a condição suficiente do mesmo¹¹. Isto é, para Trebilcock e Howse, políticas domésticas relacionadas com o investimento em educação, infra-estrutura, saúde, qualidade do sistema jurídico do país e da administração pública, indubitavelmente, importam no desenvolvimento econômico, de forma que as políticas bilaterais e multilaterais estrangeiras de ajuda podem focar tais prioridades¹².

Dessa forma, o "pensamento único" deve ser superado. Por "pensamento único" entende-se aquele que se baseia na crença de que as desigualdades sociais são inevitáveis e insuperáveis e que o Estado Democrático de Direito esgota-se na liberdade de mercado e na mera escolha dos representantes políticos. O compromisso democrático deve ir além da implantação de uma democracia que se esgota no sistema formal de representação. A democracia está umbilicalmente conectada à idéia de uma sociedade justa; nesse sentido, Habermas expõe que toda Constituição desenvolve uma relação temporal enquanto projeto de uma sociedade justa, ou seja, a Constituição é articuladora do horizonte de expectativas de um futuro antecipado no presente¹³.

Habermas, com muita precisão, afirma que "o processo democrático carrega o fardo da legitimação"¹⁴. Apenas a partir da implantação de um sistema econômico-comercial materialmente justo e em escala mundial é que o desenvolvimento econômico global poderá ser qualificado como legítimo. É a partir desse viés que os organismos internacionais, como, por exemplo, a Organização Mundial do Comércio, podem efetivamente contribuir para o fortalecimento da democracia política, econômica e social dos países não-centrais.

3. O Atual Processo de Globalização e a Conseqüente Geração de Violência

⁷ DORNELLES, João Ricardo. *Op. Cit.* p.119 e p.120.

⁸ DORNELLES, João Ricardo. *Op. Cit.* p.120.

⁹ DORNELLES, João Ricardo. *Op. Cit.* p.120 e p.121.

¹⁰ DORNELLES, João Ricardo. *Op. Cit.* p.122.

¹¹ TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. *The Regulation of International Trade*. 2a.ed. London and New York: Routledge, 2001. p.394.

¹² TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. *Op. Cit.* p.394.

¹³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia ente Facticidade e Validade – II*. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.119.

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Op.Cit.* p.310.

No tópico anterior foi descrita, de forma quase que implícita, a relação do fenômeno da atual globalização econômica e da conseqüente geração de violência; neste sentido, o presente será dedicado a um maior detalhamento dessa inevitável relação, a fim de que se possa melhor compreender as conseqüências da adoção estrita do ideário neoliberal.

A criação da pobreza em escala industrial e global acarreta o aumento dos índices da criminalidade mundial, mas, atenção, não se está aqui com uma afirmação simplória de que os pobres são os responsáveis pela majoração das referidas taxas. Em realidade, o foco de análise deve ser outro que não o etnocêntrico, ou seja, a pobreza é criada, levada às práticas de violência passiva e ativa e, por conseqüência, criminalizada, pois, do contrário, o sistema econômico-social criado não mais se sustentará frente a eventuais insurgências dessas pessoas que são reputadas como "non-globalplayers". Com base nas lições de Dornelles, pode-se afirmar a existência de uma relação entre a natureza excludente do modelo de ideologia neoliberal do processo de globalização econômica e a generalização do quadro de violência no mundo contemporâneo, pois a implantação do "Estado mínimo", no campo econômico e de proteção social, é acompanhada, no campo das políticas de segurança, do "Estado máximo", principalmente, com a retomada do discurso de Lei e Ordem como estratégia de controle social e das políticas criminais de emergência¹⁵.

Malaguti Batista traça um panorama da América Latina que não diverge com o já exposto, uma vez que a criminóloga enxerga que o atual nível de endividamento dos países latino americanos faz com que qualquer superávit na balança comercial seja absorvido pelos países centrais, de modo a impedir a acumulação de capital produtivo¹⁶. Dessa forma, Malaguti Batista entende que o enfraquecimento do Estado somado ao colapso das políticas públicas, ao aumento da desocupação, do subemprego e do rebaixamento dos salários e da renda *per capita* afetam, em primeiro lugar e de forma mais forte, as classes urbanas marginalizadas com o conseqüente aumento dos níveis de pobreza absoluta¹⁷. Em conclusão, a criminóloga expõe um rascunho da gravidade social produzida pelo ideário neoliberal em que as massas urbanizadas empobrecidas num quadro de redução da classe operária à pobreza absoluta e de inexistência de um projeto educacional e condições sanitárias e de moradia, não encontram, no modelo neoliberal respostas, alternativas a um controle pelo terror do Estado¹⁸. O terror referido consiste na realização diária de um sistema penal que reprime através dos métodos informais, como, por exemplo, as condenações realizadas pelas agências policiais, e, também, por meio dos procedimentos jurídicos positivados, pois, a partir do estabelecimento de tamanho fosso social, apenas a repressão criminal poderá manter as bases do sistema sócio-econômico neoliberal.

Baratta traz à luz uma forma de violência que permanece, na maioria das vezes, escondida sob os mantos dos etiquetamentos criminais, ou seja, o ponto central a ser analisado está na estratégia imutável da defesa material e simbólica da desigualdade por parte dos grupos no poder¹⁹. De forma mais explícita, Baratta expõe que criminalizar os pobres é um indispensável instrumento da manutenção do atual quadro econômico-social, isso, porque a referida criminalização garante materialmente a sua posição subalterna no mercado de trabalho e a sua crescente exclusão, disciplina e, quando necessário, destruição; por outro lado, a segunda face desse processo consiste justamente no encobrimento, por meio da criminalidade perseguida, a grande estrutura de ilegalidade e violência que, em nossa sociedade, está presente na manutenção do *status quo* das classes detentoras do poder econômico²⁰.

Nesse sentido, restam apresentadas as duas faces da violência, enxergadas pela criminologia crítica como resultantes da atual prática econômico-social. Uma observação a ser feita, a fim de evitar simplificações equivocadas do fenômeno da geração da violência, reside no fato de que a insubordinação e, em alguns momentos, a violência dos pobres é determinada, sim, pelas condições

¹⁵ DORNELLES, João Ricardo. *Op. Cit.* p.123.

¹⁶ MALAGUTI BATISTA, Vera. *Díficeis Ganhos Fáceis – Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro*. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. p.55.

¹⁷ MALAGUTI BATISTA, Vera. *Op. Cit.* p.55.

¹⁸ MALAGUTI BATISTA, Vera. *Op. Cit.* p.56.

¹⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999. p.31.

²⁰ BARATTA, Alessandro. *Op. Cit.* p.31.

sociais, contudo, mas nem sempre; e que a violência dos ricos não é determinada pelas desigualdade sociais, todavia, é ela que determina e mantém o referido fosso social²¹.

Dornelles desenha a sua percepção no mesmo sentido descrito, ou seja, que, direta ou indiretamente, a violência alimenta-se das desigualdades, sendo que a ampliação da escala da desigualdade em ritmo crescente e acelerado, cuja produção tem origem na mundialização econômica neoliberal, expande a exclusão social, por meio da abstenção do Estado frente a sua responsabilidade pública social; e que tal exclusão acaba por transformar-se em uma pré-condição para a generalização e fragmentação da violência²². Como consequência, há o surgimento de fraturas sócio-culturais que acarretam na separação dos países, regiões e grupos humanos; em resumo, nesse momento, surge a figura do outro como o diferente, ou seja, o outro torna-se quase que um inevitável objeto da intolerância, pois esse outro não está mais identificado como um igual (humano), mas, sim, como o diferente²³.

Por fim, Dornelles traz à luz o que é por ele chamado de "um novo paradigma da violência", uma vez que a violência deve ser compreendida como, ao mesmo tempo, globalizada e localizada, isto é, a violência contemporânea apresenta dupla característica de ser global e local, mundializada e fragmentada ou geral e molecular²⁴. O fundamento para a atual face da violência contemporânea é apontado por Dornelles como resultado de uma soma de diversos fatores criados pelo quadro neoliberal, como, por exemplo, o aumento do medo e do sofrimento humano com a incerteza, a insegurança e a falta de perspectivas para parcela majoritária das sociedades contemporâneas²⁵. O individualismo exacerbado e em escala global cria uma série de expectativas de reconhecimento social que só são realizáveis quando o indivíduo alcança posições sociais baseadas na apropriação de bens materiais que se constituem em símbolos de poder; no entanto, a incapacidade de que todos venham a alcançar tais objetivos materiais, gerados por um modelo de economia de mercado marcado pela cultura do consumo de massas, cria frustrações e um sentimento de injustiça que resulta na violência contemporânea, ou seja, o resultado desse processo é o inconformismo ou a recusa individual e/ou social de seguir uma existência negadora das expectativas de satisfação das promessas neoliberais; nesse instante, há o surgimento das intolerâncias raciais, étnicas, religiosas, dentre muitas outras²⁶. Inclusive, pode-se corroborar a idéia já exposta com o pensamento de Vold, Bernard e Snipes, pois esses autores defendem que a desigualdade econômica possui relação de impacto nos níveis de violência social²⁷.

No entanto, uma nova advertência deve ser feita, a fim de se evitar simplificações equivocadas de um fenômeno social complexo. A referida consiste no fato, conforme pondera Dornelles, de que não existe uma relação automática e imediata ou diretamente necessária entre a violência contemporânea nos centros urbanos e a mobilidade social descendente ou entre aquela e a crise do projeto da modernidade²⁸. Nesse diapasão, se as rebeliões em bairros periféricos nas cidades européias, norte-americanas e latino-americanas têm como pano de fundo o cenário anteriormente descrito, ou seja, o da inacessibilidade ao mercado, das dificuldades sociais e o da frustração com a concretização do projeto neoliberal, não é menos verdade que as referidas rebeliões têm como motivação imediata as arbitrariedades policiais, a falta de acesso à justiça e as questões culturais como estopim²⁹. Isto significa que a pobreza e o desemprego, ainda que seja tradutores do descenso social, não se transformam imediata e inevitavelmente na violência social contestadora do modelo de desenvolvimento neoliberal, entretanto, tais fatores municiam as frustrações explosivas que podem estar expressas no nacionalismo xenófobo e racista e em muitas outras formas de intolerância para com a figura do o outro³⁰. Desse modo, assiste razão a Arrigo quando afirma que os criminólogos pós-modernos juntam o tempo, local e as demandas interpessoais à realidade do crime e dos criminosos,

²¹ BARATTA, Alessandro. *Op. Cit.* p.31.

²² DORNELLES, João Ricardo. *Op. Cit.* p.127.

²³ DORNELLES, João Ricardo. *Op. Cit.* p.127.

²⁴ DORNELLES, João Ricardo. *Op. Cit.* p.131.

²⁵ DORNELLES, João Ricardo. *Op. Cit.* p.130.

²⁶ DORNELLES, João Ricardo. *Op. Cit.* p.130.

²⁷ VOLD, George B.; THOMAS; BERNARD, Thomas; SNIPES, Jeffrey B. *Theoretical Criminology*. 5^a. ed. New York: Oxford University Press, 2002. p. 98.

²⁸ DORNELLES, João Ricardo. *Op. Cit.* p.130.

²⁹ DORNELLES, João Ricardo. *Op. Cit.* p.130.

³⁰ DORNELLES, João Ricardo. *Op. Cit.* p.130.

uma vez que o conhecimento absoluto e a verdade são artificiais, incompletos, construídos em incertezas e, freqüentemente, reproduzem julgamentos perigosos sobre eventos e pessoas³¹.

4. O Quadro Contemporâneo Criminal Global como um Óbice ao Desenvolvimento Econômico e Democrático dos Países em Desenvolvimento

Ao fim das análises das conseqüências, para as sociedades e grupos de indivíduos, da adoção de um modelo sócio-econômico neoliberal, é mister que o presente estudo perpassa também pelas conseqüências de dito modelo frente ao desenvolvimento econômico e ao da democracia nos países em desenvolvimento. Ou seja, é chegada a hora de se proceder a uma análise em nível macro da atual situação criminológica global frente ao comércio internacional, uma vez que esse pode ser dividido em lícito e ilícito.

Considerando que o comércio internacional pode ser ilícito, é mister que se ressalte que dita ilicitude não lhe retira importância sócio-econômica, por exemplo, a proibição do tráfico de drogas não significa, em realidade, muito pelo contrário, que dito comércio não tenha um vulto econômico-financeiro capaz "sustentar" e financiar determinadas sociedades ou até países, que não apresentem muitas opções comerciais economicamente viáveis. A criminóloga Del Olmo lembra que as drogas sempre existiram e que seu papel sempre variou, na história da humanidade, conforme os fins determinados pelo Homem, nesse sentido, elas vêm sendo destinadas a realizações mágicas, religiosas, medicinais e etc³². No entanto, adverte Del Olmo que as drogas se converteram em "problema" quando perderam o exclusivo valor de uso para adquirir também o valor de troca, isto é, o problema das drogas só surge no momento em que essas mercadorias passaram a estar sujeitas às leis da oferta e da procura³³.

O surgimento do problema das drogas não é recente, pelo contrário, desde o começo do século XX, já eram observadas as primeiras manifestações governamentais de colaboração a fim de formular e implementar políticas comuns de controle dos entorpecentes, no entanto, ressalta Del Olmo, hoje em dia, em razão da globalização da economia e da liberalização do comércio, somados à erosão da autoridade do Estado-nação, um consenso no âmbito das organizações internacionais e regionais foi recuperado, no sentido de que o problema mundial das drogas adquiriu dimensões planetárias e, por conseqüência, passou a requerer uma nova regulamentação transnacional³⁴.

Em resumo, Del Olmo coloca que o tráfico de drogas foi consolidado e está mundialmente diversificado, a violência e a criminalidade foram inegavelmente incrementadas, as organizações de traficantes cresceram e tiveram um aprimoramento tecnológico, ao passo que se está longe de afirmar a redução dos níveis de corrupção entre as autoridades policiais e judiciárias³⁵.

As políticas nacionais e internacionais na denominada "guerra contra as drogas" vêm sistematicamente fracassando. O dito fracasso tem fundamento na insistência do aspecto moral e criminal do fenômeno das drogas, pois tal proceder impede a compreensão da natureza e da dinâmica do tráfico de drogas, e, sobretudo, de suas dimensões como uma empresa transnacional dedicada à produção de bens e serviços ilegais³⁶. A diminuição do fenômeno a uma questão deliquencial-policia oculta a complexidade da indústria das drogas ilícitas, uma vez que considera o tráfico como uma categoria homogênea³⁷. Del Olmo entende que, na verdadeira dimensão, a questão das drogas é um problema econômico, social e político transnacionalizado, que termina por desequilibrar o Estado e a sociedade, isso, porque o tráfico de drogas não se trata de uma forma ordinária de criminalidade, nem

³¹ ARRIGO, Bruce A. Postmodern Theory and Criminology. In: *The Essential Criminology Reader*. HENRY, Stuart; LANIER, Mark M. (Org.). Boulder: Westview Press, 2006. p.229.

³² DEL OLMO, Rosa. A Legislação no Contexto das Intervenções Globais sobre Drogas. *Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 12, ano 7, p. 65-80, 2º semestre de 2002. p.65.

³³ DEL OLMO, Rosa. *Op. Cit.* p.65.

³⁴ DEL OLMO, Rosa. *Op. Cit.* p.65 e p.70.

³⁵ DEL OLMO, Rosa. *Op. Cit.* p.70

³⁶ DEL OLMO, Rosa. *Op. Cit.* p.70 e p.71.

³⁷ DEL OLMO, Rosa. *Op. Cit.* p.71.

de uma atividade parasitária ou de pilhagem, mas, sim, de um processo produtivo, ainda que seja totalmente ilícito³⁸.

A solução do problema passa pela anterior e necessária redefinição do conceito de droga e, claro, também da desconstrução das políticas atuais e da avaliação dos tratados internacionais vigentes, pois, dentre outros, os aspectos históricos, culturais, econômicos, sócio-políticos precisam ser incorporados ao delineamento da nova intervenção global sobre drogas³⁹. Essa forma alternativa de intervenção global sobre as drogas deve, igualmente, implicar no resgate do conceito de segurança humana, frente ao conceito de segurança nacional, em razão daquele ter seu ponto de referência no indivíduo e nas suas comunidades, em vez de no território e em seus governos, logo, esse novo programa global precisa necessariamente contemplar situações relacionadas com a governabilidade, a participação democrática, a pobreza, o desenvolvimento e com os problemas de saúde e educação⁴⁰.

Para que seja possível a adoção desse novo caminho, é inevitável que, na percepção sobre as drogas, deixe de predominar a visão moral e criminal nas representações construídas sobre o fenômeno, ou seja, é impensável que continue a ignorância quanto à natureza político-social e à importantíssima dimensão econômica do tráfico de entorpecentes; para tanto, os esforços internacionais para controlar as drogas deverão estar conscientes de que é impossível haver a definição de uma política em matéria de drogas quando não se conheça a estrutura do mercado para além da dicotomia entre o bem e o mal⁴¹.

Nesse sentido, deve haver uma consciência de que em razão do mercado da droga ser altamente lucrativo, o mesmo tem a capacidade de criar um sistema paralelo de poder econômico, de forma que, em muitos países, a própria economia lícita local pode acabar sendo solapada pela força da economia ilícita das drogas, o que, em última análise, pode levar alguns Estados a uma situação tal de dependência financeira do volume de recursos produzidos através do tráfico de entorpecentes, que a governabilidade e a democracia restem reduzidas frente ao poder dos barões da droga. Desse modo, três perguntas podem ser colocadas frente ao tópico, ora, em debate. Como o direito internacional pode contribuir para o desenvolvimento, econômico e democrático dos países em desenvolvimento? Qual a importância das regras sobre comércio como causa da perpetuação das desigualdades entre países desenvolvidos e em desenvolvimento? Qual a relação entre regulamentação do comércio internacional e o Direito ao Desenvolvimento?

No tocante à questão global das drogas, as duas primeiras indagações podem ser respondidas a partir da adoção do novo paradigma não-moral-maniqueísta de controle dos entorpecentes e de políticas comerciais e financeiras de financiamento do setor produtivo, de modo a permitir que os países e/ou os grupos regionais ou locais produtores de drogas possam ter condições de substituir as culturas psicotrópicas ilícitas altamente rentáveis por culturas lícitas economicamente viáveis no mercado internacional. Não cabe, no bojo desse estudo, a indicação dos meios técnicos a serem utilizados no âmbito do comércio internacional a fim de que se torne possível a substituição da economia ilícita pela lícita, ou seja, não é o objetivo apresentar como os subsídios, a reserva de parcela do mercado ou a redução tarifária preferencial, por exemplo, podem ser úteis à realização de tal proposta, mas, sim, demonstrar os erros e as falhas do atual quadro político-jurídico com as conseqüentes mazelas e apontar, em um âmbito político-macro, alguns possíveis caminhos a serem seguidos.

É interessante notar que o maniqueísmo político-moral não deve apenas ser extinto da política de controle ao tráfico de substâncias entorpecentes, mas, como anota, por exemplo, Frederick T. Temple, um diretor do banco mundial, a corrupção está finalmente tendo a atenção que merece enquanto impedimento ao desenvolvimento econômico e à redução da pobreza, isto, porque a corrupção foi por muito tempo lamentada como um problema moral e legal, no entanto, há um crescente corpo de pesquisas que vem concluindo que a corrupção e outras formas de governança medíocre estão também associadas a baixos índices de performance econômica⁴². Em realidade,

³⁸ DEL OLMO, Rosa. *Op. Cit.* p.71.

³⁹ DEL OLMO, Rosa. *Op. Cit.* p.75.

⁴⁰ DEL OLMO, Rosa. *Op. Cit.* p.75.

⁴¹ DEL OLMO, Rosa. *Op. Cit.* p.70.

⁴² TEMPLE, Frederick T. *Fighting Corruption in Bangladesh – Introductory Remarks at PARC Workshop* Disponível em: <http://www.worldbank.org>. Acesso em: 30.01.2006.

como se percebe, atos como o tráfico ilícito de drogas e a corrupção estão mais ligados e são tão ou mais problemas econômicos do que criminais propriamente ditos.

Frente ao questionamento de como a regulamentação do comércio internacional relaciona-se com o Direito ao Desenvolvimento, pode-se afirmar que a referida regulamentação relaciona-se em dupla vertente. A primeira vertente de relacionamento já foi exposta nas linhas anteriores, isto é, as novas rodadas da Organização Mundial do Comércio precisam incluir, em suas pautas de discussões, o debate a respeito dos meios técnicos para que as economias secundárias lícitas e as secundárias e quase ilícitas possam estar aptas a um amadurecimento econômico que as permita, a médio e longo prazos, respectivamente, concretizar o projeto da liberalização econômica, sem que isso acarrete a piora dos índices sociais, mas, ao contrário, que a efetiva liberalização de suas economias ao comércio internacional resulte no fortalecimento político-econômico e democrático de seus Estados.

A outra vertente em que a regulamentação do comércio internacional deve atuar corresponde ao disciplinamento do mercado financeiro internacional. O sistema bancário mundial não pode continuar servindo de meio para a lavagem de dinheiro originário do tráfico ilícito de drogas, da corrupção, fraudes governamentais, dentre outros negócios ilícitos, pois a lavanderia internacional termina por realimentar essas práticas criminosas, além de permitir outras, como, por exemplo, o terrorismo. Assiste razão a Muñoz Conde quando defende que o branqueamento ou lavagem de bens e capitais deve ser punido não só porque favorece o enriquecimento daqueles que tenham cometido um delito prévio, mas, também, porque essa prática afeta diretamente o funcionamento da economia de mercado e o seu controle, uma vez que, desde a origem, o ingresso financeiro, através da tributação, nos cofres estatais já se encontrava viciado⁴³.

Conforme se depreende, o maior perigo da purificação do dinheiro e bens provenientes de origens ilícitas é justamente a dependência do Estado às práticas criminosas que originam tais receitas, ou seja, a criação de um "narco-Estado" ou, em forma lata, de um "Estado-fora da lei". É justamente nesse ponto que reside um fator que pode ser denominado de "qualidade do desenvolvimento", isto é, as receitas ilícitas podem até gerar o desenvolvimento econômico de alguns Estados, mas, indubitavelmente, esse desenvolvimento não terá qualidade, pois a governabilidade de tais nações estará condicionada às vontades dos "barões do crime", uma vez que são esses os reais financiadores e criadores da economia nacional, de modo que a democracia será, por conseqüência, apenas simbólica, isto, porque ela encontra-se totalmente fragilizada frente ao poder "estatal" de seus reais e ilegítimos exercentes.

5. Política Criminal voltada ao Inimigo como um Risco ao Comércio Internacional e ao Desenvolvimento

Nos últimos anos tomou força, ainda que com forte rejeição acadêmica, um pensamento defensor da adoção do Direito Penal do Inimigo. Em linhas iniciais e breves, cumpre, nesse momento, a exposição do que seja o Direito Penal do Inimigo para que ao final esta linha de pensamento possa ser confrontada com o modelo de Direito ao Desenvolvimento a ser buscado a partir dos novos paradigmas de um comércio internacional livre, mas, materialmente isonômico.

O terrorismo em escala global, dentre outras formas delituosas, mas, principalmente, contribuiu de forma inequívoca para o ressurgimento de uma política penal global baseada no denominado Direito Penal do Inimigo. Concretamente, tal política pode ser vista nos ataques preventivos da era Bush. No entanto, é mister ponderar que a administração Bush não formulou os marcos teóricos do Direito Penal do Inimigo, mas que apenas a realiza de forma inequívoca. Essa nova política criminal tomou um caráter mundial após os ataques terroristas às torres gêmeas, antes, porém, em atuações pontuais, a referida sempre pode ser encontrada, por exemplo, nas disputas do continente africano e no Oriente Médio. Entre as atuações pontuais, Jakobs, por exemplo, entende que a criação de um Tribunal

⁴³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal – Parte Especial*. 15^a.ed. Valencia: Tirant lo Blanch Libros, 2004. p.547.

Internacional para julgar os crimes contra a humanidade praticados na antiga Iugoslávia quando da administração de Milosevic é um exemplo de tal política.⁴⁴

Na academia, o marco teórico do ressurgimento dos posicionamentos pró Direito Penal do Inimigo pode ser considerado quando de conferência sobre o tema e da publicação de obra de mesmo nome por Günther Jakobs, de modo que, assim, ele abandona sua antiga posição de ambigüidade a respeito do tema⁴⁵.

Jakobs coloca que, diferentemente da função do Direito Penal do Cidadão, o do Inimigo não tem a manifesta função de contradição, mas, sim, de eliminação de um perigo⁴⁶. A função de contradição, exposta por Jakobs, significa que a pena imposta ao criminoso contradiz juridicamente o próprio crime realizado pelo criminoso. Em seu sistema dogmático, o Direito Penal garante a manutenção da configuração social e estatal por meio da garantia às normas, o que representa a defesa de sua própria legitimação material do sistema normativo; tal garantia consiste em que as expectativas imprescindíveis para o funcionamento da vida social não sejam suprimidas no caso de sua defraudação, logo, conforme tal sistemática, deve o Direito Penal do Cidadão definir como proteger a consistência das expectativas normativas essenciais frente à eventual decepção das mesmas⁴⁷.

Ressalva Jakobs que, enquanto forma de sistemas ideais, o Direito Penal do Inimigo e o do Cidadão dificilmente serão concretizados em seus modelos puros, ou seja, as tendências dos dois sistemas possivelmente irão sofrer alguma mistura⁴⁸.

Dessa forma, para seguir essa linha teórica, resta mais do que clara a necessidade de diferenciar o inimigo do cidadão a fim de que, a cada um, seja aplicado o sistema penal correto, de modo a garantir a manutenção do *status quo* de segurança jurídico-social. Para Jakobs, o seu critério de diferenciação está mais próximo ao de Hobbes, pois é preferível manter o *status* de cidadão para aqueles que não se desviam por princípio, isto é, apenas quem, principiologicamente, conduz-se, de modo desviado, não oferecendo garantia de comportamento pessoal (possibilidade de realizar as expectativas normativas) é que deve ser combatido como um inimigo⁴⁹.

Por fim, Jakobs defende que a punição nacional e/ou internacional das violações dos direitos humanos, após uma mudança política demonstra ter características próprias de um Direito Penal do Inimigo, sem que isso a qualifique de ilegítima⁵⁰. Incluir a criação de tribunais penais internacionais como uma das vertentes do Direito Penal do Inimigo é por demais questionável, isto, porque existem profundas discrepâncias entre a consideração de uma pessoa, um grupo ou um país patrocinadores do terrorismo como um inimigo e, por isso, justificar ataques preventivos a tais figuras e a consideração da necessidade de instituir um tribunal para julgar genocídios e crimes de guerra já ocorridos. É inegável que a primeira atuação é preventiva e é baseada em um juízo de periculosidade e probabilidade, enquanto que a segunda é fundada em um fato pretérito por demais assemelhado aos crimes julgados pelo Direito Penal do Cidadão.

Nesse sentido, apesar do amplo espectro do Direito Penal do Inimigo, o presente estudo concentrará as críticas quando a referida política for utilizada como instrumento preventivo autorizador de ataques e guerras, ou seja, a criação de tribunais penais internacionais para julgar crimes contra a humanidade, ainda que, discutivelmente, seja uma forma de externalização do Direito Penal do Inimigo, não é aqui criticada, em realidade, muito pelo contrário, é até elogiada.

Dessa forma, nesse instante, uma premissa necessariamente deve ser estabelecida, qual seja, ainda que atos como terrorismo e o comércio internacional de pessoas e entorpecentes sejam condutas moral e juridicamente reprováveis e, também, lesivas para o desenvolvimento econômico e

⁴⁴ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal del Enemigo*. Trad. Manuel Cancio Meliá. 1ª.ed. Madrid: Thomson Civitas, 2003. p.51, p.54 e p.55.

⁴⁵ GRECO, Luís. Sobre o Chamado Direito Penal do Inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v.13, n. 56, p. 80-112, set/out, 2005. p. 94.

⁴⁶ JAKOBS, Günther. *Op. Cit.* p.55.

⁴⁷ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la imputación*. Trad: Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª.ed. Madri: Editora Marcial Pons, 1997. p.44 e p.45.

⁴⁸ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal del Enemigo*. Trad. Manuel Cancio Meliá. 1ª.ed. Madrid: Thomson Civitas, 2003. p.21 e p.22.

⁴⁹ JAKOBS, Günther. *Op. Cit.* p.55 e p.56.

⁵⁰ JAKOBS, Günther. *Op. Cit.* p.56.

social, é, como afirmado por Greco, nada menos que um escândalo afirmar que o Estado não tem o dever de respeitar seres humanos⁵¹.

A aceitação de um Direito Penal do Inimigo importa na violação de algumas das garantias mais caras à humanidade, como, por exemplo, o devido processo legal e ampla-defesa. É inegável que execuções sumárias ou prisões sem mandados judiciais e por tempo indeterminado apenas remontam aos regimes totalitários, em que a democracia e a liberdade inexistem. A prática de atos lesa-humanidade deve ser combatida com os meios jurídicos desenvolvidos de acordo com os princípios de um Estado Democrático de Direito e não conforme os de um Estado nazista, fascista ou stalinista. Nesse diapasão, Greco, com muita propriedade, expõe que uma teoria, com sabor autoritário, que não é precisa o suficiente e que acarreta na anulação de todos os limites absolutos ao poder de punir, de nada pode servir à ciência do Direito Penal⁵².

Considerando que algumas idéias básicas foram colocadas, a problemática posta nesse capítulo deve ser solucionada, isto é, qual a razão ou fundamento de uma política criminal voltada ao inimigo ser aqui considerada como um risco ao comércio internacional e ao desenvolvimento.

Em verdade, como é de clara percepção, a adoção de um Direito Penal do Inimigo em escala global só tende a gerar mais conflitos e guerras e, por conseqüência, perdas humanas, materiais, de infra-estrutura, além de que o investimento do capital nacional será prioritariamente dirigido aos investimentos armamentícios. Diga-se, de passagem, que o referido investimento não é capaz de gerar qualquer crescimento econômico para os investidores, apenas, e tão somente, aos poucos grupos econômicos que participam do lucrativo mercado bélico. A retirada dos investimentos das políticas base, como educação e saúde, por exemplo, além da paralisação das obras de infra-estrutura não-bélica, acrescida da destruição e/ou redução da infra-estrutura existente, tem, por resultado, uma inevitável estagnação econômica, quando não, uma radical redução dos índices econômicos e de desenvolvimento social. Como mais um fator agravante a tal quadro negativo, existe uma fuga de capitais e o não ingresso do capital externo.

Está patente que, a partir de tal diagnóstico, tal região e/ou país atingidos por tais conseqüências, encontrar-se-ão rumo à exclusão do desenvolvimento econômico e social que o comércio internacional pode trazer. A situação, por exemplo, de tal país, perante o comércio internacional, será a de um inevitável super-importador, ou seja, após sucessivos e forçosos déficits em sua balança de pagamentos, fatalmente, recorrer ao Fundo Monetário Internacional, ao Banco Mundial e aos outros credores externos será o único meio de manter a insustentável posição de um país hiperimportador e com uma economia aos frangalhos.

Nesse momento, retorna-se ao exposto no início do texto, ou seja, o comércio internacional só alcançará a total liberalização e proporcionará um contínuo desenvolvimento aos participantes se estiver fundado em um ambiente socialmente sustentável, isto é, um ambiente em que seja permitido a todos ter acesso às vantagens do comércio internacional, pois, do contrário, como já afirmado, a criação de um ambiente socialmente insustentável levará, em questão de tempo, à paralisação ou ao retrocesso dos atuais patamares das relações comerciais, seja em razão da falência do mercado consumidor ou em virtude das instabilidades político-sociais vividas pelas sociedades que contêm os maiores números de excluídos das vantagens do comércio internacional e dos incluídos nas desvantagens do mesmo.

É importante ressaltar que, apesar das instabilidades político-sociais começarem sempre localizadas e quando muito regionalizadas, em face do atual estágio de relacionamento entre os diversos países, uma instabilidade local pode facilmente alastrar-se de modo a atingir também aquelas nações que, em um primeiro momento, fazem parte do grupo dos países que mais auferem os bônus do comércio internacional. As instabilidades nesses países, que, a princípio, estão a salvo das conseqüências da política neoliberal e da adoção de uma política de guerras preventivas, podem ser originadas por diversas razões, como, por exemplo, revoltas originadas pelos desempregados e economicamente desqualificados de regiões periféricas que formam as minorias excluídas da repartição dos lucros, ou ainda, por grupos terroristas que procuram a vingança através do terrorismo pelas perdas que suas nações vêm tendo com as políticas adotadas pelos "vencedores" econômicos.

⁵¹ GRECO, Luís. *Op. Cit.* p.97.

⁵² GRECO, Luís. *Op. Cit.* p.102.

6. Considerações Finais

O presente estudo teve como objetivo principal analisar, a partir de uma visão criminológica, as conseqüências da adoção de um modelo de comércio internacional de ótica neoliberal e, por conseguinte, os resultados da manutenção de um estado de subdesenvolvimento para alguns participantes das relações econômicas mundiais.

Procurou-se demonstrar a necessidade de um novo modelo teórico, em que o conceito de desenvolvimento não esteja ligado apenas à idéia de crescimento econômico, mas, também, à qualidade do mesmo e do fortalecimento das bases sociais e do princípio democrático, isto é, o fenômeno da globalização deve ser convertido a nosso favor.

A liberalização do comércio internacional não é criticada em razão dela mesma, apenas, a crítica é dirigida à necessidade de garantir meios aos demais participantes do comércio internacional para que estes também tenham condições de competir em uma situação de isonomia substancial. Em realidade, a descrença no neoliberalismo não deve significar a descrença em um liberalismo adotado sob bases justas, isto é, a adoção de políticas liberais como bem defendido por Trebilcock e Howse pode até ser condição para o desenvolvimento econômico, mas, com toda a certeza, as mesmas não são as únicas condições para tanto, ou seja, é necessário que, ao lado delas, haja uma política social que não desproteja os indivíduos e, até, em alguns casos, nações a fim de que o mercado nacional ou internacional não seja um ator economicamente destrutivo, empobrecedor e gerador de violência, seja no âmbito micro ou macro.

Por fim, faz-se aqui uma defesa no sentido de que as insuficiências econômicas de base estejam estas no âmbito do mercado local, regional ou internacional, sejam resolvidas fora do âmbito criminal e das políticas de guerra, pois, muitas vezes, o círculo vicioso da violência pode ser interrompido ou não-criado a partir da implementação de políticas voltadas a um desenvolvimento qualitativo e isonômico repartidor de lucros, sem que, com isso, o projeto da liberalização reste prejudicado; em realidade, em tal quadro, o comércio internacional tende a estar muito mais livre e democrático e, ainda, proporcionando um desenvolvimento consideravelmente mais extenso do que o que o modelo neoliberal vem operacionalizando.

7. Referências Bibliográficas

ARRIGO, Bruce A. Postmodern Theory and Criminology. In: *The Essential Criminology Reader*. HENRY, Stuart; LANIER, Mark M. (Org.). Boulder: Westview Press, 2006.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

_____. Prefácio. In: MALAGUTI BATISTA, Vera. *Difíceis Ganhos Fáceis – Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro*. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

DEL OLMO, Rosa. A Legislação no Contexto das Intervenções Globais sobre Drogas. *Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 12, ano 7, p. 65-80, 2º semestre de 2002.

DORNELLES, João Ricardo. Ofensiva Neoliberal, Globalização da Violência e Controle Social. *Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 12, ano 7, p. 119-138, 2º semestre de 2002.

GRECO, Luís. Sobre o Chamado Direito Penal do Inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.13, n. 56, p. 80-112, set/out, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia ente Facticidade e Validade – II*. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal del Enemigo*. Trad. Manuel Cancio Meliá. 1ª.ed. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

_____. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la imputación*. Trad: Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª.ed. Madri: Editora Marcial Pons, 1997.

MALAGUTI BATISTA, Vera. *Díficeis Ganhos Fáceis – Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro*. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal – Parte Especial*. 15ª.ed. Valencia: Tirant lo Blanch Libros, 2004.

NOGUEIRA, Alberto. *Globalização, Regionalizações e Tributação – A Nova Matriz Mundial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEMPLE, Frederick T. *Fighting Corruption in Bangladesh – Introductory Remarks at PARC Workshop* Disponível em: <http://www.worldbank.org>. Acesso em: 30.01.2006.

TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. *The Regulation of International Trade*. 2a.ed. London and New York: Routledge, 2001.

VOLD, George B.; Thomas; BERNARD, Thomas; SNIPES, Jeffrey B. *Theoretical Criminology*. 5ª. ed. New York: Oxford University Press, 2002.

ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro – I*. 1ª.ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

O ABORTO DO FETO ANENCÉFALO VISTO POR UMA ESTUDANTE DE DIREITO

Letícia Cordeiro¹

I - INTRODUÇÃO

O presente artigo visa enfocar estudo sobre a questão da interrupção de gravidez em casos em que fica diagnosticada a anencefalia fetal, assunto este, imerso no âmbito do Direito Penal.

O tema escolhido encontra grande relevância na medida em que constitui uma problemática freqüente e atual, sobretudo por não apresentar entendimento ou solução única. Destaca-se que o Brasil é um país de alta incidência desta anomalia, posto que a mesma encontra-se ligada à ausência de ácido fólico no organismo materno. Assim, considerado o número de gestantes que não possuem acompanhamento durante a gestação, o Brasil destaca-se no número de ocorrências de tal moléstia.

Portanto, aqueles que buscam o Judiciário, esperançosos em encontrar a solução adequada, se deparam com um enorme desencontro de julgados, acarretando angústia e insegurança à sociedade. Afinal são várias as interpretações apresentadas, desde a que entende que o caso trata de uma conduta típica, até o entendimento de incidir uma conduta atípica com base em cláusula suprallegal de exclusão de culpabilidade.

Objetiva-se com tal pesquisa, principalmente, destacar que a interrupção de gravidez de feto acometido da acrania não pode configurar aborto, ou seja, o tipo penal trazido pelo artigo 124 do Código Penal Brasileiro, posto que nesses casos, não há incidência de vida. Logo, impossível admitir que se esteja tirando a vida de quem nunca a possuiu.

Demonstrar-se-á, ainda, que não havendo vida fetal a ser tutelada, se faz desnecessária a aprovação de qualquer projeto de lei, que traga nova hipótese de excludente de antijuridicidade de aborto, incluindo o inciso III ao artigo 128 do Código Penal Brasileiro.

II – A ANENCEFALIA

Mostra-se imprescindível delinear acerca da anencefalia, bem como trazer à baila o conceito de morte e suas modalidades.

A inexistência de uma unicidade entre profissionais das mais variadas áreas quanto à conceituação da morte, por conseguinte, acarreta grandes transtornos no tocante às conseqüências jurídicas a ela inerentes.

Sendo assim, é imprescindível levantar o conceito de anencefalia e de morte, para então, interligando-os, realizar a análise acerca da anomalia em discussão, sob a visão clínica médica e médico-legal.

Apesar de ter sido alcançado um entendimento único sobre o critério de morte a ser adotado no Brasil, para fins de transplante, as ponderações jurídicas e clínicas ainda divergem em outros aspectos quando se trata de feto anencéfalo.

Desta forma, as conseqüências jurídicas também se confundem, justificando as análises a serem feitas neste tópico.

Inicialmente, destaca-se que a anencefalia consiste na anomalia fetal mais freqüente caracterizada pela ausência completa ou parcial do encéfalo e da calota craniana, originada pela falha no fechamento do tubo neural, durante a formação embrionária, deixando o cérebro exposto.

Trata-se de uma má-formação incompatível com a vida, que provoca a ausência de todas as funções superiores do sistema nervoso central que é o responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade.

O risco de incidência aumenta cinco por cento a cada gravidez subsequente. As gestantes diabéticas têm seis vezes maior chance de gerar filhos com tal moléstia, como também as mães muito jovens e de idade mais avançadas².

¹ A autora é estagiária oficial da Defensoria Pública Geral do Estado.

² NETO, Jorge Andalaft. Anencefalia: posição da FEBRASGO. *Febrasgo*. Disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br/anencefalia1.htm>>. Acesso em 16 ago.2006.

Presente tal anomalia, em verdade, há apenas uma efêmera preservação das funções vegetativas controladoras da respiração, funções vasomotoras e as que dependem da medula espinhal.

Na verdade, a gestante leva em seu ventre ser que somente mantém tais funções, por estar ligado pelo cordão umbilical a sua genitora, sem que haja qualquer possibilidade de sobrevivência fora do útero.

A anomalia supra-aludida pode ser diagnosticada precisamente, quando realizada por profissional devidamente habilitado, por meio de ultra-sonografia entre a décima segunda e décima quinta semana de gestação, momento em que é possível a visualização do segmento cefálico fetal. Ressalta-se que inexistente a possibilidade de regeneração o cérebro ou o crânio³.

Trata-se de condição incompatível com a vida em cem por cento dos casos.

(...) a ciência médica atua com margem de certeza igual a cem por cento de que não há sobrevivência nos casos de anencefalia e no período intra-uterino em mais de cinquenta por cento dos casos ocorre o óbito do feto e aqueles que chegam a nascer, a criança geralmente nasce cega, surda, sem consciência e não sobrevive mais que algumas horas – no máximo, falecem em poucos dias.⁴

A gestante desenvolve vários problemas resultantes da condição em que se encontra, dentre eles: eclampsia, embolia pulmonar, aumento do volume do líquido amniótico, prolongamento da gestação além de quarenta semanas, dentre outros.⁵

Vale destacar que eventual morte intra-uterina do feto expõe a mãe ao risco de infecção generalizada. Dentre outras razões destaca-se o fenômeno da maceração. Delton Croce a define como sendo:

É também fenômeno de transformação destrutiva que afeta os submersos em meio líquido contaminado (maceração séptica) e o conceito morto a partir do 5º mês de gestação e retido intra-uterinamente (maceração asséptica). Manifesta-se mais intensamente nos casos de retenção de feto morto⁶.

Neste fenômeno, observa-se que nos três primeiros dias o líquido amniótico apresenta cor esverdeada e consistência espessa, enquanto o feto, já enrugado, deixa à mostra o seu tecido subjacente de cor avermelhada, devido à embebição da hemoglobina⁷.

O anencéfalo é resultado de uma anomalia irreversível, sendo considerado desde o útero, um natimorto cerebral.

Por este motivo, a gestante é alvo de enormes danos não só físicos como psíquicos, por saber desde o diagnóstico da acrania, que leva um filho que não sobreviverá, filho que não poderá receber seus cuidados como a amamentação, por exemplo, situação esta que leva à necessidade de apoio psicológico no pós-parto e no puerpério⁸.

Após tal explanação, deve-se passar à perquirição do conceito de morte, bem como destacar a ausência de conceito único e seu momento.

Há tempos, “morte” era um termo de significado tão natural que não era necessário explicá-lo, não eram necessários alongados escritos sobre este tema⁹.

Entretanto, o que era tão simples, tornou-se uma das coisas mais difíceis de se

³ *Ibid.*

⁴ GAIOTTI, Thais Tech; SHINZATO, Simone. Visão Jurídica a respeito do aborto de fetos portadores de anencefalia. *DireitoNet*, São Paulo, 21 out. 2004. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/doutrina/artigos/x/17/73/1773/>>. Acesso em 15 mar. 2006.

⁵ LARA, André Martins; WILHELMS, Fernando Rigobello et al. Existe aborto de anencéfalos? . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 617, 17 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6467>>. Acesso em 19 mar. 2006.

⁶ CROCE, Delton. *Manual de medicina legal*. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 359.

⁷ *Ibid.*, p.359.

⁸ NETO, *op. cit.*

⁹ VANRELL, Jorge Paulete, *Manual de Medicina Legal – Tanatologia*. 2 ed., São Paulo: LED, 2004, p. 33.

conceituar. A Tanatologia consiste no ramo da Medicina Legal destinado ao estudo da morte e as conseqüências a ela atreladas. A linha de fronteira que separa a vida da morte é de difícil estabelecimento sendo um dos temas mais complexos e abordados pela bioética¹⁰.

Confirmando tal ponto de vista, destaca Jorge Paulete Vanrell em sua obra:

A maior parte das definições que têm sido feitas com relação à morte podem ser chamadas de definições negativas, porquanto se expressam pela via de exclusão. Por outras palavras, diz-se que ocorre morte toda vez que não ocorrem certos e determinados fenômenos ditos vitais (SCIGLIANO *et al.*, 1989)¹¹.

Em face das novas técnicas de sustentação vital e de reanimação, como a utilização de meios mecânicos de respiração artificial, o fenômeno morte hoje não se restringe simplesmente à cessação espontânea das funções cardio-respiratórias.

Para o Código Civil Brasileiro, o ser humano inexistente enquanto sujeito de direito, com a morte, momento em que não há mais personalidade. Os avanços tecnológicos da medicina proporcionaram o prolongamento indefinidamente da vida, através da circulação extracorpórea e respiradores artificiais, possibilitando, ainda, o restabelecimento das atividades cardíacas. Com isso, houve uma revolução nos tradicionais conceitos de morte clínica, parada cardíaca e respiratória, modificando-se, assim, o conceito de morte.

Com a Lei nº 9.434/97, de 04 de Fevereiro de 1997, que trata da remoção de órgãos novos critérios na determinação da morte foram impostos, justamente para melhor viabilizar os transplantes ante as exigências de órgãos íntegros, viáveis, hígidos e perfundidos, ao lado de novas técnicas de controle da rejeição.

Neste sentido, destaca Delton Croce:

Antes do advento da era da transplantação dos órgãos e tecidos aceitava-se a morte como o cessar total e permanente, num dado instante, das funções vitais. Supera hoje esse conceito o conhecimento de que a morte não é o cessamento puro e simples, num átimo, das funções vitais, mas sim, toda uma gama de processos que se desencadeiam inexoravelmente durante certo período de tempo, afetando paulatinamente os diferentes órgãos da economia¹².

Para a realização do transplante com sucesso, se faz necessária a rápida retirada do órgão, antes que sobrevenha a morte celular, ou seja, a destruição celular.

A morte mostra-se como um processo lento e gradual, desta forma, há de se fazer a distinção entre morte clínica (paralisação da função cardíaca e da respiratória) da morte biológica (destruição celular) e da morte inicialmente conhecida como cerebral e hoje caracterizada como encefálica, a qual resulta na paralisação das funções cerebrais.

O corpo humano é composto de aparelhos e sistemas, tendo cada um deles uma função. Estas atuam harmonicamente resultando em estado de hígidez. É possível sobreviver sem algumas dessas funções. Entretanto, existem aquelas consideradas vitais, como a respiração e a circulação, responsáveis pela captação e distribuição do oxigênio aos tecidos. Ao suprimir uma destas, o organismo desenvolve importante disfunção acarretando a morte do indivíduo, ou seja, a morte clínica.¹³

Na morte biológica, para ultrapassar e atingir o limite entre a vida e morte celular, é necessário que a agressão, ou seja, o estímulo nocivo apresente intensidade e duração suficiente para romper o equilíbrio das funções celulares. Dá-se a cessação dos fenômenos vitais celulares que ao se tornarem irreversíveis exteriorizam a morte.

Até final dos anos sessenta, o conceito de morte era tradicionalmente definido pela cessação irreversível da circulação e da respiração, sendo inadmissível que o indivíduo que tivesse seu coração batendo fosse considerado morto. Hélio Gomes em sua obra narra:

¹⁰ CROCE, *op.cit.*, p. 347.

¹¹ *Ibid*, p. 33.

¹² CROCE, *op.cit.*, p. 347.

¹³ GOMES, Hélio. *Medicina legal*. 33 ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 72.

Mas, em 1967, na África do Sul, o cirurgião CHRISTIAN BARNARD realizou um transplante, retirando o coração, que ainda batia, de um negro, colocando-o no peito de um dentista branco. Tal experiência desencadeou uma série de apaixonados comentários através da imprensa leiga e dos periódicos científicos de todo o mundo¹⁴.

Nesta época, o conceito de morte teve que ser deslocado para a morte encefálica, de modo que a morte, antes identificada como a cessação da atividade espontânea da função cardíaca e respiratória, com a paralisação circulatória irreversível, passou a ser determinada com a paralisação das funções cerebrais.

A morte encefálica consiste na ausência da função do encéfalo. O Conselho Federal de Medicina, na resolução n.º 1.480 de 8 de agosto de 1997, estabeleceu os critérios de morte conforme determinação da Lei 9.434/97. A resolução em seu artigo 4º estabeleceu que os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinhal e apnéia¹⁵.

Ocorre que, no Brasil, a legislação vigente adota dois critérios de morte diferentes, simultaneamente. Como exposto acima, para fins de transplante, o critério utilizado é a morte encefálica. Entretanto, em se tratando de crime doloso contra a vida, o Código Penal Brasileiro, adota o critério morte clínica – parada cardio-respiratória.

De fato, o critério morte a ser adotado no país tem mostrado-se como um fator cultural humano, posto que, na medida em que o homem ultrapassa seus próprios limites, realizando novas descobertas e evoluções científicas, tal critério vai se deslocando. É o que se observa com o fato de hoje, o coração não ser mais considerado o órgão central da vida.

Há uma vertente que entende ser inaplicável ao caso de anencefalia o critério morte encefálica, ou seja, neurofisiológico, posto que inexistente materialmente o cérebro, sendo descabida portanto, a incidência de tal critério.

Por este motivo, este novo posicionamento adota o critério morte neocortical (*high brain criteriom*). Este se baseia na existência da consciência, comunicação com o meio, afetividade, características inerentes a pessoa humana. Neste caso, a pessoa se extingue, restando tão somente o corpo, o material biológico que não pode ser tecnicamente considerado vivo¹⁶.

Diante de tais considerações, conclui-se que a polêmica gerada em torno da interrupção da gravidez em casos de acrania, será solucionada quando for alcançado um posicionamento único quanto ao conceito de morte e seus critérios, tanto na seara científica quanto na jurídica. Hoje, a falta desse consenso, acaba por gerar controversas como a citada acima.

2.1 NA VISÃO CLÍNICA-MÉDICA

Apesar de ter sido pontuado o conceito morte adotado pela Medicina e pelo Direito – morte encefálica, para a realização de transplantes, existe um ponto em que essas áreas se divergem causando grandes transtornos. Trata-se de admitir ou não a vida do anencéfalo, tanto durante a gestação, quanto após o parto. Isso, passa pelo desencontro no critério de morte adotado pelas duas áreas.

A Ciência posicionou-se a favor da interrupção da gestação nos casos de feto anencéfalo, sensibilizando-se com a situação da gestante e da total impossibilidade de vida extra uterina. Nessa óptica que a FEBRASGO se firma:

Do ponto de vista dos direitos sexuais e reprodutivos, buscando não restringir a autonomia das mulheres, somos favoráveis à livre decisão pela antecipação do parto na anencefalia. Do ponto de vista clínico e obstétrico há evidências muito claras de que a manutenção da gestação

¹⁴ *Ibid.* p. 72.

¹⁵ BRASIL. Resolução n.º 1.480 de 08 de agosto de 1997. Define os critérios para diagnóstico de morte encefálica. CRM. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm>. Acesso em: 30 ago. 2006.

¹⁶ FRANCO, Alberto Silva. Anencefalia. Breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. *Revista dos Tribunais*. N.º 833. mar. 2005.

pode elevar o risco de morbi-mortalidade materna, justificando-se, deste modo, a livre decisão de médicos e pacientes pela antecipação do parto¹⁷.

A visão médica admite que o feto acometido de anencefalia, apesar de não apresentar encéfalo, passa pela condição de ser vivo. Ou seja, clinicamente, a questão de o feto manter a respiração e o coração batendo, acrescido de suas funções vegetativas enquanto intra-útero, dá a ele a condição de criatura viva. Destaca-se que a manutenção dessas funções se dá, pelo fato de estar o feto, ligado a sua genitora pelo cordão umbilical.

Tal posicionamento evidencia que o critério de morte utilizado, quando presente a anomalia em questão, é a morte clínica.

Apesar do notório conhecimento de que na grande maioria dos casos, a gestação não consegue alcançar os nove meses culminando com o parto, entende essa corrente que, em havendo resistência à fase fetal, ocorreria o nascimento com vida (respiração e batimento cardíaco), mas que culminaria inevitavelmente no falecimento do indivíduo anencéfalo. Afinal, já não estaria mais ligado à sua genitora, que anteriormente, o mantinha vivo. Por este motivo, o bebê agonizaria até a morte, que geralmente ocorre minutos após o parto.

Desta forma, o feto teria adquirido direitos, segundo preconizado no Código Civil Brasileiro no seu artigo 2º. Ou seja, enquanto fase intra-útero incidiria o direito do nascituro a ele garantido pela Lei supracitada. Sobrevindo o nascimento, este exteriorizaria um indivíduo vivo, e conseqüentemente, com o direito à sucessão. Ao nascer vivo, ao indivíduo anencéfalo assistiria o direito à herança.

Este ponto de vista diverge do que entendem os juristas, como será explicitado adiante. A admissão da existência de vida traz atrelada ainda outra conseqüência. Ao admitir a existência de vida fetal e eventual nascimento com vida, a interrupção dessa gravidez caracterizaria o aborto. De fato, conforme aspira a sociedade, as manifestações pró-aborto anencefálico continuariam, entretanto, não com escopo na atipicidade.

A Carta Magna tutela a vida como bem maior no seu artigo 5º, *caput*. Logo, haveria bem jurídico a ser tutelado pelo que traz o art. 128 do Código Penal Brasileiro. A admissão da interrupção da gestação, se faria com a ponderação de bens constitucionalmente tutelados, através da razoabilidade e proporcionalidade, ou ainda, através de arguição de incidência de excludente de culpabilidade¹⁸.

Os que defendem que nesse cenário se enquadra a inexigibilidade de conduta diversa, argumentam que se trata de uma mulher em situação deprimente. Afinal, trazer dentro de si um filho com morte já acertada, não representa situação suportável a ninguém. É uma sentença de morte de um filho, já prolatada e irrecorrível que leva a gestante a não ter nenhuma esperança.

A anomalia é incurável e incompatível com a vida, como já exposto. Para os que se posicionam nessa vertente, exigir da gestante levar essa gravidez até o final é obrigá-la a viver nove meses em luto, de uma morte que já fora anunciada desde o início da gestação. É fazê-la gerar um filho para a morte.

Vastos são os comprometimentos psicológicos experimentados por uma mãe que tem a certeza de que seu filho morrerá em seus braços¹⁹.

Nesse sentido, entende Alberto da Silva Franco:

São evidentes as seqüelas de depressão, de frustração, de tristeza e de angústia suportadas pela mulher gestante que se vê obrigada à torturante espera do parto de um feto condenado à morte.²⁰

¹⁷ NETO, *op. cit.*

¹⁸ BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹⁹ FRANCO *apud* QUEIROZ, Eduardo Gomes de. Abortamento de feto anencefálico e a inexigibilidade de conduta diversa. A influência das circunstâncias concomitantes no comportamento humano. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 943, 1 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7770>>. Acesso em: 20 jun. 2006.

²⁰ *Ibid.*

Já os que entendem haver conflitos entre dispositivos constitucionais, vislumbram que o mesmo deve ser dirimido através da ponderação dos interesses conflitantes. Essa ponderação se faz através da análise do caso concreto em que eclodiu o conflito.

Para eles, a interrupção da gravidez coloca paralelamente os direitos da gestante e do outro os direitos do feto, ou seja, o direito do feto de ser gerado e nascer, ainda que para morrer. Realizando a ponderação desses dois interesses conflitantes, estes profissionais concluem que devem prevalecer os direitos da gestante.

Portanto, percebe-se que a admissão da incidência de vida durante a gestação e conseqüente nascimento do indivíduo vivo, traz para o âmbito jurídico, inúmeras conseqüências.

A seguir, analisará-se detalhadamente, a posição médico-legal, que difere da clínica-médica, quanto ao critério morte adotado e conseqüentemente à existência de vida em se tratando de feto anencéfalo.

2.2 VISÃO MÉDICO-LEGAL

Ao pontuar sobre o fator vida de feto anencéfalo, a medicina legal afirma que a mesma inexistente. Esta idéia deve-se ao fato de ser adotado o critério morte encefálica. Tal entendimento também provoca inúmeras conseqüências no mundo jurídico.

A Lei nº 9.434/97 dispõe que a retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para fins de transplante, deverá ocorrer após constatação de morte encefálica do indivíduo. Como já visto anteriormente, entende-se por morte encefálica a ausência das atividades do encéfalo.

Portanto, considerando que o portador da anomalia em questão não apresenta o encéfalo ou parte dele, estão ausentes, tais atividades exigidas para constatação. Ora, se um ser livre de qualquer anomalia, apresentando encéfalo, em constatando a inexistência das atividades cerebrais, pode ter seus órgãos e tecidos removidos, por muito mais motivo, aquele que sequer apresenta encéfalo, também é considerado um ser sem vida.

Corroborando esta idéia, pontua Sinnedria dos Santos Dias:

De nossos apontamentos, chegamos ao seguinte dilema: é dado ao nascituro a proteção dos seus direitos, no caso do anencéfalo, tentamos vislumbrar aqui o seu direito a vida. Se considerarmos que o anencéfalo tem vida, (mesmo sem encéfalo) como poderemos considerar morto, alguém que tem encéfalo mas que este teve cessadas suas atividades? Na minha ignorância, não consigo vislumbrar que o NADA (não possuir encéfalo) possa ser maior que o ALGUMA COISA QUE NÃO FUNCIONA (encéfalo sem atividade)²¹.

Assim, na visão médico-legal, aquele que não adquire em sua formação embrionária o encéfalo, não detém vida. Logo, ao interromper gestação, o que ocorre é a mera expulsão de um ser gerado sem vida.

Desta forma, não há identificação do bem jurídico tutelado pelo artigo 128 do Código Penal Brasileiro, nem pelo artigo 5º *caput* da Constituição Federal – a vida.

Como conseqüência, a interrupção da gestação não se confunde com a prática abortiva, configurando-se fato atípico, ou seja, sem qualquer reprovação jurídica e social. Tal posicionamento, será melhor trabalhado no capítulo seguinte.

Por outro lado, não há de se falar em aquisição de direitos hereditários, de forma que a sucessão não será atingida pela existência do anencéfalo. Não haverá, tampouco, expectativa de direito, posto que não há expectativa de vida, mas sim a certeza da morte.

Dessa mesma opinião, comunga Nelson Hungria:

O feto expulso (para que se caracterize aborto) deve ser produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma

²¹ DIAS, Sinnedria dos Santos. Da gravidez do tipo anencéfalo e o Direito Penal Brasileiro – apontamentos e digressões. *DireitoNet*, São Paulo, 22 set 2005. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/22/82/2282/>>. Acesso em 30 set 2006.

intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação de vida do feto²².

Tais ponderações culminam no afastamento da aplicabilidade do artigo 2º do Código Civil Brasileiro, bem como dos direitos oriundos das sucessões.

Destaca-se que é imprescindível que haja o diagnóstico de tal má-formação congênita, para que então, sejam negados os direitos.

O anencéfalo, como ser morto, não pode ensejar qualquer punição àquele que interrompe ou consente que interrompam a gestação.

Neste sentido, Samantha Buglione:

(...) para se ter direito à vida é preciso estar vivo; somente é possível proteger a vida havendo vida (...). Um feto anencefálico é um feto vivo? O direito, através da Lei de Transplantes, na qual define que morte é morte cerebral, diz que não. O que temos no caso do feto anencefálico é um organismo que vive. Da mesma forma que um coração que está sendo transplantado vive. Então a pergunta: o direito à vida também existe para fetos que jurídica e tecnicamente estão mortos? Fora do útero um feto nestas condições vive tanto quanto alguém em morte cerebral vive sem os aparelhos²³.

Logo, a visão clínica- médica difere da médico-legal, posto que esta última entende inadmissível a existência de feto portador de acrania como ser vivo, e conseqüente sujeito de direitos tutelado pela legislação pátria.

Assim, como o conceito de morte foi deslocado para morte encefálica, a fim de conceder sucessos aos processos de transplantes, o mesmo deve ocorrer para casos de diagnóstica anencefalia fetal. Nesta, a fim de se promover a saúde física e mental da gestante.

Conclui-se desta forma, que em se tratando de feto acometido de acrania, não há vida, posto que se aplica o critério morte encefálica, já previsto no ordenamento jurídico pátrio. Posicionar-se de forma diferente, reflete enorme retrocesso, ante as evoluções, científica, jurídicas e sociais alcançadas.

III – ADEQUAÇÃO JURÍDICA DO ABORTO NA HIPÓTESE DE ANENCEFALIA

Uma abordagem sobre a seara jurídica deve ser feita a fim de que fique demonstrada a perfeita adequação existente entre a legislação pátria e a interrupção da gravidez em casos de incidência da anomalia em questão.

Destaca-se que o legislador ao pretender impor ou proibir determinadas condutas sob ameaça de sanção, penalização, ele deve obrigatoriamente o fazer por meio de lei. Nela, está a descrição da conduta, seja ela omissiva ou comissiva, e o bem jurídico que pretende proteger. A isso, denomina-se tipo penal. Ou seja, é a perfeita descrição da conduta humana, feita pela norma penal.

Entende-se como bem jurídico tutelado os bens essenciais ao convívio social, ou seja, os valores superiores da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da justiça, os bens que são extremamente valiosos do ponto de vista político-social.

O legislador tipificou o crime de aborto no Código Penal Brasileiro, no capítulo referente aos crimes contra a vida, buscando tutelar o direito à vida do feto, ou seja, a preservação da vida humana intra-uterina. O Código Civil Brasileiro resguarda os direitos do nascituro, bem como o Pacto São José da Costa Rica assegura o direito à vida desde a concepção.

Etimologicamente, aborto significa privação à vida: *ab* significa privação e *ortus* nascimento. Segundo Celso Cezar Papaleo, o aborto consiste na interrupção da gravidez com a

²² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5 ed. São Paulo: Forense, 1998, p. 207.

²³ SANTOS, Marília Andrade dos. A aquisição de direitos pelo anencéfalo e a morte encefálica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 982, 10 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>>. Acesso em: 01 out. 2006.

morte do conceito, haja ou não a expulsão deste²⁴. Entretanto, há de se ressaltar que há espécies de aborto que não apresentam relevância jurídica.

Trata-se do aborto natural ou espontâneo, onde há problemas com a saúde da gestante, de forma que o organismo materno não consegue sustentar o desenvolvimento fetal e acidental, como aqueles provenientes de caso fortuito ou força maior sobrevivendo o óbito do feto. Nesses casos, não há conduta criminosa, de forma que a mesma também não existe, quando o médico retira o feto morto do útero da gestante, haja vista que a objetividade jurídica do delito aborto é a preservação da vida humana em formação²⁵. Essas modalidades não repercutem no âmbito jurídico criminal.

Destaca-se que o Brasil apresenta lei restritiva referente à prática abortiva, de forma que o aborto provocado, é aquele que apresenta relevância jurídica, sendo o considerado criminoso. Mister esclarecer que o aborto provocado pode ser legal ou ilegal.

O Código Penal de 1940 confere ilegalidade ao auto-aborto e o aborto consentido, tipificados em seu artigo 124, ao aborto praticado sem a aquiescência da gestante, no artigo 125 e ao com o consentimento desta, conforme artigo 126.

Importante destacar que, a este último equipara-se aquele que provoca o aborto com base em consentimento de gestante menor de quatorze anos, alienada ou débil mental, ou ainda, se o consentimento for obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Trata-se do aborto qualificado.

O elemento subjetivo do aborto é o dolo, ou seja, a prática delituosa munida de clara intenção de provocar a morte do feto, podendo este dolo ser eventual ou direto. Assim, o agente deve querer o resultado ou assumir o risco de produzi-lo²⁶.

A legislação brasileira não prevê a modalidade de aborto culposo, sendo, portanto, considerado fato atípico. Nesse sentido, Julio Fabbrini Mirabete:

Não há crime de aborto culposo e, assim, a imprudência de mulher grávida que causa a interrupção da gravidez não é conduta punível. O terceiro que, culposamente, causa o aborto, responde por lesão corporal culposa²⁷.

Neste caso, há de se fazer uma análise quanto ao liame subjetivo incidente na questão. Se a gestante pratica atos que podem acarretar o aborto, tendo essa consciência, e os faz, com o fim de obter o óbito do feto, o que se confundiria com aborto acidental, onde inexistente dolo, passa a ter relevância jurídica, haja vista o dolo norteador da conduta.

Como abordado anteriormente, o aborto provocado, em regra, caracteriza uma conduta criminosa. Entretanto, a lei brasileira prevê algumas exceções. A lei penal mune de legalidade os abortos terapêutico e sentimental. Primeiramente, o aborto terapêutico ou necessário, tipificado no artigo 128, inciso I do Decreto-Lei 2.848/40, é isento de penalização, posto que tal ato constitui meio único e indispensável à preservação de um bem maior – a vida da gestante, que está em perigo²⁸. Tal aborto é imprescindível ao desenvolvimento equilibrado e sadio desta, afastando as conseqüências nocivas que o prolongamento da gestação acarretará. Segundo Alexandre Paranhos Pinheiro Marques, o primeiro grande fundamento para a realização da interrupção dessa gestação, seria o fato de incidir neste caso, o estado de necessidade²⁹.

Ao contrário do que entende Papaleo, Mirabete afirma que é desnecessário que o perigo

²⁴ PAPALETTO, Celso Cezar. *Aborto e contracepção: atualidade e complexidade da questão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 45.

²⁵ LEITE, Gisele. A polêmica questão do aborto, na história e no mundo. *Consultor Jurídico*. São Paulo. 02 jun. 2002. Disponível em: < <http://conjur.estadao.com.br/static/text/12613,1> >. Acesso em: 15 out. 2006.

²⁶ GOMES, Maria Rosália Pinfeldt. Proteção à vida humana. *Jornal Complexo Jurídico EPJ*. Ano 2. Edição 14. jun. 2003. Disponível em: < <http://www.complexojuridicoepj.com.br/jornalMateria.asp?ID=88> >. Acesso em: 16 ago. 2006.

²⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 22. ed., São Paulo: Atlas, 2004. p. 96.

²⁸ PAPALETTO, *op cit.* p. 50.

²⁹ MARQUES, Alexandre Pinheiro. Anencefalia permite a interrupção da gravidez? Abortamento eugenésico ou eugênico – possível ou não em nosso ordenamento jurídico? *Revista de Direito da Defensoria Pública*. Ano 19, nº 20. fevereiro 2006. Rio de Janeiro. Defensoria Pública Geral, 2006. p. 47.

seja atual, bastando a precisão de que a gestante poderá morrer se a gestação for levada ao desenvolvimento normal³⁰.

Destaca Papaleo que a norma penal brasileira atua de forma cristalina ao pontuar que somente admitirá o aborto, para salvar a vida da gestante, nos casos em que inexistir outro meio de salvar a vida da mesma³¹.

Já o aborto sentimental, também chamado de ético ou humanitário, está previsto no artigo 128, inciso II do Código Penal Brasileiro.

Tal aborto encontra autorização legal, posto que a gravidez é resultante de estupro, de forma que, nestes casos, a doutrina posiciona-se tanto a favor da incidência do estado de necessidade, quanto da inexigibilidade de conduta diversa.

Esta norma permissiva justifica-se na impossibilidade do Estado coibir a gestante a cuidar, dar todo afeto maternal a um filho oriundo de conduta dotada de tamanha violência, qual seja, o coito violento e indesejado.

Importante lembrar que, não havendo estupro, mas atentado violento ao pudor gerando a gravidez, tal dispositivo deve ser aplicado por analogia *in bonam partem*³².

Assim, são lícitos os abortos necessário e sentimental, ao passo que, as demais modalidades constituem ilícitos penais. A legislação vigente no país carece de entendimento para os casos em que se diagnostica a incidência de anomalia fetal incompatível com a vida, como o da anencefalia. Entretanto, o que se tem no cenário atual do país é uma tendência pró-aborto em tal caso, apesar das majoritária decisões impedindo a interrupção da gestação nesses casos.

Observa Júlio Fabbrini Mirabete:

Com o válido argumento de que não se deve impedir aborto em caso de grave anomalia do feto, que o incompatibiliza com a vida, de modo definitivo, já se têm concedido centenas de alvarás judiciais para abortos em caso de anencefalia (...)³³.

Cumpra esclarecer que são vários os posicionamentos utilizados para justificar tal interrupção gestacional. Como já colocado anteriormente, a maioria dos julgados brasileiros declinam pela tipicidade, ou seja, pela total aplicação do artigo 124 do Código Penal Brasileiro aos casos de interrupção de gravidez de anencéfalos.

Muitas vezes, expõem que o caso de aplicação da pena prevista para o crime de aborto, tanto para a gestante que consente, quanto para o profissional que realiza a intervenção cirúrgica.

Afirmam que no caso é impossível autorizar a cirurgia por falta de previsão legal para embasar tal prática. É o que observa no voto da Ministra Laurita Vaz, no HC 32159:

Contudo, é fato inarredável que a situação posta nos autos não está expressa na Lei Penal deste País como hipótese em que o aborto é autorizado. É certo que o trabalho do jurista, mormente o do Magistrado, não deve ficar engessado nas letras frias da Lei. Espera-se mesmo que o Juiz não seja um mero expectador das mudanças da vida cotidiana, mas, sim, um efetivo membro da sociedade, apto a exercer sua jurisdição com bom senso e equilíbrio, sempre buscando uma exegese consentânea com a realidade em que vive. Não se pode olvidar, entretanto, que há de se erigir limites. E estes não de ser encontrados na própria Lei, sob pena de se abrir espaço à odiosa arbitrariedade. (HC nº 23159/RJ/ 5ª Turma / Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministra Laurita Vaz. Julgado em 17/02/2004)³⁴.

³⁰ MIRABETE, *op cit.* p. 99.

³¹ PAPAEO, *op cit.* p. 51.

³² MIRABETE, *op cit.* p. 100.

³³ *Ibid.*, p. 101.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direto Penal. *Hábeas-corpus*. Pedido de autorização para a prática de aborto. *Hábeas-corpus* nº 32159, da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200302198405&dt_publicacao=22/03/2004>. Acesso em: 22 set. 2006.

Portanto, as parturientes que buscam no judiciário autorização para proceder à interrupção, na maioria dos casos, têm seu pedido negado. Já numa análise da Teoria do crime, temos como conceito de infração penal o fato típico, antijurídico e culpável, havendo quem entenda tratar-se tão somente de fato típico e antijurídico, como Damásio de Jesus, Fernando Capez e Julio Fabbrini Mirabete.

A culpabilidade, segundo Sanzo Brodt:

A culpabilidade deve ser concebida como reprovação, mais precisamente, como juízo de reprovação pessoal que recai sobre o autor, por ter agido de forma contrária ao Direito, quando podia ter atuado em conformidade com a vontade da ordem jurídica³⁵.

Pela concepção finalista, a culpabilidade é composta de três elementos normativos: imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Na falta de qualquer um desses elementos, não será possível falar em culpabilidade e conseqüentemente em infração penal.

Nesse trabalho interessa tão somente o estudo de exigibilidade de conduta diversa.

Rogério Greco define a exigibilidade como:

A possibilidade que tinha o agente de, no momento da ação ou da omissão, agir de acordo com o direito, considerando-se a sua particular condição de pessoa humana³⁶.

O artigo 22 do Estatuto Repressivo prevê hipóteses de exigibilidade de conduta diversa. Entretanto, há as cláusulas supraleais de exclusão de culpabilidade, que são as que não apresentam previsão legal, sendo admitidas na doutrina e na jurisprudência.

Ora, por maiores que sejam as previsões realizadas pelo legislador, é impossível prever e legislar sobre todas as causas de inexigibilidade de conduta diversa que merecem ser contempladas pelo direito. Estas se encontram atreladas ao sistema normativo e às freqüentes evoluções sociais, políticas e científicas.

Para Eduardo Gomes de Queiroz, advogado criminalista, a gestante que interrompe a gravidez anencefálica, o faz com base na impossibilidade de se exigir dela uma conduta diversa³⁷.

De fato, as circunstâncias são as piores, posto que a morte é inequívoca e gerar um filho em tais condições, com tais certezas, mostra-se como situação insuportável e carecedora de qualquer expectativa positiva, que não a de por termo a esse sofrimento, por meio da interrupção.

A incompatibilidade existente entre a vida e o feto portador de acrania é notória. Assim, esta vertente entende ser inconcebível que o estado imponha a tal gestante, já tão debilitada, a geração de um filho para morrer.

Outrossim, como já demonstrado anteriormente, a mãe nesses casos, sofre inúmeras e graves repercussões sobre seu equilíbrio físico e psicológico.

Ao interromper a gravidez, a gestante almeja minimizar o seu sofrimento buscando sua integridade física e psicológica.

Notório ainda, que em caso de falecimento do feto, ou seja, intra-útero, poderá sobrevir uma infecção generalizada, implicando em possível óbito da mulher.

Ademais, esta situação pode ser agravada por peculiaridades do quadro clínico da gestante.

Portanto, a inviabilidade de vida extra-uterina do feto, bem como os comprometimentos

³⁵ SANZO BRODT, Luis Augusto *apud* GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 422.

³⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. 2. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 459.

³⁷ QUEIROZ, Eduardo Gomes de. Abortamento de feto anencefálico e a inexigibilidade de conduta diversa. A influência das circunstâncias concomitantes no comportamento humano. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 943, 1 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7770>>. Acesso em: 20 mar. 2006.

físicos e psíquicos apresentados pela mãe, vêm respaldar as alegações dos que entendem tratar-se de caso de incidência inexigibilidade de conduta diversa.

Nesse sentido, diz Guilherme de Souza Nucci:

Algumas decisões de juizes têm autorizado aborto de fetos que tenham graves anomalias, inviabilizando, segundo a medicina atual, a sua vida futura. Seriam crianças que fatalmente morreriam logo ao nascer ou pouco tempo depois. Assim, baseando-se no fato de que algumas mães, descobrindo tal fato, não se conformam com a gestação de um ser completamente inviável, abrevia-se o sofrimento e autoriza-se o aborto. **O juiz invoca, por vezes, a tese da inexigibilidade de conduta diversa**, por vezes a própria interpretação da norma penal que protege a “vida humana” e não a falsa existência, pois o feto só está vivo por conta do organismo materno que o sustenta. **A tese da inexigibilidade, nesse caso, teria dois enfoques: o da mãe, não suportando gerar e carregar no ventre uma criança de vida inviável; o do médico, julgando salvar a genitora do forte abalo psicológico que vem sofrendo**. A medicina, por ter meios atualmente de detectar tais anomalias gravíssimas, propicia uma avaliação judicial antes impossível. **Até este ponto, cremos ser razoável a invocação da tese de ser inexigível a mulher carregar por meses um ser que, logo ao nascer, perecerá**³⁸.

O Direito Penal consiste em um conjunto de normas jurídicas voltadas para viabilizar o *jus puniendi* do Estado. Trata-se de uma ciência humana e, portanto, não deve apresentar-se de maneira estática. Quando da elaboração do Código Penal vigente, a ciência não apresentava meios capazes de diagnosticar de forma precisa e inequívoca anomalias congênitas, ainda no início da gestação, como no caso de anencefalia, que expõe a impossibilidade de vida após o nascimento.

Portanto, conforme Eduardo Gomes de Queiroz, não pode o Estado ou a sociedade obrigar uma mulher comum, muitas vezes já vítima das atuais circunstâncias sociais e econômicas, a ser autora de ato heróico, arrastando uma gravidez de um feto acometido de anomalia incompatível com a vida e se expondo aos mais variados riscos que essa gestação representa. Entendem não ser possível exigir da parturiente conduta diferente da interrupção do ciclo gestacional.

Uma outra vertente bastante forte na defesa da interrupção da gravidez de anencéfalos é a dos profissionais do Direito que realizam uma vasta análise nas normas jurídicas e seus princípios norteadores vigentes.

A começar, destaca-se que a Constituição Federal é da modalidade aberta, ou seja, não regula de forma rígida, devendo ser dotada de elasticidade material e ter seus direitos observados de forma relativa.

Algumas situações evidenciam confronto entre direitos e princípios constitucionais, devendo este conflito ser resolvido mediante ponderação dos mesmos e exame do caso real.

Em se tratando de interrupção de gravidez, se tem de um lado o direito à vida, à dignidade da pessoa humana, à saúde, liberdade, (artigos 5º; 1º, inciso III; 6º e 196 e seguintes, todos da Constituição Federal) autonomia da vontade da gestante que leva em seu ventre ser possuidor de anomalia incurável e incompatível com a vida. Do outro, há a vida o feto que está sendo gerado, ainda vivo em decorrência de sua ligação com o cordão umbilical e da placenta, que poderá morrer ainda durante a gestação ou logo após o nascimento.

Como já destacado anteriormente, os profissionais que declinam para esse pensamento, entendem que merece predominar os direitos da gestante

Clamando pela vida da parturiente, se respaldam no fato de que a permanência do feto anômalo no útero da mãe é potencialmente perigosa, haja vista, o alto índice de óbito intra-útero, estando a vida daquela que carrega um feto portador de acrania, constantemente exposta a perigo, ante à gravidez excepcional e às particularidades de cada quadro clínico.

³⁸ NUCCI *apud* QUEIROZ, *op. cit.*

Destaca-se ainda, que saúde, segundo a Organização Mundial da Saúde, é o completo bem estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença. A antecipação do parto é o único procedimento cabível para obviar o risco e a dor da gestante³⁹.

Entendem que a gestante está submetida a uma tortura psicológica, pois sabe que o feto que carrega, muitas vezes ansiosamente esperado, não sobreviverá, havendo quem a associe a um “caixão ambulante”.

Compreendem que, analisando o próprio Código Penal, em seu artigo 128, o abortamento de feto anencéfalo encontra respaldo. Tal dispositivo legal vem autorizar o aborto em duas circunstâncias: se a gravidez é resultante de estupro e se coloca em risco a vida da gestante.

Nos casos de estupro, o Direito Penal é solidário com a vítima, a gestante, não a obrigando a levar em seu ventre um fruto de ato dotado de tamanha violência física e psíquica. Tutelam a moral e a integridade psicológica da mesma, que nesses casos, estaria gerando um feto com total expectativa de vida. Ou seja, os direitos da parturiente se sobrepõem ao direito à vida do feto.

Nos casos de aborto necessário ou terapêutico, o Direito Penal mais uma vez se coloca ao lado da mulher. Não exige dela o sacrifício de sua própria vida, em favor daquela trazida dentro de si, também com plenas condições vitais.

Portanto, há perplexidade desses profissionais que vêem incoerência na enorme polêmica criada acerca da interrupção da gestação de anencéfalo. Os bens jurídicos tutelados pelo artigo 128 do Código Penal Brasileiro – a vida, a integridade física e psíquica da gestante – são os mesmos presentes nos casos da mãe de portador de acrania. Há uma única diferença: nos casos já previstos em lei, os fetos representam vida em potencial, ao passo que, nos casos como o da anomalia em questão o feto é incompatível com a vida extra-uterina.

Logo, não se mostra razoável a ordem jurídica pátria permitir o aborto sentimental e o terapêutico e colocar obstáculos à interrupção da gravidez em caso de diagnosticada anencefalia.

Impedir a antecipação do parto nesses casos, se apresenta ainda como flagrante ofensa à dignidade da pessoa humana, à liberdade e à autonomia da vontade da parturiente.

Ao impor à mulher o dever de gerar um feto que com plenitude de certeza não sobreviverá, causa-se dor, angústia e frustração. Desta forma, está presente a violação às duas vertentes de sua dignidade humana: direito à integridade física (direito à vida, ao próprio corpo) e direito à integridade moral (direito à honra, liberdade, à vida privada).

Além disso, a mãe conscientizada dos riscos que corre, deve ter o direito de optar pela interrupção ou não da gravidez, valendo-se do direito ao livre arbítrio, à autonomia de sua vontade e a liberdade, pois somente ela é capaz de avaliar a dor e os transtornos que essa gravidez acarreta.

O Ministro Joaquim Barbosa, relator do *Habeas Corpus* nº 84025-6/RJ, citado na inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ajuizada perante o STF, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), manifestou-se assim:

Em se tratando de feto com vida extra-uterina inviável, a questão que se coloca é: não há possibilidade alguma de que esse feto venha a sobreviver fora do útero materno, pois, qualquer que seja o momento do parto ou a qualquer momento que se interrompa a gestação, o resultado será invariavelmente o mesmo: a morte do feto ou do bebê. A antecipação desse evento morte em nome da saúde física e psíquica da mulher contrapõe-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, em sua perspectiva da liberdade, intimidade e autonomia privada? Nesse caso, a eventual opção da gestante pela interrupção da gravidez poderia ser considerada crime? Entendo que não, Senhor Presidente. Isso porque, ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extra-uterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo

³⁹ HUMENHUK, Hesterston. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839>>. Acesso em: 17 out. 2006.

que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal⁴⁰.

Ainda analisando as leis vigentes, levantam a lei dos transplantes (Lei Federal nº 9434/93) que define o momento morte com a constatação da morte encefálica, pré-requisito para a remoção de tecidos e órgãos para transplantes.

O Conselho Federal de Medicina, ao editar a resolução nº 1752 de oito de setembro de dois mil e quatro, considerou-se os anencéfalos “natimortos cerebrais”, por ausência das mínimas condições de vida, e ainda, autorizou a retirada dos órgãos dos anencéfalos após seu nascimento⁴¹.

Portanto, entendem que o abortamento de anencéfalos encontra-se em perfeita harmonia com o ordenamento jurídico pátrio, bem como, com os valores vigentes no seio social. Não há nenhuma inconsistência, nenhuma novidade. E é nesse sentido que esses estudiosos do Direito se firmam, ou seja, o abortamento de fetos portadores de acrania encontra-se em acordo com o ordenamento jurídico vigente, não representando qualquer inserção de mudança no padrão ético dominante na sociedade atual.

Alexandre Paranhos Pinheiro Marques analisa ainda, a interrupção terapêutica do parto à luz da Teoria do Incremento do Risco, no que tange à responsabilização da gestante. O tipo penal incriminador ganhou complexidade com Teoria Finalista da conduta e com o princípio da culpabilidade, contendo desta forma, seu lado objetivo e subjetivo. Objetivamente, o tipo penal não se encontra limitado ao núcleo do tipo, estando compreendido também pelo resultado da conduta que o agente praticou. Por outro lado, subjetivamente, a prática de uma infração penal é imputada ao agente se este a praticou munido de dolo ou culpa⁴².

Numa análise à luz da imputação objetiva a atenção não se volta para a incidência ou não do dolo ou da culpa, mas sim para a investigação da possibilidade de sobrevir o resultado que a parte objetiva do tipo prevê.

O princípio do risco apresenta como frutos a vertente da diminuição do risco, a criação de risco juridicamente relevante, o princípio do incremento do risco e a proteção da norma com vetor de imputação.

Interessa a análise da teoria do incremento do risco que busca investigar se a conduta praticada pelo agente contribuiu de forma que provocasse o resultado obtido. Questiona se a conduta praticada elevou o risco da constatação do resultado.

Desta forma, se retirando do caso analisado a conduta praticada, o resultado foi inevitável, ou seja, se este sobrevém com ou sem a prática da conduta, não é cabível imputar tal resultado ao agente. Nesse sentido:

Assim no conhecido exemplo daquele que joga um balde d'água em uma represa que já se encontrava completamente cheia, fazendo, assim, com que se rompesse o dique, não pode ser responsabilizado pela inundação, pois que sua conduta não pode ser considerada relevante a ponto de ser-lhe imputada a infração penal tipificada no artigo 254 o Código Penal⁴³.

Destarte, nos casos de anencefalia a morte do feto é indiscutível em cem por cento dos casos, de forma que, com a atuação ou não do agente interrompendo a gestação, a morte fetal é inequívoca.

Com base no exposto que essa parte dos juristas entendem que a interrupção de gravidez nos casos de anencefalia deve ser autorizada. Ou seja, com base na Teoria do Incremento do Risco decorrente da imputação objetiva.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Anencefalia, inviabilidade do feto e antecipação terapêutica do parto. *Revista Jurídica Virtual*. Brasília, vol. 06, n. 70, mar. 2005. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_70/index.htm>. Acesso em: 15 mar. 2006.

⁴¹ SANTOS, Marília Andrade dos. A aquisição de direitos pelo anencéfalo e a morte encefálica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 982, 10 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>>. Acesso em: 17 out. 2006.

⁴² MARQUES, *op cit.* p. 49.

⁴³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 238.

Neste sentido, manifestou-se o Juiz Marcos Antonio Santos Bandeira:

A teoria da imputação objetiva do resultado defende que não basta que a conduta seja imputada ao agente, mas é imprescindível que o resultado jurídico seja relevante, a ponto de justificar a intervenção do Direito Penal. No caso do aborto, não basta que seja posta sob análise a questão da tipicidade formal, pois deve-se ir mais fundo, investigar se existe tipicidade material. O bem tutelado pela criminalização do aborto é a vida biológica do feto anencefálico, cuja vida precária dará lugar inevitavelmente à morte⁴⁴.

Realizando uma análise no vasto campo das sustentações apresentadas atualmente, constata-se que há a admissão da antecipação do parto como fato típico e que a partir daí, buscam argumento para afastar a responsabilização da gestante.

No entanto, essas correntes não levam em conta os avanços tecnológicos e se baseiam numa lei penal que se tornou antiquada e ultrapassada, em especial no caso concreto de anencefalia. Na época da promulgação do Código Penal vigente, 1940, inexistiam os recursos técnicos que hoje viabilizam a detecção de anomalias fetais com tamanha exatidão.

Aqueles que se posicionam pela incidência de dirimente de culpabilidade ou pela excludente de ilicitude fracassam ao admitir a existência de vida, pois acaba por atentar diretamente o artigo 5º da Constituição Federal que é imperativa ao tutelar tal direito.

O mesmo ocorre com os outros posicionamentos que mesmo alegando que a morte após o parto é inequívoca, há vida, e esta encontra amparo na Magna Carta.

Ocorre que, modernamente, face ao princípio da lesividade o tipo penal deve ser analisado sob os aspectos formal e conglobante.

Segundo Rogério Greco, dentre outras finalidades, o princípio da lesividade busca:

(...) afastar da incidência de aplicação da lei penal aquelas condutas que, embora desviadas, não afetam qualquer bem jurídico de terceiros. Por condutas desviadas podemos entender aquelas que a sociedade trata com um certo desprezo, ou mesmo repulsa, mas que, embora reprovadas sob o aspecto moral, não repercutem diretamente sobre qualquer bem de terceiros.⁴⁵

Ao Estado somente interessa usar o *jus puniendi* quando ocorre efetiva lesão a bem jurídico penalmente tutelado. O tipo penal descreve de forma abstrata seus elementos. Assim, obtém-se a tipicidade formal quando a conduta do agente se adequa perfeitamente ao modelo abstrato previsto em lei. Já a tipicidade conglobante, verifica-se quando a conduta do agente é antinormativa e há tipicidade material. Esta última é constatada quando há efetiva ofensa a bem jurídico tutelado⁴⁶.

No caso de anencefalia, o feto é resultado de um processo irreversível, sem qualquer possibilidade de sobrevivida, sendo considerado um feto morto cerebral.

Em se tratando de tal anomalia, não cabe falar em vida humana, posto que apenas uma atividade fisiológica celular é mantida pelo cordão umbilical e pela placenta.

Neste sentido, votou o Ministro Carlos Ayres Brito:

(...) Quero dizer: **o crime deixa de existir se o deliberado desfazimento da gestação não é impeditivo da transformação de algo em alguém**. Se o produto da concepção não se traduzir em um ser a meio caminho do humano, mas, isto sim, em um ser que de alguma forma parou a meio ciclo do humano. Incontornavelmente empacado ou "sem qualquer possibilidade de sobrevivida" (ainda uma vez, locução tomada de empréstimo à mesmíssima resolução do CFM), por lhe faltar

⁴⁴ BANDEIRA, Marcos Antonio Santos. Antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico. *AMAB*. Bahia. 18 jul. 2005. Disponível em: < <http://www.amab.com.br/marcosbandeira/sentencas.php?cod=56>>. Acesso em: 10 out. 2006.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 56.

⁴⁶ MARQUES, *op cit.* p. 50.

as características todas da espécie. *Uma crisálida que jamais, em tempo algum, chegará ao estágio de borboleta.* O que já importa proclamar que se a gravidez "é destinada ao nada" -- a figuração é do ministro Sepúlveda Pertence -, sua voluntária interrupção é penalmente atípica. Já não corresponde ao fatotipo legal, pois a conduta abortiva sobre a qual desaba a censura legal pressupõe o intuito de frustrar um destino em perspectiva ou uma vida humana *in fieri*. Donde a imperiosidade de um conclusivo raciocínio: se a criminalização do aborto se dá como política legislativa de proteção à vida de um ser humano em potencial, faltando essa potencialidade vital aquela vedação penal já não tem como permanecer. Equivale a dizer: o desfazimento da gravidez anencéfala só é aborto em linguagem simplesmente coloquial, assim usada como representação mental de um fato situado no mundo do ser. Não é aborto, contudo, em linguagem depuradamente jurídica, por não corresponder a um fato alojado no mundo do dever-ser em que o Direito consiste. (...) ⁴⁷.

Ademais, se faz necessário trazer a baila novamente a imprescindibilidade de se estabelecer um momento morte único no mundo jurídico.

Em crimes contra a vida, utiliza-se o critério da morte clínica ou biológica que consiste na parada cardíaca e conseqüente morte cerebral, por falta de irrigação sangüínea, levando à posterior necrose celular.

Entretanto, a Lei nº 9434/97, trouxe para nosso ordenamento jurídico o critério morte encefálica, definido como a parada total e irreversível das funções encefálicas, provocando em poucos minutos a falência de todo o organismo.

Desta forma, a lei supracitada, possibilitou a remoção de órgãos e tecidos, desde que devidamente diagnosticada a morte cerebral.

O que se vê é o conflito entre dois critérios que destaca enorme contradição. Nessa vertente:

A legislação brasileira se contradiz, visto que autoriza a retirada de órgãos para transplantes se for diagnosticada a morte encefálica do paciente, constatada e registrada por dois médicos não participantes da equipe de remoção para transplante. Com a remoção dos órgãos conseqüentemente ocorrerá a morte biológica do paciente. Nestes casos, a morte encefálica é tratada como um fator que pode vir a salvar vidas, já que no Brasil existem milhares de pessoa que necessitam de doação de órgão para sobreviver ⁴⁸.

Segundo entendimento do Conselho Federal de Medicina, em sua Resolução nº 1752/04, atestou-se que os anencéfalos são natimortos cerebrais com inviabilidade vital por ausência de cérebro. Se não há atividade cerebral, não se pode cogitar a existência de vida.

Com base nos critérios diagnósticos, não cabe argüir incidência de crime de aborto. O feto já estava morto, o óbito não foi causado pela interrupção da gravidez. O interesse tutelado pela lei penal não foi lesado.

Do momento da concepção até a constatação clínica da anencefalia, pressupunha-se a existência de vida e, portanto, merecedora de tutela. Mas, comprovada a morte encefálica, afastou-se o amparo dado pelo artigo 124 do Código Penal Brasileiro.

Na interrupção da gestação em caso de anencefalia, uma anomalia incurável, não há bem jurídico a ser tutelado, sendo fato ensejador de atipicidade material, vertente da atipicidade

⁴⁷ PONTES, Manuel Sabino. A anencefalia e o crime de aborto: atipicidade por ausência de lesividade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 859, 9 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7538>>. Acesso em: 11 out. 2006.

⁴⁸ GAIOTTI, Thais Tech; SHINZATO, Simone. Visão Jurídica a respeito do aborto de fetos portadores de anencefalia. *DireitoNet*, São Paulo, 21 out. 2004. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/doutrina/artigos/x/17/73/1773/>. Acesso em 15 mar. 2006.

conglobante. A conduta daquele que interrompe tal gravidez não é capaz de ofender a objetividade jurídica do crime.

Destaca Alberto Silva Franco, desembargador aposentado do tribunal de Justiça de São Paulo e membro fundador do IBCCRIM:

O argumento de que todos nascemos para morrer e que, por isso, o feto anencéfalo não destoa da regra geral, está longe de ser um argumento válido. Trata-se, na realidade, de um truísmo dispensável. Ninguém escapa do processo da morte que é certa e inquestionável. Mas dela não se pode cogitar sem seu antecedente lógico: a vida⁴⁹.

Entendendo pela atipicidade, posicionou-se a Ordem de Advogados do Brasil da Bahia:

A OAB da Bahia decidiu por maioria dos votos dos seus conselheiros, que a interrupção da gravidez em casos de anencefalia do feto não deve ser considerado como aborto, nem portanto, como crime⁵⁰.

Baseando-se na Lei nº 9.434/97, posicionou a favor da atipicidade a Promotora de Justiça do estado do Rio Grande do Norte, Mariana Marinho Barbalho Tavares:

Ir além do que já foi dito é não se utilizar a analogia, mas constatar que na verdade, há atipicidade do aborto em caso de antecipação do parto, ocorrendo a anencefalia, visto que se o feto não tem atividade encefálica, nem condições de sobrevivência, nos termos da Lei no 9.434/97 (transplante de órgãos), não há pois vida a ser tutelada. Sim, pois, se o ordenamento jurídico passou a considerar a morte encefálica como o fim da vida, possibilitando o transplante dos órgãos, não poderia admitir que há vida em caso de anencefalia do feto, visto que o conceito de vida deve ser único no ordenamento jurídico brasileiro. Existe morte encefálica, mesmo que o corpo todo ainda não esteja morto, pois há uma impossibilidade de perspectiva de vida, nos termos dos procedimentos médicos, pois a morte em si é realmente um processo⁵¹.

Finalmente, constata-se a atipicidade da interrupção da gestação de fetos anencéfalos, por ausência de bem jurídico a ser tutelado, estando afastada a hipótese tipificada no artigo 124 da Lei Penal Brasileira. Dar ao caso uma visão fincada em dogmas religiosos é inadmissível em um Estado laico. O Direito como ciência humana deve evoluir atento às necessidades dos cidadãos, a fim de garantir de forma efetiva o acesso a uma ordem jurídica justa e eficaz, não apenas aos que possuem condições financeiras, mas, principalmente para a população desfavorecida que integra a grande maioria do povo brasileiro.

Assim, pode-se observar que várias são as correntes de opiniões acerca da presente problemática, de forma que o desencontro entre os julgados no Brasil acaba por gerar grande insegurança jurídica e drásticas consequências sociais. Estabelecer uma unicidade nas decisões constitui uma necessidade imperativa para a sociedade brasileira.

IV - CONCLUSÃO

Conclui-se portanto, que a anencefalia constitui uma anomalia incompatível com a vida. Por este motivo, não é possível em tais casos, identificar o bem jurídico tutelado pelo artigo 124 do Código Penal Brasileiro – vida.

Apesar da incompatibilidade com a vida, são vários os posicionamentos e as interpretações que se pode observar na doutrina e na jurisprudência, de forma que não há unanimidade sobre a questão no cenário jurídico brasileiro, levando à total insegurança jurídica.

⁴⁹ FRANCO, *op. cit.*

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ TAVARES, Mariana Marinho Barbalho. A antecipação do parto em caso de anencefalia e o transplante de órgãos e tecidos dos anencéfalos. *CAOP Criminal*. Disponível em: <http://www.mp.rn.gov.br/caops/caopjp/teses/antecipacao_parto_anencefalia.pdf>. Acesso em: 13 out. 2006.

Entretanto, embora o entendimento pelo fato tipificado no artigo 124 do Decreto-Lei nº 2.848/40 seja majoritário, aquela vertente que entende pela atipicidade da interrupção de tal gravidez, apresenta-se como a mais adequada à luz do Direito Penal. Comprova-se ainda, que o critério morte a ser utilizado é a morte encefálica e não a morte clínica, biológica ou neocortical, tendo em vista a Lei de Doação e Transplante de Órgãos vigente no país.

Observa-se ainda a forte interferência da moral e da Igreja nesse assunto. As políticas públicas, as legislações e as decisões judiciais refletem as influências ditadas pela Igreja.

Assim, não surpreendentemente, o Brasil é um país onde se encontra uma forte resistência quanto ao aborto, mesmo que de feto anencéfalo. Gritante é a forte influência, sobretudo da Igreja Católica que pressiona a favor do entendimento, ainda predominante, anti-aborto.

Ainda assim, a sociedade brasileira, mostra seus anseios, suas necessidades através das mais variadas manifestações pró-aborto de feto com acrania, na medida em que, constantemente, procura o Judiciário para obter respaldo jurídico na realização da intervenção cirúrgica.

É inconcebível no Brasil, face à legislação em vigor, admitir que comete o crime de aborto, a gestante e os profissionais da área médica, em casos de interrupção de gravidez de feto anencéfalo, caso em que se observou estar ausente o objeto a ser protegido. Afinal, a expulsão provocada do feto anencéfalo não possui qualquer relevância jurídica, ante a ausência de vida.

Por fim, o desentendimento na seara jurídica constitui um enorme obstáculo, um conflito que deve ser dirimido de forma urgente e eficaz, para que meios oblíquos e clandestinos não sejam utilizados pelas parturientes que tentam de alguma forma minimizar seu sofrimento. Para tanto, deve-se consolidar o entendimento que atribua a tal prática a atipicidade.

A LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA: UMA REVISÃO DO CONCEITO DE NECESSITADOS

Marina Magalhães Lopes¹

Introdução

As modificações ocorridas na sociedade no século XX influenciaram de forma decisiva os rumos do Direito e, conseqüentemente, o do processo civil.

Apesar do império da lei ter sido útil nos séculos anteriores (quando era necessário diminuir o poder do monarca e acabar com idéias como a de Luiz XIV, o Rei Sol, que afirmava “*L’Etat c’est moi*”), no período do pós-guerra foi constatado que tão somente a aplicação da mesma poderia causar grandes desastres para a humanidade e, o que é pior, não era suficiente para garantir o fim último do direito, a justiça².

Desde o século XIX, após as revoluções francesa e americanas, as declarações de direitos passaram a ocupar lugar de destaque no cenário de cada país. Contudo, apenas com o fim da Segunda Guerra Mundial o assunto passou a ser tratado a nível internacional, em razão dos grandes prejuízos causados pelo conflito, que dizimou milhares de pessoas.

A Constituição Federal (“CF”) de 1988 surgiu a partir desse movimento. Promulgada após um grande período ditatorial, confere aos cidadãos uma grande quantidade de direitos de primeira, segunda e terceira geração, como a saúde, educação, habitação, entre outros, nos quais também se exige uma participação ativa do Estado em sua consecução³.

Entretanto, apesar de previstos em lei, tais direitos não são usufruídos por grande parte da população, sendo a questão da sua efetivação um dos maiores dilemas enfrentados pelos juristas de todo o mundo nas últimas décadas⁴.

Tal dilema fez surgir diversos estudos, destacando-se a obra de Mauro Cappelletti, que não somente reconheceu mas buscou oferecer soluções para o problema. Afirma esse autor que “*O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também,*

¹ Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro e Mestranda em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

² Como explicita MARINONI, “*O direito liberal imaginava que, para garantir a liberdade dos homens, deveria interferir o mínimo possível na esfera dos particulares. Sustentava-se, nessa época, a idéia da igualdade (formal) de todos perante a lei, proibindo-se o legislador de estabelecer tratamento diversificado às diferentes posições sociais. Supunha-se que, com a impossibilidade de o Estado agir diante das necessidades sociais, estaria garantido o bem mais supremo do homem, que seria sua liberdade, pouco importando se ela não pudesse ser usufruída por todos, e assim não fosse entendida como uma liberdade concreta. Como as particularidades da sociedade deveriam ser ignoradas em nome da liberdade formal, o Estado liberal passou a legislar com os olhos de um cidadão “sem rosto”, ou que seria igual a todos, independentemente de suas sensíveis diferenças concretas. Diante disso, o princípio da igualdade formal – que não foi feito para o homem de carne e osso – trouxe uma série de discriminações e injustiças. Nessa perspectiva, entendia-se que, para ser conservado o direito de ir a juízo bastaria se dar ao cidadão o direito formal de apresentar sua pretensão em juízo e proibir o Estado de obstaculizar o exercício desse direito. O direito ao Poder Judiciário era pensado – dentro da lógica do direito liberal – como direito que independia da particular posição social ou da necessidade concreta do cidadão.*” Técnica Processual e Tutela dos Direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.57/58.

³ “*Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, também os chamados direitos sociais, que consistem em poderes. Os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas.*” BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 21. Já os direitos de terceira geração estariam intimamente conectados ao princípio da solidariedade.

⁴ “*Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.*” In BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 25

*necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.*⁵”

A partir da constatação de que o processo deveria proporcionar a concretização dos direitos legalmente previstos, os processualistas passaram a não mais dar tanta importância a questões meramente acadêmicas, como o conceito do direito de ação, a separação entre direito processual e material, mas sim aos escopos sociais e políticos da jurisdição⁶.

Portanto, podemos dizer que no século XXI vivemos a era do processo civil de resultados, o processo deve ser visto sob a ótica do consumidor e aperfeiçoado para que as partes consigam ter atendidas suas pretensões⁷⁻⁸.

Os ideais de Giuseppe Chiovenda, segundo os quais “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”⁹ estão sendo retomados, para que se garanta uma tutela jurisdicional efetiva e de resultados.

No entanto, em que pesem os grandes avanços legislativos e científicos nesse campo, milhões de brasileiros continuam vivendo a margem dessa nova realidade sem, ao menos, saber que podem se socorrer do judiciário para a solução de conflitos e/ou concretização dos direitos constitucionalmente assegurados.

Kazuo Watanabe afirma que não basta que se garanta o acesso à justiça de maneira formal, mas sim o acesso à uma ordem jurídica justa¹⁰. Infelizmente, no caso do Brasil, grande parte da

5 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Briant Garth. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 13. Segundo esse autor, o desenvolvimento do princípio do acesso à justiça ocasionou o fenômeno por ele chamado de “três ondas renovatórias”. Para ele, *op.cit.*, p. 31 *et seq.*, “o recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em seqüência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso - a primeira ‘onda’ desse movimento novo - foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses ‘difusos’, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro - e mais recente - é o que nos propomos a chamar simplesmente “enfoque de acesso à justiça” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo”.

6 De acordo com KAZUO WATANABE, in Da Cognição no processo civil. São Paulo: Perfil, 2005, p. 22/23, “Do conceptualismo e das abstrações dogmáticas que caracterizam a ciência processual e que lhe deram foros de ciência autônoma, partem hoje os processualistas para a busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo, dentro de uma ótica mais abrangente e mais penetrante de toda a problemática sócio-jurídica. Não se trata de negar os resultados alcançados pela ciência processual até esta data. O que se pretende é fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais – prestigiando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos -, sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos. É a tendência ao instrumentalismo que se denominaria substancial em contraposição ao instrumentalismo meramente nominal ou formal.”

7 Conforme Dinamarco, Instituições de Direito Processual Civil; vol. I, Malheiros: São Paulo, 2002, 2.ed., p.108: “Diferente é o posicionamento moderno, agora girando em torno da idéia do processo civil de resultados. Consiste esse postulado na consciência de que o valor de todo sistema processual reside na capacidade que tenha, de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo. Não basta o belo enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito, quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar e propiciando-lhe sensações felizes pela obtenção da coisa ou da situação postulada. Na medida do que for praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de receber (Chiovenda), sob pena de carecer de utilidade e, portanto, de legitimidade social. O processo vale pelos resultados que produz na vida das pessoas ou grupos, em relação a outras ou aos bens da vida – e a exagerada valorização da ação não é capaz de explicar essa vocação instrumental do sistema processual, nem de conduzir à efetividade das vantagens que dele se esperam.”

8 “Na ‘era dos direitos’, quer-se mais que vê-los consagrados em solenes declarações: o que se quer, acima de tudo, é superar os obstáculos de toda sorte que se opõem à respectiva realização. No terreno processual, tais idéias inspiraram o grande movimento de promoção daquilo a que uma terminologia hoje universalmente difundida vem aludindo sob a denominação de ‘acesso à Justiça’. Proclama-se que, à semelhança de outros mecanismos jurídicos, deve passar o processo a ser focalizado menos pelo ângulo dos órgãos produtores do que pelo dos consumidores. Como agir para satisfazer as expectativas dos jurisdicionados? Que medidas tomar para suprir ou compensar as carências financeiras, sociais, culturais, psicológicas, daqueles muitos que, necessitando da prestação jurisdicional, só conseguem divisá-la de longe, qual miragem pronta a dissipar-se no ar, à primeira tentativa de aproximação?”. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *A Justiça e nós*. Temas de Direito Processual, Sexta Série. Rio de Janeiro: Saraiva, 1997, p.1/2

9 Giuseppe Chiovenda, “Instituições de Direito Processual Civil. Traduzido por Paolo Capitanio. Com anotações de Enrico Tullio Liebman. Campinas: Bookseller, vol I.1998, p. 67.

10 WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna, Participação e Processo*, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1988,

população está sendo privada não de uma ordem jurídica justa mas sim de qualquer ordem jurídica.

Os tribunais estão se distanciando cada vez mais do povo que, além de todas as dificuldades enfrentadas para a obtenção acerca de informações de seus direitos, acabam se sentindo constrangidos com o ambiente forense, bastante suntuoso e intimidador.

O maior exemplo da grande dissociação existente entre o judiciário e a população em geral é, justamente, o horário de funcionamento das repartições judiciais (que no estado do Rio de Janeiro é das 11 às 18 horas). Não temos dúvidas de que é um tanto quanto complicado para um empregado se ausentar do trabalho nesse período para resolver problemas judiciais, o que contribui para afastar ainda mais a tutela jurisdicional do homem médio.

Tal situação importa em infringência não somente ao art. 5, XXXV da Constituição Federal mas também ao art. 5, LXXIV, que dispõe claramente que o Estado “*prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*”.

A não efetivação de direitos além de provocar uma crise de poder, acaba ocasionando o surgimento de um Estado paralelo, no qual pessoas desprovidas de qualquer legitimidade acabam “governando”.

O Estado Democrático de Direito se caracteriza, precipuamente, pela observância das leis, leis essas elaboradas por aqueles que foram eleitos pelo povo através de um processo (ao menos em tese) democrático.

O art. 1 da Constituição Federal elenca a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da República¹¹. Já o art. 3 estabelece como um de seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, além da redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos¹².

Ora, como alcançar esses objetivos se a maior parte dos brasileiros está privada de um dos direitos essenciais, qual seja, o direito a ter direitos¹³?

Conclui-se, portanto, que a questão do acesso à justiça e da assistência jurídica propriamente dita não tem relevância apenas para o campo jurídico mas está intimamente relacionada com o próprio ideal democrático. A participação dos cidadãos na construção de uma nova sociedade não se restringe ao campo eleitoral sendo que, a cada dia, podem ocorrer pequenas mudanças, inclusive através de ações individuais¹⁴⁻¹⁵.

p. 128, “a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova postura mental. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor, ou seja do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o problema do acesso à Justiça traz à tona não apenas um programa de reforma como também um método de pensamento, como com acerto acentua Mauro Cappelletti”.

11 “Art. 1 A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana;”

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

13 De acordo com BARBOSA MOREIRA, “O acesso à justiça é hoje uma garantia prevista na generalidade dos ordenamentos jurídicos, até diria na generalidade das Constituições modernas. É evidente que não nos podemos contentar com uma garantia que se situasse no plano puramente formal, nominal. De nada valeria inscrever na Constituição o princípio de que todos têm o direito de pleitear em juízo, se não se cuidasse de pensar no problema daqueles que, sentindo essa necessidade, não dispõem todavia dos meios necessários para o custeio do processo. Houve quem dissesse ironicamente: a justiça, assim como o Hotel Ritz, está aberta a todos. É preciso que nós asseguremos concretamente a possibilidade do acesso, não ao Hotel Ritz, que, convenhamos, é supérfluo, mas à justiça, que não é tão supérflua assim.” O direito à assistência jurídica. *Revista de Direito da Defensoria Pública, Rio de Janeiro, n. 5., 1991.*

14 Não temos a ilusão de que tão somente as leis podem modificar a sociedade, mas acreditamos que, em muitos casos, podem sim colaborar nesse processo. Imagine-se, por exemplo, um tributo considerado inconstitucional. É através do direito de ação, previsto no art. 5, XXXV da Constituição Federal que os cidadãos poderão recorrer ao judiciário para que não sejam obrigados a pagar o tributo indevido que, se declarado inconstitucional pelo STF, não será mais cobrado do restante da população.

15 Para MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 65-66:

Assistência Jurídica

No Brasil o direito subjetivo público do cidadão juridicamente necessitado à assistência judiciária foi reconhecido na CF de 1934. A Constituição outorgada de 1937 silenciava a respeito da matéria, que foi novamente prevista na Carta de 1946. A Constituição de 1967, apesar de promulgada no período ditatorial, também reconhecia esse direito.

A CF de 1988 trouxe uma grande inovação nessa área ao prever a obrigação do Estado de prestar assistência jurídica **integral** aos menos favorecidos (art. 5, LXXIV) e indicar a Defensoria Pública como instituição essencial à justiça, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados¹⁶.

Considera-se juridicamente necessitado o nacional e estrangeiro residente no país que não tenha condições de pagar as custas judiciais e honorários advocatícios sem prejuízos de seu sustento e de sua família (art. 2, Lei 1.060/50). Tal condição é aferida através de simples afirmação¹⁷ e pode ser impugnada pela parte contrária¹⁸. Na hipótese de declaração falsa, a parte está sujeita às sanções criminais correspondentes (art. 297 do Código Penal).

“O direito de acesso à justiça, atualmente, é reconhecido como o direito que deve garantir a tutela efetiva de todos os demais direitos. A importância que se dá ao direito de acesso à justiça decorre do fato de que a ausência de tutela jurisdicional efetiva implica a transformação dos direitos garantidos constitucionalmente em meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores. É por isso que os processualistas modernos abandonaram a idéia de que o direito de acesso à justiça, ou o direito de ação, significa apenas direito à sentença de mérito. Este modo de ver o processo, se um dia foi importante para a concepção de um direito de ação independente do direito material, não se coaduna com as novas preocupações que pairam sobre as cabeças dos processualistas ligados ao tema da “efetividade do processo”, que traz em si a superação da ilusão de que o processo poderia ser estudado de maneira neutra e distante da realidade social e do direito material.”

16 “Nota-se desde logo a uma inovação capital: a Constituição abandona aquela orientação restritiva de cuidar do assunto unicamente com referência à defesa em juízo; abandona a concepção de uma assistência puramente judiciária, e passa a falar em ‘assistência jurídica integral’. Obviamente, alarga de maneira notável o âmbito da assistência, que passa a compreender, além da representação em juízo, além da defesa judicial, o aconselhamento, a consultoria, a informação jurídica e também a assistência aos carentes em matéria de atos jurídicos extrajudiciais, como, por exemplo, os atos notariais e outros que conhecemos.” BARBOSA MOREIRA, *O acesso à justiça. op.cit.*, p. 130.

17 Art. 4, Lei 1.060/50. Ressalte-se que após o advento da CF de 1988, surgiu a dúvida se a parte deveria provar sua necessidade, em razão de estar disposto no art. 5, LXXVI, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que **comprovarem** insuficiência de recursos” (grifos nossos). Entretanto, a jurisprudência acabou acolhendo o entendimento de que o art. 4 da Lei 1.060/50 foi recepcionado pela Constituição, como se verifica nas seguintes decisões: “CONSTITUCIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. Lei 1.060, de 1950. C.F., art. 5º, LXXIV. I. - A garantia do art. 5º, LXXIV -- **assistência jurídica** integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos -- não revogou a de assistência judiciária gratuita da Lei 1.060, de 1950, aos necessitados, certo que, para obtenção desta, basta a declaração, feita pelo próprio interessado, de que a sua situação econômica não permite vir a Juízo sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família. Essa norma infraconstitucional põe-se, ademais, dentro no espírito da Constituição, que deseja que seja facilitado o acesso de todos à Justiça (C.F., art. 5º, XXXV). II. - R.E. não conhecido.”; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; RE 205746 / RS - RIO GRANDE DO SUL

Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO; Julgamento: 26/11/1997; Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação: DJ 28-02-1997 PP-04080 EMENT VOL-01859-06 PP-01269 ; “PROCESSUAL CIVIL. SIMPLES AFIRMAÇÃO DA NECESSIDADE DA JUSTIÇA GRATUITA. POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. ART. 4., DA LEI N. 1.060/50. 1- A SIMPLES AFIRMAÇÃO DA NECESSIDADE DA JUSTIÇA GRATUITA E SUFICIENTE PARA O DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO, VISTO QUE O ART. 4., DA LEI N. 1.060/50 FOI RECEPCIONADO PELA ATUAL CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES DA CORTE. 2- AINDA QUE ASSIM NÃO FOSSE, E DEVER DO ESTADO PRESTAR ASSISTENCIA JUDICIARIA INTEGRAL E GRATUITA, RAZÃO PELA QUAL, NOS TERMOS DA JURISPRUDENCIA DO STJ, PERMITE-SE A SUA CONCESSÃO EX OFFICIO, O QUE SO VEM REFORÇAR A TESE DOS RECORRENTES. 3- RECURSO ESPECIAL CONHECIDO POR AMBAS AS ALINEAS E PROVIDO, PARA DEFERIR O BENEFICIO DA JUSTIÇA GRATUITA.” SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; REsp 108400 / SP ; RECURSO ESPECIAL1996/0059166-0 Relator(a) MIN. FERNANDO GONÇALVES (1107) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 17/11/1997 Data da Publicação/Fonte DJ 09.12.1997 p. 64780; “CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. ASSISTENCIA JUDICIARIA. DIREITO. I - E DEVER DO ESTADO PRESTAR ASSISTENCIA JURIDICA INTEGRAL E GRATUITA, PRINCIPIO QUE NÃO DEVE SOFRER RESTRIÇÃO NO SENTIDO DE SE EXIGIR REQUERIMENTO ESPECIFICO MEDIANTE PROVA DA POBREZA. AO CONTRARIO, ASSIM COMO PREVISTO NA LEI ESPECIAL, BASTA A SIMPLES AFIRMAÇÃO, NA PROPRIA INICIAL OU NA CONTESTAÇÃO, DE QUE NÃO TEM CONDIÇÕES DE PAGAR AS CUSTAS PROCESSUAIS E OS HONORARIOS ADVOCATICIOS. A POBREZA, NO CASO, E PRESUMIDA, PODENDO A PARTE CONTRARIA IMPUGNAR O PEDIDO. AFINAL, TRATA-SE DE CONFERIR TRATAMENTO IGUAL, ISONOMICO, AO QUE TEM POSSES. A POBREZA, SE NÃO HUMILHA, DESIGUALA O LITIGANTE RICO E O NECESSITADO DE RECURSOS FINANCEIROS. II - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.” SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; REsp 32986 / RS ; RECURSO ESPECIAL 1993/0006753-2 Relator(a) MIN. JESUS COSTA LIMA (0302) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 07/08/1995 Data da Publicação/Fonte DJ 28.08.1995 p. 26649;

18 Art. 7, Lei 1.060/50

As pessoas jurídicas também têm direito à assistência jurídica. Contudo, nesses casos, o STF entende que não basta a mera afirmação, sendo necessária a comprovação de sua insuficiência de recursos¹⁹. No STJ o tema é controvertido, a Corte Especial já decidiu no sentido de que as pessoas jurídicas sem fins lucrativos estão submetidas às mesmas regras das pessoas físicas (mera afirmação)²⁰, enquanto as pessoas jurídicas com fins lucrativos têm o ônus de provar sua necessidade²¹.

No Brasil a atuação de advogados dativos é supletiva, ou seja, o juiz somente nomeará advogado dativo à parte hipossuficiente nas comarcas em que não houver Defensor Público designado. Tal conclusão decorre de uma interpretação sistemática da Constituição que, ao mesmo tempo que garante o acesso dos hipossuficientes à justiça em seu art. 5, elenca no art. 134 a Defensoria Pública como instituição destinada a salvaguardar esse direito.

Um dado curioso acerca da assistência jurídica no Brasil é que, apesar da obrigação estatal de prestar esse serviço, a Defensoria Pública ainda não foi implementada em alguns estados da federação²², obrigando a assinatura de convênios com a OAB para que advogados exerçam esse *munus*²³. A

19 “Agravamento regimental em agravo de instrumento. 2. **Pessoa jurídica. Assistência** judiciária gratuita. Necessidade de comprovação da insuficiência de recursos. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento” AI-AgR 562364 / MG - MINAS GERAIS; AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Julgamento:25/04/2006,Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJ 26-05-2006 PP-00032 EMENT VOL-02234-08 PP-01503; “Assistência judiciária gratuita: **pessoa jurídica**: necessidade de comprovação da insuficiência de recursos: precedente (Rel 1905-ED-AgR, Marco Aurélio, DJ 20.09.2002)”.AI-AgR 506815 / DF - DISTRITO FEDERAL, AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a):Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 23/11/2004, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: DJ 17-12-2004 PP-00053 EMENT VOL-02177-11 PP-02266). Na decisão, datada de 1992, o Ministro Marco Aurélio afirma: “*Presume-se relativamente às pessoas jurídicas em atividade, que estão no comércio, a detenção de recursos capazes de viabilizar o ingresso em juízo sem a citada gratuidade.*” EDAGRRel 1905-5, Rel. Min. Marco Aurélio; DJ 20.09.2002.

20 “PROCESSUAL CIVIL - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS - COMPROVAÇÃO DA ESCASSEZ DE RECURSOS PARA ARCAR COM DESPESAS PROCESSUAIS - DESNECESSIDADE - PRECEDENTES. - Consoante entendimento firmado pela eg. Corte Especial, para a concessão do benefício da justiça gratuita às pessoas jurídicas sem fins lucrativos, basta o requerimento formulado junto à petição inicial, ficando a cargo da parte contrária a prova da inexistência do estado de miserabilidade jurídica.Recurso especial conhecido, mas improvido. “REsp 799103 / SC ; RECURSO ESPECIAL 2005/0193187-3 Relator(a) MIN. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS (1094) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 14/03/2006 Data da Publicação/Fonte DJ 02.05.2006 p. 296; PROCESSUAL CIVIL – ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – SINDICATO – PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS – POSSIBILIDADE. 1. Esta Corte tem entendido ser possível a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita a pessoa jurídica, desde que comprovado que não tenha ela condições de suportar os encargos do processo. 2. Revisão do entendimento da relatora a partir do julgamento do EREsp 653.287/RS. 3. Pessoas jurídicas com fins lucrativos fazem jus ao benefício da assistência judiciária gratuita desde que comprovem a dificuldade financeira porque a presunção é de que essas empresas podem arcar com as custas e honorários do processo. 4. Pessoas jurídicas sem fins lucrativos como entidades filantrópicas, sindicatos e associações fazem jus ao benefício da assistência judiciária gratuita porque a presunção é a de que não podem arcar com as custas e honorários do processo. Desnecessária a prova da dificuldade financeira para obter o benefício. 5. Recurso especial provido.” REsp 642288 / RS ; RECURSO ESPECIAL 2004/0018984-0 Relator(a) MIN. ELIANA CALMON (1114) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 15/09/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 03.10.2005 p. 185

21 “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUSTIÇA GRATUITA. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PESSOA JURÍDICA. ALEGAÇÃO DE SITUAÇÃO ECONÔMICA-FINANCEIRA PRECÁRIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO MEDIANTE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. INVERSÃO DO ONUS PROBANDI-I- A teor da reiterada jurisprudência deste Tribunal, a pessoa jurídica também pode gozar das benesses alusivas à assistência judiciária gratuita, Lei 1.060/50. Todavia, a concessão deste benefício impõe distinções entre as pessoas física e jurídica, quais sejam: a) para a pessoa física, basta o requerimento formulado junto à exordial, ocasião em que a negativa do benefício fica condicionada à comprovação da assertiva não corresponder à verdade, mediante provocação do réu. Nesta hipótese, o ônus é da parte contrária provar que a pessoa física não se encontra em estado de miserabilidade jurídica. Pode, também, o juiz, na qualidade de Presidente do processo, requerer maiores esclarecimentos ou até provas, antes da concessão, na hipótese de encontrar-se em “estado de perplexidade”; b) já a pessoa jurídica, requer uma bipartição, ou seja, se a mesma não objetivar o lucro (entidades filantrópicas, de assistência social, etc.), o procedimento se equipara ao da pessoa física, conforme anteriormente salientado. II- Com relação às pessoas jurídicas com fins lucrativos, a sistemática é diversa, pois o onus probandi é da autora. Em suma, admite-se a concessão da justiça gratuita às pessoas jurídicas, com fins lucrativos, desde que as mesmas comprovem, de modo satisfatório, a impossibilidade de arcarem com os encargos processuais, sem comprometer a existência da entidade. III- A comprovação da miserabilidade jurídica pode ser feita por documentos públicos ou particulares, desde que os mesmos retratem a precária saúde financeira da entidade, de maneira contextualizada. Exemplificativamente: a) declaração de imposto de renda; b) livros contábeis registrados na junta comercial; c) balanços aprovados pela Assembléia, ou subscritos pelos Diretores, etc. IV- No caso em particular, o recurso não merece acolhimento, pois o embargante requereu a concessão da justiça gratuita ancorada em meras ilações, sem apresentar qualquer prova de que encontra-se impossibilitado de arcar com os ônus processuais. V- Embargos de divergência rejeitados.”(EREsp 388045 / RS ; EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO ESPECIAL 2002/0048358-7 Relator(a) Ministro GILSON DIPP (1111) Órgão Julgador CE - CORTE ESPECIAL Data do Julgamento 01/08/2003 Data da Publicação/Fonte DJ 22.09.2003 p. 25, RDDP , vol. 8, p. 126)

22 Interessante notar que em São Paulo, o estado mais rico da federação a lei criando a Defensoria Pública foi promulgada somente em 2005, sendo que até hoje não foi realizado concurso público e a instituição conta apenas com os membros da Procuradoria do Estado

Defensoria Pública da União também conta com menos de 100 profissionais para todo o contingente de varas federais espalhadas pelo país, sendo que ainda não há Defensores Públicos da União designados nas varas de trabalho²⁴.

Assim, podemos afirmar que em nosso país o sistema é o de funcionários públicos, com o *status* de agentes políticos²⁵, admitidos através de concurso público de provas e títulos e somente nas localidades em que a Defensoria Pública ainda não foi implementada é que há atuação de advogados pagos pelo Estado, através de convênios²⁶.

A Defensoria Pública e o Acesso à Justiça

Historicamente, a função primordial da Defensoria Pública sempre foi a de defesa dos hipossuficientes em processos nos quais se discutia direitos individuais, função essa considerada típica. Entretanto, o âmbito de sua atuação é bem mais amplo, especialmente na seara extrajudicial.

Com efeito, o Defensor Público é o agente político estatal que presta serviços de consultoria jurídica à população, informando acerca da conveniência da instauração de um processo, da existência ou não de direitos, etc.²⁷

Como visto anteriormente, a CF, ao prever que a instituição deve prover assistência jurídica integral aumentou infinitamente o âmbito de sua atuação.

que optaram pela carreira. Em Goiás, a lei que criou a instituição também é de 2005 e o concurso público ainda não ocorreu. Já em Santa Catarina o serviço de assistência jurídica é prestado por advogados que recebem seus honorários do Estado.

23 O STF sempre teve o entendimento de que, enquanto a Defensoria Pública não fosse implementada, o Ministério Público era parte legítima para a propositura de ação civil *ex delicto*, prevista no art. 68 do Código de Processo Penal: “Ministério Público. Legitimação prevista no art. 68 do Código de Processo Penal. Estado de São Paulo. - Esta Primeira Turma, em 19.05.98, ao julgar o RE 147.776, em caso análogo ao presente, em que o recorrente era também o Estado de São Paulo, assim decidiu: “No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal - constituindo modalidade de assistência judiciária - deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que - na União ou em cada Estado considerado -, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135.328”. - Ora, no Estado de São Paulo, como é notório, persiste a mesma situação levada em conta, tanto no RE 135.328 quanto no RE 147.776. Recurso extraordinário não conhecido.” RE 213514 / SP - SÃO PAULO; Relator(a): Min. MOREIRA ALVES Julgamento: 13/03/2001; Órgão Julgador: Primeira Turma; Publicação: DJ 04-05-2001 PP-00036 EMENT VOL-02029-05 PP-01042; LEGITIMIDADE - AÇÃO “EX DELICTO” - MINISTÉRIO PÚBLICO - DEFENSORIA PÚBLICA - ARTIGO 68 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CARTA DA REPÚBLICA DE 1988. A teor do disposto no artigo 134 da Constituição Federal, cabe à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, da Carta, estando restrita a atuação do Ministério Público, no campo dos interesses sociais e individuais, àqueles indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição Federal). INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA - VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE - ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS - SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada - e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação - a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento.” RE 135328 / SP - SÃO PAULO; Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 29/06/1994; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação: DJ 20-04-2001 PP-00137 EMENT VOL-02027-06 PP-01164 RTJ VOL-00177-02 PP-00879.

24 Sobre um retrato da Defensoria Pública da União, consulte-se *Defensoria Pública da União: Princípios Institucionais, Garantias e Prerrogativas dos Membros e um Breve Retrato da Instituição*, Felipe Caldas Menezes, in <http://www.mj.gov.br/defensoria/forum.htm>

25 Na definição de Hely Lopes Meireles, *Direito Administrativo Brasileiro*. 17a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p. 72, “Agentes Políticos são os componentes do governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam em plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias estabelecidas na Constituição e em leis especiais”.

26 Insta salientar, inclusive, que advogados particulares, escritórios modelos de universidades e outros órgãos públicos prestam assistência judiciária

27 Após a entrada em vigor da Lei 11.441/07, o Defensor Público também pode encaminhar a parte para a lavratura de escritura pública na qual se estabelece a separação ou divórcio consensual.

Antes de adentrarmos na seara do processo coletivo, vale lembrar que na praxe forense é muito comum que o Defensor Público exerça funções atípicas, que não dependem da condição financeira da parte, sem que haja resistência da comunidade jurídica em geral.

Exemplo mais significativo dessa atuação atípica é o da defesa dos réus em processo criminal²⁸. A atuação do Defensor Público para os que não têm advogado constituído independe da necessidade econômica, em razão de estar em discussão do próprio direito de liberdade. Além disso, compete a Defensoria Pública a função de curador especial²⁹.

Conforme os ensinamentos de JOSÉ AUGUSTO GARCIA, “as trilhas que reputamos mais favoráveis ao avanço institucional situam-se no campo das chamadas ‘funções atípicas da Defensoria Pública’³⁰. Entendemos que, dentre as funções atípicas, as de maior relevância para a concretização dos postulados do acesso à justiça são justamente as que se referem à tutela coletiva e aos métodos alternativos de solução de conflitos.

No campo da tutela coletiva, o Brasil obteve grandes avanços nas últimas décadas em termos legislativos, sendo os principais diplomas legais a Lei 7347/85 e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

O direito brasileiro sofreu muita influência dos ideais liberais, que tiveram no Código Napoleônico sua mais alta expressão. Contudo, o desenvolvimento da sociedade fez com que o direito civil clássico, caracterizado por relações econômicas individuais, nas quais “Tício” vendia um bem à “Mécio”, fosse ultrapassado. As relações econômicas e sociais são coletivas, os problemas são coletivos e assim devem ser as soluções dadas a eles pelo judiciário.

Importante mencionar que a regulamentação das ações coletivas provocou o surgimento de um novo campo dentro do direito, o direito processual coletivo. Os institutos de direito individual, como a legitimidade, coisa julgada, entre outros, não podiam mais ser aplicados às ações coletivas, tendo sido necessária sua remodelação³¹ (há poucas décadas atrás, por exemplo, somente se admitia a legitimidade extraordinária nas hipóteses previstas no art. 6º do Código de Processo Civil).

Assim, diversas teorias surgiram acerca da legitimidade nas ações coletivas, pois as partes representadas, apesar de não estarem presentes no processo, acabavam sofrendo os efeitos da decisão nelas proferidas³².

28 Apesar de atípica, essa é uma função institucional da Defensoria Pública, prevista no art. 4, IV da LC 80/94.

29 Conforme art. 4, VI da LC 80/94 e Art. 9, Código de Processo Civil. Sobre o assunto, veja-se *O Curador Especial no Código de Processo Civil*. Ligia Maria Bernardi. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 2.ed.

30 JOSÉ AUGUSTO GARCIA. *Solidarismo Jurídico. Acesso à Justiça e Funções Atípicas da Defensoria Pública: Aplicação de um perfil institucional adequado*. Acesso à justiça, Segunda Série. Fábio Costa Soares (org.). Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004. Em outra obra, afirma o mesmo autor acerca do julgamento da ADIN 558-8: “Mais uma vez, portanto, se manifestou a fórmula do ‘mínimo constitucional’, proporcionando o alargamento das funções institucionais da Defensoria Pública, sempre que o interesse social e a razoabilidade assim o pedirem. Para nós, a melhor explicação dogmática para tal alargamento é a de que ele decorre da incidência, na interpretação das normas relativas à Defensoria Pública, do magno princípio do acesso, com todas as características que a este devem ser atribuídas”. *O Princípio Constitucional do Acesso à Justiça: Dinamo da Ordem Jurídica Brasileira; 2001, Dissertação de Mestrado; Mestrado em Direito da Cidade, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p.150.*

³¹ Como dizia CAPPELLETTI, Mauro, *Formações Sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, Separata da Revista de Processo* 5, p.3, 1977: “Não é necessário ser sociólogo de profissão para reconhecer que a sociedade (poderemos usar a ambiciosa palavra civilização?) na qual vivemos é uma sociedade ou civilização de produção em massa, bem como de conflitos ou conflituosidades de massa (em matéria de trabalho, de relações entre classes sociais, entre raças, entre religiões, etc.). Daí deriva que também as situações de vida, que o Direito deve regular, são tomadas sempre mais complexas, enquanto, por sua vez, a tutela jurisdicional – a “Justiça”- será invocada não mais somente contra violações de caráter individual, mas sempre mais freqüente contra violações de caráter essencialmente coletivo, enquanto envolvem grupos, classes e coletividades. Trata-se, em outras palavras, de ‘violações de massa’. No mesmo texto, p. 20, complementa: “Ainda uma vez é evidente que, diante de tais institutos, novos ou renovados, as velhas regras e estruturas processuais em questão de legitimação e interesse de agir, de notificação e, em geral, de direito ao contraditório, de limites subjetivos e objetivos da coisa julgada, caem como um castelo de cartas. Tais regras e estruturas, desenhadas em vista de um processo civil de conteúdo individualístico – o regulamento de fixação de limites entre Tício e Caio, a restituição de uma soma de Tício a Caio, o ressarcimento de um dano pessoalmente advindo a Tício por um ato ilícito de Caio...- revelam sua impotente incongruência diante de fenômenos jurídicos coletivos como aqueles que se verificam na realidade social econômica moderna.”

³² Sobre o assunto, confira-se, MAFRA LEAL, Flávio Marcio, *op.cit.*

A Lei 11.448/07 alterou a Lei 7.347/85 incluindo expressamente a Defensoria Pública no rol dos legitimados para a propositura da ação civil pública. Assim, não há mais que se discutir acerca da legitimidade da instituição mas, tão somente, qual será o âmbito de sua atuação no que tange às partes representadas.

A CF, em seu art. 134 declara que a Defensoria Pública é a instituição destinada a orientação jurídica e defesa dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. Já o art. 5º, LXXIV define que os necessitados são aqueles que comprovarem insuficiência de recursos, na forma da lei.

Surge aí a dúvida: a atuação da Defensoria Pública nas ações coletivas poderia ocorrer nas hipóteses em que nem todos os membros do grupo fossem economicamente necessitados?

Para nós, não há qualquer dúvida de que a resposta a essa indagação é afirmativa, independentemente da natureza do direito tutelado (difuso, coletivo ou individual homogêneo)³³.

Toda a problemática reside no conceito de hipossuficiente mas, na sociedade atual, podemos identificar diversas “espécies” de hipossuficientes, sem que tal fato esteja associado à situação financeira da parte³⁴.

A questão da hipossuficiência passa, primeiramente, pela (des) informação jurídica. Sem a assistência de um profissional de direito habilitado e preparado para tal torna-se muito difícil, se não impossível, que o um cidadão leigo reconheça um direito e busque sua tutela jurisdicional³⁵.

De nada adianta a previsão de institutos jurídicos capazes de tutelar determinado direito se a população não tem idéia de que é titular do mesmo. É importante frisar, no entanto, que a informação pode – e deve – ser prestada por outros setores³⁶. As propagandas oficiais, por exemplo, ao invés de enaltecer os “feitos” de determinado governante, poderiam auxiliar nesse processo.

³³ O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81 elenca os direitos que devem ser tratados de forma coletiva. Entretanto, passados quase 20 anos da promulgação do Código, a doutrina não chegou a um consenso sobre os critérios para a diferenciação de tais direitos. Sobre o assunto, confira-se: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos – conceito e legitimação para agir*. São Paulo, RT, 5.ed., 2000 e PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça*. Rio de Janeiro, Forense: 2002.

³⁴ Para FABIO COSTA SOARES. *Acesso do Hipossuficiente à Justiça. A Defensoria Pública e a Tutela dos Interesses Coletivos Lato Senu dos Necessitados*. Acesso à Justiça. Raphael Augusto Sofiati de Queiroz (Organizador). Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2002, p. 75: “Penso que o termo necessitados vem sofrendo mudanças com o passar do tempo e conforme o desenho das relações existentes na sociedade. Enquanto na sua fase inicial identificava-se com a situação de necessidade econômica (carência de recursos financeiros ou materiais), em fase posterior passou-se a sustentar a existência dos hipossuficientes jurídicos, com a extensão da garantia de assistência judiciária aos mesmos. Assim, tanto a carência financeira como a carência jurídica autorizam e exigem a prestação de assistência jurídica pelo Estado. Além disto, ante a evolução das relações travadas na sociedade, vislumbra-se atualmente a existência de terceira hipótese de carência a justificar e exigir a atuação do Estado, prestando assistência jurídica: são os carentes organizacionais, nova categoria de necessitados aludida por Ada Pellegrini Grinover, com esteio na doutrina de Mauro Cappelletti (...)”

³⁵ Como assinala Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.58 “Esse dado, o direito à informação, como elemento essencial para garantir o acesso à justiça em países em desenvolvimento como o nosso, é tão importante como o de ter um advogado, um defensor, que esteja à disposição daqueles necessitados que, conhecedores de seus direitos, querem exercê-los. Trata-se de pessoas que não têm condições sequer de ser partes – os “não-partes” são pessoas absolutamente marginalizadas da sociedade, porque não sabem nem mesmo os direitos de que dispõem ou de como exercê-los; constituem o grande contingente de nosso país.” Barbosa Moreira se manifesta no mesmo sentido: “Óbvio, por outro lado, que o déficit de informação afeta principalmente a população de baixa – ou nenhuma – renda. A número incalculável de brasileiros falta a noção de que o ordenamento lhes permite reclamar determinadas prestações, das autoridades públicas, ou de outros particulares. Não se contam os operários que, pelo Brasil afora, se conformam em trabalhar sob condições inteiramente diversas das previstas na legislação pertinente; muitos, sem dúvida, pura e simplesmente ignoram que fazem jus a férias, ou a repouso semanal remunerado. A situação não será outra no que respeita a tantas empregadas domésticas, sobretudo, mas não exclusivamente, nos núcleos urbanos menores e menos adiantados. Em compensação – se assim é próprio falar- os membros das classes menos favorecidas ignoram também, com maior frequência, que deles se espera a prática de determinados atos – por exemplo, o registro dos filhos, ou a redução a documento escrito, com tais e quais formalidades, dos ajustes que fazem acerca de lotes de terra onde tencionem morar e plantar o que lhes assegure o sustento pessoal e familiar. A luz de minha experiência como juiz durante quatorze anos, quantidade significativa de processos seria evitável se os interessados houvessem tomado oportunamente precauções elementares desse teor. A omissão contribui, além do mais para obstruir as vias judiciais, já tão congestionadas por mil outras razões” A Desinformação Jurídica in *Temas de Direito Processual. Sexta Série* Rio de Janeiro: Saraiva, 1997, p. 295.

³⁶ Como sugerido por Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, *op.cit.*, p. 232, “É fundamental levar informação jurídica à população em geral, dotando as pessoas de conhecimentos mínimos sobre seus próprios direitos e de como reclamá-los nos Juizados Especiais Cíveis. Para tanto, poderão ser utilizados os mecanismos apontados neste trabalho, como cartilhas, folders, esquetes de teatro, além do sistema nacional de telecomunicações, em especial os canais de televisão e rádio, administrados pelo poder público”.

CAPPELLETTI assevera que a falta de informação é uma barreira bastante séria para os despossuídos mas que não afeta somente os pobres³⁷. Um exemplo disso nos dias de hoje é o fato de o homem médio não ter conhecimentos jurídicos básicos para saber que não é obrigado a cumprir cláusula abusiva só porque assinou um contrato. Ademais, aponta uma barreira psicológica, que impede que as pessoas busquem o judiciário, barreira essa decorrente do formalismo, do ambiente intimidatório presente na maioria dos tribunais³⁸.

Outros fatores que também afastam os cidadãos do judiciário são o tempo de duração dos processos e os esforços envidados para o seu acompanhamento, e o fato que, em muitos casos os benefícios advindos de uma decisão judicial não são suficientes para estimular o ajuizamento de uma ação.

Constata-se, assim, que tais dificuldades atingem a população em geral e não somente os hipossuficientes econômicos. Daí surge o conceito de hipossuficiente organizacional, que seria justamente aquele indivíduo que apresenta vulnerabilidade em razão das relações jurídicas existentes na sociedade contemporânea, mesmo possuindo uma boa condição financeira. São os consumidores, usuários de serviços públicos, de planos de saúde, enfim, os que se submetem a uma série de contratos de adesão, que são isoladamente frágeis perante adversários poderosos do ponto de vista econômico, social, cultural ou organizacional³⁹⁻⁴⁰.

A atuação da Defensoria Pública na defesa de interesses difusos e coletivos contribuiria para a diminuição do problema relativo à não efetivação dos direitos materiais de caráter coletivo (coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos) e difuso e, conseqüentemente, contribuiria para a concretização do direito à uma ordem jurídica justa⁴¹. Não se pode alcançar os resultados desejados com a utilização do processo (efetividade) se este se apresentar inadequado para a solução da lide.

Além disso, como conseqüência da experiência e das repetidas causas em que atuam, os Defensores Públicos estariam em melhores condições de litigar com os denominados “litigantes habituais”, o que contribuiria para o alcance da isonomia processual.

Exigir que as ações coletivas propostas pela Defensoria Pública se restrinjam às hipóteses em que os representados sejam economicamente necessitados significa não somente infringência ao postulado do acesso à justiça mas também a inviabilização de toda e qualquer ação coletiva proposta por essa instituição pois, na prática é impossível analisar se todos aqueles titulares de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos são hipossuficientes do ponto de vista econômico.

³⁷ “Num primeiro nível está a questão de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível. Essa barreira fundamental é especialmente séria para os despossuídos mas não afeta apenas os pobres. Ela diz respeito a toda a população em muitos tipos de conflitos que envolvem direitos.” CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan, *Acesso à justiça*, op. cit., p. 22/23.

³⁸ “Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho.” CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan, *Acesso à justiça*, op. cit., p. 22/23.

³⁹ Segundo CAPPELLETTI, Mauro, op.cit., p. 22 “Mesmo consumidores bem informados, por exemplo, só raramente se dão conta que sua assinatura num contrato não significa que precisem, obrigatoriamente, sujeitar-se a seus termos, em quaisquer circunstâncias. Falta-lhes o conhecimento jurídico básico não apenas para fazer objeção a esses contratos, mas até mesmo para perceber que sejam passíveis de objeção.” Já MAFRA LEAL, Márcio Flávio, *Ações Coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 19 assinala: “As causas são variadas: I) a falta de entendimento e consciência sobre a existência de um direito perseguível judicialmente (hipossuficiência cultural); II) a pouca recompensa para o indivíduo ou grupo em procurar o tribunal, devido principalmente aos custos psicológicos e financeiros em relação à vantagem a ser obtida; III) a falta de recursos para pagar as despesas processuais e de assistência jurídica (hipossuficiência econômica) ou, ainda; IV) em virtude da configuração do processo, que exige demasiado do autor, como, por exemplo, a produção de provas difíceis do ponto de vista tecnológico ou não compensatórias em relação ao provimento jurisdicional almejado (hipossuficiência técnica).”

⁴⁰ JOSÉ AUGUSTO GARCIA, O Princípio Constitucional do Acesso à Justiça, ob. cit., p. 44 alude aos carentes organizacionais: “Retenha-se por ora que o movimento busca a efetivação dos direitos dos mais fracos. Por ‘mais fracos’, contudo, não se deve entender simplesmente os mais pobres. Em uma sociedade altamente complexa, como a atual, melhor evitar reducionismos. As carências contemporâneas são as mais díspares, não se podendo eleger um único modelo para fins de proteção, em detrimento das demais espécies. Demais, quando se quer proteger grupos, resta inviável a análise de certas situações individuais que não digam respeito à problemática coletiva”

⁴¹ Como afirma Fabio da Costa Soares, op. cit., p. 69, “(...) há necessidade não apenas de reconhecimento dos direitos e interesses titularizados pelos hipossuficientes ou juridicamente necessitados, sejam eles individuais ou transindividuais, com a criação de mecanismos hábeis de tutela jurisdicional dos mesmos, mas também é imprescindível franquear à Instituição vocacionada constitucionalmente para defesa dos seus interesses a utilização de todos os instrumentos processuais suficientes e necessários para que aqueles cidadãos obtenham o resultado desejado com o desempenho da atividade jurisdicional e acessem a ordem jurídica justa.”

A interpretação do art. 4 da Lei Complementar 80/94 (“LC 80/94”), que elenca as funções institucionais da Defensoria Pública, a luz dos postulados da instrumentalidade e da efetividade também autoriza esse posicionamento.

Ao prever que são funções institucionais da Defensoria Pública, entre outras, a defesa da criança e do adolescente e a atuação junto aos estabelecimentos policiais e penitenciários, visando assegurar a pessoa o exercício dos direitos e garantias individuais⁴², permitiu a lei que a instituição pudesse ajuizar ação coletiva em favor desses grupos.

Isto porque, sendo o processo um instrumento do direito material, deve ser utilizado da forma que melhor tutela tais direitos, eis que o direito do acesso à justiça engloba não somente a possibilidade de recorrer ao judiciário mas também o direito ao procedimento adequado e efetivo⁴³.

Assim, em muitos casos nos quais se está procurando tutelar direitos de crianças e adolescentes em conflito com a lei e/ou de pessoas que se encontram em penitenciárias ou em delegacias de polícia, a tutela coletiva será a única admissível.

Nem se alegue que o fato de o inciso VII do referido dispositivo legal determinar que a atuação vise a “assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais” afastaria tal legitimidade. Ora, se são diversos indivíduos sofrendo violação em seus direitos individuais, surge aí um direito coletivo, que deve ser tutelado coletivamente.

Em algumas situações, o contato direto do Defensor Público com os apenados e/ou crianças e adolescentes em conflito com a lei dentro das unidades prisionais e/ou das unidades destinadas ao cumprimento de medidas sócio-educativas permite que verifique as condições desumanas a que os mesmos são submetidos, além das precárias condições de tais estabelecimentos.

Imagine-se, por exemplo, que o Defensor Público em atuação em determinada unidade prisional constate que alguns indivíduos estão segregados, em celas conhecidas como “seguro”, nas quais estão sendo privados dos mais elementares direitos humanos. Qual a melhor solução jurídica nesse caso, a propositura de diversas ações individuais ou de uma só ação coletiva?

Entendemos que o ajuizamento de uma ação coletiva seria muito mais efetivo pois não assoberbaria o judiciário com lides similares, senão idênticas e tutelaria de forma mais eficaz os diversos direitos individuais violados. Outra vantagem dessa espécie de ação é que sua repercussão social seria maior, o que contribuiria para seu êxito.

Assim, entendemos que a legitimidade da Defensoria Pública para a ação coletiva é ampla, independente da condição financeira da parte, sendo que sua utilização contribuirá de forma decisiva para a efetivação do princípio do acesso à justiça.

Conclusão

O processo civil vivencia atualmente a era do instrumentalismo, o direito material deve

42 “Art. 4 – São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...) VII – exercer a defesa da criança e do adolescente; VIII – atuar junto aos estabelecimentos policiais e penitenciários, visando assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais”.

43 MARINONI, Luis Guilherme, Técnica Processual e Tutela dos Direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 188/189: “Será que o direito à tutela jurisdicional é apenas o direito ao procedimento legalmente instituído, não importando a sua capacidade de atender de maneira idônea o direito material? Ora, não tem cabimento entender que há direito fundamental à tutela jurisdicional, mas que esse direito pode ter sua efetividade comprometida se a técnica processual houver sido instituída de modo incapaz de atender ao direito material. Imaginar que o direito à tutela jurisdicional é o direito de ir a juízo por meio do procedimento legalmente fixado, pouco importando a sua idoneidade para a efetiva tutela dos direitos, seria inverter a lógica da relação entre o direito material e o direito processual. Se o direito de ir à juízo restar na dependência da técnica processual expressamente presente na lei, o processo é que dará os contornos do direito material. Mas deve ocorrer exatamente o contrário, uma vez que o primeiro serve para cumprir os desígnios do segundo.” Técnica.

ser tutelado da forma mais adequada à sua efetivação. Tal mudança de perspectiva foi ocasionada pela constatação de que o processo não deve representar uma barreira mas sim uma forma de concretização do direito material.

A sociedade contemporânea passou por grandes modificações, tendo se transformado em uma sociedade de massa. Assim, não há mais que se falar somente em conflitos individuais, mas também coletivos. Novos direitos, consagrados na Constituição de 1988, como o meio ambiente, direito do consumidor, entre outros, em razão de sua repercussão social, devem ser tutelados coletivamente.

A Defensoria Pública foi considerada pela Constituição Federal como instituição essencial à administração da justiça. Entretanto, seu campo de atuação deve ser muito mais amplo do que aquele referente ao patrocínio de ações individuais daqueles economicamente hipossuficientes.

O advento da Lei 11.448/07, que incluiu a Defensoria Pública expressamente no rol dos legitimados para a propositura de ação civil pública, representou não somente um grande avanço institucional mas também uma forma de concretização do acesso à justiça.

Cumprе mencionar, ainda, que não deve haver qualquer limitação para a atuação da instituição na seara do processo coletivo, especialmente no que tange as partes representadas, haja vista que as diferentes espécies de hipossuficientes hoje existentes.

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Justiça e nós*. Temas de Direito Processual, Sexta Série. Rio de Janeiro: Saraiva, 1997.

_____. O direito à assistência jurídica. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, n. 5, 1991.

_____. A Desinformação Jurídica in *Temas de Direito Processual*. Sexta Série Rio de Janeiro: Saraiva, 1997, p. 295.

BERNARDI, Ligia Maria. *O Curador Especial no Código de Processo Civil*. Ligia Maria Bernardi. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 2.ed

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Briant Garth. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____, Formações Sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, *Separata da Revista de Processo* 5.

CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe., *Instituições de Direito Processual Civil*. Traduzido por Paolo Capitanio. Com anotações de Enrico Tullio Liebman. Campinas: Bookseller, vol I, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*; vol. I, Malheiros: São Paulo, 2002, 2.ed.

GARCIA, José Augusto. *O Princípio Constitucional do Acesso à Justiça: Dínamo da Ordem Jurídica Brasileira*; 2001, Dissertação de Mestrado; Mestrado em Direito da Cidade, Universidade do Estado do Rio de Janeiro

_____. *Solidarismo Jurídico. Acesso à Justiça e Funções Atípicas da Defensoria Pública: Aplicação de um perfil institucional adequado*. Acesso à justiça, Segunda Série. Fábio Costa Soares (org.). Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004.

MAFRA LEAL, Márcio Flávio. *Ações Coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos – conceito e legitimação para agir*. São Paulo, RT, 5.ed., 2000.

MARINONI, Luis Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais,

2004.

_____. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 17a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

MENEZES, Felipe Caldas de. Princípios Institucionais, Garantias e Prerrogativas dos Membros e um Breve Retrato da Instituição in <http://www.mj.gov.br/defensoria/forum.htm>

OLIVEIRA, Rogerio Nunes de. *Assistência Jurídica Gratuita*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça*. Rio de Janeiro, Forense: 2002.

ROCHA, Jorge Luis. *História da Defensoria Pública e da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004.

SOARES, Fabio Costa. *Acesso do Hipossuficiente à Justiça. A Defensoria Pública e a Tutela dos Interesses Coletivos Lato Sensu dos Necessitados*. Acesso à Justiça. Raphael Augusto Sofiati de Queiroz (Organizador). Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2002.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna, Participação e Processo*, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais.

_____. *Da Cognição no processo civil*. São Paulo: Perfil, 2005.

DIREITO DE LAGE: uma análise civil-constitucional do direito de superfície em segundo grau.

PATRICIA FONSECA CARLOS MAGNO DE OLIVEIRA¹

Sumário: 1 – Plano de Trabalho. 2 – Dos fundamentos constitucionais do direito de superfície. 2.1. – A perspectiva de interpretação civil-constitucional. 2.2. – O princípio da função social da propriedade. 2.3. – O direito à moradia digna como densificador do princípio da dignidade da pessoa humana. 3 – A importância do direito de superfície. 4 – Conceitos importantes e definição de direito de superfície. 5 – A estrutura plástica do direito superficiário. 6 – O conflito de leis no tempo: Estatuto da Cidade e o Novo Código Civil. 7 – O direito de lage. 8 – Conclusão. 9 – Referências bibliográficas.

1 – Plano de Trabalho.

As mudanças sociais, políticas e jurídicas que têm ocorrido em ritmo cada vez mais rápido, no Brasil pós-88, vêm sendo realizadas sob a inspiração dos novos paradigmas estabelecidos na Constituição da República.

Graças ao reconhecimento de que o exercício do direito de propriedade submete-se à função social, é que o legislador infra-constitucional preocupou-se em resgatar do exílio a que estava confinado, desde 1864, o direito de superfície. Ele retornou por intermédio do Estatuto da Cidade (Lei Federal n.º 10.257, de 10 de julho de 2001) como instrumento jurídico de realização da política urbana, impregnado pela bagagem ideológica daquele diploma, que convida, na esteira da Constituição, à “releitura do papel do Estado”², qual seja: densificar o direito fundamental social à moradia, a partir de uma noção democrática e funcionalizada do direito de propriedade.

Posteriormente, foi reintroduzido no Novo Código Civil³, cuja vigência iniciou em janeiro de 2003. Infelizmente, esta última regulamentação lançou dúvidas sobre a utilização do direito de superfície como instrumento de política urbana, sendo certo que a revogação do Estatuto da Cidade tem sido muito ventilada, a despeito do prejuízo social que causaria.

É objetivo do presente trabalho demonstrar que o direito de lage é prática social corrente no seio da população de baixa renda e que se trata de experiência informal absorvida seja pelo Estatuto da Cidade seja pelo NCCB, por intermédio do retorno do instituto em comento ao ordenamento jurídico pátrio. Trata-se de categoria jurídica relevante, a ser utilizada tanto na racionalização do solo urbano como no âmbito das relações sob o pálio do Código Civil, dado o interesse econômico que alberga. Assim, o plano de trabalho consiste na análise dos fundamentos jurídicos do direito de lage, que existe no âmbito das relações privadas, como no das relações urbanísticas.

2 – Dos fundamentos constitucionais do direito de superfície

Impossível compreender contemporaneamente a categoria do direito de superfície, fora do paradigma do Estado Democrático de Direito que veio a lume com a Constituição de 1988, vez que sob a perspectiva e a influência dos valores democráticos é que o conceito de propriedade, dentro do qual se insere o estudo, sofreu alterações⁴. Nesse contexto, “não há mais lugar para um direito de propriedade absoluto e sagrado, tampouco individualista e de gozo irrestrito”⁵.

¹ Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professora da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - FESUDEPERJ.

² vide LIRA, Ricardo Pereira. Direito à Habitação e Direito de Propriedade. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 6 e 7. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 84.

³ Lei n.º. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

⁴ Não só a propriedade sofreu alterações, como todas as categorias do chamado direito privado. Tepedino (TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. (apresentação) 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.), ao apresentar sua obra, destaca o marco axiológico que foi a CRFB/88, aduzindo que *com a Constituição de 1988, síntese do pluralismo social e cultural que define a sociedade brasileira contemporânea, consagra-se uma nova tábua axiológica, alterando o fundamento de validade de institutos tradicionais do direito civil. A dignidade da pessoa humana, a cidadania e a igualdade substancial tornam-se fundamentos da República, ao mesmo tempo em que os valores inerentes à pessoa humana e um expressivo conjunto de direitos sociais são elevados ao vértice do ordenamento. A partir de então, todas as relações de direito civil, antes circunscritas à esfera privada, hão de ser revisitadas, funcionalizadas aos valores definidos pelo texto maior. Configura-se*

2.1. – A perspectiva de interpretação civil-constitucional

A abordagem do direito de superfície inicia-se pela análise do princípio jurídico-constitucional vetor de sua disciplina, qual seja: o princípio da função social da propriedade, já que a perspectiva de interpretação civil-constitucional é a premissa metodológica diretriz deste trabalho.

A releitura do direito civil à luz da Constituição atualiza institutos defasados da realidade contemporânea, repotencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual⁶. A dialética fato-norma tem dinâmica própria que reconstrói, incessantemente, o Direito, de modo que tanto o dado normativo como o dado fático são elementos indispensáveis ao processo interpretativo, não havendo o predomínio de um em detrimento do outro, sob pena de ser perdido o contato com a chamada norma viva⁷.

A interpretação civil-constitucional parte sempre da Constituição, aqui entendida como norma superior do ordenamento jurídico ou norma fundamental⁸. Essa atividade interpretativa, contudo, não é isenta de dificuldades. Gustavo Tepedino⁹ enumera quatro preconceitos a serem debelados pelo intérprete.

Em primeiro lugar, diz ser preciso compreender que a Constituição não é uma carta de intenções. Todas as suas normas (sejam regras e princípios) são cogentes, de molde que todas as categorias reguladas pela lei infraconstitucional são redimensionadas pela normativa fundamental.

Há de ser sublinhada a aplicabilidade direta dos princípios constitucionais, porque eles não foram feitos para serem apenas contemplados. Demandam aplicação e concretização na realidade social, determinando objetivamente quais diretrizes e fundamentos guiam o processo de concretização do ordenamento jurídico posto.

Os princípios não necessitam de regulamentação infraconstitucional para se fazerem valer no ordenamento jurídico. No dizer de Vladimir da Rocha França¹⁰, “constituem os pontos de direção, sistematização e controle do processo de concretização do texto constitucional”, que viabilizam a determinação objetiva de conceitos, fundamentos e diretrizes na análise casuística realizada pelo operador jurídico.

Também não há que confundir os princípios constitucionais com os princípios gerais do direito. Estes incidem quando há lacuna a ser integrada. Aqueles inspiram e guiam sempre a atividade de interpretação e aplicação do Direito.

uma nova ordem pública, a convocar os juristas para um processo interpretativo que, longe de minimizar o espaço tradicionalmente reservado ao direito civil, determina, ao revés, a sua expansão e revigoramento, oferecendo novas funções e horizontes a institutos antes confinados ao alvedrio individual e a um mero controle formal de validade.

⁵ MATTOS, Liana Portilho. **A Efetividade da Função Social da Propriedade Urbana à Luz do Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2003. p. 35-41.

⁶ TEPEDINO, Gustavo Mendes. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 21.

⁷ TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 285.

⁸ Hans Kelsen (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 215) vincula a questão da unidade do ordenamento jurídico à pesquisa sobre o fundamento de validade das normas, para concluir que “o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior.”

Há que se observar que a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode perder-se no interminável. Por isso, Kelsen alerta que tal busca da norma tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. “Como norma mais elevada, ela tem de ser **pressuposta**, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada”, que o autor alemão designou por “norma fundamental (**Grundnorm**)”.

A norma fundamental é a fonte (ou “fundamento”) comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, sendo certo que é ela “que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.” É nesse sentido que Kelsen não aceita que uma norma possa ser verdadeira ou falsa, mas sim válida ou inválida. Se as normas de uma ordem jurídica positiva decorrem de uma norma fundamental pressuposta como válida, também são válidas.

⁹ TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 17-19.

¹⁰ FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Perfil constitucional da função social da propriedade**. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=676>>. Acesso em: 18 nov. 2003.

Sobre este ponto, Ricardo Pereira Lira¹¹ esclarece que os “princípios fundamentais estão acima dos próprios princípios gerais de direito de que cuida a Lei de Instrução ao Código Civil, como processos de integração e suprimento das lacunas do ordenamento”.

O terceiro preconceito que merece superação diz respeito à técnica interpretativa, que sofreu mudanças após a consagração da nova tábua axiológica na Constituição de 88. Somam-se os diplomas legais elaborados mediante a técnica das cláusulas gerais¹², inconfundíveis com meras cláusulas de intenção, porque rompem as amarras casuísticas enclausurantes de inúmeras categorias do direito, além de permitir sua atualização constante pelas demandas sociais.

O último preconceito a ser abandonado na releitura do direito civil à luz da Constituição relaciona-se à *summa divisio* do direito entre o público e o privado. A interpenetração das esferas caracteriza a sociedade contemporânea, trazendo enorme significado hermenêutico, vez que já não mais se opera com diferença qualitativa entre tais categorias, mas sim, meramente quantitativa, conforme o critério da prevalência.

Em estudo sobre os atuais confins do direito privado, no qual aprofunda as razões da “socialização do Direito Privado, que tem sido atraído para o Direito Público”, Michele Giorgianni¹³ registra que foi inserida, “na disciplina da atividade privada, a consideração do interesse coletivo. Mas a evolução – já não mais recente – que se operou no significado da *summa divisio* do direito afasta certamente a consideração que o interesse coletivo constitua uma nota exclusiva do Direito Público”.

Apesar de sustentar a importância da dicotomia público-privado, que é composta por “categorias fundamentais e tradicionais”, Norberto Bobbio¹⁴, reconhece a interpenetração das esferas e a mudança de significado operada.

Os dois processos, de publicização do privado e de privatização do público, não são de fato incompatíveis, e realmente compenetraram-se um no outro. O primeiro reflete o processo de subordinação dos interesses do privado aos interesses da coletividade representada pelo Estado que invade e engloba progressivamente a sociedade civil; o segundo representa a revanche dos interesses privados através da formação dos grandes grupos que se servem dos aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos. O Estado pode ser corretamente representado como o lugar onde se desenvolvem e se compõem, para novamente decompor-se e recompor-se, estes conflitos, através do instrumento jurídico de um acordo continuamente renovado, representação moderna da tradicional figura do contrato social.¹⁵

Ao enfrentar o tema, Maria Celina Bodin de Moraes Tepedino, sublinha que não se trata de mera invasão da esfera pública sobre a privada. O fenômeno não é simplesmente uma “publicização do direito

¹¹ LIRA, Ricardo Pereira. A Aplicação do Direito e a Lei Injusta. **Revista da Faculdade de Direito**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 5, 1997. p. 95.

¹² Sobre cláusulas gerais, Perlingieri (PERLINGIERI, Pietro. Normas Constitucionais nas Relações Privadas. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro: Renovar, v. 6 e 7, 1999. p. 69) ensina que: “*todas as cláusulas gerais contidas na legislação ordinária (diligência, boa-fé, e tantas outras) não serão aplicadas se não tiverem valores conformes aos valores fundamentais insertos na Carta Magna. Desta forma, a diligência das relações de trabalho não terá apenas um sentido produtivo, como também um sentido de solidariedade civil. As normas constitucionais tratam de todos os efeitos, da maneira interna de se interpretar a Constituição. As normas constitucionais se aplicam por si mesmas, mesmo que faltem normas ad hoc ordinárias. Que se apliquem, portanto, as normas ordinárias, mas de acordo com os valores constitucionais, caso elas existam; em não existindo, que não haja falsos pudores na aplicação das normas constitucionais aos fatos concretos. Há, portanto, uma necessidade em se aplicar a uniformidade em prol da legislação constitucional, utilizando todas as potencialidades ínsitas ao ordenamento jurídico, no respeito substancial ao mesmo. Isto não é Jusnaturalismo, porque tais valores de tutela da pessoa e os valores fundamentais a ela inerentes não se entendem de per si, não são apenas uma relação abstrata, mas a norma constitucional contém determinações escritas que os prevêm. Assim, isto não é Jusnaturalismo. O assunto valorativo não fica ao léu: antes disto, diz respeito às normas constitucionais e, como já foi dito aqui, normas constitucionais são, antes de tudo, normas.*” (grifos no original).

¹³ GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e suas Atuais Fronteiras. **Revista dos Tribunais**, Separata, a. 87, v. 747, jan. 1998. p. 50-51.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. A grande dicotomia: público/privado. **Estado, Governo, Sociedade** – para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra Editora, 1987. p. 31.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. A grande dicotomia: público/privado. **Estado, Governo, Sociedade** – para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra Editora, 1987. p. 27.

privado”¹⁶, mas sim “estrutural transformação do conteúdo do direito civil”, que impõe a aplicação direta das normas constitucionais às relações de caráter privatístico.

Se a Constituição permite a construção de unidade do sistema escalonadamente estruturado, através dos valores albergados em princípios superiores e cogentes, que permeiam todo o tecido normativo, “a rígida contraposição direito público-direito privado é inaceitável”¹⁷. Assim, aumentam os pontos de confluência entre o público e o privado, em relação aos quais não há uma delimitação precisa fundindo-se, ao contrário, o interesse público e o interesse privado. Tal convergência se faz notar em todos os campos do ordenamento como, por exemplo, “na atribuição de função social à propriedade.”

2.2. – O princípio da função social da propriedade.

Os ditames constitucionais só tutelam a propriedade enquanto “destinada a efetivar os valores existenciais, realizadores da justiça social”¹⁸ e não mais como bem em si. Todo o conteúdo do direito subjetivo de propriedade encontra-se redesenhado¹⁹.

Desde os primórdios da humanidade, a propriedade tem sido foco de constantes tensões sociais e econômicas, instabilizadora de relações jurídicas e provocadora de acirrados conflitos com repercussão em todas as esferas sociais²⁰. Ocorre que tem sido possível construir uma noção de propriedade funcionalizada, que atenda não somente o interesse de seu detentor, mas cujo exercício se dê também em benefício da coletividade. A projeção histórica da propriedade deu-se, portanto, no sentido de uma propriedade-direito para uma propriedade-função.²¹

A noção de propriedade impregnada de função social está enunciada como fundamento de nossa ordem econômica²², assim como, ineditamente, passou a integrar também o rol dos direitos fundamentais²³, de modo

¹⁶ No mesmo sentido: GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e suas Atuais Fronteiras. **Revista dos Tribunais**, Separata, a. 87, v. 747, jan. 1998. p. 35-55.

¹⁷ TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil – Imobiliário, Agrário e Empresarial**, a. 17, n. 65, jul./set. 1993. p. 24.

¹⁸ TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil – Imobiliário, Agrário e Empresarial**, a. 17, n. 65, jul./set. 1993. p. 28.

¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 20: “A propriedade com a sua função social, as limitações do solo urbano e as restrições ao domínio dão um novo conteúdo à senhoria, limitando internamente o conteúdo do direito de propriedade. Não se trata, à evidência, de deslocamento para o direito público de certos tipos de propriedade, como se ao direito civil coubesse a disciplina de uma propriedade sem limites, no espaço que lhe restou, onde fosse possível expandir o mesmo individualismo pré-constitucional, podendo, então, finalmente, o titular, exercer a senhoria livremente, sem intervenção estatal.”

²⁰ Bobbio (BOBBIO, Norberto. A grande dicotomia: público/privado. **Estado, Governo, Sociedade** – para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra Editora, 1987. p. 23), pontua com maestria a resistência que a propriedade opõe, no curso da história, à ingerência do poder soberano, ao analisar a grande dicotomia público-privado, sob o aspecto axiológico, exemplificando-a dentro da concepção de primazia do privado sobre o público (que foi identificada ao lado do tipo de concepção do primado do público sobre o privado), aduzindo que: “Um dos eventos que melhor do que qualquer outro revela a persistência do primado do direito privado sobre o direito público é a resistência que o direito de propriedade opõe à ingerência do poder soberano, e portanto ao direito por parte do soberano de expropriar (por motivos de utilidade pública) os bens do súdito. Mesmo um teórico do absolutismo como Bodin considera injusto o príncipe que viola sem motivo justo e razoável a propriedade de seus súditos, e julga tal ato uma violação das leis naturais a que o príncipe está submetido ao lado de todos os outros homens [1576, I, 8]. Hobbes, que atribui ao soberano um poder não controlado sobre a esfera privada dos súditos, reconhece entretanto que os súditos são livres para fazer tudo aquilo que o soberano não proibiu, e o primeiro exemplo que lhe vem à mente é ‘a liberdade de comprar, de vender e de fazer outros contratos um com o outro’ [1651, cap. XXI]. Com Locke a propriedade converte-se num verdadeiro direito natural, pois nasce de esforço pessoal no estado de natureza antes da constituição do poder político, e como tal deve ter o seu livre exercício garantido pela lei do Estado (que é a lei do povo).”

²¹ MATTOS, Liana Portilho. **A Efetividade da Função Social da Propriedade Urbana**. Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2003. p. 37.

²² “Título VII-Da Ordem Econômica e Financeira. Capítulo I-Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) II – propriedade privada; III – função social da propriedade.”

²³ “Título II-Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Capítulo I-Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Art. 5º. (...) XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.”

que o princípio da função social da propriedade deve instrumentalizar todo o tecido constitucional, criando um “parâmetro interpretativo do ordenamento jurídico”²⁴. Trata-se da “razão de ser do direito”²⁵ que apenas é garantido se estiver vinculado ao exercício de sua função social.

Registra Pietro Perlingieri que, em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa, tal qual o brasileiro,

o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento. E isso não se realiza somente finalizando a disciplina dos limites à função social. Esta deve ser entendida não como uma intervenção “em ódio” à propriedade privada, mas torna-se “a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito”, um critério de ação para o legislador, e um critério de individuação da normativa a ser aplicada pelo intérprete chamado a avaliar as situações conexas à realização de atos e de atividades do titular.

Na sistemática adotada na Constituição de 1988, a função social da propriedade é princípio normativo de conteúdo certo e determinado²⁶, parte integrante e inseparável da estrutura do direito de propriedade²⁷.

A função social da propriedade passa a integrar o conceito jurídico-positivo de propriedade²⁸, de modo a determinar profundas alterações estruturais na sua interioridade. Não pode ser confundida com mera limitação administrativa, já que não é condição para o exercício de direito, tratando-se do próprio dever de exercer o direito de propriedade. Tem que ver com seu conteúdo, sendo intrínseca à propriedade privada²⁹.

Há – ainda – que se analisar o espectro de incidência do princípio da função social da propriedade. Na doutrina, não há harmonia sobre este aspecto.

Eros Roberto Grau³⁰ distingue uma propriedade dotada de função individual, que seria a dos bens de consumo e entende que o princípio da função social da propriedade incidiria apenas sobre os bens de produção.

²⁴ GONDINHO, André Osório. Função Social da Propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 414.

²⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 226.

²⁶ Considerando que há vários estatutos proprietários consagrados na Lei Maior, relativos às diversas situações proprietárias, há que se falar em função social da propriedade urbana, função social da propriedade rural, função social da empresa, dentre outros. *A função social modificar-se-á de estatuto para estatuto, sempre em conformidade com os preceitos constitucionais e com a concreta regulamentação dos interesses em jogo*, pontua Tepedino (TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 280.). Quanto à função social da propriedade urbana, seu conceito é hermético. O artigo 186 da Constituição informa que ela é cumprida, desde que simultaneamente observados os seguintes requisitos: aproveitamento racional e adequado da terra; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. No que tange à função social da propriedade urbana, a função social é conceito aberto. LIANA (MATTOS, Liana Portilho. *A Efetividade da Função Social da Propriedade Urbana à Luz do Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2003. p. 46) ensina que sua “matriz encontra-se na Constituição Federal de 1988 e que seu conteúdo mínimo é dado pelo Estatuto da Cidade (Lei Federal n.º 10.257, de 10 de julho de 2001) e complementado pelo Plano Diretor de cada município, quando houver.” Neste trabalho, nos interessará tratar da função social da propriedade de modo lato, vez que se trata de análise comparada do instituto do direito de superfície dentro do estatuto proprietário urbano – preconizado pelo Estatuto da Cidade – e dentro do estatuto proprietário geral veiculado pelo Código Civil, que englobará outras tantas situações proprietárias.

²⁷ GONDINHO, André Osório. Função Social da Propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 398. No mesmo sentido, FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Perfil constitucional da função social da propriedade**. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=676>>. Acesso em: 18. nov. 2003: “O princípio fundamental da função social da propriedade constitui, no nosso entender, o alicerce constitucional do regime jurídico-constitucional da propriedade, estando todos os demais princípios e regras constitucionais a ele submetidos, inclusive o princípio da propriedade privada estabelecido no art. 170, II, da Lei Maior”.

²⁸ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, 8. ed.. p. 207-216.

²⁹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, 8. ed.. p. 207-216. FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Perfil constitucional da função social da propriedade**. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=676>>. Acesso em: 18 nov. 2003.

³⁰ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, 8. ed.. p. 207-216.

Contudo, melhor entendimento é o de Pietro Perlingieri³¹, também esposado por André Osório Gondinho³² e por Vladimir da Rocha França³³. Pregam que a função social da propriedade não está adstrita aos bens de produção, vez que contamina os estatutos jurídicos de todas as situações proprietárias.

Gondinho, ao criticar a posição adotada por Eros Grau, é muito feliz ao conectar a função social da propriedade como “reação do ordenamento contra os desperdícios de potencialidade da coisa, para satisfazer as necessidades humanas, sejam materiais sejam pessoais”³⁴. Salieta:

Em que pese a autoridade dos ilustres doutrinadores, não podemos concordar com a restrição imposta à incidência do princípio da função social da propriedade nos bens de consumo. O fato de um bem ser utilizado para a subsistência individual não lhe exclui do campo de incidência do princípio da função social. Isso porque a função social da propriedade não se justifica apenas pela destinação econômica de determinado bem. Assim, se determinado bem, dada a sua natureza, se destina apenas a utilização individual ou familiar, mas é efetivamente assim utilizado, este bem não representa um **desperdício de potencialidade** para a sociedade. Desta forma, esse bem cumpre a sua função social pois torna a sociedade mais rica, apesar de, quantitativamente, a sua contribuição para a riqueza nacional ser pequena ou mesmo insignificante. (grifos no original)

Nesse diapasão, será socialmente funcional a propriedade que, respeitando a dignidade da pessoa humana, contribuir para o desenvolvimento nacional e para a diminuição da pobreza e da desigualdade social, sendo instrumento de realização dos valores existenciais, em superação do individualismo tão marcante em nosso ordenamento anterior. Os direitos patrimoniais devem se adequar à nova realidade, pois a pessoa prevalece sobre qualquer valor.³⁵

A dignidade da pessoa humana é “norma-princípio chave do ordenamento jurídico brasileiro”³⁶ que orienta e dá fundamento a todas as suas demais normas. Nos termos da lição de Liana Portilho Mattos, o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado como o fundamento do princípio da função social da propriedade em razão de sua profunda vinculação com o direito humano de moradia e outros direitos fundamentais.

2.3. – O direito à moradia digna como densificador do princípio da dignidade da pessoa humana

O direito social fundamental à moradia digna foi expressamente consagrado pelo texto constitucional por intermédio da Emenda Constitucional nº. 26/2000³⁷.

Antes da alteração provocada pelo poder constituinte derivado, a doutrina já proclamava que o direito à moradia digna era direito fundamental individual. Nesse sentido, é a lição de Ricardo Pereira Lira, em estudo sobre o direito à habitação e o direito de propriedade apresentado em Macerata, na Itália, em 1991:

O direito de habitação, o direito à moradia, o direito ao mínimo de abrigo, o ‘shelter’ (como dizem os anglo-saxônicos) é um direito individual assegurado na Constituição da nossa República, por isso que é instrumento indispensável à formação elementar da consciência de cidadania, instrumento indescartável na realização dos fundamentos da República, pois só com essa salvaguarda mínima se pode preservar a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, inciso III, da Constituição da República de

³¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 230: “A afirmação pela qual ‘somente os bens produtivos têm uma função social’ é desmentida pela letra da disposição constitucional que ‘não prevê exceções à regra da função social da propriedade privada’”.

³² GONDINHO, André Osório. Função Social da Propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 397-433.

³³ FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Perfil constitucional da função social da propriedade**. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=676>>. Acesso em: 18 nov. 2003.

³⁴ GONDINHO, André Osório. Função Social da Propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 429.

³⁵ GONDINHO, André Osório. Função Social da Propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 430.

³⁶ MATTOS, Liana Portilho. **A Efetividade da Função Social da Propriedade Urbana à Luz do Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2003. p. 47.

³⁷ Após a EC 26/00, a redação do artigo 6.º ficou: “*Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. (...) Art. 6.º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição*”.

1988), se pode erradicar a pobreza e a marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais (Art. 3º, inciso III, da Constituição da República).

Se todos são iguais perante a lei (Art. 5º, caput, da Constituição, se a casa é asilo inviolável do indivíduo (Art. 5º, inciso XI, da Constituição), é evidente que todos têm direito a esse asilo e a essa inviolabilidade.³⁸

A EC 26/2000 apenas consagrou o que a doutrina já proclamava, mas provocou profundas mudanças na relação entre o poder público e os administrados. Historicamente, a moradia no Brasil era encarada como problema social a ser solucionado através de programas estatais de financiamento e construção³⁹. Com a emenda constitucional, um novo paradigma foi fixado. A moradia é direito humano, cuja aplicabilidade e eficácia pressupõe a ação positiva do Estado.

A obrigação de fazer estatal abraça dois aspectos distintos. Um de caráter imediato de “impedir a regressividade do direito à moradia”⁴⁰, isto é, medidas e ações que dificultem ou impossibilitem seu exercício, tais como, “um sistema e uma política habitacional que acarrete a exclusão e medidas discriminatórias de impedimento de acesso ao direito à moradia para uma grande parcela da população”⁴¹.

O outro aspecto diz respeito à reformulação da intervenção estatal nas atividades privadas, a fim de reformular a política habitacional. Nelson Saule Júnior e Maria Elena Rodriguez⁴² enumeram ações indispensáveis para a efetividade do direito humano à moradia, tais como: aprimoramento da regulamentação do uso e acesso à propriedade imobiliária urbana e rural, regulamentação do mercado de terra, previsão de sistemas de financiamento habitacional de interesse social, promoção de programas de urbanização e regularização fundiária nos assentamentos informais de modo a proporcionar a integração social e territorial das comunidades carentes que vivem nestes assentamentos.

Para Pietro Perlingieri, o direito à moradia tem duas acepções diferentes. Uma conotação quando se tem em foco as relações econômicas e outra ao ser evidenciado o aspecto da tutela da pessoa:

O direito à moradia é da pessoa e da família; isso tem conseqüências notáveis no plano das relações mesmo civilísticas, por exemplo em tema de locação, de *equo canone*, e, nas de construção civil, de subingresso ao sócio defunto. O direito à moradia como direito ao acesso à propriedade da moradia é um dos instrumentos, mas não o único, para realizar o gozo e a utilização da casa. Como direito existencial pode-se satisfazer também prescindindo da propriedade da moradia; por isso incide, em maneira decisiva, sobre as relações de uso, de moradia e de aluguel.⁴³

No sentido de densificar o direito social à moradia, sob seu aspecto de instrumento de tutela da personalidade, veio à lume a Lei Federal nº. 10.257/2001, auto-nominada Estatuto da Cidade, que trouxe, dentre os instrumentos de política urbana⁴⁴, o direito de superfície. Naquele diploma, o objeto direto deste estudo, ganha contornos inegavelmente urbanísticos, destinado a contribuir para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana⁴⁵.

Pouco depois, foi promulgada a Lei Federal nº. 10.406/2002, o Novo Código Civil Brasileiro, que ripristinou o direito de superfície, tratando-o dentro do Direito das Coisas⁴⁶. Nesse diploma, a finalidade do

³⁸ LIRA, Ricardo Pereira. Direito à Habitação e Direito de Propriedade. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 81.

³⁹ SAULE JÚNIOR, Nelson. RODRIGUEZ, Maria Elena. **O Direito à Moradia**. Disponível em: <<http://www.gajop.org.br/portugueses/mora>>. Acesso em: 04 mai. 2004.

⁴⁰ SAULE JÚNIOR, Nelson. RODRIGUEZ, Maria Elena. **O Direito à Moradia**. Disponível em: <<http://www.gajop.org.br/portugueses/mora>>. Acesso em: 04 mai. 2004.

⁴¹ SAULE JÚNIOR, Nelson. RODRIGUEZ, Maria Elena. **O Direito à Moradia**. Disponível em: <<http://www.gajop.org.br/portugueses/mora>>. Acesso em: 04 mai. 2004.

⁴² SAULE JÚNIOR, Nelson. RODRIGUEZ, Maria Elena. **O Direito à Moradia**. Disponível em: <<http://www.gajop.org.br/portugueses/mora>>. Acesso em: 04 mai. 2004.

⁴³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 198.

⁴⁴ Vide Artigo 4º, inciso V, alínea “I”.

⁴⁵ Vide Artigo 2º, *caput*.

⁴⁶ NCCB, artigos 1.369 *usque* 1.377.

instituto, que “constitui uma maior possibilidade de aproveitamento do solo”⁴⁷, está contaminada por interesse predominantemente privado, sem – por óbvio – perder-se do fundamento constitucional da propriedade.

3 – A importância do direito de superfície

É de acentuada importância o papel do direito de superfície como regulador das relações que se estabelecem entre os diferentes agentes que aportam os diferentes insumos da habitação e entre particulares como forma de dividir os custos de uma construção.

Trata-se de instrumento utilizado como poderoso aliado aos esforços para efetivar o cumprimento da função social da propriedade, na lição de Letícia Marques Osório⁴⁸. Da ótica dos que atuam no mercado imobiliário, o proprietário manterá a reserva do aumento do valor do solo para si após a transferência do direito de superfície para terceiro. Do ponto de vista do poder público, é possível, por meio de regras disciplinadoras do uso e da ocupação do território das cidades, definir as áreas consideradas subutilizadas ou não utilizadas, que deverão atender às exigências do desenvolvimento urbano, sob pena de ficarem sujeitas à aplicação de sanções para que a propriedade urbana cumpra uma função social. Caso se defina que a função social do imóvel seja a própria edificação, os respectivos proprietários privados poderão alienar o direito de superfície de seus terrenos para que outra pessoa ou empresa construa, contribuindo, inclusive, para a diminuição dos custos da produção das unidades habitacionais ou comerciais.

Portanto é grande o desafio dos estudiosos do Direito, eternos conciliadores de forças antagônicas, que devem primar por construir um sistema viabilizador da efetividade do princípio da função social da propriedade, princípio densificador de direitos humanos elementares, dentre os quais, destaca-se o direito social à moradia, que é um dos fundamentos constitucionais inspiradores da reintrodução do direito de superfície no direito brasileiro.

4 – Conceitos importantes e definição de direito de superfície

À guisa de instrumentalizar o estudo do direito de superfície, mister se faz estabelecer o sentido e alcance das seguintes categorias: solo, superfície e acessão.

Solo e superfície são noções juridicamente relevantes, uma vez que sofrem a incidência da ação humana. Assim, fixe-se o alcance de seu conteúdo.

Solo abrange a coluna aérea sobrejacente, a coluna subjacente e o plano que as separa.

Sem ser confundida com o direito de superfície, nem tomada por acessório do solo⁴⁹ (porque dele é parte integrante), *superfícies* é o plano que idealmente separa as colunas que, relativamente a ele, se colocam em posição superior e inferior ao longo de toda a sua extensão e largura⁵⁰.

A noção de direito de superfície é construída conexamente à de acessão, uma vez que “o direito de superfície é substancialmente uma suspensão ou interrupção da eficácia do princípio da acessão”⁵¹.

Da importância que se atribuía ao solo, surgiu a doutrina romana da acessão enunciada no princípio *superfícies solo cedit*, segundo o qual acede ao solo tudo o que sobre ele ou sob ele se construa, ou, em princípio, se plante.

Seja a natureza jurídica da acessão, modo de aquisição da propriedade ou fenômeno de expansão do direito de propriedade à coisa acedida, Ricardo Pereira Lira⁵² define-a como “união física entre duas coisas, formando, de maneira indissolúvel, um conjunto, em que uma das partes, embora possa ser reconhecível, não guarda autonomia, sendo subordinada, dependente do todo, seguindo-lhe o destino jurídico”.

A idéia da acessão sempre foi tão enraizada como a idéia do direito de propriedade⁵³, de modo que compreender o alcance do princípio *superfícies solo cedit* é a chave para dissecar o direito de superfície.

⁴⁷TORRES, Marcos Alcino Azevedo. **Direito de Superfície**. Disponível em: <<http://www2.uerj.br/~direito/publicações/diversos/malcino.html>>. Acesso em: 03 jun. 2003.

⁴⁸ OSÓRIO, Letícia Marques. Direito de Superfície. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Org.). **Estatuto da Cidade e Reforma Urbana**: Novas Perspectivas para as Cidades Brasileiras. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 174-175.

⁴⁹ NCCB, art. 79 e art. 1229.

⁵⁰ LIRA, Ricardo Pereira. O Moderno Direito de Superfície. In: LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 12.

⁵¹ LIRA, Ricardo Pereira. O Moderno Direito de Superfície. In: LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 9.

⁵² LIRA, Ricardo Pereira. O Moderno Direito de Superfície. In: LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 3.

⁵³TORRES, Marcos Alcino Azevedo. **Direito de Superfície**. Disponível em: <<http://www2.uerj.br/~direito/publicações/diversos/malcino.html>>. Acesso em: 03 jun. 2003.

Entende-se o direito de superfície segundo como “o direito real autônomo, temporário ou perpétuo, de fazer e manter construção ou plantação sobre ou sob terreno alheio; é a propriedade – separada do solo – dessa construção ou plantação, bem como é a propriedade decorrente da aquisição feita ao dono do solo de construção ou plantação nele já existente”.

Essa definição tem em mira sublinhar o aspecto dinâmico da relação superficiária, assim como evidenciar as características mais fortes do instituto, sem se preocupar com os sistemas jurídicos que o consagram, face à variação decorrente de cada um, como é natural.

Neste conceito são evidenciadas as características mais importantes do direito de superfície, quais sejam: sua autonomia diante dos outros direitos reais limitados, a concessão para construir ou plantar em solo alheio como causa da propriedade separada superficiária e a propriedade separada superficiária gerada por cisão, derivada de negócio jurídico.

5 – A estrutura plástica do direito superficiário

A estrutura da relação superficiária é plástica, porque pode sofrer mutações. A propriedade pode partir de uma relação simples, evoluindo para uma relação complexa. Ou, pode já nascer complexa, no caso de propriedade separada superficiária gerada por cisão.

Lançando luzes sobre a plasticidade do direito de superfície, Ricardo Pereira Lira⁵⁴ aponta que existem três momentos possíveis na relação superficiária, quais sejam:

- (a) o direito real de construir ou plantar em solo alheio, nascido de concessão *ad aedificandum* ou *ad plantandum*;
- (b) a propriedade separada superficiária, efeito da concreção do direito real de construir ou plantar em solo alheio;
- (c) a propriedade separada superficiária, gerada por cisão, quando é efeito da alienação que o *dominus soli* separadamente faz:
 - (c.1) a outrem de construção já existente, reservando-se o solo;
 - (c.2) a outrem do solo, reservando-se a construção;
 - (c.3) a duas pessoas, transferindo a uma o solo, a outra a construção já existente.

Portanto, o direito de superfície pode nascer simples e continuar simples até sua extinção, quando o único direito que se visualiza é o direito real de construir ou plantar em solo alheio, decorrente de concessão para plantar ou edificar que permaneceu latente, sem realizar-se na coisa superficiária. A hipótese de não-exercício do direito real de construir ou plantar em solo alheio é admissível sob o ponto de vista didático, mas de efetividade questionável, à luz do princípio constitucional da função social da propriedade, cujo conteúdo veda o desperdício da potencialidade da coisa⁵⁵.

Pode, também, nascer simples, tornando-se relação jurídica complexa, na hipótese de concreção do direito real de construir ou plantar em solo alheio em coisa superficiária. Isto é, o exercício da concessão (direito real) gera o aparecimento da propriedade separada superficiária, dentro da propriedade do solo.

A concessão para construir ou plantar em solo alheio é direito real sobre coisa alheia, de aquisição derivada, que contém um “poder de transformação”⁵⁶. O exercício desse poder cria um direito de propriedade, qual seja: a propriedade separada superficiária, que estará embutida em outro direito de propriedade (a propriedade sobre o solo).

Quando a propriedade separada superficiária, que tem a natureza jurídica de propriedade imobiliária, for adquirida pelo exercício do direito de construir ou plantar, a hipótese é de aquisição originária⁵⁷.

É, ainda, possível, que o direito de superfície nasça complexo e permaneça complexo, na hipótese de propriedade superficiária separada gerada por cisão. Neste caso, aquisição da propriedade separada superficiária

⁵⁴ LIRA, Ricardo Pereira. O Moderno Direito de Superfície. In: LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 56-61.

⁵⁵ GONDINHO, André Osório. Função Social da Propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 397-433.

⁵⁶ LIRA, Ricardo Pereira. O Moderno Direito de Superfície. In: LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 60.

⁵⁷ Enfrentando a questão obscura sobre o destino da propriedade separada superficiária na hipótese de ter tido como causa concessão para construir ou plantar conferida *a non domino*, LIRA posiciona-se no sentido de que a propriedade separada superficiária, a despeito de ser modalidade de aquisição originária, neste caso, fica contaminada pelo vício proveniente do direito real de construir ou plantar em solo alheio (este adquirido derivadamente). (LIRA, Ricardo Pereira. O Moderno Direito de Superfície. In: LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 61.)

também é derivada, tendo como causa o negócio jurídico em que o proprietário do solo deu em superfície plantação ou edificação já existente.

6 – O conflito de leis no tempo: Estatuto da Cidade e o Novo Código Civil

No Brasil, o direito de superfície ressurgiu tanto no âmbito do direito civil como no do direito urbanístico, deixando de ser considerado como simples figura do direito romano. Dentre seus principais objetivos, ensina Letícia Marques Osório:

está o de democratizar o acesso à terra urbana e o de dinamizar o mercado imobiliário, permitindo a separação do direito de construir do direito de propriedade, barateando o processo de construção civil e fomentando a produção habitacional.⁵⁸

O conflito temporal se dá, especificamente, entre os arts. 21 a 24, da Lei Federal n.º. 10.257, de 10 de julho de 2001 e os arts. 1.369 a 1.377, da Lei Federal n.º. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, uma vez que ambos os diplomas legais regulamentaram de forma completa o instituto do direito de superfície.

Na Lei de Introdução ao Código Civil, a regra defluente do art. 2º, § 1º⁵⁹, prega a revogação da lei anterior quando lei posterior regular integralmente a mesma matéria de que tratava a lei anterior.

Daí, a razão de alguns autores sustentarem a revogação da disciplina do direito de superfície no Estatuto da Cidade, pelo Novo Código Civil.

Carlos Kennedy da Costa Leite, comentando a situação antes do NCCB entrar em vigor, tece severas críticas contra a regulamentação no Estatuto da Cidade. Assevera que:

sendo o Direito de Superfície um instituto de feição eminentemente civil, só deveria ele ser instituído por legislação de natureza civil, como o fez o Código Civil prestes a entrar em vigor. É um atentado ao senso jurídico de qualquer pessoa que tenha um mínimo envolvimento com o direito, vislumbrar o ‘Estatuto da Cidade’, lei de cunho estritamente administrativo, instituindo e disciplinando – porque o texto legal realmente institui e disciplina – o Direito Real de Superfície.⁶⁰

Em sentido diverso alinham-se os que entendem que o Estatuto da Cidade não é uma legislação de cunho estritamente administrativo. Trata-se de “lei que incorporou o direito constitucional à moradia”⁶¹, porque, ao regulamentar os arts. 182 e 183 da CRFB, densificou o princípio da função social da propriedade, não merecendo ter seu espectro de abrangência tão limitado.

O Estatuto da Cidade, “instrumento de excelência”, assinala Simone Wolff⁶², tem a inédita proposta de “agregar valores impregnados de justiça, democracia e solidariedade”, inserindo-se

em um contexto de barreira à imobilidade e à inércia, representando um marco fundamental de conscientização e mudanças de comportamento a médio e a longo prazos à disposição de todo cidadão brasileiro. Aliando a busca permanente do desenvolvimento urbano em bases sustentáveis ao esforço contínuo de instauração da justiça social e ambiental nas cidades, o Estatuto opõe-se à destruição do

⁵⁸ OSÓRIO, Letícia Marques. Direito de Superfície. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Org.). **Estatuto da Cidade e Reforma Urbana**: Novas Perspectivas para as Cidades Brasileiras. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 176.

⁵⁹ “Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

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

⁶⁰ LEITE, Carlos Kennedy da Costa. **Direito Real de Superfície**: a ressurreição. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3616>>. Acesso em: 03 jul.2003.

⁶¹ WOLFF, Simone. **Estatuto da Cidade**: A Construção da Sustentabilidade... Revista Jurídica, n. 45, v. 4, fev. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_45>. Acesso em: 13 dez. 2003. Para ela, “a habitação é o refúgio do homem, e é, também, seu espaço de integração com a família, com a vizinhança, com a cidade e com o país; é onde o indivíduo encontra possibilidades concretas para o exercício de liberdades e direitos fundamentais”.

⁶² WOLFF, Simone. **Estatuto da Cidade**: A Construção da Sustentabilidade... Revista Jurídica, n. 45, v. 4, fev. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_45>. Acesso em: 13 dez. 2003. Para ela, “a habitação é o refúgio do homem, e é, também, seu espaço de integração com a família, com a vizinhança, com a cidade e com o país; é onde o indivíduo encontra possibilidades concretas para o exercício de liberdades e direitos fundamentais. (...) São as necessidades humanas básicas de habitação, alimentação, trabalho, transporte, educação, saúde, lazer que determinam a estrutura das cidades e não, contrariamente o que se pensa, os seus modelos urbanísticos. Esses vêm a reboque, e para se adaptarem ao já instituído e adequarem ao antigo modelo suas propostas inovadoras de planejamento e ordenação, devem ser coerentes e ajustáveis às diferentes realidades”.

ambiente e ao aviltamento do homem, o que representa um imenso desafio para o País e suas instituições.

No mesmo diapasão é a lição de Ricardo Pereira Lira⁶³, para quem a entrada em vigor do Novo Código Civil em janeiro de 2003 não revogou as disposições relativas ao direito de superfície editadas com o Estatuto da Cidade. Apesar de ser o mesmo instituto, ele tem vocações diversas em cada um dos diplomas legais. O Estatuto da Cidade:

está voltado para as necessidades do desenvolvimento urbano, editado como categoria necessária à organização regular e equânime dos assentamentos urbanos, como fator de institucionalização eventual da função social da cidade. No novo Código Civil, o direito de superfície será um instrumento destinado a atender interesses e necessidades privados

Ricardo Pereira Lira⁶⁴ exemplifica a coexistência de ambas as regulamentações:

Se uma municipalidade, por exemplo, desqualifica o espaço público correspondente a uma praça, convalidando-o em bem patrimonial, e concede a terceiro, a título de superfície, o subsolo, para instituição de um estacionamento, concedendo o solo a outrem, também a título de superfície, para construção e exploração de um estádio poliesportivo, estará utilizando o direito de superfície urbanístico, previsto no Estatuto da Cidade.

Se um particular, dono de um imóvel residencial, pretende estabelecer no lote contíguo, de propriedade de outrem, um campo de futebol, nele construindo uma pequena sede desportiva, com vestiário, sauna, etc..., para tanto contratando com seu vizinho o direito de construir, a título de superfície, sobre o lote dele, estará constituindo um direito de superfície que será regulado pelo novo Código Civil, pois o negócio jurídico em tela estará penetrado inteiramente pelo interesse particular, sem qualquer viés urbanístico.

Por fim, elege-se como derradeiro argumento o fato do art. 1.377⁶⁵, do Novo Código Civil, referir-se a lei especial. O dispositivo sob comento trata da constituição do direito de superfície por pessoa de direito público interno. Enuncia que a hipótese será regida pelo diploma privatístico, apenas se não houver disciplina diversa em outro estatuto.

Ora, se o Novo Código Civil, lei posterior, remete a disciplina do direito de superfície para outro diploma que contenha regras sobre a mesma matéria; e se esse outro diploma só pode ser o Estatuto da Cidade, vez que foi através dele que o instituto foi reintroduzido no ordenamento jurídico pátrio; isso já constitui fundamento razoável para sustentar-se que o direito de superfície civil coexiste com o direito de superfície urbanístico. A utilização de um ou de outro diploma, portanto, será definida pela finalidade almejada com o direito de superfície.

Não é outra a conclusão a que chegaram os juristas reunidos na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ. O enunciado aprovado sob o n.º 93 refere-se ao art. 1.369 do NCCB e professa o seguinte:

93 – Art. 1.369: As normas previstas no Código Civil sobre direito de superfície não revogam as relativas a direito de superfície constantes no Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano.

Uma vez estabelecida a coexistência de regulamentação do direito de superfície no Estatuto da Cidade e no Novo Código Civil Brasileiro, visto que têm objetos distintos, passe-se à análise comparada do direito de superfície em segundo grau, no ordenamento jurídico brasileiro.

7 – O direito de lage

Direito de sobrelevação ou direito de superfície em segundo grau é o direito de superfície que o primeiro superficiário concede a outrem para que construa sobre a primeira propriedade separada superficiária.

⁶³ LIRA, Ricardo Pereira. O Direito de Superfície e o Novo Código Civil. **Revista Forense**, Separata, v. 364. p. 263-264.

⁶⁴ LIRA, Ricardo Pereira. O Direito de Superfície e o Novo Código Civil. **Revista Forense**, Separata, v. 364. p. 264.

⁶⁵ NCCB, “Art. 1.377. O direito de superfície, constituído por pessoa jurídica de direito público interno, rege-se por este Código, no que não for diversamente disciplinado em lei especial”.

Desse modo, o primeiro superficiário torna-se, em relação ao segundo superficiário, cedente de direito real de construir sobre coisa alheia, cujo exercício originará uma segunda propriedade separada superficiária sobre a primeira. "Resultam, portanto, três níveis de propriedade: a do dono do solo, a do primeiro superficiário e a do segundo superficiário"⁶⁶.

No direito alienígena, há ordenamentos que admitem o direito de superfície sendo constituído por quem não é dono do solo, nos casos de superfície em segundo grau. São exemplos: o direito italiano⁶⁷, o direito suíço⁶⁸ e o direito português.

No Código Civil Português, a previsão da superfície em segundo grau está no artigo 1.526, cuja redação vale ser transcrita:

O direito real de construir sobre edifício alheio está sujeito às disposições deste título e às limitações impostas à constituição da propriedade horizontal; levantado o edifício, são aplicáveis as regras da propriedade horizontal, passando o construtor a ser condômino das partes referidas no artigo 1421.

Naquele estatuto jurídico estrangeiro do direito de sobrelevação, nota-se um certo hibridismo entre a superfície e a propriedade horizontal. Enquanto a constituição do direito está sujeita às regras da superfície e às limitações da propriedade horizontal, uma vez exercido o direito real de construir sobre edifício alheio, a hipótese passa a reger-se apenas pelo estatuto da propriedade horizontal.

Letícia Marques Osório⁶⁹ registra que

na doutrina estrangeira da Suíça e da Itália há ainda a previsão da possibilidade constituição de um direito de superfície sobre a propriedade separada superficiária. É o denominado direito de mais elevação ou de sobreedificação, que faculta ao superficiário a elevação da altura de seu prédio dentro dos limites estabelecidos pela legislação urbanística. Na Espanha, como há a possibilidade de haver diferentes proprietários para cada andar de um prédio, a autorização para a elevação da edificação dependerá da concordância dos demais "condôminos".

No atual estado do nosso direito, conforme anota Ricardo Pereira Lira, não se admitem propriedades distintas superpostas sem a propriedade indivisa de fração ideal do solo por parte de todos os proprietários distintos. "O direito de superfície pressupõe inafastavelmente construção em solo alheio"⁷⁰.

Observa-se, porém, o fato social impondo modificações no direito. Nas favelas do Rio de Janeiro, nasceu o "direito de laje", conforme o qual os moradores alienam a terceiro o direito de construir sobre a sua laje, ficando da posse exclusiva do terceiro a moradia por ele construída⁷¹.

Marco Aurélio Bezerra de Melo sobre o direito favelar, em artigo redigido antes da repristinação do direito de superfície registra:

Impende ressaltar o direito insurgente que se verifica em comunidades de baixa renda, notadamente nos grandes centros urbanos, em que, premidas pela necessidade, as pessoas alienam gratuita ou onerosamente a laje de suas propriedades para que outras construam. Este fenômeno social passou a ser identificado como "direito de laje" que, de certa forma, é um mecanismo paraestatal de aplicação do direito de superfície.⁷²

⁶⁶ LIRA, Ricardo Pereira. A Aplicação do Direito e a Lei Injusta. **Revista da Faculdade de Direito**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 5, 1997. p. 92.

⁶⁷ LIRA, Ricardo Pereira. O Moderno Direito de Superfície. In: LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 78.

⁶⁸ LIRA, Ricardo Pereira. A Aplicação do Direito e a Lei Injusta. **Revista da Faculdade de Direito**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 5, 1997. p. 92.

⁶⁹ OSÓRIO, Letícia Marques. Direito de Superfície. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Org.). **Estatuto da Cidade e Reforma Urbana**: Novas Perspectivas para as Cidades Brasileiras. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 180.

⁷⁰ LIRA, Ricardo Pereira. O Moderno Direito de Superfície. In: LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 68 e p. 79.

⁷¹ LIRA, Ricardo Pereira. A Aplicação do Direito e a Lei Injusta. **Revista da Faculdade de Direito**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 5, 1997. p. 92. LIRA, em artigo redigido antes da repristinação do direito de superfície, trata do direito de laje como exemplo de direito alternativo *stricto sensu*, enunciando-o como categoria de direito material existente entre favelados da qual defluem conflitos de interesse que demandam tutela jurisdicional, posto que tem existência fática.

⁷² MELO, Marco Aurélio Bezerra de. O Direito Real de Superfície como Instrumento de Reforma Urbana e Agrária – análise do Projeto de Código Civil. *Temas de Direito Privado*, p. 139-163.

Tanto o Estatuto da Cidade quanto o Novo Código Civil não aludem expressamente à superfície em segundo grau. Têm a mesma dicção omissa neste aspecto, limitando a referência à expressão terreno. Confirma-se:

Estatuto da Cidade, artigo 21. O proprietário urbano poderá conceder a outrem o **direito de superfície do seu terreno**, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis.

Novo Código Civil Brasileiro, artigo 1.369. O proprietário pode conceder a outrem o **direito de construir ou de plantar em seu terreno**, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

A interpretação da lei infraconstitucional subordina-se à tábua axiológica preconizada pela Carta de 88. Assim, buscando funcionalizar o direito de superfície à luz das demandas sociais, é preciso atribuir tanto ao Estatuto da Cidade como ao Novo Código Civil Brasileiro o papel promocional da diminuição das injustiças sociais, conforme averbera o art. 3º., da CRFB⁷³.

Nesse sentido, os dispositivos suso mencionados não são hipóteses legais de silêncio eloqüente, mas de lacunas que demandam integração, pelo método da interpretação extensiva. Portanto, entende-se que o direito de superfície pode ser constituído sobre **terreno**, qualquer terreno: seja terreno sem construções, seja terreno construído.

Há – ainda – que ser enfrentada a questão de propriedades superpostas ensejarem a propriedade sobre fração ideal do solo. Entende-se que esta regra é imperativa para as incorporações imobiliárias, mas não para os casos típicos de direito de laje, em que o direito de sobrelevação nasce por demanda socio-econômica bem diversa.

Não se argumente, tampouco, que em razão do segundo proprietário superficiário não ser (tampouco poder ser) dono de fração ideal do solo, a superfície em segundo grau continuaria à margem do direito brasileiro. Trata-se de situação que merece acolhida na esteira da repriminção do direito de superfície, sob pena de continuar na informalidade considerável gama de relações socio-econômicas. Ao invés de se recorrer ao estatuto da propriedade horizontal, recomenda-se que sejam utilizadas as regras gerais das servidões, para regularem questões de passagem e vista. Assim, incrementa-se o direito com a realidade social e atua-se sobre essa realidade com a força promocional do direito⁷⁴.

8 – Conclusão

Ao término deste estudo, torna-se possível sintetizar objetivamente algumas das suas proposições mais importantes:

1 - A interpretação civil-constitucional, adotada como premissa metodológica neste trabalho, parte sempre da Constituição, aqui entendida como norma fundamental. A releitura do direito civil à luz da Constituição erige o princípio da dignidade da pessoa humana como epicentro axiológico do ordenamento jurídico brasileiro e compatibiliza os institutos defasados da realidade contemporânea, tornando-os compatíveis com suas demandas sócio-econômicas.

2 - Desde os primórdios da humanidade, a propriedade tem sido foco de constantes tensões sociais e econômicas, instabilizadora de relações jurídicas e provocadora de acirrados conflitos com repercussão em todas as esferas sociais. Ocorre que tem sido possível construir uma noção de propriedade funcionalizada, que atenda não somente o interesse de seu detentor, mas cujo exercício se dê também em benefício da coletividade. A projeção histórica da propriedade deu-se, portanto, no sentido de uma propriedade-direito para uma propriedade-função.

⁷³ CRFB, art. 3º: “*Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*”

⁷⁴ Perlingieri (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. pp. 2-3): “*Dado que na realidade como um todo não existem somente velhas ‘estruturas’ a serem modificadas, mas também exigências – ideais e práticas – que requerem satisfação, também a norma promocional (ou seja, a norma que se propõe à função inovadora da realidade) é sempre fruto de demandas, de necessidades, de impulsos ‘já existentes’ em uma certa sociedade. O Direito, de tal modo, torna possível, com os seus instrumentos, a transformação social.*”

3 - Na sistemática adotada na Constituição de 1988, a função social da propriedade é princípio normativo de conteúdo certo e determinado, parte integrante e inseparável da estrutura do direito de propriedade, que foi redesenhado e significa reação do ordenamento contra os desperdícios de potencialidade da coisa, para satisfazer as necessidades humanas, sejam materiais sejam pessoais.

4 - O direito social fundamental à moradia digna foi expressamente consagrado pelo texto constitucional por intermédio da Emenda Constitucional nº. 26/2000 e se trata de obrigação de fazer estatal com dois aspectos distintos. Um de caráter imediato que visa a impedir a regressividade do direito à moradia, por intermédio de medidas e ações que dificultem ou impossibilitem seu exercício e outro que diz respeito à reformulação da intervenção estatal nas atividades privadas, a fim de reformular a política habitacional.

5 - No sentido de densificar o direito social à moradia, sob seu aspecto de instrumento de tutela da pessoa humana, veio à lume a Lei Federal nº. 10.257/2001, auto-nominada Estatuto da Cidade, que trouxe, dentre os instrumentos de política urbana, o direito de superfície, com contornos inegavelmente urbanísticos, destinado a contribuir para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana. Já no Novo Código Civil Brasileiro, a finalidade do direito de superfície está contaminada por interesse predominantemente privado, sem – por óbvio – perder-se do fundamento constitucional da propriedade.

6 - Há aparente conflito temporal, especificamente, entre os arts. 21 a 24, da Lei Federal nº. 10.257, de 10 de julho de 2001 e os arts. 1.369 a 1.377, da Lei Federal nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, uma vez que ambos os diplomas legais regularam de forma completa o instituto do direito de superfície. Contudo, as leis têm vocações diversas e ambas coexistem.

Prova da coexistência das regulamentações é o fato do art. 1.377, do Novo Código Civil, referir-se a lei especial. O dispositivo trata da constituição do direito de superfície por pessoa de direito público interno. Enuncia que a hipótese será regida pelo diploma privatístico, apenas se não houver disciplina diversa em outro estatuto. Entende-se que o NCCB faz remissão para o Estatuto da Cidade, vez que foi através dele que o instituto foi reintroduzido no ordenamento jurídico pátrio; isso já constitui fundamento razoável para sustentar-se que o direito de superfície civil coexiste com o direito de superfície urbanístico. A utilização de um ou de outro diploma, portanto, será definida pela finalidade almejada com o direito de superfície.

7 - É de acentuada importância o papel do direito de superfície como regulador das relações que se estabelecem entre os diferentes agentes que aportam os diferentes insumos da habitação e entre particulares como forma de dividir os custos de uma construção.

8 - A estrutura da relação superficiária é plástica, porque pode sofrer mutações. A propriedade pode partir de uma relação simples, evoluindo para uma relação complexa. Ou, pode já nascer complexa, no caso de propriedade separada superficiária gerada por cisão.

9 - Direito de sobrelevação ou direito de superfície em segundo grau é o direito de superfície que o primeiro superficiário concede a outrem para que construa sobre a primeira propriedade separada superficiária.

10 - Em que pese a doutrina majoritária entender que nosso direito, tradicionalmente, não admite propriedades distintas superpostas sem a propriedade indivisa de fração ideal do solo por parte de todos os proprietários distintos, a interpretação extensiva dos artigos 21, do Estatuto da Cidade e 1369, do NCCB impõe conclusão diversa. Assim, sob pena de desconsiderar-se a função promocional do direito que não pode perder contato com o fato social, há de ser lida a expressão “terreno” como sendo gênero que abrange qualquer espécie de terreno: seja construído ou sem construções.

O direito de lage, nascido nas comunidades de baixa renda no Rio de Janeiro, tem fundamento jurídico no direito de superfície. Este entendimento faz com que o direito seja incrementado pela realidade social e que ela sofra a força promocional do direito, em perfeita sintonia com o princípio da função social da propriedade.

9 – Referências bibliográficas

ALFONSIN, Betânia de Moraes. Dos Instrumentos de Política Urbana. Introdução e Dos Instrumentos em geral In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). **Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 107-130.

ALFONSIN, Jacques Távora. A Função Social da Cidade e da Propriedade Privada Urbana como Propriedades de Funções. In: ALFONSIN, Betânia; Fernandes, Edésio (Org.). **Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade**. Diretrizes, Instrumentos e Processos de Gestão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. p. 41-79.

ANDORNO, Luis O.. El derecho real de superficie forestal en el ordenamiento jurídico positivo Argentino. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Coleção Direito Comparado II. Homenagem a Clóvis do Couto e Silva – Argentina e a Faculdade de Direito da UFRGS – v. 1, n. 2, p. 161-180, set. 2003.

BAPTISTA, Bruno de Albuquerque. **Direito Real de Superfície**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2360>>. Acesso em: 03 jun. 2003.

BENEVOLO, Leonardo. **A Cidade e o Arquiteto**. Série Debates. 2. ed.. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2001. p. 1-48.

BOBBIO, Norberto. A grande dicotomia: público/privado. **Estado, Governo, Sociedade – para uma teoria geral da política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra Editora, 1987.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 5. ed.. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leito dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão Democrática da Cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Org.). **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 322-341.

CAMMAROSANO, Márcio. Fundamentos Constitucionais do Estatuto da Cidade (arts. 182 e 183 da Constituição Federal). In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Org.). **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 21-26.

CASTRO, Mônica. **Direito de superfície na Lei 10.257/01** (uma primeira leitura). Jus Navigandi. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2244>>. Acesso em: 03 jun. 2003.

DALLARI, Adilson Abreu. Instrumentos de Política Urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Org.). **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 72-88.

DERBLY, Rogério José Pereira. **Direito de Superfície**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2543>>. Acesso em 03 jul. 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito de Superfície (arts. 21 a 24). In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Org.). **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 171-190.

DINIZ, Maria Helena. A Lei de Registros Públicos e o Estatuto da Cidade (arts. 55 a 57). In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Org.). **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 398-413.

FARIA, Dárcio Augusto Chaves. A Função Social como Princípio Legitimador da Propriedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 499-508.

FONTES, André Ricardo Cruz. Limitações Constitucionais ao Direito de Propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 435-456.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Perfil Constitucional da Função Social da Propriedade**. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=676>>. Acesso em: 18 nov. 2003.

GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e suas Atuais Fronteiras. **Revista dos Tribunais**, Separata, a. 87, v. 747, p. 50-51, jan. 1998.

GONDINHO, André Osório. Função Social da Propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 397-434.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição**. 8. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003.

INSTITUTO PÓLIS. **Estatuto da Cidade- guia para implementação pelos municípios e cidadãos**. Disponível em: <http://federativo.bndes.gov.br/bf_bancos/estudos/e0001942.pdf>. Acesso em 09 nov. 2004. p. 108-130.

LEITE, Carlos Kennedy da Costa. **Direito Real de Superfície: a ressurreição**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3616>>. Acesso em 03 jul. 2003.

LESSA, Carlos. Prefácio. In: MAGALHÃES, Sérgio. **Sobre a cidade: habitação e democracia no Rio de Janeiro**. 19. ed.. São Paulo: Pro Editores, 2002.

LIRA, Ricardo Pereira. A aplicação do Direito e a Lei injusta. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 5, p. 85-97, 1997.

_____. Direito à Habitação e Direito de Propriedade. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 6 e 7, p. 79-90, 1999.

_____. Liberdade e Direito à Terra (Controle do solo urbano. Solo criado. Direito de Superfície). In: LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 107-153.

_____. Missões da Universidade: A Reforma Agrária e a Reforma Urbana. In: AULA INAUGURAL PROFERIDA NA UERJ, no dia 06 mai. 1997.

_____. O Direito de Superfície e o Novo Código Civil. **Revista Forense**, Separata, v. 364, p. 251-266.

_____. O Moderno Direito de Superfície. In: LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de Direito Urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 1-105.

_____. O uso social da terra urbana, sugestões à Constituinte. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 38, p. 5-12, 1986.

_____. **Parecer**. Disponível para xerox na pasta do Professor no Mestrado em Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ.

_____. Principais Instrumentos do Direito Urbanístico. In: EXPOSIÇÃO FEITA NO PALÁCIO DA CIDADE, em 27.11.1996, ao ensejo de seminário comemorativo dos 10 anos de existência da Procuradoria Geral do Município.

MATTOS, Liana Portilho. **A Efetividade da Função Social da Propriedade Urbana à Luz do Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2003.

_____. Diretrizes Gerais. Artigos 1º, 2º. e 3º. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). **Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 79-105.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. O Direito Real de Superfície como Instrumento de Reforma Urbana e Agrária – Análise do Projeto de Código Civil. **Temas de Direito Privado**. p. 139-161.

MOTA, Mauricio Jorge Pereira da. O Direito de Superfície no Direito Romano. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 5, p. 283-302, 1997.

OSORIO, Letícia Marques. Direito de Superfície. In: OSÓRIO, Letícia Marques (Org.). **Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: Novas Perspectivas para as Cidades Brasileiras**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 173-187.

_____. Diretrizes Gerais. Introdução. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). **Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 67-78.

PERLINGIERI, Pietro. Normas Constitucionais nas Relações Privadas. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro: Renovar, v. 6 e 7, 1999.

_____. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PONTÃO: Primeiro Município do Brasil a utilizar o Direito de Superfície na regularização fundiária. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/banco%20de%20experiencias.htm>>. Acesso em 08 nov. 2003.

PRESTES, Vanêscia Buzelato. A Concessão Especial para fins de Moradia na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade- da Constitucionalidade da Medida Provisória n.º 2.220 de 04 de Setembro de 2001. In: ALFONSIN, Betânia; Fernandes, Edésio (Org.). **Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade**. Diretrizes, Instrumentos e Processos de Gestão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. p. 203-238.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado social de Direito, a proibição de retrocessos e a garantia fundamental da propriedade. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. v. 5. Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2000. p. 131-149.

SAULE JR., Nelson (relator do texto-base). Direito de Superfície. **Regularização da Terra e da Moradia**: o que é e como implementar. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br>>. Acesso em 3 out. 2003.

_____; RODRIGUEZ, Maria Helena. **O Direito à Moradia**. Disponível em: <<http://www.gajop.org.br/portugueses/mora>>. Acesso em: 04 mai. 2004.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico brasileiro**. 2. ed.. Malheiros Editores. p. 15-76.

SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes (art. 2o.). In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Org.). **Estatuto da Cidade**. Comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 44-60.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil – Imobiliário, Agrário e Empresarial**, a. 17, n. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Temas de Direito Civil**. 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 267-292.

_____. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. **Temas de Direito Civil**. 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 17-19.

_____. **Temas de Direito Civil**. (apresentação). 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TORRES, Marcos Alcino Azevedo. **Direito de Superfície**. Disponível em: <<http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/diversos/malcino.html>>. Acesso em: 03 jul. 2003.

_____. **Instrumentos Urbanísticos e a Propriedade Urbana Imóvel**. Problemas de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 467-513.

WOLFF, Simone. **Estatuto da Cidade: A Construção da Sustentabilidade...** Revista Jurídica, n. 45. v. 4, fev. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_45>. Acesso em: 13 dez. 2003.

DA DENOMINADA REGRESSÃO CAUTELAR DE REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

RODRIGO GOMES MURTINHO¹

I. Apresentação da problemática

Há algum tempo surgiu - na prática da execução penal - a denominada "regressão cautelar de regime".² Esta se daria, de acordo com seus defensores, nas hipóteses em que o apenado praticasse alguma das condutas que autorizassem a regressão de regime de cumprimento de pena (previstas no artigo 118 da Lei de Execuções Penais)³ e houvesse o perigo de ocorrer possível comprometimento ou frustração dos fins da pena privativa de liberdade.

A jurisprudência de alguns Tribunais, então, passou a admitir a possibilidade do Juiz da Vara de Execuções Penais, com base em seu poder geral de cautela, sustar (cautelarmente) o regime mais brando de cumprimento de pena, determinado o recolhimento do apenado em regime mais gravoso (daí o nome de regressão cautelar de regime), sem prejuízo de sua posterior oitiva, antes da decisão final acerca da regressão de regime.⁴

Por conseguinte, diante da probabilidade do requerimento de regressão de regime ser deferido, em razão da ocorrência de uma das hipóteses do artigo 118 da LEP (o que poderia ser visto como o *fumus boni iuris*), bem como do perigo de comprometimento dos fins da pena privativa de liberdade (o que seria entendido como *periculum in mora*), vislumbrou-se a presença dos requisitos ensejadores da tutela cautelar. Dessa forma, o Ministério Público passou a efetuar o requerimento de "regressão cautelar de regime".

Portanto, como se verifica, seriam hipóteses onde o juízo da execução poderia deferir tutela para determinar o recolhimento do apenado a regime de cumprimento de pena mais gravoso, como forma de não comprometer a execução da pena privativa de liberdade.

Entretanto, como pretendemos demonstrar, essa hipótese de "regressão cautelar" é inadmissível - em que pese a manifestação positiva de diversos Tribunais - simplesmente porque tal medida não pode ser considerada cautelar e sim antecipatória (posto que satisfativa) do requerimento de regressão de regime formulado pelo Ministério Público. E, o juízo da Vara de Execuções Penais estaria impossibilitado de efetuar a antecipação da tutela, face a ausência de previsão legal, o que, em última análise, violaria o princípio constitucional do devido processo legal.

II. Finalidade da tutela cautelar

A tutela cautelar tem o escopo de dar efetividade a outro processo (de conhecimento ou de execução), tornando possível a futura realização do direito material. Este

¹ Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro; Mestre em Ciências Penais pela Universidade Candido Mendes - UCAM; Professor de Direito Processual Penal na UCAM - Centro; Professor de Direito Penal da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública - FESUDEPERJ.

² Essas hipóteses são referidas pelo saudoso professor Júlio Fabbrini Mirabete como "sustação provisória do regime mais brando".

³ Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita a forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (art. 111).

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido, previamente, o condenado."

⁴ Nesse sentido: [jurisprudência do STJ](#) - RHC 15877 / RJ - 5ª Turma - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca (data do julgamento 11/05/2004 - DJ de 07/06/2004 P. 244). "A fuga de estabelecimento prisional é considerada falta grave (artigos 50 e 118, inciso I, da LEP) autorizando a regressão cautelar do regime prisional inicialmente imposto, sendo garantido ao condenado foragido quando de sua captura o direito de ser posteriormente ouvido, em respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório, antes da regressão definitiva. Precedentes. Recurso desprovido."; [jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro](#) - Agravo nº 2003.076.00238 - 4ª Câmara Criminal. Rel. Des. Giuseppe Vitagliano (data do julgamento - 02/03/2004).: "EXECUÇÃO REGIME PRISIONAL. REGRESSÃO CAUTELAR. POSSIBILIDADE Se a penitente, que estava cumprindo pena no regime semi-aberto empreendeu fuga, praticando falta grave, é possível a sua regressão cautelar para o regime mais severo, antes do decisão definitiva, até ser ouvida. Provimento".

tipo de tutela busca assegurar que o direito material – o qual, provavelmente, será concedido ao indivíduo no processo cognitivo ou executivo (a probabilidade constitui o requisito do *fumus boni iuris*) – não venha a sofrer dano irreparável ou difícil reparação. Aliás, esta é justamente a razão de denominar-se “cautelar”, vez que não se busca a satisfação do direito material deduzido em juízo, mas sim acautelar, proteger um provável direito.⁵

Essa forma de tutela surgiu diante da verificação de que o tempo poderia trazer diversos efeitos deletérios ao direito substancial do jurisdicionado.⁶ Deve se ter em mente que a prestação jurisdicional dentro do processo de conhecimento busca um juízo de certeza, com base em cognição exauriente, de modo que não pode ser efetuada de forma instantânea. Faz-se necessário a prática de uma série de atos processuais para a instrução do juízo, a fim de que este possa formar sua convicção. E, como parece claro, esses atos processuais demandam um certo tempo para serem realizados. Somando-se à quantidade extremamente numerosa de demandas ajuizadas – após a ocorrência do fenômeno conhecido como a explosão da litigiosidade contida – naturalmente verificou-se a grande demora na prestação jurisdicional.

Nesse contexto, torna-se importante não se olvidar que o direito material, que está sendo discutido no processo de conhecimento, não pode restar inviabilizado em razão da demora em chegar-se ao juízo de certeza.⁷ Com isso, vislumbra-se a importância da tutela cautelar, para garantir que seja possível dar efetividade ao provimento jurisdicional emanado na relação processual de conhecimento.

A finalidade da tutela cautelar, então, deve ser vista a partir da constatação de que esta não visa a satisfação do direito material deduzido em juízo no processo de conhecimento ou para o atendimento prático da pretensão no processo de execução. A tutela cautelar possui finalidade assecuratória do resultado de outro(s) processo(s) (de conhecimento ou execução), os quais têm o intuito de promover a satisfação do direito material. Por conseguinte, a finalidade do processo (e da tutela) cautelar é a de servir de instrumento para realização de outro processo (de conhecimento ou execução), o qual tem a finalidade de tutela do direito material.⁸

O grande mestre do Direito Processual, Piero Calamandrei expôs de forma magnífica o que caracteriza o provimento cautelar:

“Essas considerações permitem compreender aquela que, ao que me parece, é a nota verdadeiramente típica dos procedimentos cautelares: os quais não são nunca o fim em si próprios, mas são infalivelmente predispostos à emanção de um ulterior procedimento definitivo, do qual estes preventivamente asseguram o proveito prático. Estes nascem, por assim dizer, a *serviço de um procedimento definitivo*, com a função de predispor o terreno e de preparar os meios mais adequados para o seu êxito. (...) Há, portanto, nos procedimentos cautelares, mais do que o objetivo de aplicar o direito, a finalidade imediata de assegurar a eficácia do procedimento definitivo que servirá por sua vez a exercer o direito. A tutela cautelar é, em comparação com o direito substancial, uma tutela *mediata*: mais do que fazer justiça, serve para garantir o eficaz funcionamento da justiça. (...)”⁹

⁵ O grande mestre do processo, Francesco Carnelutti já tinha deixado consignado a razão de se denominar “cautelar”: “Puesto que, como se ha dicho, la finalidad de tal mandato es la de disponer las cosas del modo más idóneo para alcanzar el fin del proceso, se comprende la razón de que tome nombre de *providencia cautelar: cautela, de cavere*, significa precisamente diligencia, previsión o precaución”. (*Derecho y proceso. Derecho procesal civil y penal I*. Trad. Santiago Sentis Melendo, 1a ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1971, pp. 412-413).

⁶ O professor Luiz Guilherme Marinoni discorre a respeito do tema: “(...) A problemática da efetividade do processo está ligada ao fator tempo, pois não raras vezes que a demora do processo acaba por não permitir a tutela efetiva do direito. Entretanto, se o Estado proibiu a autotutela não pode apontar o tempo como desculpa para se desonerar do grave compromisso de tutelar de forma pronta e adequada os vários casos conflitivos concretos.(...)” (*Efetividade do processo e tutela de urgência*. 1a ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1994. p. 37.)

⁷ O Mestre José Carlos Barbosa Moreira já deixava claro há muito tempo a necessidade de se perseguir a verdade para chegar a um julgamento justo, sem, no entanto, deixar de ter em mente outros interesses fundamentais, tal como a efetividade do processo: “A apuração dos fatos, tão exata e completa quanto possível, é pressuposto de um julgamento justo. Compreende-se, entretanto, que seja forçoso limitá-la em obséquio a outros valores dignos de resguardo: antes de tudo, à conveniência de não prolongar excessivamente os pleitos.” (*Notas sobre o problema da “efetividade” do processo in Temas de Direito Processual. 3a Série*. 1a ed. São Paulo: Saraiva. 1984. p. 36).

⁸ Nesse sentido: “O processo cautelar é, pois, “instrumento do instrumento”, pois que se apresenta como instrumento de realização de outro processo, sendo este, por seu turno, instrumento de atuação do direito substancial.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil. Vol. III*. 3a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p. 03).

⁹ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos procedimentos cautelares*. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. 1ª ed. Campinas: Servanda. 2000. pp. 41-42.

Resumindo: a tutela cautelar apresenta finalidade assecuratória (de outro processo) e não satisfativa (de determinado direito material).¹⁰

III. Características das medidas cautelares

A tutela cautelar apresenta determinadas características que devem ser mencionadas para permitir a distinção em relação às demais espécies de tutela. Aliás, através dessas características, torna-se possível a análise acerca da espécie de tutela que configura a medida judicial em comento (a denominada “regressão cautelar de regime”), isto é, se possui natureza de medida cautelar, passível de ser deferida pelo Juízo da Vara de Execuções Penais, com base no poder geral de cautela. Vale dizer: caso medida que se pretende analisar não possua alguma das características, naturalmente a conclusão inarredável será a de que não se trata de medida cautelar.

Algumas características foram apontadas pela doutrina. A saber:

a) Instrumentalidade hipotética: Tendo em vista que a finalidade do tutela cautelar é a proteção de outro processo, assegurando sua efetividade e não a do direito material, diz-se que a tutela cautelar serve de instrumento do processo principal.¹¹

Por outro lado, levando-se em consideração que o processo é a forma de composição dos conflitos de interesses surgidos em nossa sociedade¹² (uma vez que foi proibida a auto-tutela), pode-se dizer que configura o instrumento para a realização do direito material. Vale dizer: o ordenamento jurídico atribui uma série de direitos aos indivíduos, os quais, caso sejam reconhecidos e atendidos, naturalmente não surgirá qualquer conflito de interesses. Entretanto, caso não seja possível a manutenção da paz social, necessário será a utilização do processo, tendo em vista a impossibilidade de qualquer dos indivíduos imporem seus interesses através da força (o que configuraria crime de exercício arbitrário das próprias razões – artigo 345 do Código Penal) demonstrando sua vocação para ser instrumento do direito material.

Com isso, pode-se concluir que a tutela cautelar apresenta a característica de ser instrumento (para assegurar a efetividade) do processo principal (que é instrumento de atuação do direito material). Ou seja, é o instrumento do instrumento.

Partindo da idéia de que a tutela cautelar é deferida para assegurar o processo principal, que ainda não terminou, somente se pode dizer que a tutela cautelar será deferida quando houver probabilidade de concessão da tutela do direito material. Ora, se o processo principal já estivesse terminado, não seria necessária a tutela cautelar, simplesmente porque o indivíduo já teria satisfeito sua pretensão. Portanto, a tutela cautelar tem o intuito de servir de instrumento para a hipótese da existência do direito material (deduzido no processo principal).¹³

Por conseguinte, sendo a tutela cautelar instrumento da hipótese de existência do direito material, diz-se que a mesma possui a característica de instrumentalidade hipotética.

b) acessoriedade: De acordo com o mestre José Frederico Marques: “Além disso, a medida cautelar apresenta-se como de natureza acessória, pois se destina a assegurar o resultado de outro processo”.¹⁴ Desse modo, não se pode dizer que a medida cautelar teria existência autônoma, pois guarda relação com o processo que visa a assegurar.

¹⁰ Convém salientar que há tempos atrás, no Direito Processual Civil, houve quem sustentasse a possibilidade de “tutela cautelar satisfativa”, principalmente antes do advento da nova redação do artigo 273 do C.P.C. Este instituto era sustentado para que fosse possível conceder a tutela do direito material antecipadamente, com base no poder geral de cautela do Juízo, tendo em vista a ausência de dispositivo que permitia a antecipação de tutela genérica. Após o advento do novo artigo 273 do C.P.C. – que introduziu este instituto -, a doutrina costuma mencionar que a “tutela cautelar satisfativa” configura verdadeira contradição.

¹¹ Cf. MARQUES, José Frederico: “As providências cautelares possuem caráter instrumental: constituem meio e modo de garantir-se o resultado da tutela jurisdicional a ser obtida por meio do processo.” (p. 31)

¹² Importante deixar claro que não se pretende defender uma postura etnocêntrica, afirmando-se que o processo é a forma de composição de conflitos nas sociedades evoluídas ou modernas. O Direito, enquanto manifestação cultural, é diferente em cada local e em cada época. Logicamente, ao que parece, o processo se apresenta como a melhor das formas de composição de conflitos dentre as que já surgiram em nossa sociedade, porém, *data venia* aos que pensam em contrário, entendemos que não se apresenta, necessariamente, como a mais evoluída forma de resolução dos conflitos em todas as sociedades e em todos os tempos.

¹³ Novamente nos socorreremos das lições do sempre preciso Mestre José Frederico Marques: “Fala CALAMANDREI em *instrumentalidade hipotética*; e isso porque a concessão de medida cautelar sempre depende de ser provável a *hipótese* de dever conceder-se a providência definitiva, que tal medida antecipada procura assegurar, em prol daquele que a pede em caráter provisório.” (*Op. cit.*, p. 32).

¹⁴ *Op. cit.*, p. 32.

c) preventividade: a tutela cautelar visa a prevenção de danos enquanto o processo principal não chega a seu desfecho.¹⁵ Neste caso, nota-se que a tutela cautelar, conforme já exaustivamente visto, não possui a característica de proteger o direito material, mas sim a de prevenir que não ocorram danos ao eventual direito material que provavelmente será tutelado no processo principal. Assegura-se, desse modo, a efetividade do processo principal, onde não ocorrerão danos, em razão do deferimento da medida cautelar.

d) Provisoriedade (ou temporariedade): Parte da doutrina entende que deve ser feita a distinção entre os dois conceitos, na esteira das lições de Calamandrei.¹⁶ O grande mestre italiano deixava consignado da seguinte forma:

“É oportuno no entanto advertir que o conceito de *provisoriedade* (e como aquele, coincidentemente, de *interinidade*) é um pouco diferente, e mais restrito, que aquele de *temporaneidade*.¹⁷ *Temporâneo* é, simplesmente, aquilo que não dura para sempre, aquilo que, independentemente da superveniência de outro evento, tem por si mesmo duração limitada; *provisório* é, por sua vez, aquilo que é estabelecido para durar até quando não sobrevenha um evento sucessivo, em vista e na espera do qual o estado de provisoriedade permanece no ínterim. Nesse sentido, *provisório* equivale a *interino*: ambas as expressões indicam aquilo que é estabelecido para durar somente aquele tempo *intermediário* que precede o evento esperado.”¹⁸

Para os que fazem a distinção, temporário seria aquilo que tem duração limitada, pois não dura para sempre, independente de superveniência de outro evento. Já os provisórios se destinam a durar enquanto não sobrevenha um evento sucessivo.

Assim, a principal diferença entre esses conceitos estaria em que seria provisório o que exista até ser substituído pelo definitivo e temporário o que tem duração limitada no tempo, ainda que não seja substituído por qualquer outra medida.

Outros, no entanto, não fazem a diferença entre os dois conceitos, na esteira destas lições de CALAMANDREI, de modo que colocam essa característica como provisoriedade.¹⁹

De qualquer forma, tal característica diz respeito a tutela cautelar não ser perene como uma tutela definitiva. Ela somente será mantida enquanto houver necessidade.

e) revogabilidade: tendo em vista que a tutela cautelar visa a assegurar a efetividade do processo principal, baseada na probabilidade de existência da hipótese a ser protegida, a medida é analisada com lastro em cognição sumária. Por isso, diz a doutrina que sustenta a existência de tal característica, tal medida é, por sua natureza, revogável.²⁰

Em linhas gerais, essas seriam as características mais importantes da tutela cautelar. Logicamente, existem doutrinadores que apresentam outras, mas, no momento, apenas nos deteremos nas principais.

IV. Requisitos das medidas cautelares

As medidas cautelares, conforme já visto, possuem finalidade assecuratória (e não satisfativa), de modo que são deferidas toda vez que for provável o resultado favorável a quem for concedida a medida, dentro do processo que se busca assegurar (de conhecimento ou execução) e houver perigo em se causar um dano de difícil ou impossível reparação.

¹⁵ JARDIM, Afranio Silva. *Direito Processual Penal*. 11a ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 246.

¹⁶ Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 20.

¹⁷ A tradutora utilizou o termo “temporaneidade” ao invés de “temporariedade”.

¹⁸ CALAMANDREI, Piero. *Op. cit.*, pp. 25-26.

¹⁹ Dessa forma: JARDIM, Afranio Silva. *Op. cit.*, p. 247: “Provisoriedade: sua manutenção depende da persistência dos motivos que evidenciaram a urgência da medida necessária a tutela do processo”.

²⁰ Nesse sentido é expresso o artigo 807 do C.P.C.

Assim, o primeiro requisito para a concessão da medida cautelar é o denominado *fumus boni iuris* (a fumaça do bom direito), que indica o juízo de probabilidade que deve ser feito acerca do resultado favorável para o indivíduo a quem a medida beneficiar. Note-se que se trata de probabilidade e não mera possibilidade (que a doutrina indica que seria o juízo a ser formulado na análise das medidas liminares no processo cautelar) nem tampouco juízo de certeza (a ser encontrado na análise da tutela definitiva, no processo de conhecimento, baseada em cognição exauriente).

O outro requisito é o chamado *periculum in mora*, que seria justamente o risco de dano irreparável ou de difícil reparação para a efetividade do processo.²¹ Este requisito, para alguns, configuraria o pressuposto fundamental da tutela cautelar,²² tendo em vista que a principal finalidade desta medida é justamente a de afastar os efeitos deletérios que o tempo pode vir a causar no processo.

V. -Diferenças entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória

A diferença básica entre essas espécies²³ é que a antecipatória permite a concessão da tutela que se busca no processo de conhecimento, viabilizando a satisfação do direito material. Nesta espécie, permite-se a concessão antecipada (antes do momento oportuno, que seria o julgamento da demanda) do que seria concedido ao final.

Esta espécie de tutela – da mesma forma que a cautelar – também busca-se dar maior efetividade ao processo (não é mero acaso a antecipação de tutela genérica – prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil – ter surgido no bojo das reformas processuais de 1994, movimento conhecido pela busca da maior efetividade do processo), pois o tempo para a concessão da tutela de certeza (baseada em cognição exauriente) muitas vezes prejudicava aquele que possuía o direito material – devido à demora ao retorno do *status quo ante* - favorecendo a outra parte.

Aliás, em diversos casos, alguém violava direito legítimo de outrem e, graças à demora do trâmite processual, o titular do direito material violado somente poderia gozá-lo novamente após longo período, quando transitava em julgado a decisão judicial (relembre-se que no Direito Processual Civil, a regra era que o recurso de apelação sempre teria efeito suspensivo). Notadamente, o violador do direito teria um grande benefício em postergar o direito alheio.

Observou-se também que os mecanismos clássicos utilizados para resolver essa demora não geravam a pretendida efetividade do processo. Ora, se o autor postula em juízo a concessão de determinado direito, logicamente não se atenderá seu objetivo se este for concedido depois de longo período, acrescido das perdas e danos. O que o autor busca é a concessão de seu direito no período mais curto possível, de modo que o processo somente alcançará seus escopos caso conceda a tutela do direito, de forma breve, àquele que tem razão.

Naturalmente, como a prestação jurisdicional não pode ser efetivada de forma instantânea, necessitando de uma série de atos, de modo a obedecer a exigência de contraditório, ampla defesa etc, necessário se fez a criação de um instituto que permitisse a antecipação (genérica)²⁴ de tutela, para conceder *ab initio* a proteção ao autor, quando este – provavelmente – tivesse razão. Passou-se a proteger o autor contra os efeitos que o tempo viesse a trazer ao seu direito material.

Deixa-se claro, então, que na tutela antecipatória, o juízo irá conceder o próprio direito material postulado pelo autor, antes do momento em que será proferida a decisão com um juízo de certeza. Portanto, pode-se afirmar que nesta espécie há, claramente, uma tutela de índole satisfativa.

²¹ Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas, *op. cit.*, p. 32. O Professor também sustenta a diferença entre o *periculum in mora* exigido nessa espécie de tutela (correspondente às situações de pedido para a efetividade do processo principal) e o necessário para a concessão da tutela antecipatória (onde há existência de risco de dano para o direito substancial).

²² No sentido do texto: MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, p. 33.

²³ Deve se deixar claro que a nova redação do artigo 273 do Código de Processo Civil consagrou a denominada “fungibilidade” entre essas espécies de tutela, o que, segundo entendemos, deixou ainda mais claro que se tratam de duas espécies diferentes de provimentos judiciais. Ora, caso se prestassem a mesma finalidade, não haveria a menor necessidade de se prever a fungibilidade entre as espécies de medida.

²⁴ O artigo 273 do Código de Processo Civil não introduziu a antecipação de tutela no Direito Processual brasileiro. Esta já existia (como, por exemplo, nas ações possessórias de força nova), tendo o mencionado dispositivo apenas permitido a antecipação da tutela em qualquer demanda, de forma genérica.

A diferença entre as espécies de tutela reside, por conseguinte, em que a antecipatória tem finalidade satisfativa e a cautelar tem finalidade assecuratória. Para o bom esclarecimento da questão, utilizaremos, novamente, as lições do Professor Luiz Guilherme Marinoni:

“A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é “satisfativa sumária”. A prestação jurisdicional satisfativa sumária, pois, nada tem a ver com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além de assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se inexistente referibilidade, ou referência a direito, não há direito acautelado”²⁵

VI. Análise da “regressão cautelar de regime”

Até o presente momento tentou-se demonstrar, de forma perfunctória decerto, os contornos da tutela cautelar e suas diferenças em relação à tutela antecipatória, a fim de possibilitar a análise do provimento judicial conhecido por “regressão cautelar de regime”.

Importante ressaltar que, atualmente, entende-se que a Execução Penal possui natureza jurisdicional e não administrativa,²⁶ como já se imaginou em outrora. Dessa forma, necessário aplicar-se à Execução Penal os princípios e garantias do Direito Processual, em especial os previstos em sede constitucional – como, por exemplo, o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal – bem como toda a sistemática processual penal.²⁷

Conclui-se que o provimento jurisdicional emanado pelo juízo da Vara de Execuções Penais de “regressão cautelar de regime” deve respeitar o sistema processual penal pátrio. Deve, então, ser analisado se possui cautelaridade, em que pese no Direito Processual Penal não se poder falar propriamente na existência de um “processo cautelar” como existe no Direito Processual Civil,²⁸ não há qualquer dúvida que existe a concessão de medidas cautelares incidentais (como, por exemplo, a decretação de prisão preventiva).

Conforme já adiantamos, entendemos que esse provimento não possui caráter cautelar, em razão de não possuir finalidade assecuratória e sim satisfativa, bem como por estarem ausentes algumas características da tutela cautelar.

No provimento judicial conhecido como “regressão cautelar de regime” o Juízo da Vara de Execuções Penais - diante da ocorrência de uma das hipóteses que autorizariam a regressão de regime (previstas no artigo 118 da LEP) e em razão do “perigo” em se frustrar as finalidades da pena privativa de liberdade – determina que o apenado seja imediatamente (*ab initio*) transferido para o regime de pena mais gravoso. Após tal determinação, serão ouvidos o apenado e sua Defesa técnica (em razão do princípio do contraditório), para, ao final, o juízo decidir se o apenado será ou não regredido de regime.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 5a ed. São Paulo: Malheiros. 1999. p. 93.

²⁶ Defendem esse posicionamento: Júlio Fabbrini Mirabete: “Na doutrina, há basicamente duas posições a respeito da natureza jurídica da execução penal. De um lado, juristas alemães, principalmente, sustentam a jurisdicionalidade da execução penal, alicerçados no brocardo latino *jurisditio sine executione esse non potest*. De outro, os processualistas italianos e franceses, de modo geral, entendem que a execução penal é uma atividade prevalentemente administrativa, dotada, no entanto, de jurisdicionalidade episódica. (...)”

Seguramente, a Lei de Execuções Penais seguiu a primeira orientação, como deixa claro o seu art. 2º, *caput*, referindo-se A “jurisdição penal” e ao “processo de execução”. (*Op. Cit.* P. 29);

²⁷ Simone Schroeder deixa claro o seguinte: “Portanto, a relevância da natureza jurisdicional no processo de execução penal, eis que as garantias constitucionais do devido processo legal hão de ser amplamente resguardadas, porque diretamente ventiladas na Constituição Federal”. (SCHROEDER, Simone. *Regressão de regime: uma releitura frente aos princípios constitucionais. Abordagem crítica* in *Crítica A execução penal*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002. p. 604)

²⁸ Nesse sentido, nos ensina o Professor Afranio Silva Jardim: “É certo que o nosso código não disciplinou autonomamente o processo penal cautelar. (...) De uma forma ou de outra, é indiscutível a existência de tutela cautelar no processo penal, como se pode extrair do seu sistema. Entretanto, ela é prestada incidentalmente, até mesmo de ofício, pelo Juiz. (...)”

À toda evidência, a tutela que o juízo da Vara de Execuções Penais poderá vir a conceder ao final (a regressão de regime de cumprimento de pena privativa de liberdade) é exatamente a mesma tutela que for a concedida antecipadamente através da “regressão cautelar de regime”, sem a oitiva do apenado e a manifestação da Defesa técnica. Ou seja, concede-se uma tutela satisfativa liminarmente, pois a pretensão exposta pelo Ministério Público (o requerente da medida) é justamente a de regressão de regime. Levando-se em consideração que o regime já teria sido regredido *ab initio*, somente pode-se concluir que não se trata de tutela cautelar, mas sim de tutela antecipatória satisfativa.

Vale dizer: busca-se antes do momento oportuno (que, de acordo com a sistemática processual, seria após a oitiva do apenado e a manifestação da Defesa técnica) a regressão do regime de cumprimento de pena, que é justamente a postulação definitiva formulada pelo *Parquet*.

Convém ressaltar que a tutela antecipatória – da mesma forma que a tutela cautelar – tem o escopo de diminuir os efeitos maléficos do tempo sobre o processo, bem como possui requisitos de concessão muito parecidos (o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*). Porém, insista-se, essas espécies se diferenciam em razão da finalidade de cada uma delas: na cautelar é a assecuratória e na antecipatória é a satisfação do direito material *ab initio*.

No provimento jurisdicional de “regressão cautelar de regime” tampouco se vislumbram algumas características das medidas cautelares.

A instrumentalidade hipotética não encontra-se presente em razão da medida não ter o escopo de assegurar a efetividade de um processo principal (esse sim destinado a instrumentalizar o direito material). No provimento em questão (“regressão cautelar de regime”) já se está concedendo – de forma antecipada – o tutela do direito que se requer ao final.

Ora, o Ministério Público requer a regressão de regime em razão do apenado ter praticado alguma das condutas previstas no artigo 118 da Lei de Execuções Penais. Como o juízo já determinou a regressão antes de praticar todos os atos previstos nesse dispositivo (oitiva do apenado e da Defesa técnica), nota-se que não se está assegurando o resultado contra os efeitos deletérios do tempo, mas sim concedendo a medida postulada. Desse modo, não se pode dizer que se está instrumentalizando a hipótese, como dizia o mestre CALAMANDREI.

Também não se pode falar que esta medida guarda relação de acessoriedade com um “processo principal”, simplesmente porque não se está instrumentalizando o processo de execução, mas sim concedendo a própria medida que poderá vir a ser concedida ao final.

As demais características expostas – preventividade, provisoriedade (ou temporariedade) e revogabilidade – podem até ser vistas na medida em questão, pois a tutela antecipatória também visa a prevenir danos futuros (característica da preventividade), tem duração limitada (característica da provisoriedade ou temporariedade) e pode ser revogada a qualquer tempo, quando ausentes seus requisitos (característica da revogabilidade).

Contudo, a ausência de duas de suas características já permite-nos afirmar que não se trata de medida cautelar.

Deixa-se claro, então, a impropriedade total do tratamento do provimento jurisdicional como tutela cautelar, em razão da ausência de caráter assecuratório e de algumas das características essenciais dessa espécie de tutela. Portanto, a sistemática das medidas cautelares não pode ser aplicada ao provimento jurisdicional em tela, não podendo o juízo aplicar seu poder geral de cautela.

Entendido que o provimento em questão constitui tutela antecipatória, resta verificar se é possível aplicar-se essa espécie na Execução Penal. A resposta negativa se impõe, por alguns motivos que tentaremos demonstrar:

Consoante o que restou consignado acima, a Execução Penal possui natureza jurisdicional e não meramente administrativa, de modo que os princípios constitucionais do processo devem ser aplicados também no curso da execução, como os já mencionados devido processo legal,²⁹ contraditório e ampla defesa.

Assim, no processo penal, exerce o Juiz atividade instrumental de natureza cautelar, seja em face de uma pretensão de igual natureza, seja sem qualquer provocação das partes. Embora sem criar uma relação processual autônoma, mas de forma incidental, existe pretensão cautelar nos casos de requerimentos de prisão provisória, de interdição de direitos e medida de segurança, de seqüestro, de antecipação de prova testemunhal prevista no art. 225 do código vigente etc.” (*Op. cit.*, p. 245).

²⁹ Nesse sentido foi editada a Súmula 44 das Mesas de Processo Penal da Faculdade de Direito da USP: “Como em todo processo, o processo de execução é processo de partes, que assegura ao sentenciado as garantias do devido processo legal”.

O artigo 118 da Lei de Execuções Penais estabeleceu os atos processuais necessários para a eventual decretação dessa grave medida de regressão de regime. De forma coerente com a nossa Carta Magna (pois, caso contrário, a norma não teria sido recepcionada), prevê o dispositivo que o apenado deva ser ouvido, de forma a garantir o contraditório. Faz-se necessário, ainda, a manifestação da Defesa técnica como evidente garantia do princípio da ampla defesa.

Além disso, a professora Simone Schroeder explica de forma clara os desdobramentos do princípio do devido processo legal, inclusive demonstrando a impossibilidade de ser decretada a regressão de regime com a mera prática de um crime ou falta grave (previstas no inciso I do artigo 118 da LEP), por afrontar o princípio da presunção de inocência, bem como da ampla defesa e do contraditório:

“A simples prática de fato delituoso na forma dolosa, sem o devido processo legal, bem como da aplicação de sanção, sem a oitiva do condenado, devem ser afastadas. Portanto, o devido processo legal deve ser respeitado, inclusive na execução da reprimenda, bem como a oitiva do condenado deve ser observada, frente ao que dispõe o inc. LV do art. 5º da Constituição Federal de 1988. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é explícita em assegurar a presunção de inocência, segundo dispõe o inc. LVII do art. 5º: *Ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*. Se todas as garantias fundamentais reconhecidas no axioma fundamental devem ser respeitadas, não importa se em processo de conhecimento ou em sede de execução criminal, toda a interpretação deve ser conforme a Constituição. (...) Ademais, toda e qualquer prática de fato delituoso não poderá ensejar a regressão imediatamente, eis que se deve respeitar o princípio do contraditório e da ampla defesa.”³⁰

Por fim, cabe ser mencionado que não existe na Lei de Execuções Penais qualquer autorização ao julgador para proferir tutela antecipatória nessa hipótese. Portanto, além de poder se falar em violação dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência, também restará ferido o princípio da legalidade.

É princípio de hermenêutica, por todos conhecido, que todas as normas que restrinjam de direitos devem ser interpretadas de forma restritiva, não sendo lícito ao intérprete ampliar o âmbito de aplicação da norma. Desse modo, a única possibilidade de se decretar a regressão de regime em nosso sistema de execução das penas privativas de liberdade ocorre nas hipóteses previstas no artigo 118 da Lei de Execuções Penais, respeitando-se todo o procedimento estabelecido.

Tendo em vista que este não prevê qualquer possibilidade de concessão de tutela antecipatória, cremos que se estaria violando o princípio da legalidade, pois o juízo da Vara de Execuções Penais terminaria por prolatar decisão restritiva de direito do apenado sem que haja qualquer norma a autorizado.

Uma decisão tão grave quanto a regressão de regime de cumprimento de pena somente poderia ser prolatada em casos onde o apenado pudesse se defender adequadamente, razão pela qual o procedimento previsto vem justamente garantir tal direito. Naturalmente, essa garantia somente poderia ser afastada quando uma norma excepcional expressamente a afastasse. Como não existe tal norma, entendemos que a decisão de “regressão cautelar de regime” (que, como visto, não é medida cautelar) viola o princípio da legalidade.

Aliás, por via transversa, o próprio princípio do devido processo legal estaria sendo violado, eis que as garantias fundamentais do processo justo, conforme visto acima, estariam sendo postergadas, através de uma decisão que não encontra embasamento legal.

³⁰ SCHROEDER, Simone. *Op. cit.* p. 607/608.

Lamenta-se, assim, que na prática da execução penal tenha-se construído uma decisão violadora de direitos fundamentais do apenado. É lógico que não se pretende aplaudir eventual conduta deste no sentido de frustrar as finalidades da pena privativa de liberdade, mas sim ressaltar que qualquer decisão que possa vir a restringir seus direitos devem ser analisadas segundo as regras do processo justo, com todas as garantias constitucionais do processo.

O próprio procedimento de regressão de regime previsto no artigo 118 da Lei de Execuções Penais foi criado para ser célere, pois bastaria somente ouvir o apenado (o que, na prática, pode ocorrer no mesmo dia em que o apenado, por exemplo, for recapturado – tendo em vista que a “regressão cautelar de regime” surgiu, na prática, principalmente para os casos de fuga) e a elaboração de defesa técnica.

Contudo, atualmente são milhares de processos em execução (ao menos no Estado do Rio de Janeiro) para uma única Vara de Execuções Penais, o que causa uma excessiva demora na tramitação dos processos. Entretanto, essa demora estatal não pode ser imputada ao apenado, como forma de restringir direitos fundamentais seus, como a ampla defesa, o contraditório, bem como o devido processo legal.

Por tudo que restou dito, verifica-se que o provimento jurisdicional de “regressão cautelar de regime” não pode ser admitido na execução da pena, de acordo com o nosso sistema processual em vigor.³¹

VII. Conclusões

1) A prática da execução penal – ao menos no Estado do Rio de Janeiro – criou a figura da “regressão cautelar de regime”, nas hipóteses em que o apenado praticasse alguma das condutas que autorizasse a regressão de regime de cumprimento de pena (previstas no artigo 118 da Lei de Execuções Penais) e houvesse o perigo de ocorrer possível comprometimento ou frustração dos fins da pena privativa de liberdade.

2) A tutela cautelar possui finalidade assecuratória, pois visa somente a servir de instrumento para a realização de outro processo (de conhecimento ou execução), no qual está sendo discutido ou dado atendimento prático ao direito material, a fim de evitar os efeitos maléficos do tempo de trâmite processual, para se chegar a um juízo de certeza no processo (cognição exauriente).

3) A tutela cautelar possui características capazes de diferenciá-las dos demais institutos. Assim, caso alguma delas esteja ausente, não se pode dizer que se trata de medida cautelar. As características mais importantes são: a instrumentalidade hipotética, a acessoriedade, a preventividade, a provisoriedade (ou temporariedade) e a revogabilidade.

4) As medidas cautelares apresentam requisitos para sua concessão no caso concreto, quais sejam: o *fumus boni iuris*, consubstanciado no juízo de probabilidade do resultado favorável a quem a medida aproveitar e o *periculum in mora*, que seria justamente o risco de dano irreparável ou de difícil reparação para a efetividade do processo.

5) Existem dois tipos de tutela jurisdicional destinadas a prevenir os efeitos deletérios que o tempo causa no processo: a cautelar e a antecipatória. A diferença básica entre ambas reside no fato da primeira possuir caráter assecuratório e a outra índole satisfativa, pois concede-se *ab initio* a tutela que somente viria a ser concedida quando fosse proferido o julgamento de mérito, para os casos de probabilidade do direito do autor.

6) O processo de execução penal possui caráter jurisdicional e não administrativo, de modo que deve consagrar os princípios constitucionais do processo – como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório – bem como deve estar inserido no sistema processual penal pátrio.

7) O provimento jurisdicional de “regressão cautelar de regime” não possui caráter assecuratório de outro processo, mas sim satisfativo da pretensão de regressão de regime de cumprimento de pena. Vale dizer: o juízo da Vara de Execuções Penais concede *ab initio* a tutela que seria concedida após o cumprimento dos atos processuais previstos.

³¹ Importante ressaltar que os Projetos de Lei 5072 e 5075, ainda em tramitação, contêm normas para a alteração da Lei de Execuções Penais. Ambos prevêem, lamentavelmente, como modificação ao artigo 118, a possibilidade de “regressão cautelar de regime”. *In verbis*: “Art. 118. A execução da pena de prisão ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para o regime mais rigoroso, quando o condenado: I – praticar fato definido como crime doloso ou falta grave, apurada em procedimento disciplinar (art. 59); § 1º Na hipótese do inciso I deste artigo, deverão ser ouvidos, previamente, o condenado e seu defensor. § 2º Admite-se a regressão cautelar, pelo prazo máximo previsto para duração do procedimento disciplinar, a ser determinada pelo juiz, quando a medida revelar-se imprescindível, para assegurar a disciplina do estabelecimento, a instrução e o risco da prática de nova infração (art. 60-A), ouvidos o Ministério Público e o defensor. § 3º Na hipótese de fuga, o prazo será contado a partir da recaptura do condenado.” (NR).

8) O provimento de “regressão cautelar de regime” não preenche as características de instrumentalidade hipotética e de acessoriedade, não podendo, portanto, ser considerado tutela cautelar.

9) Considerando que o provimento configura verdadeira tutela antecipatória, verifica-se a impossibilidade da mesma ser decretada no curso do processo de execução, pois estar-se-ia violando os princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência e da legalidade, haja vista a ausência de previsão legal da hipótese.

VIII. Bibliografia

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos procedimentos cautelares*. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. 1ª ed. Campinas: Servanda. 2000

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil. Vol. III*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001

CAPEZ, Fernando. *Execução penal*. 9ª ed. São Paulo: Paloma. 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso. Derecho procesal civil y penal I*. Trad. Santiago Sentis Melendo, 1ª ed. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America. 1971

JARDIM, Afranio Silva. *Direito Processual Penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros. 1999.

_____. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. 1ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1994.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal. Vol. IV*. 1ª Ed. São Paulo: Bookseller. 1997

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal*. 10ª ed. São Paulo: Atlas. 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre o problema da “efetividade” do processo* in *Temas de Direito Processual. 3ª Série*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 1984.

SCHROEDER, Simone. *Regressão de regime: uma releitura frente aos princípios constitucionais. Abordagem crítica* in *Crítica A execução penal*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

O BEM JURÍDICO-PENAL TUTELADO E EXCESSOS DE INCRIMINAÇÃO.

Rômulo Souza de Araújo

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

Professor universitário.

“A missão do Direito Penal é a luta contra o crime”¹. Esta definição, não obstante trazer alguma verdade, não traduz a complexidade da ciência penal e, pior, permite que o legislador cometa, em nome desta missão, excessos de incriminação² como os vistos recentemente em nosso ordenamento jurídico.

A “prevenção” ao crime não se reduz simplesmente à produção normativa penal e à imposição destas normas, que acarretam o encarceramento maciço das camadas mais pobres da sociedade. A hipertrofia deste Estado-penal³ e a conseqüente elevação da população carcerária não resultam no almejado decréscimo da criminalidade, conduzindo a inelutável conclusão de que o Direito Penal não pode se prestar simplesmente ao combate ao crime. A experiência demonstra que o Direito Penal possui um campo muito mais restrito, devendo destinar-se, portanto, a uma tarefa bem mais específica.

Neste sentido, observa-se na doutrina o esforço de delimitar os objetivos do Direito Penal. É o que leciona WELZEL⁴, que identifica nele uma função ético-social, colocando que a sua tarefa é proteger valores ético-sociais fundamentais da ação (valor da ação) e, apenas por extensão, os bens jurídicos (valor do resultado).⁵ Decorre daí o caráter fragmentário, ou seja, limitado da proteção penal, como já afirmavam BINDING e MAYER⁶.

Extrai-se, pois, que o ordenamento penal responde a um substrato ético; que este ordenamento é limitado ou fragmentário e que se dirige a proteger algo.

Primeiramente, a identificação deste substrato ético passa pela questão reduzida na máxima pauliana *non omne quod licet honestum est*. Direito e moral, jurídico e ético nem sempre convergem, sendo possível que condutas reputadas imorais escapem à incriminação penal, porquanto ser sua missão imediata de natureza eminentemente *jurídica* e, como tal, atém-se à proteção de bens *jurídicos*⁷.

¹ BRUNO, Aníbal. *In* Direito Penal. Forense. Vol.I. p.12.

² Cf. LUISI, Luiz. *In* *Princípios constitucionais penais*. Sergio Antonio Fabris Editor. 2ª ed. pp.168/9

³ WACQUANT, Loic. *In* Os condenados da cidade. Ed. Revan. pp.198/9: “Não é coincidência se a estupenda expansão do sistema carcerário do Estado norte-americano – a população encarcerada quadruplicou em 25 anos e as prisões chegaram a ser o terceiro maior empregador do país, embora os níveis de criminalidade tenham permanecido, grosso modo, constantes naquele período – ocorreu no momento mesmo em que o subemprego ocasional disseminou-se e a assistência pública minguou, antes de se transformar num sistema de emprego forçado.”

⁴ WELZEL, Hans. *In* *Derecho Penal. Parte Geral*. Roque Depalma editor. 1956. pp.03/04

⁵ in BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro. Ed. Revan. p.15.

⁶ apud TOLEDO, Francisco de Assis. *In* *Princípios básicos de Direito Penal*. Saraiva. pp.6/7

⁷ Secundando este entendimento, anota NILO BATISTA que: “Muito adequadamente, Toledo promove uma depuração no conceito de bem jurídico, expurgando-o de volúveis subordinações

Não serão todos os bens jurídicos que receberão a proteção penal, pois que, somente quando falhar a tutela protetora de outros ramos do Direito, somente se a lesão ou perigo de lesão ao bem for realmente de tal ordem a merecer uma resposta enérgica do Estado, é que se optará pela resposta penal, como *ultima ratio*.

Deriva disso o cunho subsidiário e limitado ou fragmentário do Direito Penal, formando o que NILO BATISTA nomeia de um “sistema descontínuo de ilicitudes”⁸, reservando-se a tutela penal para aquelas situações em que não sejam suficientes o que ROXIN chama de procedimentos mais suaves de preservação ou reinstauração da ordem jurídica⁹.

Tome-se, por exemplo, a *abolitio criminis* em relação ao delito de adultério (art.240 do Código Penal) promovida pela Lei nº 11.106/05 ou ainda a utilização jurisprudencial do princípio da insignificância em delitos patrimoniais sem violência ou grave ameaça em que a *res* é de pequena monta.

Mas a resposta penal, limitada e fragmentária, é necessária porque visa a proteger determinados bens jurídicos e diante disto cumpre determinar que são estes bens.

Bem, do latim *bonum*, é tudo o que tem valor para o ser humano, ou seja, coisas reais ou objetos ideais dotados de valor e, por isso, despertam o interesse e, portanto, detém uma utilidade, ou seja, sua aptidão para satisfazer uma necessidade humana. O conceito de bem como objeto de valor nasce na filosofia de KANT, persistindo ainda o conceito axiológico de bem.¹⁰

Mas este é apenas o ponto de partida para o estudo do bem digno da tutela penal. É a colocação do bem jurídico no foco da proteção do Estado que dá sentido ao Direito Penal como ordem de direito, tornando-o justo e admissível ético-socialmente.

A formulação da noção de bem jurídico se deve ao iluminismo e a concepção moderna de Direito Penal, segundo a qual o delito perdia seu cunho teológico para ser concebido racionalmente como uma violação do contrato social.

Pautado no saber secular e na busca do caráter humanista do conhecimento, o ideário iluminista indicava um ordem jurídica com poucas, claras e simples leis, sobretudo em matéria criminal, prescrevendo o art.8º da Declaração de Direitos do Homem e do cidadão que as penas só deveriam existir quando estrita e evidentemente necessárias¹¹.

Entretanto, a realidade dos “RechtsStaats” não reproduzia este ideal. A proficuidade legislativa em matéria criminal era apontada por MITTERMAIER (1819), segundo o qual o grande número de crimes era o fiel retrato da decadência do direito criminal e, por conseguinte, de toda a ordem jurídica.

eticizantes, com o qual se pode afirmar que a tarefa imediata do direito penal é a sua proteção.” Ob.cit. pp.114/5

⁸ Ob.cit. pp.86/87.

⁹ ROXIN, Claus. In Estudos de Direito Penal. Ed. Renovar. p.33

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. In *O bem jurídico-penal e a Constituição*. Ed. Revista dos Tribunais. pp.19/22.

¹¹ LUISI, Luiz. Ob.cit. p.168.

Objetivando conter excessos criminalizadores, buscou-se na base da teoria contratualista um novo enfoque para o ilícito penal, entendendo-se o delito como uma violação a um direito subjetivo variável alheio, seja ele titularizado pelo Estado seja ele pertencente a uma pessoa natural ou ainda imaterial. Esta concepção, fortemente influenciada pela ideologia liberal-individualista ou privatista, é expressa na obra de FEUERBACH, que define crime como uma lesão prevista numa lei penal ou uma ação contrária ao direito de outro cominada na lei penal¹².

Esta concepção não direcionava o crime contra uma coisa do mundo real, mas a atributos jurídicos privados constitutivos de direitos subjetivos, distinguindo-se entre o objeto do delito, o direito subjetivo, e o objeto da ação, que recairá sobre uma coisa ou pessoa.

No século XIX, esta teorização evoluiu de sorte a construir o que se convencionou denominar “doutrina do bem jurídico”, para a qual o delito constitui lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico, postulado axiomático que hoje não encontra oposição.

A doutrina do bem jurídico surge, como dito, para atender à necessidade de conter a expansão criminalizadora promovida pelo número excessivo de lei penais¹³ e representa a ampliação da tese contratualista original de garantia de direitos subjetivos para limitar a ação legislativa a fatos realmente merecedores de sanção penal, ou seja, aqueles que efetivamente sejam danosos à coexistência social e ao mesmo tempo lesivos a entidades reais (empírico-naturais) do mundo exterior (JESCHECK).

A introdução do conceito de bem jurídico como núcleo da proteção penal se deve a Johann Michael Franz BIRNBAUM (1834)¹⁴, que radica no mundo do ser e não do dever ser o bem cuja importância para a pessoa ou para a coletividade é de tal ordem que sua lesão pela ação delitativa deva ser evitada pela cominação da sanção penal.

A partir do bem jurídico como objeto de tutela pela, os positivistas, dentre eles BINDING, alteram o curso de forma a reconhecer no Estado o sujeito cujo direito subjetivo é violado pelo cometimento da conduta criminosa, pois esta ofenderia o dever de obediência à ordem estatal. Todavia, esta violação está diretamente relacionada à agressão ao bem jurídico. Bem jurídico é, portanto, tudo aquilo que o Estado-legislador elege relevante para a ordem jurídica, figurando como a vinculação prática da norma penal. A seleção destes bens se dá por uma decisão jurídico-positiva do legislador, ou seja, a resolução legislativa de proteger juridicamente um bem, limitada apenas pelo seu aspecto lógico-normativo.

A redução positivista do bem jurídico a seu aspecto científico-formal foi rechaçada pelo chamado positivismo naturalista de Franz von LISZT, que enfoca o bem jurídico a partir de sua dimensão substancial, é dizer, o bem tutelado é um realidade válida em si mesma, preexistente ao juízo axiológico do legislador.

¹² Apud. PRADO. Luiz Regis. Ob.cit. pp.29/31;

¹³ LUISI, Luiz. Ob.cit. p.169

¹⁴ TOLEDO. Francisco de Assis. Ob.cit. p.17. LUISI, Luiz. Ob.cit. loc.cit. PRADO, Luiz Regis. Ob.cit. p.32.

Para LISZT o “*bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade. É a vida e não o direito que produz o interesse, mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A liberdade individual, a inviolabilidade do domicílio, o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitrária do poder público. A necessidade origina a proteção e, variando os interesses variam também os bens jurídicos quanto ao número e quanto ao gênero.*”¹⁵

Esta concepção afasta-se da formulada por BINDING, na medida em que este encerra na norma a criação do bem jurídico e não no dado social antecedente como o faz LISZT. Bem nota José Hygino DUARTE PEREIRA ao traduzir e anotar a obra deste último mestre que o “bem jurídico não é um bem do direito ou da ordem jurídica (...), mas um *bem do homem* que o direito reconhece e protege.”¹⁶

Com a filosofia neo-kantiana, já no século XX, o bem jurídico penalmente tutelado passa a ser encarado como um valor, abstrato de cunho ético-social que logra a proteção da norma penal. Ocupando o mundo dos valores e não o mundo social, natural, o bem jurídico, aqui, se confunde com a própria *ratio legis* da norma jurídica, convertendo-se não no limite prévio à ação legislativa, mas uma forma de interpretá-la. Assim, os neo-kantianos, dentre eles HONIG¹⁷, impõe à doutrina do bem jurídico um retrocesso no que diz respeito à contenção da atividade incriminadora, na medida em que a legitimação da lei penal não na proteção do bem jurídico, mas no reconhecimento geral de um povo do que necessita ser objeto do *ius puniendi* estatal.

Retrocesso na doutrina do bem jurídico também se registra. A chamada escola de Kiel (“Kieler Schule”)¹⁸ chegou a refutar inicialmente a noção de bem jurídico, voltando-se para a idéia de “violação do dever” para com o Estado, de maneira a legitimar a experiência totalitária de direito penal do social-nacionalismo alemão. Segundo seus defensores, a pena seria uma forma simbólica de manifestação do poder do Estado, sendo o crime apenas pretexto para sua aplicação. Sua orientação mereceu a repulsa doutrinária e não fez sombra sobre a evolução da teoria do bem jurídico.

Modernamente, ganharam vulto teorias de cunho sociológico, em que o conceito liberal de bem jurídico é deixado de lado em nome da estabilidade da norma penal como instrumento de adequação do sistema. Esta visão funcional encontra guarida na doutrina de JAKOBS, dentre outros, subdividindo-se em diversas outras correntes filosóficas que posicionam o direito penal a serviço da manutenção do sistema social, cujo funcionamento deve ser protegido de fatos socialmente danosos.

¹⁵ Von LISZT. Franz. Tratado de Direito Penal alemão. Fac-símile. Ed. Senado Federal. pp.93/94

¹⁶ DUARTE PEREIRA, José Hygino. In Tratado de Direito alemão. Von Liszt. Ed. Senado Federal. Nota n.01 p.94.

¹⁷ LUISI. Luiz. Ob.cit. loc.cit.

¹⁸ TOLEDO. Francisco de Assis. Ob.cit. pp.18/19.

As teorias sociológicas falham em atender à complexidade do crime como fenômeno jurídico, permitindo em nome da estabilidade sistêmica excessos criminalizadores já que não se obtém um conceito ontológico de bem jurídico.

Esta evolução é bem anotada por JUAREZ TAVARES, segundo o qual:

“A exposição das diversas alterações que se produzem na noção de bem jurídico, a partir do positivismo até o funcionalismo, vem demonstrar que seu conceito depende do rumo tomado pelo poder punitivo, em face das modificações estruturais havidas na sociedade e no Estado. (...) LUIZ REGIS PRADO bem assinalou a diversidade de todas as definições e, percebendo o perigo de uma radical substituição da noção de bem jurídico pela de validade da norma, se associou ao pensamento de ROXIN para ressaltar ser praticamente impossível sua conceituação fora do contexto constitucional em que se assenta a norma jurídica, daí entender por bem jurídico não apenas um valor abstrato, mas um valor concretizável decorrente da realidade social e subordinado às suas condições.”¹⁹

O parágrafo acima transcrito anuncia a próxima fase evolutiva do bem jurídico, radicado na Constituição, operando-se a normatização de diretivas político-criminais que garantam a cada indivíduo uma vida de paz em sociedade. Esta garantia se dará pela proteção, inclusive por meios penais, de uma série de condições valiosas, como a vida, liberdade, propriedade etc. Estes são os bens jurídicos.

A definição de bem jurídico, na teoria constitucional, importa na elaboração de um juízo positivo de valor acerca de um dado objeto ou fato social e de sua relevância para o indivíduo e seu desenvolvimento pleno e digno num Estado Democrático de Direito. O bem jurídico é, portanto, um elemento próprio da condição do sujeito e de sua projeção social. Neste sentido, é, sim, um valor, porém valor que se radica numa norma, sendo desta, objeto de relevância no mundo real, ou seja, elemento primário ou fundamental a que deve necessariamente guardar relação a ação típica e todos os seus demais elementos.²⁰

A concretização destes valores (dignidade humana, vida, liberdade, propriedade etc.) em normas constitucionais e a sua identificação como fundamentais à pessoa humana, é dizer, bens jurídicos dignos da tutela penal, impõe uma limitação ao legislador infraconstitucional quando da criação do injusto penal. Esta atividade legiferante deverá sempre vinculada a critérios reitores positivados no texto da Lei Maior, hierarquicamente superior. Este será o paradigma, explícito ou não, para a regulamentação do direito de punir do Estado, cujos valores, repita-se, devem estar plasmados na Constituição.

¹⁹ In “Teoria do injusto penal”. Ed. Del Rey. pp.198/9

²⁰ TAVARES, Juarez. Idem. p.199.

O legislador ordinário haverá, dessarte, de conter-se nas diretrizes estampadas ou imanentes do texto constitucional e aos valores por eleitos pelo Constituinte para definir quais bens jurídicos serão objeto da tutela penal. Desta sorte, o legislador penal brasileiro haverá sempre de ter em mente a opção clara feita em 1988 por um Estado em que viceje uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, coma solução pacífica das controvérsias” (Preâmbulo da CRFB/88) e que tenha por princípio reitor máximo a dignidade da pessoa humana.

E assim pode o bem jurídico servir não só de fundamento para a ilicitude material da conduta que os afronta, como também desempenhar com efetividade sua função restritiva ou limitadora do poder incriminador do Estado.²¹

Neste compasso identificam-se na carta de 1988 diversas indicações criminalizadoras, como, por exemplo, em relação à discriminação atentatória dos direitos fundamentais (art.5º, XLI) ou à prática do racismo (art.5, XLII) que resultaram na edição da Lei nº 7.716/89; aos crimes hediondos, ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e à tortura (art.5º, XLIII), que resultaram respectivamente nas Leis nº 8.072/90; 11.343/06 e 9.455/97; ou ainda em relação ao meio ambiente (art.225, §3º) que se vê regulamentado pela Lei nº9.605/98.

Nos exemplos acima, vê-se a especial preocupação do Constituinte originário em dar dignidade penal a determinados bens jurídicos, limitando-se o legislador ordinário a cumprir este mandato incriminador.

No entanto, nem sempre o legislador receberá coordenadas tão precisas do Constituinte, incumbindo-lhe a tarefa de selecionar, dentre os bens constitucionais, aqueles que devam se revestir da proteção penal. Nestes casos, colherá na Constituição os critérios de escolha não apenas dos bens tutelados, mas da forma de pena a ser cominada e sua medida.

Em primeiro lugar, deverá valorar a relevância do bem, seguindo os parâmetros de dignidade da pessoa humana e liberdade estabelecidos como princípios constitucionais de primeira grandeza. Deverá identificar o significado e importância deste bem. Em seguida, deverá aquilatar as diversas formas de lesão ou exposição a perigo de lesão (lesividade) que podem atingir ao bem selecionado, destacando as mais gravosas. E, dentre estas, eleger aquela em que se faz imprescindível a intervenção penal por insuficientes as demais respostas disponíveis no ordenamento jurídico-constitucional.

Em resumo, há de se combinar a relevância do bem (fragmentariedade), a gravidade da lesão (proporcionalidade) e, por fim, a intervenção mínima do Direito Penal (*ultima ratio*).²²

²¹ Neste compasso, arremata LUIZ LUISI: “Destarte, é nas constituições que a criminalização há de encontrar preponderantemente os bens que lhe cabe tutelar. Mas, ainda quando protege com suas sanções bens não constitucionais, não o pode fazer em conflito com os princípios constitucionais, neles encontrando definitiva fronteira. As constituições, portanto, são para as criminalizações sua base e seu limite.” In *Princípios penais constitucionais*. Sergio Fabris editor. P. 175.

²² LUIZ REGIS PRADO, à guisa da seleção dos bens jurídicos, preleciona que o Direito penal, enquanto instrumento de proteção do bem jurídico, “deve respeitar: a) o princípio da adequação dos

A relevância deste bem atenderá a uma seleção pré-jurídica, respaldada nas diretrizes emanadas da sociedade que formulou sua constituição, mas que é feita em critérios político-criminais, pautados pela exigência de eficiência do Direito Penal, pela adequação à Constituição e pela integridade do sistema jurídico.

Bem jurídico e objeto da ação criminosa.

O bem jurídico, entretanto, não se confunde com o objeto material da conduta típica, uma vez que opera no plano axiológico, um valor haurido no seio social tutelado normativamente pelo direito penal. De outro lado, o objeto da conduta opera no campo estrutural do tipo penal.

O objeto da conduta é o elemento do tipo penal sobre o qual recai o comportamento humano punível do sujeito ativo da infração penal. É o objeto real atingido diretamente pelo agir ou deixar de agir do sujeito. Objeto da conduta é algo empírico, naturalístico, ao passo que o bem jurídico corresponde a uma consideração valorativa.

Tanto não se confundem como é possível a existência de infrações penais, que necessariamente representam uma lesão ao bem jurídico, sem que haja um objeto material, como nos crimes de mera conduta (*v.g.* violação de domicílio – art.150 do CP). O objeto material da conduta decorre, pois, da estrutura do próprio tipo de injusto objetivo e não uma característica genérica de qualquer delito, porquanto ser relevante apenas àqueles crimes cuja consumação dependa de uma alteração fática do mundo naturalístico.

Classificação dos bens jurídicos.

É possível encontrar na doutrina uma taxionomia dos bens jurídicos, muito embora se objete que, por emanarem os bens jurídicos, em verdade, da pessoa humana, qualquer classificação seria despicienda.

Ainda assim, podem-se encontrar bens jurídicos, divididos segundo seus titulares, em individuais (vida, integridade física, honra, liberdade, patrimônio); coletivos (incolumidade pública, meio ambiente, fé pública, paz pública) ou estatais (administração pública, soberania, administração da justiça, ordem econômica etc.). Ou ainda divididos segundo a sua percepção, quais sejam, os bem concretos (vida, integridade física, patrimônio) e abstratos (incolumidade pública, fé pública, paz pública).

Quanto sua natureza, dividem-se em naturais (vida, integridade corporal, liberdade) e normativos (patrimônio, administração pública, ordem econômica). Por

meios do Direito Penal para uma proteção efetiva de bens jurídicos; b) o princípio da utilização do meio relativamente mais grave; c) princípios da intervenção mínima; d) princípio do interesse preponderante – que considera ilegítima uma sanção que direta ou indiretamente provoque maiores danos do que aqueles que pretendia evitar.” (ob.cit. p.101).

fim, fala-se ainda em bens de origem real (vida, integridade corporal, saúde) e de origem ideal (honra, sentimento religioso).²³

Funções do bem jurídico²⁴.

Em primeiro plano, o bem jurídico atende a uma função limitadora do *ius puniendi* do Estado. *Nullum crimen sine injuria*: como visto acima cumpre ao bem jurídico conter movimentos político-criminais que conduzam à expansão ou hipertrofia do Direito Penal²⁵, na medida em que exige para a tipificação de uma conduta que ela seja gravemente lesiva de bens jurídicos de terceiros (alteridade e bilateralidade) ou os exponha a relevante perigo. Este postulado de exclusiva proteção dos bens jurídicos ou da ofensividade ou lesividade importa numa garantia de controle material da atividade incriminadora do legislador penal, sendo imprescindível para conter eventuais excessos.

O bem jurídico exerce também uma função interpretativa ou teleológica, pois serve de critério exegético na aplicação da norma penal incriminadora, condicionando seu sentido e alcance à finalidade de proteção do bem jurídico, já que este é, no ensinar de ANÍBAL BRUNO, o elemento central do preceito proibitivo. Assim, sendo irrisória a conduta diante do bem tutelado, não deve ser passível da resposta penal (princípio da insignificância).

Além disso, cabe ao bem jurídico servir de elemento classificatório dos crimes, os quais serão agrupados de acordo com a identidade dos bens que protegem, provendo o Direito Penal objetivo de ordem sistêmica. Esta função sistemático-classificatória se vê estampada na Parte Especial do Código Penal.

Cumpra ainda a uma função dogmática, na medida em que se oferece como suporte epistemológico à teoria do crime, haja vista, a formulação dos conceitos de resultado, dano, perigo, tentativa etc.

Por fim, exerce uma função crítica, porque permite que se verifique a validade das opções e finalidades do legislador penal, autorizando uma participação crítica da sociedade na fixação dos crimes e das penas²⁶.

Conclusão.

O repassar evolutivo da noção de bem jurídico tutelado pelo Direito Penal deixa evidente seu papel legitimador da incriminação, servindo não apenas como base, mas também como medida desta incriminação.

²³ In TAVARES, Juarez. Ob.cit. pp.202/3.

²⁴ Para os fins deste breve trabalho, destacar-se-ão algumas das funções de que se ocupa o bem jurídico no Direito Penal, sem, contudo, adentrar a discussão do conceito de *função*, bem versado nas obras de TAVARES e PRADO.

²⁵ GOMES, Luiz Flávio. In Princípio da ofensividade no Direito Penal. Ed. Revista dos Tribunais. pp.30/1

²⁶ BATISTA, Nilo. Ob.cit. pp. 96/7.

Sua segurança radicar-se-á em seu assento constitucional, pois será na Lei Maior que se encontrarão os bens dignos da tutela penal. Estes bens, traduções dos valores mais caros da sociedade que busca a proteção no direito penal, serão selecionados por critérios político-criminais para receberem a mais drástica das tutelas estatais, encarecendo as características de fragmentariedade e limitação do Direito Penal, sempre a *ultima ratio*.

Nos dias atuais, em que o Estado não consegue prover seus súditos de paz social e econômica, os movimentos político-criminais que pregam a expansão do Direito Penal como remédio à instabilidade social devem ser rechaçados, exigindo-se do legislador penal a obediência ao postulado da exclusiva proteção ao bem jurídico, cuja função garantidora ou limitadora dos *ius puniendi* estatal sobreleva em importância, contendo excessos de criminalização que recaem invariavelmente sobre as camadas mais desprestigiadas economicamente e produzem a temida hipertrofia do Estado-penal.

Bibliografia.

- BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro. 9ª edição. Ed. Revan.
- BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Vol. I. Ed. Forense,
- FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. 31ª edição. Ed. Vozes.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. 5ª edição. Ed. Forense.
- GOMES, Luiz Flávio. Princípio da ofensividade no Direito Penal. Ed. Revista dos Tribunais.
- JAKOBS, Günter. Sociedade, norma e pessoa. Ed. Manole.
- LUISI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. 2ª edição. Sergio Fabris editor.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoria geral do delito. Sergio Fabris editor.
- PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. 3ª edição. Ed. Revista dos Tribunais.
- ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal. Ed. Renovar.
- SANTOS, Juarez Cirino. A moderna teoria do fato punível. 4ª edição. Ed. Lumen júris.
- TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 3ª edição. Ed. Del Rey.
- TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5ª edição. Ed. Saraiva.
- Von LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal alemão. Fac-símile. Ed. Senado Federal.
- WACQUANT, Loïc. Os condenados da cidade. Ed. Revan.
- WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Roque Depalma editor.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl et Nilo Batista. Direito Penal brasileiro. Vol. I. Ed. Revan,
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl et José Henrique Pierangeli. Manual de direito penal brasileiro. Parte geral. 5ª edição. Ed. Revista dos Tribunais.

Anotações sobre o incidente da insanidade mental do acusado

SERGIO DEMORO HAMILTON (*)

“De todas as perícias forenses, a mais transcendente, complicada e difícil é a psiquiátrica, porque seu objeto é o mundo interior do homem, sua entidade anímica, por vezes misteriosa e insondável.”

(Ignácio Lopes Saiz e José Maria Codon, in “Psiquiatria Jurídica Penal y Civil”)

1. Segundo dispõe o art. 149 do CPP, quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, deve o juiz ordenar seja ele submetido a exame médico-legal.

A primeira observação que pode ser feita a propósito do referido dispositivo da lei processual penal situa-se no plano de que, para o juiz, basta a **dúvida** a respeito da higidez mental do acusado para que a perícia médica seja realizada.

O Pretório Maior ¹ já assinalou que a perícia não pode ser substituída pela inspeção pessoal do juiz (RTJ 63/70), por tratar-se de um meio legal de prova. Com efeito, por força da natureza e da complexidade do exame em tela, não se pode conceber que um leigo, por mais esclarecido que seja, possa arvorar-se como autoridade médica. É preciso ter em conta que o juiz, como *peritus peritorum*, pode acolher ou não as conclusões dos *experti*, aceitando-as ou rejeitando-as no todo ou em parte. Autoriza-o o próprio Código ao adotar, em

(*) SERGIO DEMORO HAMILTON é Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

¹ Indicação jurisprudencial colhida no *Código de Processo Penal Anotado*, JESUS, Damásio E. de, pp. 145/146, Editora Saraiva, 22ª edição, São Paulo: 2005.

matéria de prova técnica, o princípio liberatório (art. 182 do CPP), consequência lógica e inafastável do sistema da persuasão racional perfilhado em nossa lei processual como sistema de prova (art. 157 do CPP). Aliás, quando discorda com as conclusões do laudo, no todo ou em parte ou ainda quando não se sente suficientemente esclarecido, o magistrado deve socorrer-se das regras indicadas nos arts. 180 e 181 do CPP, conforme a hipótese, tomando uma das vias ali indicadas pela lei em função do que o caso concreto esteja a demandar.

O exame em questão está voltado, basicamente, para atender ao disposto no art. 26 e seu parágrafo do CP, constante do Título III que versa a respeito “Da Imputabilidade Penal”. O art. 26 cogita dos inimputáveis e o seu único parágrafo dos casos de redução da pena para os chamados *demi-fous* ou *demi-responsables*.

Basta isto para que se possa aquilatar da sua importância para o deslinde da causa penal.

Cumpra perguntar: o requerimento da parte no sentido da realização do exame pode ser indeferido?

Dada a sua relevância, por envolver conclusão a respeito da imputabilidade penal do acusado, recomenda-se, como ficou assinalado, especial cuidado da parte do juiz em relação à postulação. Na “dúvida”, repita-se, de acordo com os termos contidos na previsão legal, deve o julgador ordená-lo. No entanto, os anais da jurisprudência ² registram casos que justificam o desacolhimento da pretensão. Em tais julgados resultou assinalado que simples informações da família, despidas de qualquer comprovação, reveladoras de desequilíbrio emocional por parte do réu, não autorizam a realização da perícia médica (Cf. STF, RTJ 145/259; TJMT, RT 527/394; TJMG, RT 767/649; TJSC, RT 768/686 e TJSP, JTJ 225/297).

2. O incidente da insanidade mental reveste caráter nitidamente protetivo para o acusado, pois destina-se a apurar a sua imputabilidade ou a sua semi-imputabilidade, versando sobre a capacidade de compreensão do ilícito ou de determinação de acordo com tal entendimento, no momento da infração. É que não é possível a condenação, com aplicação de pena, de um inimputável (art. 26 do CP). Trata-se de um imperativo moral que antecede o *ius positum*. Já

² Indicação jurisprudencial *apud*, *op. cit.* in nº 1 dessas notas, p. 146.

em relação ao semi-imputável, nos termos do parágrafo único do art. 26 do CP, poderá ocorrer a condenação, com redução da pena, ou ainda dar-se ao magistrado a opção da aplicação de medida de segurança (art. 98 do CP), caso ele vislumbre ser esta última via a mais indicada visando ao tratamento e eventual recuperação do acusado.

Quadra notar que em relação à redução da pena cogitada no parágrafo único do art. 26 do CP reina discussão no seio da jurisprudência sobre ser ela obrigatória ou cogitar-se, apenas, de mera faculdade judicial, em razão dos próprios dizeres da lei assim vazados: “a pena **pode** ser reduzida”...

Esquivo-me, no momento, de discutir a questão pois, no presente estudo, estamos voltados tão somente para os aspectos processuais do incidente e o tema, por si só, demandaria longa apreciação.

3. No que respeita à legitimação para dar início ao incidente, a lei estabeleceu que o requerimento pode partir do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, do descendente, ou ainda, do irmão ou cônjuge do acusado. Nada obsta, evidentemente, que o próprio juiz, de ofício, ordene a perícia médico-legal, caso vislumbre, no decorrer do processo, que a medida se faz necessária ou, quando menos, conveniente.

Outras pessoas poderão requerer a instauração do incidente?

Parece-me possível que o exame possa ser pretendido por outras pessoas além daquelas enumeradas no art. 149 da Lei Processual Penal (art. 149), até porque pode ocorrer a hipótese de o acusado encontrar-se ao desamparo, sem curador ou parentes conhecidos nem tampouco cônjuge que possam postular a medida protetiva. Em ocorrendo tal estado de coisas, desde que chegue ao conhecimento do juiz ou do órgão do Ministério Público, a circunstância deverá ser trazida aos autos, cabendo ao juiz, após verificar a procedência das informações, determinar a realização de perícia, nomeando curador para o réu.

O Ministério Público pode requerer a providência em caso de ação de exclusiva iniciativa privada?

Não vejo qualquer impossibilidade para que, mesmo nos casos de ação penal exclusivamente privada, o *Parquet* possa pretender a providência, mesmo quando não haja aditado a queixa. Ele atuará como *custos legis* e, como tal, interessado, igualmente, na realização de um processo justo.

4. Muito embora a lei processual aluda ao exame do acusado (art. 149, *caput*, do CPP), a perícia pode ser realizada ainda na fase do inquérito policial. E o próprio Código, no parágrafo primeiro do aludido artigo, ocupa-se por explicitar tal possibilidade.

O parágrafo em questão indica que o exame, nesta circunstância, se fará “mediante representação da autoridade policial ao juiz competente”. Aqui restam de pé as considerações apontadas linhas acima (item 3, *supra*) quando nos ocupamos da legitimação para requerer a instauração do incidente. Nada impede, assim, que qualquer das pessoas enumeradas no art. 149 do CPP, ou outras, de acordo, com as observações já feitas no decorrer da exposição (item 3, *supra*), também possam requerer a realização da perícia médico-legal. Portanto, mesmo que a representação da autoridade policial não venha a ser apresentada, desde que o fato chegue ao conhecimento do juiz, por intermédio de informação idônea, poderá o exame vir a ser determinado, desde que ponderáveis os motivos apresentados. Cogitando-se de medida protetiva, é de aplicar-se o brocardo “*odiosa restringenda, favorabilia amplianda*”.

O parágrafo primeiro, em comento, faz referência ao juiz competente para apreciar a representação. Indago: e se o feito ainda não estiver aforado? Caberá, no caso, à autoridade policial, distribuir a representação. E se terceiro (3, *supra*) trazer a notícia? Cabe-lhe dirigir o requerimento ao juiz natural do procedimento, e, caso o inquérito policial ainda não tenha sido aforado, endereçar sua postulação à distribuição (art. 75, parágrafo único do CPP), prevenindo a jurisdição para a apreciação do inquérito policial respectivo e da futura (e eventual) ação penal.

Assim, dependendo da urgência, o juiz não precisará aguardar a representação da autoridade policial, determinando, desde logo, o exame, que, em nada prejudicará o curso do inquérito policial, pois este, como será visto, não sofre qualquer interrupção.

Na fase pré-processual somente a autoridade judiciária pode determinar a realização da perícia, não se admitindo que a autoridade policial possa fazê-lo. É por tal razão que o parágrafo primeiro do art. 149 do CPP alude à representação do delegado ao juiz competente.

Por ocasião da representação a autoridade policial deverá expor fundamentadamente as razões que o levaram a tomar aquela medida.

Quando do inquérito policial, desde que o juiz determine o exame, incumbe ao magistrado, no mesmo ato em que ordena a instauração do incidente, nomear curador para o indiciado, tal como faria caso estivesse em curso uma ação penal.

O curador *ad hoc* precisa ser advogado?

Como tivemos a ocasião de afirmar, em estudo remoto, voltado para outros aspectos processuais que o tema envolve...

... (omissis)

“Nesse momento procedimental, que antecede ao processo, o curador do insano mental não precisa ser advogado, bastando que seja alguém dotado de capacidade plena e de idoneidade não contestada”³.

E acrescentávamos: convém, porém, que o curador seja pessoa dotada de habilitação técnica para o exercício da advocacia e, pois, muito mais equipada para o exercício do múnus da curadoria.

Nesta fase, a determinação do exame pelo juiz não acarreta a suspensão do andamento do inquérito policial, devendo a autoridade policial dar seguimento às investigações que se fizerem necessárias para a apuração da infração penal. Com efeito, conforme regulado no art. 149, § 2º do CPP, somente o processo, isto é, quando já iniciada a ação penal, é que tem a sua suspensão decretada, salvo quanto às diligências que possam ficar prejudicadas pela interrupção do curso do feito criminal.

Aliás, seria destituído de sentido suspender-se o andamento do inquérito policial, com grave prejuízo para a apuração dos fatos, num procedimento de natureza inquisitiva.

Cabe a pergunta: caso o laudo resulte positivo, atestando a inimputabilidade do indiciado, será possível o ajuizamento da ação penal?

É evidente que a ação penal deverá ser proposta, nomeando-se, agora em juízo, curador-advogado para o acusado, caso na fase do inquérito policial o curador indicado não fosse dotado de habilitação técnica. Em caso contrário é de ser mantido o próprio curador que

³ Caso haja interesse na realização de um estudo mais detalhado sobre a matéria, veja-se meu ensaio “Reflexões sobre o exercício da curadoria no processo penal”, na *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, volume 7, número 4, outubro-dezembro- 1995, pp. 57 e seguintes, Brasília-DF: 1995. Texto aqui citado extraído de “separata”.

atuou na fase preparatória da ação penal. É que, na fase processual, o contraditório terá que ser, necessariamente, homogêneo, não se concebendo qualquer violação aos arts. 262 do CPP e 5º, LIV e LV da CF.

Entenda-se bem que a insanidade mental reconhecida no laudo não exige seja o réu submetido ao devido processo legal, tal como determinado pelo art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal, até porque o juiz não fica adstrito às conclusões do laudo (art. 182 do CPP). Caso o acusado venha a ser absolvido em razão de sua inimputabilidade (art. 386, V do CPP), cabe ao juiz impor-lhe a medida de segurança cabível (art. 97 do CP). Porém, antes, o *due processe of law* terá que se percorrido em sua inteireza.

5. Apesar da relevância do exame, a lei não previu recurso contra a decisão que indefere a instauração do incidente da insanidade mental do acusado nem tampouco daquela que determina a realização da perícia. Dada a importância da matéria, o Código deveria ter cogitado de previsão legal, indicando recurso específico, sem efeito suspensivo, pelo menos contra a manifestação jurisdicional que vedasse o exame. Com efeito, estando em jogo a higidez psíquica do réu, com reflexos inafastáveis na sua imputabilidade penal, entendo que a lei processual, com a omissão, não se houve com acerto. Alvitro soluções: cabe à parte, em linha de preliminar, insistir no exame, mesmo por ocasião de apelo, prequestionando a matéria. Há decisões ⁴ que alvitram o uso da reclamação (TJSP, RT 596/335 e 687/284). Outras há advogando o uso de *habeas corpus* (TJSP, RCrim 132360, JTJ 142/319 e RT 754/622). Parece-me de difícil manejo o remédio heróico, invocado como solução diante da omissão do Código, tendo em vista a necessidade que, fatalmente, ocorrerá de examinar-se matéria de prova. O ideal seria que o Código, no casuísmo do art. 581, houvesse indicado de forma expressa a previsão de recurso estrito, pelo menos quando a decisão fosse no sentido do indeferimento da realização da perícia médico-legal. Compreende-se até a lacuna no caso de deferimento pois, em linha de princípio, o exame só poderia trazer benefício para o imputado. É de afirmar-se, aqui, que houve um silêncio eloqüente da lei.

⁴ Indicações partidas das jurisprudências colhidas *apud op. cit.* in nº 1, dessas notas, p. 146.

6. Realizado o exame na fase do inquérito policial pode ocorrer que o laudo resulte positivo. Já vimos que tal conclusão não impede a propositura da ação penal (4, *supra*). Porém, surge um problema relevante: como proceder-se à citação de um acusado insano mental? O Código fez referência apenas ao fato de que a perícia pode ser realizada “ainda na fase de inquérito” por determinação judicial atendendo à representação da autoridade policial. O juiz, no mesmo ato em que determinar o exame, nomeará curador ao indiciado. Assim sendo, não há outro remédio que não seja o de proceder-se à citação do réu na pessoa do curador nomeado. O Supremo assim decidiu por ocasião do julgamento do *Habeas* nº 66.927, publicado no DJU de 14.4.89, p. 5458 ⁵. Aliás, seria rematado despautério proceder-se a citação de um louco.

7. Questiona-se então: pode ser aproveitado um laudo pericial de inimputabilidade anterior ao fato criminoso, mesmo que ele tenha sido aceito em outro processo?

Chamado a manifestar-se em caso assemelhado, o Pretório Excelso entendeu necessário que, para o novo fato, impõe-se a realização de novo exame, uma vez que para a inimputabilidade ou semi-responsabilidade aproveitar ao sujeito “deve ser contemporânea à prática delituosa” ⁶. Explica-se o cuidado pelo fato de que o imputado pode, após aquele primeiro exame, ter recobrado seu estado de sanidade mental ou apenas estar em fase de intervalo lúcido.

8. A lei fixou o prazo de até 45 dias para a conclusão do exame, “salvo se os peritos demonstrarem a necessidade de maior prazo” (art. 150, § 1º do CPP).

Raramente o laudo é entregue no prazo desejado, o que é perfeitamente compreensível uma vez que se trata de perícia sofisticada, que, muitas vezes, exige exame alongado. Estando o réu preso, a demora injustificada acarreta constrangimento ilegal, sanável pela via do *habeas corpus* (art. 648, II do CPP). PONTES DE MIRANDA ⁷, entretanto, sustenta que “o razoável excesso de prazo” não caracteriza ilegalidade. Compreende-se a tolerância com o excesso de prazo, desde que razoável, uma vez que a medida apresenta caráter protetivo

⁵ *Apud op. cit. in* nº 1, dessas notas, p. 145.

⁶ RIJ 72/72 *apud op. cit. in* nº 1, dessas notas, p. 145.

⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, *História e Prática do habeas corpus*, II - 144, Rio de Janeiro, 1972, *apud op. cit. in* nº 1, dessas notas, p. 147.

em benefício do próprio examinando, não se justificando, salvo quando abusiva e injustificada demora, a soltura do insano mental com graves riscos não só para ele próprio como para toda a coletividade.

Quando no exercício da Promotoria de Justiça deparei-me várias vezes com tais laudos, todos, em regra, da melhor qualidade, dotados de longa anamnese, de minucioso exame somático e de cuidadosa análise da mente do examinando, possibilitando ao juiz decidir com pleno conhecimento de causa a respeito da sanidade mental do acusado.

Aqui, impõe-se uma cautela: a suspensão do processo não é causa impeditiva nem interruptiva da prescrição, razão pela qual pode ocorrer situação em que se exija maior brevidade na apresentação do laudo, alertando-se os peritos para tanto, de maneira a conciliar os cuidados devidos para com o exame do réu e o interesse da sociedade na apuração do fato. O termo inicial do prazo da suspensão do processo, segundo decidiu o STJ ⁸ deve ser contado da data do deferimento do exame e não da data do requerimento. É de ser observado, no entanto, que, segundo penso, o prazo é de 45 dias para a entrega do laudo só deve ser contado do momento da efetiva intimação ou não dos peritos oficiais ou, ainda, se for o caso, da entrega dos autos aos médicos caso eles hajam requerido esta última providência.

Vale ponderar que a própria lei, reconhecendo a complexidade do exame, estipula no parágrafo primeiro do art. 150 do CPP, a dilação do prazo de 45 dias, “se os peritos demonstrarem a necessidade de maior prazo”.

Desde que não haja prejuízo para a marcha do processo, o juiz pode autorizar a entrega dos autos aos peritos. É mais um subsídio no objetivo de facilitar o exame a ser realizado pelos *experti*, contemplado no art. 150, § 2º do CPP.

Verifica-se, assim, que somente o juiz pode autorizar a entrega dos autos aos peritos e tal se justifica pelo fato de que se a perícia vier a ser realizada ainda na fase do inquérito não haverá suspensão deste procedimento, devendo a investigação ganhar prosseguimento independentemente da realização do exame médico-legal. O

⁸ Decisão do STJ no RHC 6.245, da 5ª Turma, in RT 750/572 apud *op. cit.* in nº 1, dessas notas.

andamento no inquérito policial, como se vê, inviabiliza a entrega dos autos aos peritos. O processo, este sim, somente fica suspenso quando já iniciada a ação penal, ensejando, dessa forma, aquela possibilidade. Porém, a lei faz uma ressalva: “desde que não haja prejuízo para a marcha do processo”. É que pode haver necessidade da realização de diligências urgentes. Não se concebe, destarte, que o juiz deixe de ouvir uma testemunha importante para a prova do processo e que se encontre nas condições a que alude o art. 225 do CPP, pelo simples fato de que o processo se encontra suspenso. Em tal caso, a prova será colhida na presença do curador-advogado do réu, podendo ser renovada caso o acusado venha a recuperar a sanidade mental, agora na presença do próprio réu para que ele encontre a oportunidade de exercitar em toda a plenitude a sua autodefesa. Torna-se evidente que naquela circunstância, isto é, quando ocorrer a necessidade da realização de diligências urgentes, os autos não poderão ser entregues aos peritos mesmo na fase judicial do procedimento.

9. Dispõe o art. 150 do CPP que se o acusado estiver preso será internado em manicômio judiciário onde houver. O Código Penal adota, na atualidade, a terminologia “hospital de custódia e tratamento psiquiátrico” quando se ocupa das medidas de segurança (art. 96, I do CP). É ali que o preso deve ficar internado durante a instrução criminal e não em presídio comum, em promiscuidade com outros presos, com grave risco não só para o próprio insano mental como para os demais custodiados.

E onde não houver hospital de custódia e tratamento psiquiátrico?

Em ocorrendo a hipótese - não tão rara como possa parecer - o acusado pode ser internado em hospital comum. O Supremo entendeu possível a internação “sob certas condições”⁹. O importante, quero crer, é que não havendo hospital psiquiátrico (o equivalente ao manicômio judiciário referido na lei processual) exista, pelo menos, um estabelecimento hospitalar similar. Ilegal, não resta dúvida, será manter-se o preso em cadeia pública ou em presídio, como já ficou anotado, pelos riscos daí advindos não só para o próprio doente como para os demais custodiados, sem falar no prejuízo que a recuperação

⁹ Decisão do STF, no HC 64494, DJU de 27.02.1987, p. 2953 e STJ 121/105, **apud** *Código Penal Anotado*, JESUS, Damásio E. de, p. 310, Editora Saraiva, 13ª edição, 2002: São Paulo.

do doente mental possa sofrer, em razão da deficiência de tratamento e assistência.

Já se o imputado estiver solto, a internação só se dará se “o requererem os peritos” (art. 150 do CPP). Cabe ao juiz apreciar a postulação dos peritos e, caso venha a deferi-la, designar “estabelecimento adequado” para o exame. Vê-se, assim, que, no caso de réu solto, não haverá necessidade de recolhimento a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, podendo o juiz indicar, desde logo, hospital comum, desde que adequado para o exame. Em tal emergência o réu não ficará recolhido ao hospital, restando liberado tão logo cada consulta seja concluída.

10. Realizado o exame na fase pré-processual e concluindo o laudo respectivo ser o réu insano mental, já vimos que, ainda assim, a ação penal terá que ser proposta. Mesmo que o juiz e o promotor estejam de pleno acordo com a opinião dos peritos, não se dispensa o devido processo legal (art. 5º, LIV da CF), com a realização do contraditório, da ampla defesa e dos recursos a ela inerentes (art. 5º, LV da CF). É preciso que, em processo de conhecimento, fique demonstrada a prática da infração penal e que o réu tenha sido seu autor. É que, sem dúvida, a medida de segurança representa uma restrição de direitos para o réu, podendo, inclusive, importar na perda da liberdade individual.

11. Chega-se, agora, ao estudo do art. 151 do CPP, que se refere à conclusão dos peritos. Apensado aos autos o laudo respectivo, o juiz deve ensejar vista às partes, para que se manifestem a respeito daquela relevante peça técnica. Após, caso não haja impugnação aceita pelo juiz, o laudo deverá ser homologado pelo magistrado e o processo terá seguimento da seguinte forma: caso o laudo seja conclusivo no sentido de que o réu, ao tempo da infração, era irresponsável, nos termos do art. 26 do CP, o processo terá andamento normal com a presença do curador-advogado. O próprio advogado do réu, seja ele dativo seja ele constituído, exercerá a curadoria. Não tem sentido a presença de dois bacharéis, um exercendo a curadoria e outro a defesa técnica. Como já tive a oportunidade de ponderar, a unidade na linha de defesa do réu aconselha seja ela conduzida por uma só pessoa, o que não ocorreria se defensor e curador fossem advogados distintos, podendo, até mesmo, assumir posições contraditórias na sua atuação, em detrimento da defesa do imputado, por falta de coerência e harmonia em suas

argumentações ¹⁰. Longe de proteger o acusado, tal atuação seria contraproducente para os interesses do curatelado.

Nada de especial ocorrerá se os expertos concluírem que o réu era ao tempo da infração imputável. Nesse caso o processo terá seguimento normal, não ficando impedido o juiz, ao sentenciar, de reexaminar a matéria, tal como o permite o art. 182 do CPP, pois, normalmente, é neste momento que o julgador costuma deter-se no exame detalhado de todo o processo.

12. Pode ocorrer que venha a ser constatado que a doença mental sobreveio à infração penal. Em outras palavras: o acusado era, ao tempo da infração, responsável, somente vindo a ocorrer a insanidade mental após o fato. É desta situação que se ocupa o art. 152 do CPP, ao determinar que o processo continuará suspenso “até que o acusado se restabeleça”. Desde que tal situação se faça presente, o juiz poderá ordenar, como diz o Código, a internação do acusado em manicômio judiciário (*rectius*, “hospital de custódia e tratamento psiquiátrico”) ou em estabelecimento adequado. Valem aqui as mesmas considerações antes apresentadas a respeito dos cuidados a serem observados a respeito da internação do acusado (9, *supra*). A lei, no parágrafo primeiro, deu ao juiz a faculdade de determinar a internação do réu, ao indicar que ele “poderá” assim proceder, pois neste momento não se encontra em jogo a imputabilidade do insano mental, ficando o processo suspenso por tempo indeterminado até que o acusado se restabeleça. Porém, convém que o juiz determine a providência não somente em benefício do próprio réu como também no interesse coletivo, para que o doente mental possa recuperar-se e o processo retome o seu curso, tal como previsto no parágrafo segundo.

Previu a lei a possibilidade de o acusado “reinquirir as testemunhas” que houverem prestado depoimento sem a sua presença, exercendo, em toda a plenitude, a sua autodefesa. O Código, segundo entendo, disse menos do que pretendeu, uma vez que a atuação do réu não se limitará à prova testemunhal. Com efeito, ele poderá impugnar qualquer prova que tenha sido produzida na sua ausência em razão da insanidade mental, muito embora estivesse sempre assistido pela defesa técnica, como manda a lei.

¹⁰ Veja-se o meu trabalho citado no item 3 dessas notas.

É que, naquela fase, poderão ser providenciadas quaisquer diligências que possam ficar prejudicadas em razão do adiamento, tal como se conclui da leitura correta do parágrafo segundo do art. 152.

Incumbe registrar que na hipótese que estamos versando (art. 152), a doença mental deve ficar demonstrada através de perícia médica realizada por peritos ou onde não os houver por duas pessoas idôneas dotadas de habilitação técnica relacionada com o exame, ou seja, médicos psiquiatras (art. 159 do CPP). Não se concebe a ressalva indicada no parágrafo primeiro do art. 159 do CPP, ao aludir que a perícia se fará por intermédio de pessoas “de preferência” habilitadas. A natureza e a complexidade do exame bem como as conseqüências que podem advir para o andamento do processo como também para a pessoa do réu estão a exigir habilitação plena para a realização da perícia médico-legal.

De observar-se, ainda, que a lei processual penal não previu recurso específico contra a decisão que ordena a suspensão do processo em razão de doença mental superveniente ao fato ocorrida durante o processo. Com efeito, o art. 581, XVI do CPP cogitou, apenas, do recurso no sentido estrito voltado contra a decisão que ordenar a suspensão do processo em virtude de questão prejudicial. Parece-me, no entanto, que, dada a relevância da matéria, a decisão é apelável, através do recurso residual retratado no art. 593, II do CPP, tendo em conta as graves conseqüências que, do *decisum*, podem advir principalmente para a parte autora (Ministério Público ou querelante), pois a prescrição não tem seu curso suspenso ¹¹.

Previu, no entretanto, a lei processual penal a retomada do curso do processo desde que o acusado se restabeleça, como já registrado (art. 152, § 2º do CPP). A respeito deste *thema* tive a ocasião de salientar:

“Haverá, como se impõe, uma decisão fundamentada do juiz, baseada no laudo pericial, dando o imputado como restabelecido, da qual o curador-advogado deverá ser intimado, podendo contra a mesma apelar (art. 593, II do CPP)” ¹²

¹¹ Consulte-se meu estudo noticiado no item 3 dessas notas.

¹² No sentido do texto vale examinar o trabalho indicado no item 3, dessas notas.

É de se ressaltar que, uma vez restabelecido o réu, desaparece a razão de ser do exercício da curadoria, subsistindo, como óbvio, a presença do advogado na defesa do réu.

13. O art. 153 da lei processual penal estabelece que o incidente da insanidade mental seja processado em auto apartado e que, só após a apresentação do laudo, será apensado ao processo principal. Como ocorre com qualquer incidente processual é de boa técnica que o procedimento deva ser desenvolvido em apartado do processo principal. Além do mais pode ocorrer que haja necessidade da prática de diligências diversas nos autos do processo principal que impediriam a entrega dos autos em questão aos peritos mesmo que estes o requeressem (art. 150, § 2º do CPP).

14. O capítulo VIII, do Título VI, do Livro I do CPP que regula as questões e processos incidentes, entre os quais se disciplina o incidente da insanidade mental do acusado, termina no art. 154 do CPP que trata de situação processual do sentenciado quando a insanidade mental sobrevier no curso da execução penal. A matéria prevista, com parcimônia, em único artigo que manda observar, *in casu*, o art. 682 do CPP, requer alguns esclarecimentos. Com efeito, como já tivemos a oportunidade de ressaltar ¹³ : “O Código de Processo Penal (art. 154) não traçou regras quanto ao procedimento da verificação da insanidade mental do condenado”. Tampouco a LEP (art. 183) ocupou-se no sentido de estabelecer um *iter* sobre o assunto, determinando, pura e simplesmente, a faculdade judicial da substituição da pena por medida de segurança, com a conseqüente internação do sentenciado em “hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou similar”. E acrescentei naquela ocasião: “Parece-me, porém, que, sem prejuízo da imediata internação do condenado em estabelecimento adequado, em face da óbvia urgência de segregação do insano mental, deva ele ser submetido ao competente exame de sanidade, com a nomeação de curador para assisti-lo, quando se apurar, então, das condições mentais do sentenciado no momento da execução. Vale notar que a curadoria, em tal caso, terá que ser exercida por advogado, pois há um **processo** de execução em curso (art. 2º da LEP)”. O curador como ocorre nos demais casos, ofertará, se quiser, quesitos e, concluído o laudo, em que resultar demonstrada a doença mental do condenado,

¹³ Veja-se, novamente, meu estudo assinalado no item 3, dessas notas.

requererá em favor do sentenciado, o que entender de direito diante do caso concreto. A superveniência de doença mental importará, uma vez homologado o laudo respectivo, na internação do sentenciado em “Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico” (art. 108 da LEP). A razão do preceito legal reside no fato de que a pena só deve ser cumprida para quem tenha capacidade penal para sofrer a execução. Ora, uma vez comprovada a incapacidade psíquica do condenado, a execução seria inútil, quer como sanção, quer como recuperação moral e social de condenado, pois que ele estaria infenso àquelas providências por absoluta falta de compreensão das mesmas. Além do mais, a convivência do executado-doente mental com outros presos em estabelecimento penal comum tornar-se-ia ilegal e perigosa para ele e para os demais presos, além de prejudicar seu processo de restabelecimento. De decisão do juiz que homologar o laudo, cabe agravo sem efeito suspensivo (art. 197 da LEP), pois todas as decisões proferidas no decorrer da execução penal são recorríveis (n. 175 da ‘Exposição de Motivos’ da LEP). São legitimados para recorrer, o Ministério Público e o curador-defensor. Portanto, se o curador com ela não concordar poderá interpor agravo, velando pelos interesses do condenado. O prazo recursal correrá da data da ciência efetiva da decisão que homologar o laudo. Vale a ponderação de que, sobrevindo o restabelecimento, desaparece a razão da curadoria, voltando o condenado à prisão comum para cumprir o que resta da pena, nela computado o período de internação por força da detração (art. 42 do CP). Como salienta MIRABETE, o lapso de tempo de internação ‘é computado o por razões humanitárias’. E se, esgotado o prazo de duração da pena, o internado não vier a se restabelecer? A pena será julgada extinta (art. 109 da LEP), dando-se ao sentenciado o destino aconselhado para a sua enfermidade, feita a comunicação ao juiz de incapazes. Era assim que tratava a matéria o art. 682, § 2º, do CPP, que integrava o Livro IV do mesmo Código, que regulava a execução penal. Com o advento da LEP, foi aquele livro derogado (art. 204 da LEP), podendo, no entanto, aplicar-se aquele dispositivo da lei processual (art. 682, § 2º) à falta de texto expresso que regule aquela circunstância na LEP. Cabe à lei de organização judiciária local dispor a respeito do juiz a cuja disposição passará o incapaz (na Comarca da Capital - RJ, veja-se o art. 85, III do CODJERJ). Convém assinalar, ainda, que o juiz da execução **poderá** optar pela conversão da pena em

medida de segurança (art. 183 da LEP). Caso o juiz da execução exerça a faculdade que lhe concede a lei, a execução dar-se-á na forma prevista no Título VI da LEP (art. 171 e segs. da LEP). Assim ocorrendo, o curador do condenado continuará fiscalizando a execução e velando pelos interesses do sentenciado enquanto perdurar a execução penal.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI ¹⁴ ao comentar o art. 154 do CPP, faz a seguinte distinção: a) hipótese de doença transitória, quando se aplica o art. 41 do CP, sem alteração da pena e b) situação de doença de caráter duradouro ou permanente, em que se dá a conversão da pena em medida de segurança, invocando o art. 183 da LEP.

15. Até aqui vimos examinando o incidente da insanidade mental do acusado seguindo, para fins puramente didáticos, a ordem legal (art. 149 a 154 do CPP), interpolando glosas na medida em que os diversos dispositivos eram estudados. No entretanto, o tema comporta ainda algumas observações em complementação ao que ficou dito escorado na lei.

Vejamos, por primeiro, os cuidados necessários de que devem revestir-se a elaboração dos quesitos. Em geral, onde há peritos oficiais, já existe um formulário indicando as perguntas básicas que devem ser endereçadas aos médicos. Na fase inquisitiva, isto é, quando o exame médico-legal é realizado ainda no curso do inquérito policial, nada impede que a autoridade policial admita que o indiciado, por seu curador, formule os quesitos que entender cabíveis (art. 14 do CPP). Porém, seu requerimento será deferido ou não a juízo da autoridade, tal como dispõe o art. 14 do CPP pois, em última análise, a fase é inquisitorial. Caso a autoridade policial vislumbre na atitude do indiciado qualquer providência protelatória ou a manifesta impropriedade das indagações formuladas deverá indeferi-las, pois, nesta fase, não há falar em cerceamento de ampla defesa nem em contraditório. Torna-se evidente que o Ministério Público, este sim, pode ofertar os quesitos que, segundo seu entendimento, se façam necessários.

Caso o exame venha a realizar-se na fase judicial, aqui sim, ambas as partes, caso desejem, poderão apresentar as perguntas que o caso comporte. Para tanto, ao instaurar-se o incidente, o juiz dará vista

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza, in *Código de Processo Penal Comentado*, p. 324, Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2004.

dos autos ao Ministério Público e ao réu, por seu curador, para que assim procedam. É evidente que o juiz, igualmente, poderá formular quesitos, originariamente, ou suplementando a omissão das partes.

Repito, porém, que, entre nós (R.J.) já há formulários completos elaborados pelo Instituto Médico-Legal e que são plenamente satisfatórios e atendem à finalidade do exame.

Não tem cabimento indicar o dispositivo da lei penal quando da formulação dos quesitos. Explico-me de forma mais clara: não deve a indagação pretender perquirir dos expertos, por exemplo, se o acusado, ao tempo do fato, se encontrava nas condições do art. 26 do CP. Trata-se de colocação jurídica que os médicos não estão obrigados a conhecer.

TORNAGHI¹⁵ oferece um roteiro do que se deva perguntar no exame psiquiátrico:

- “ - o acusado sofre de doença mental?
- em caso afirmativo, qual a doença?
- o acusado tem desenvolvimento mental retardado?
- tem-no incompleto?
- em caso de resposta afirmativa a qualquer das perguntas anteriores: a afecção mental o tornava, ao tempo da ação (dia, mês e ano) incapaz de entender o caráter criminoso do fato?
- se entendia, podia determinar-se de acordo com esse entendimento?
- se não entendia ou não podia se determinar, era a incapacidade total ou parcial?”

Em conclusão, o que se busca nos quesitos é saber se o réu é imputável ou inimputável e, no último caso, se a inimputabilidade é total ou parcial. Porém, não cabe indagar dos peritos se o réu é imputável ou inimputável, por tratar-se de matéria jurídica, e, como tal, estranha aos médicos, devendo o juiz defini-la quando da sentença.

Tinha, por hábito, quando da apresentação dos quesitos ao tempo em que exercia a Promotoria, incluir, ao final das perguntas, uma indagação genérica vazada nos seguintes termos: “Queiram os

¹⁵ TORNAGHI, Hélio, *Instituições de Processo Penal*, 4º volume, Edição Saraiva, São Paulo: 1978.

Srs. Peritos prestar quaisquer outros esclarecimentos que julguem úteis para o esclarecimento do exame”.

Dessa maneira, ensejava aos peritos, ao lado dos quesitos específicos, a oportunidade de inclusão na resposta de qualquer dado relevante não incluído anteriormente.

Na atualidade em razão da grande incidência de crimes relacionados ao uso e o tráfico de tóxicos, há recomendação especial dos seguintes quesitos ¹⁶:

- O acusado era ao tempo da ação (ou omissão), em razão de dependência, ou por estar sob o efeito de substância que determine dependência física ou psíquica, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento?

- O acusado, ao tempo da ação (ou omissão), em razão de dependência, ou por estar sob o efeito de substância que determine dependência física ou psíquica, estava privado da plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento?

Cabem, aqui, para concluir, as considerações sobre a perícia psiquiátrica, de IGNÁCIO LOPEZ SAIZ e JOSÉ MARIA CODON ¹⁷ que “de todas as perícias forenses, a mais transcendente, complicada e difícil é a psiquiátrica, porque seu objeto é o mundo interior do homem, sua entidade anímica, por vezes misteriosa e insondável”.

16. Nos casos de conexão ou continência em que vários acusados figurem na mesma ação penal, a doença mental sobrevinda a um deles não afetará o andamento da causa em relação aos sãos mentais. O processo terá seguimento normal em relação a estes, operando-se a separação dos processos nos termos do art. 79, § 1º do CPP. Nem teria sentido suspender-se o andamento da causa penal no que respeita aos réus sadios do ponto de vista mental, principalmente se atentarmos para o fato de que a prescrição não tem o seu curso suspenso, podendo, inclusive, ocorrer que o acusado insano mental não venha a restabelecer-se, o que acarretará, para ele, a extinção da punibilidade.

17. O curador-advogado deverá acompanhar todo o processo, fazendo presente em todos os atos da instrução criminal, tanto mais

¹⁶ JUSTITIA, 101/209, *apud op. cit.* in nº 1, dessas notas, p. 149.

¹⁷ SAIZ, Ignácio Lopes e CODON, José Maria, *Psiquiatria Jurídica Penal y Civil*, Tomo II, pp. 627 e segs., *apud op. cit.* in nº 15, dessas notas.

que, dependendo da gravidade do estado mental do réu, ele sequer poderá comparecer a Juízo para exercitar a sua autodefesa. Da mesma forma, deverá ser intimado de todas as decisões, pois, em última análise, ele nada mais é que o advogado do acusado exercendo também o múnus da curadoria. Se tal não se der haverá nulidade para o processo (ou para o ato, conforme o caso), muito embora o art. 564, III, "c" só faça alusão à nulidade por falta de nomeação de curador ao réu menor, disposição, por sinal, derogada em razão do art. 5º do novo CC.

Nada mais tenho a aduzir.

Novembro de 2006

**EXMO. SR. DR. MINISTRO PRESIDENTE DO EGRÉGIO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

DENIS DE OLIVEIRA PRAÇA, Defensor Público matriculado sob o n.º 877.368-1, portador da carteira de identidade n.º 10.398.190-8, expedida pelo IFP/RJ e inscrito no CPF sob o n.º 075.337.367/02, vem, perante Vossa Excelência, impetrar

HABEAS CORPUS

Tendo como paciente **FÁBIO ANTÔNIO DA SILVA**, brasileiro, solteiro, nascido em 15 de janeiro de 1982, filho de Geraldo Antônio da Silva e Maria Aparecida Adão, residente na Rua Nestório, n.º 45 – Belo Horizonte – Volta Redonda, por força de ilegalidade cometida pela **6.ª CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, com fulcro no inciso LXVIII do artigo 5.º da CRFB/88 e nos artigos 647 e 648 e incisos do CPP, requerendo seja a presente ação distribuída a uma das Turmas deste Egrégio Tribunal Superior.

Rio de Janeiro, 30 de outubro de 2006.

EGRÉGIO TRIBUNAL SUPERIOR
COLENDAS TURMAS
EXCELENTÍSSIMOS MINISTROS
EXMO. SR. DR. DEFENSOR PÚBLICO DE CLASSE ESPECIAL

Impetrante: Denis de Oliveira Praça

Paciente: Fábio Antônio da Silva

Impetrado: 6.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

DENIS DE OLIVEIRA PRAÇA, Defensor Público matriculado sob o n.º 877.368-1, diante de ilegalidade cometida pela **6.^a CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, que não declarou nula a sessão plenária em que foi apreciada a conduta imputada ao paciente **FÁBIO ANTÔNIO DA SILVA**, a despeito da evidente nulidade, impetrou *Habeas Corpus*, que foi distribuída para esta Colenda Turma.

I – DOS FATOS

O Ministério Público imputou ao paciente a prática de um crime doloso contra a vida, iniciando processo que adotou o rito escalonado.

A sessão plenária em que seria apreciada a conduta imputada ao paciente foi inicialmente designada para 15 de junho de 2005 (cópia do despacho em anexo – doc. 1).

Contudo, o Ministério Público solicitou fosse adiada a sessão plenária, eis que a promotora de Justiça estaria atuando também perante o Juízo Único da Comarca de Rio Claro/RJ (cópia do pedido em anexo – doc. 2), razão pela qual o Juízo Singular redesignou a sessão plenária para o dia 14 de setembro de 2005 (cópia do despacho proferido em anexo – doc. 2).

Ato contínuo, o Juízo Singular alterou novamente a data da sessão plenária, designando-a para o dia 22 de junho de 2005 (cópia da certidão em anexo – doc. 3).

Entretanto, por conta de requerimento do Ministério Público, que alegava estar adoentada a promotora de Justiça, a sessão plenária deixou de ser realizada, tendo o Juízo Singular redesignado-a para 14 de setembro de 2005 (cópia da certidão em anexo – doc. 4).

Surpreendentemente a sessão plenária foi adiada pela terceira vez, alegando o Juízo Singular estar o magistrado exercendo suas funções simultaneamente em outro Juízo (cópia do despacho em anexo – doc. 5). Ressalte-se que sequer foi estabelecida nova data para a realização do julgamento.

Posteriormente, a sessão plenária foi designada para o dia 11 de outubro de 2005 (cópia da certidão em anexo – doc. 6).

No entanto, de forma inacreditável, o julgamento foi adiado pela quarta vez sem que o paciente ou sua defesa técnica tivessem dado causa a qualquer dos adiamentos.

O ato processual estava designado para às 13 horas, tendo os agentes penitenciários chegado a sede do Juízo conduzindo o paciente às 15 horas.

O Juízo Singular argumentou que o atraso de 2 horas, nada incomum nas sessões plenárias do interior do Estado do Rio de Janeiro, impedia a realização do ato, ante “*a complexidade do caso*” e “*a inexistência de recursos adequados para se levar o julgamento noite adentro, com condições dignas para os srs. jurados.*” (cópia da ata da sessão plenária em anexo – doc. 7).

Por força do quarto adiamento, a sessão plenária foi novamente designada, desta vez para o dia 26 de outubro de 2005.

O impetrante argumentou verbalmente que a nova data escolhida não era adequada. Isso porque o subscritor entraria de férias no início da última semana de outubro, razão pela qual outro Defensor Público exerceria suas funções junto à 1.^a Vara Criminal de Volta Redonda simultaneamente com outro órgão de atuação da Defensoria Pública, ante a escassez de Defensores Públicos.

O exposto somado ao fato de que já havia sessão plenária designada para 25 de outubro de 2005, dia imediatamente anterior ao destinado à realização da sessão plenária adiada em quatro oportunidades, tornava improvável fosse o ato processual finalmente realizado.

Aliás, na oportunidade em que impetrou nova ordem de *habeas corpus* com intuito de evitar que a prisão cautelar imposta ao paciente completasse seu segundo aniversário, o subscritor alertou que a

data escolhida tornava improvável a realização da sessão plenária (cópia da petição inicial em anexo – doc. 8).

Vale transcrever o trecho da petição inicial da ação de *habeas corpus* que comprova o que acima afirmamos:

“(…) a sessão plenária ora designada para o dia 26 de outubro de 2005 provavelmente não será realizada, tendo em vista que já há sessão plenária do Tribunal Popular de Volta Redonda designada para o dia 25 de outubro de 2005.

“Afinal, em ambas atuarão o mesmo Defensor Público e a mesma Promotora de Justiça e mesmo sabendo que este impetrante estará gozando férias nas datas mencionadas, não é difícil prever que os profissionais que travarão os debates orais não terão capacidade física de realizar a contento ambos os julgamentos, sobretudo se atentarmos para o fato de que a causa em apreço é extremamente complexa, conforme aduz o próprio Juízo Coator.”

Portanto, o Juízo Singular acabou criando situação que faria com que a defesa técnica solicitasse novo adiamento da sessão plenária.

A previsão do impetrante confirmou-se. Encerrada a sessão plenária designada para 25 de outubro de 2005, o Defensor Público designado para atuar junto à 1.^a Vara Criminal de Volta Redonda, que

também exercia suas funções institucionais perante a 1.^a e a 7.^a Varas Criminais de Nova Iguaçu, solicitou fosse adiada a sessão plenária marcada para 26 de outubro de 2005 (cópia do requerimento em anexo – doc. 9).

O Juízo Singular proferiu despacho em que afirmava *“prejudicado o pedido de adiamento, porquanto hoje (26/10/2005), em plenário, o réu indicou advogado para o patrocínio, evitando a redesignação.”* (cópia do despacho em anexo – doc. 10).

O despacho dava a entender que o paciente havia constituído advogado de forma espontânea, optando pela assistência de um patrono constituído e não mais de um Defensor Público.

Aliás, as informações prestadas pelo Juízo Singular a 6.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por força da ordem de *habeas corpus* impetrada pelo subscritor quando do quarto adiamento da sessão plenária, ratificavam a impressão de que o paciente teria constituído patrono de forma espontânea (cópia das informações em anexo – doc. 11).

Vejamos o trecho das informações que confirmam o que acima afirmamos:

“No que toca à sessão plenária designada para hoje, coube à defesa o pedido de adiamento da mesma.

“Não obstante o referido pedido, felizmente o adiamento não se deu, eis que, aberta a sessão plenária, o réu-paciente indicou advogado para o

patrocínio de sua defesa, com o que se evitou a redesignação.”

Entretanto, a constituição do patrono não fora espontânea, conforme quis fazer crer o Juízo Singular.

Ao tomar ciência de que a sessão plenária estava sendo realizada, a despeito do pedido de adiamento formulado pelo Defensor Público na véspera, a secretária do órgão de atuação da Defensoria Pública junto à 1.^a Vara Criminal de Volta Redonda fez contato telefônico com o subscritor, que gozava férias na cidade do Rio de Janeiro.

Prontamente, o subscritor dirigiu-se a cidade de Volta Redonda e presenciou a sessão plenária sendo realizada.

Buscando saber o que havia possibilitado a realização, o impetrante foi informado que o Juízo Singular havia formulado um pedido ao advogado Rafael Pinheiro de Queiroz, na véspera do ato processual, após o pedido de adiamento formulado pelo Defensor Público, para que aquele exercesse a defesa técnica do paciente.

Estarrecido com o fato do Juízo Singular ter nomeado advogado dativo para exercer a defesa técnica do paciente na véspera da sessão plenária, sobretudo em causa que o próprio Juízo Singular considerava complexa, e com o fato da nomeação ter sido ocultada por este mesmo Juízo, no momento em que prestou informações a 6.^a Câmara Criminal, o impetrante solicitou fosse o fato documentado.

O Juízo Singular, então, documentou o fato, admitindo ter nomeado advogado dativo na véspera da sessão plenária (cópia do documento em anexo – doc. 12).

Ressalte-se que este mesmo Juízo Singular, durante a greve deflagrada pelos defensores públicos no ano de 2005, nomeou de forma explícita nos autos advogados dativos para exercerem a defesa técnica de diversos réus (cópia dos despachos em anexo – docs. 13, 14 e 15), razão pela qual a nomeação oculta realizada na hipótese em análise é claro sintoma de que a nulidade aqui demonstrada foi vislumbrada pelo próprio Juízo Singular.

Frise-se, ainda, que o advogado dativo nomeado pelo Juízo Singular foi preso em flagrante semanas após a realização da sessão plenária, tendo sido indiciado como incurso nas penas do crime de extorsão, infração penal que teria como ofendido um dos clientes que remuneravam o causídico em questão.

Durante a sessão plenária, a despeito do próprio Juízo Singular reconhecer a complexidade da causa, o advogado dativo nomeado não sustentou qualquer tese subsidiária (cópia da ata da sessão plenária em anexo – doc. 16), apesar da circunstância qualificadora da motivação fútil não encontrar qualquer amparo no conjunto probatório carreado, conforme a defesa técnica exercida por Defensor Público demonstrou em sede de alegações finais (cópia das alegações finais em anexo – doc. 17).

Some-se a isso que o advogado dativo nomeado não pleiteou a leitura de qualquer peça processual, desistindo, ainda, da oitiva das testemunhas arroladas.

O resultado da sessão plenária não poderia ser diferente: o paciente foi condenado a 22 (vinte e dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão (cópia da sentença em anexo – doc. 18).

Nem mesmo a circunstância atenuante da idade na data do fato o advogado dativo nomeado pelo Juízo Singular logrou êxito em ver

reconhecida pelo Conselho de Sentença, apesar do paciente possuir somente 19 anos quando da ocorrência dos crimes (cópia do termo de votação em anexo – doc. 19), fato comprovado pela certidão de nascimento juntada aos autos (cópia da certidão de nascimento em anexo – doc. 20).

Saliente-se, por oportuno, que a nomeação do advogado dativo fez com que a causa, que era complexa e adentraria a noite, segundo avaliação do próprio Juízo Singular, ganhasse uma simplicidade ímpar.

Tanto é que os debates foram encerrados às 17 horas e 28 minutos, quando o sol ainda brilhava no céu da cidade de Volta Redonda.

Por fim, não bastasse todo o já ocorrido, o advogado dativo nomeado não interpôs recurso de apelação, mesmo tendo sido o réu condenado a mais de vinte e dois anos de reclusão, razão pela qual a sentença transitou em julgado no dia 31 de outubro de 2005 (cópia da certidão em anexo – doc. 21).

Buscando fosse declarada nula a sessão plenária em que fora apreciada a conduta imputada ao paciente, impetrou-se ordem de *habeas corpus* perante a 6.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Contudo, a ordem foi denegada (cópia do acórdão em anexo – doc. 22).

Os fatos acima narrados constituem o maior absurdo já presenciado pelo subscritor em toda sua carreira, dispensando, inclusive, qualquer abordagem dos fundamentos jurídicos da pretensão, o que será feito apenas pelo apreço que o impetrante nutre por este Tribunal Superior.

II – DO DIREITO

a) PRELIMINARMENTE - DO CONHECIMENTO DA PRESENTE AÇÃO

As ações de *habeas corpus*, que visam tutelar o direito fundamental de liberdade de locomoção, iniciam processo que possui procedimento desprovido de fase instrutória.

Portanto, os fatos dos quais emergem o direito subjetivo alegado pela parte autora devem estar comprovados de plano para que possa ser apreciado o mérito da causa.

No caso em análise, os fatos que ensejariam o reconhecimento do direito do paciente de ver declarada nula a sessão plenária a que foi submetido encontram-se comprovados pelos documentos que acompanham esta petição inicial.

Vejamos:

O documento subscrito pelo próprio Juízo Singular (doc. 12) comprova que o advogado dativo fora nomeado na véspera da sessão plenária, apesar deste mesmo Juízo Singular admitir ser complexa a causa em análise, conforme demonstra a ata de uma das sessões plenárias que deixou de ser realizada (doc. 7).

Além disso, a ata da sessão plenária que se pretende seja declarada nula (doc. 16) comprova que o advogado dativo não pleiteou a leitura de qualquer peça processual, dispensou a oitiva de todas as testemunhas arroladas pela defesa técnica antes exercida por Defensor Público e não sustentou qualquer tese subsidiária, a despeito da circunstância atenuante da idade estar comprovada pela certidão de nascimento juntada aos autos (doc. 20).

Não bastasse, a certidão do trânsito em julgado (doc. 21) demonstra que o advogado dativo não interpôs recurso, mesmo tendo sido o paciente condenado a mais de 22 (vinte e dois) anos de reclusão, conforme comprova a sentença (doc. 18).

Portanto, a simples juntada dos documentos acima citados comprova de plano os fatos alegados pelo paciente nesta petição inicial, restando apenas analisar se tais fatos devem conduzir este Tribunal Superior à declaração de nulidade da sessão plenária em análise.

Sendo assim, deve ser apreciado o mérito da causa, ante a comprovação de plano dos fatos que, segundo o impetrante, conduziram ao direito subjetivo do paciente de ver declarada nula a sessão plenária a que foi submetido.

b) DA NULIDADE DA SESSÃO PLENÁRIA REALIZADA

A Constituição da República consagrou o direito à ampla defesa como um dos direitos fundamentais do cidadão (art. 5.º, LV da CRFB/88).

Toda doutrina brasileira ensina que o princípio da ampla defesa é composto por um duplo aspecto: autodefesa e defesa técnica.

Recorremos a lição do professor Fernando Capez quando se refere ao princípio da ampla defesa e a trazemos à baila a título de exemplo:

*“Implica o dever de o Estado proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, **seja pessoal (autodefesa), seja técnica (efetuada por defensor)** (CF, art. 5.º, LV), e o de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (CF, art. 5.º, LXXIV).”* (In Curso de Processo Penal, São Paulo: Saraiva, 7.ª edição, p. 20). Grifo nosso.

A autodefesa é exercida pelo próprio acusado, sendo disponível. Por outro lado, a defesa técnica somente pode ser exercida por profissional tecnicamente habilitado e é indisponível, razão pela qual mesmo que o réu recuse-se a constituir patrono o Estado-juiz nomeará Defensor Público para exercer a defesa técnica do acusado.

A lição do festejado professor Tourinho Filho não deixa dúvidas acerca do afirmado:

“A presença do defensor é imprescindível. Pouco importa esteja o acusado ausente. Pouco importa seja ele revel. O art. 261 do CPP, cumprindo a garantia constitucional, permanece inatingível na sua imperativa determinação, em virtude de um superior interesse de justiça:

“Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado e julgado sem defensor.

“O não-cumprimento desse preceito acarreta a nulidade do processo, ex vi do art. 564, III, c, do CPP.

“Esse defensor, por outro lado, há de ser, impreterivelmente, um profissional devidamente habilitado para o exercício da advocacia. Tal afirmativa se impõe à vista do que dispõe o art. 263 do CPP.” (In Manual de Processo Penal, São Paulo: Saraiva, 5.^a edição, 2003, p. 341). Original sem os grifos.

O não menos festejado professor Julio Fabbrini Mirabete é ainda mais veemente quando trata do tema:

“Diante do princípio constitucional que assegura aos acusados em geral a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5.º, LV, da CF) e em face da complexidade da vida moderna, em especial com relação ao processo judicial, **é indispensável que o réu seja amparado por pessoa com conhecimentos técnicos suficientes para que se torne efetiva a referida garantia** (...) O defensor, procurador ou representante da parte, é o advogado, sujeito especial no processo porque sua atuação é obrigatória. (...).

“A representação no processo penal tem um caráter especial, já que o direito de defesa é

indisponível, devendo ser exercido ainda contra a vontade do acusado ou na sua ausência (...). Como se diz na *Exposição de motivos*, ao invés de uma simples faculdade outorgada aos acusados, a defesa passa a ser, em qualquer caso, uma indeclinável injunção legal, antes, durante e depois da instrução criminal.” (In *Processo Penal*, São Paulo: Atlas, 16.^a edição, 2004, p. 363). Grifos do impetrante.

Todavia, estando a ampla defesa consagrada como direito fundamental, o que traz como consequência óbvia o fato do direito à defesa técnica ser também direito fundamental, devemos interpretar o dispositivo constitucional que consagra o princípio em questão de forma extensiva, de modo a ampliar ao máximo possível o direito fundamental em análise.

Com efeito, a Constituição da República ao consagrar a defesa técnica como direito fundamental de todo acusado deseja que os réus desfrutem de uma defesa técnica efetiva, que vá além da função de ser mera legitimadora da sentença que será proferida pelo Estado-juiz.

A lição do professor Julio Fabbrini Mirabete, a despeito de não citar a Carta Política, corrobora o que dissemos:

“A autodefesa técnica, porém, não é possível para quem não tenha habilitação profissional, pois **o Estado exige que ela seja de modo efetivo, regular e eficaz** (...).” (In *Ob. cit.* p. 364). Grifos nossos.

Não bastasse, o professor Tourinho Filho deixa claro o acerto da afirmativa feita acima quando fala sobre a função do defensor, citando o irrepreensível Manzini:

“A função do defensor, na irrepreensível lição de Manzini, é a de apresentar ao Órgão Jurisdicional competente tudo quanto, legitimamente, possa melhorar a condição processual do imputado e que possa honestamente contribuir para dirimir ou diminuir sua imputabilidade ou sua responsabilidade.” (In Ob. cit. p. 342-3).

Segue na mesma esteira o professor Julio Fabbrini Mirabete ao tratar do tema:

“Seja constituído ou nomeado, cabe ao advogado representar e assistir tecnicamente o acusado, apresentando ao órgão jurisdicional tudo o que possa contribuir para absolvê-lo ou, ao menos, favorecer de alguma forma a sua condição no processo.” (In Ob. cit. p. 363).

Portanto, a defesa técnica que não cumpre esta função ou ao menos a persegue é meramente formal, violando o direito fundamental à ampla defesa do cidadão acusado e ensejando a declaração de nulidade do processo.

No caso em tela, o advogado dativo nomeado pelo Juízo Singular para exercer a defesa técnica do paciente a partir da sessão plenária não exerceu esta defesa da forma preconizada pela Carta Política, conforme passamos a demonstrar.

Inicialmente, o causídico em questão aceitou fosse nomeado advogado dativo do paciente menos de vinte e quatro horas antes do início da sessão plenária.

A aceitação já não seria prudente se considerássemos apenas a complexidade inerente a qualquer das sessões plenárias dos Tribunais do Júri, que dirá na sessão plenária em apreço, definida pelo próprio Juízo Singular como complexa, a ponto do magistrado afirmar que adentraria a noite.

Certamente, nenhum de nós permitiria que a defesa técnica de um de nossos filhos fosse exercida em sessão plenária por advogado não remunerado nomeado pelo juízo há menos de vinte e quatro horas do início da sessão.

Frise-se que o Código de Processo Penal exige que a defesa técnica do acusado tome ciência de qualquer documento juntado aos autos pela parte autora com ao menos três dias de antecedência em relação à sessão plenária (art. 475 do CPP).

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça tem declarado a nulidade de sessões plenárias que deixaram de observar o artigo 475 do Código de Processo Penal:

PENAL. PROCESSUAL PENAL.
RECURSO ESPECIAL. ART. 475, CPP. JÚRI. DOCUMENTO
APRESENTADO EM PLENÁRIO. O art. 475 do Código de

Processo Penal tem o claro objetivo de garantir a lisura do julgamento, preservando a lealdade processual, na medida em que, a fim de evitar surpresa à parte adversa, veda a apresentação de documentos sem prévia ciência da mesma. Tal apresentação, sem prévia ciência da parte contrária, implica nulidade, evidenciado que, do fato, decorreu prejuízo. Recurso conhecido e provido. (REsp 399884 / DF. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA. QUINTA TURMA. Data do Julgamento: 05/12/2002. Data da Publicação/Fonte: DJ 17.03.2003 p. 256).

No caso em tela, o advogado dativo tomou ciência de todos os documentos constantes dos autos menos de vinte e quatro horas antes da sessão plenária.

A complexidade da causa aliada ao pouquíssimo tempo que teve o profissional nomeado para se preparar para atuar na sessão plenária, por si só, já demonstraria não ter sido efetiva a defesa técnica exercida.

Entretanto, os fatos ocorridos ao longo da sessão plenária e posteriormente a esta deixam ainda mais patente a ausência de defesa técnica.

Primeiramente, verifica-se que o advogado dativo nomeado pelo Juízo Coator não sustentou qualquer tese subsidiária, limitando-se a dizer que não havia provas suficientes para a condenação.

Tal fato consiste em verdadeiro absurdo! O paciente possuía apenas dezenove anos na data dos crimes que lhe foram imputados

e a idade encontra-se comprovada nos autos pela certidão de nascimento do acusado.

A circunstância atenuante consagrada no inciso I do artigo 65 do Código Penal não foi reconhecida pelo Conselho de Sentença simplesmente porque o advogado dativo sequer mencionou tal circunstância para os cidadãos-jurados.

Não bastasse, constata-se que o advogado dativo em nenhum momento atacou a qualificadora da motivação fútil, mesmo tendo sido colhidas diversas provas que o permitiriam tê-lo feito.

Bastava que o causídico tivesse passado os olhos nas alegações finais apresentadas pelo paciente ao final da primeira fase do procedimento escalonado que colheria argumentos para refutar a circunstância qualificadora em questão.

Contudo, novamente, optou pelo silêncio. Resultado: paciente condenado as penas do crime de homicídio qualificado.

O advogado dativo em questão dispensou, ainda, a oitiva de todas as testemunhas arroladas pelo paciente e não requereu a leitura de qualquer das peças que se encontravam nos autos.

Encerrada a sessão plenária, o resultado não poderia ser diferente: o paciente foi condenado a 22 (vinte e dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Mesmo sendo elevado o *quantum* de pena imposto ao paciente, o advogado dativo sequer interpôs recurso de apelação, permitindo que tão rigorosa sentença condenatória transitasse em julgado.

Se é certo que cada um dos fatos descritos, isoladamente, demonstrariam somente a deficiência da defesa técnica, somados deixam claro a completa ausência de defesa técnica efetiva.

Aliás, sintomático da falta de defesa técnica é que a sessão plenária descrita pelo próprio Juízo Coator como complexa, a ponto de fazer com que o magistrado afirmasse que adentraria a noite, teve seus debates encerrados às 17 horas e 28 minutos, ainda sob o sol voltarrredondense.

Sabemos que alguns dos advogados dativos nomeados estão mais preocupados em prestar um favor ao Juízo do que em defender os interesses da parte, sobretudo quando não remunerados.

No caso em tela, não podemos afirmar que o profissional nomeado há menos de vinte e quatro horas de uma complexa sessão plenária, que não sustentou qualquer tese subsidiária, a despeito do conjunto probatório lhe favorecer, não ouviu testemunhas, não solicitou a leitura de peças, não interpôs recurso de apelação, apesar da pena imposta ao paciente ser de vinte e dois anos e seis meses de reclusão logrou êxito em *“representar e assistir tecnicamente o acusado, apresentando ao órgão jurisdicional tudo o que possa contribuir para absolvê-lo ou, ao menos, favorecer de alguma forma a sua condição no processo.”*

O advogado dativo nomeado pelo Juízo Singular não parece preocupado em exercer a defesa técnica de modo efetivo nem mesmo de clientes que o remuneraram.

Afinal, foi preso em flagrante e indiciado por Delegado de Polícia Federal como incurso nas penas do crime de extorsão, eis que teria dito a um cliente que policiais federais exigiam determinada quantia em dinheiro para evitar fosse decretada sua prisão, sendo preso em flagrante no momento em que recebia a quantia em dinheiro acordada das mãos do mencionado cliente.

A lavratura do auto de prisão em flagrante ensejou a instauração de inquérito policial que foi remetido à Polícia Civil, pois entendeu-se que o suposto crime era de competência da Justiça Estadual comum.

Portanto, patente a ausência de defesa técnica, razão pela qual perfeitamente aplicável ao caso em análise o verbete n.º 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, declarando-se nula a sessão plenária realizada.

Ainda que entendêssemos que a coleção de fatos aqui descritos demonstrariam apenas a deficiência da defesa técnica, a não interposição de recurso de apelação configuraria o prejuízo suportado pelo paciente, o que também nos levaria a declaração de nulidade da sessão plenária em questão.

Nesse sentido manifesta-se o Superior Tribunal de Justiça:

CRIMINAL. RHC. FURTO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE DEFESA. DEFENSOR NOMEADO PELO JUÍZO NÃO-INSCRITO NA OAB. SÚMULA N.º 523/STF. ORDEM CONCEDIDA. Reconhece-se a nulidade do processo criminal instaurado contra o paciente, se evidenciado que o defensor nomeado para a realização da defesa do paciente não possuía registro na Ordem dos Advogados do Brasil, não se podendo saber, inclusive, se era bacharel em Direito, e se demonstrada a **ocorrência de efetivo prejuízo, ante a não-apresentação de apelação criminal contra a sentença condenatória**. Reconhece-se o excesso de prazo na custódia

do réu, se os autos dão conta de que o mesmo encontra-se preso desde 05/02/1999. Recurso provido para anular o processo criminal desde o recebimento da denúncia, determinando que seja assegurada a devida defesa técnica ao paciente e a expedição de alvará de soltura em seu favor, se por al não estiver preso, mediante condições a serem estabelecidas pelo MM. Juiz de 1º grau. (RHC 11251/AM. Ministro GILSON DIPP. QUINTA TURMA. Data do Julgamento: 21/08/2001. Data da Publicação: DJ 08.10.2001 p. 224). Original sem o grifo.

A sessão plenária que se pretende seja declarada nula foi adiada em quatro oportunidades pelos motivos mais diversos.

Primeiramente, por estar a promotora de Justiça atuando junto a dois juízos. Em seguida, por se encontrar a promotora de Justiça adoentada. Ato contínuo, por estar o magistrado exercendo suas funções em dois juízos.

Até mesmo um comum atraso de duas horas na condução do acusado por parte dos agentes penitenciários até o plenário do Tribunal do Júri de Volta Redonda foi razão para se adiar a sessão plenária, sob argumento, *data venia*, nada convincente, tendo em vista que um prolongamento de duas horas não faria com que a sessão plenária adentrasse a noite a ponto de inviabilizar fossem mantidas as condições dignas de acomodação para os cidadãos-jurados.

Afinal, não faz grande diferença para os cidadãos-jurados que a sessão plenária seja encerrada às 23 horas ou a 1 hora da manhã.

Esse atraso nada incomum não retira as condições dignas de acomodação do cidadão-jurado.

Os quatro adiamentos deixam claro que, até esse momento, não houve preocupação com a celeridade processual.

Impossível deixar de se indignar quando observamos que a sessão plenária somente não pôde ser adiada para fins de assegurar uma defesa técnica efetiva ao paciente.

Ressalte-se que o fato da nomeação do advogado dativo não ter sido feita de forma explícita nos autos, ao menos em um primeiro momento, é sintoma claro de que o próprio Juízo Singular vislumbrou a nulidade que se pretende seja declarada.

Isso porque o Juízo Singular, durante o período da greve deflagrada pelos Defensores Públicos, nomeou diversos advogados dativos em diversas oportunidades, fazendo a nomeação sempre de forma explícita.

Por que agiria de forma diferente no caso em questão?

Saliente-se, por oportuno, que o Juízo Singular somente sugeriu fosse a nomeação do advogado dativo documentada pelo próprio magistrado, conforme acabou sendo feito dias após a sessão plenária, depois de tomar ciência que o impetrante havia solicitado verbalmente ao oficial de Justiça que certificasse que o paciente somente tomou conhecimento da existência do causídico que (não) exerceu sua defesa técnica no dia da sessão plenária, fato que deixava claro não ter constituído o advogado em questão como patrono.

Por todo o exposto, deve ser concedida a ordem de *habeas corpus*, declarando-se nula a sessão plenária realizada.

III – DO PEDIDO

Ante todo o exposto, requer a Vossas Excelências:

- a) Seja concedida a ordem de *habeas corpus*, declarando-se nula a sessão plenária realizada e relaxando-se a prisão suportada pelo paciente por longos anos.

Rio de Janeiro, 30 de outubro de 2006.

Denis de Oliveira Praça
Defensor Público
Mat.: 877.368-1

**MODELO DE PETIÇÃO
PLANO DE SAÚDE – ÓRTESE E PRÓTESE**

Judith Regis Moreira Rocha ¹

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX RIO DE JANEIRO.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, xxxxxxxxxx, xxxxxxxxxx, xxxxxxxx, portador da identidade nº xxxxxxxxx IFP/RJ, e CPF n. xxx.xxx.xxx-xx residente e domiciliado na XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX – Rio de Janeiro, através da Defensora Pública em exercício no órgão de atuação da Defensoria Pública Geral do Estado XXXXXXXXXXXXXXX, vem propor pelo rito ordinário

**AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FORNECIMENTO DE SERVIÇO
COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.**

em face da XX, pessoa jurídica situada na Rua XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX / Rio de Janeiro, pelos seguintes fatos e fundamentos:

I- GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Inicialmente, afirma, para os fins do art. 4º da lei 1.060/50, com a redação dada pela Lei 7.510/86, que não possui recursos financeiros para arcar com as custas do processo e honorários de advogado, sem prejuízo do próprio sustento e de sua família, pelo que indica para assistência judiciária a Defensoria Pública Geral do Estado.

II- DA PRIORIDADE DE TRAMITAÇÃO PROCESSUAL

O Autor conta atualmente com mais de 68 anos sendo pois titular do direito a prioridade de tramitação processual conforme dispõe o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03 art. 71) que concede preferência de tramitação aos procedimentos judiciais em que figura como parte pessoa física com idade igual ou superior a 60 anos, motivo pelo qual requer a referida preferência.

III- DOS FATOS

O Autor é associado, como titular, do plano de saúde promovido pela Ré. O contrato foi celebrado em xxxxxxxxx de xxxx, conforme demonstra o contrato anexo de PLANO XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.

¹ Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro, Assessora Jurídica da DPGE/RJ, Professora de Direito do Consumidor da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e do Curso *Praetorium*, membro da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/RJ.

Se antes observávamos relações contratuais travadas de forma paritária, com possibilidade de discussão do conteúdo acordado, atualmente o que se nota são contratos previamente estabelecidos e redigidos pela parte contratante mais forte, sem a possibilidade de modificação do conteúdo pelo consumidor.

Esta vulnerabilidade do consumidor é patente, vez que se depara com contratos e regras já ditados pelo fornecedor, regras essas em sua maior parte abusivas e que traduzem lucro desmedido para as empresas.

Neste diapasão, é certo que na sociedade moderna exsurtem contratações diferenciadas, que além de serem contratos de adesão (com manifesta redução da autonomia da vontade do consumidor) traduzem subordinação ao fornecedor, em outras palavras são contratos que trazem dependência, catividade do usuário àquele contrato. São os chamados pela Professora Claudia Lima Marques de contratos cativos de longa duração

Salta aos olhos o contrato em questão, contrato de Assistência Médico-Hospitalar que brinda seus usuários com uma peculiar dependência, necessidade de manutenção da relação contratual, a fim de não se ver desprovido de seu bem maior a SAÚDE - VIDA.

Pragmaticamente, impedido encontra-se o usuário do Plano de Saúde de dissolver o vínculo contratual sob pena de perder toda a carência adquirida no período já contratado.

Assim, para dar vida à nova ótica contratual, torna-se indispensável o intervencionismo estatal nas relações privadas. Verdadeiramente é o juiz o instrumento que dá efetividade ao equilíbrio do pacto celebrado através do dirigismo contratual necessário para atender às cláusulas gerais de tutela da pessoa humana, da função social dos contratos e da boa-fé.

DA VIOLAÇÃO AO VALOR ABSOLUTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ora não é crível que a negativa de cobertura da intervenção cirúrgica com a colocação de prótese necessária à vida do Autor encontre fundamento de validade no ordenamento constitucional, mormente quando se depreende a análise do conteúdo do princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana previsto no art. 1º III da CF/88 (princípios da igualdade, da liberdade, da integridade psicofísica e da solidariedade social).

Não se deve aplicar norma infraconstitucional sem antes observar os ditames dos princípios constitucionais, mormente quando fere de morte o inafastável e imponderável princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República e um dos primeiros que vem prestigiados na Constituição Federal.

Desta feita, o que se observa é o astuto argumento da prestadora de serviço médico-hospitalar invocando o Equilíbrio Econômico-Financeiro, em prejuízo de todo o conteúdo do princípio absoluto da Dignidade da Pessoa Humana, que se vê submetida a restrições contratuais abusivas, quando a publicidade, OFERTA é no sentido de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, conforme se observa no contrato celebrado entre as partes.

DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Outrossim, tratando-se de pessoa idosa, (contando hoje com mais de XX anos de idade) submetida ao chamado “contrato cativo de longa duração”, onde em verdade, o que deseja e necessita o Autor, nesta fase final de vida é a prestação de forma adequada face a subordinação e catividade contratual em que se encontra.

Certamente há de se levar em consideração o chamado equilíbrio econômico dos contratos, entretanto tratando-se de prestação de serviços relativos a SAÚDE, não se pode visualizar a lide de forma tão simplificada.

A Empresa Ré possui responsabilidade sobre os riscos de seu negócio, quanto mais negócios relativos a prestação de SAÚDE, se sobrepõe à negativa de cobertura do tratamento necessário, em razão da função social e da boa-fé contratual, o pleito sobre o dever de cooperação inerente aos contratos cativos de longa duração nas relações de consumo.

DA BOA-FÉ OBJETIVA E DO DEVER DE COOPERAÇÃO CONTRATUAL

É cediço que, desde os romanos, o princípio da força obrigatória dos contratos é pedra angular da segurança do comércio jurídico. *Pacta sunt servanda*.

Se essa era uma verdade incontestável para os moldes clássicos de contratação, para a sociedade de consumo e dos contratos de massa hodierna merece, o princípio merece uma releitura.

Com efeito, mormente diante dos inevitáveis contratos de adesão onde verdadeiramente inexistente uma fase pré-negocial e onde o conteúdo do instrumento contratual é unilateralmente elaborado, “*deve-se sim criar normas e uma disciplina específica adaptada às suas características especiais e que permita um controle efetivo da equidade contratual*”² (in, MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 4.^a Edição, Revista dos Tribunais, pág. 63.)

Assim, para disciplinar tais relações contratuais complexas, cativas, de longa duração, passou-se, portanto, a uma visão dinâmica destes contratos massificados, de como sua especialidade e indiscutível importância social imprimem a necessidade de uma nova interpretação das obrigações assumidas, de uma visualização mais precisa da gama de deveres principais e secundários existentes nestas relações contratuais e de que, em virtude da confiança despertada, o paradigma máximo aqui há de ser o princípio da boa-fé objetiva.

O próprio Código de Defesa do Consumidor traz como principal princípio norteador a boa-fé objetiva, sendo certo que a mesma deve pautar as relações entre consumidor e fornecedor, estabelecendo, pela cláusula geral da boa-fé (art. 51, IV CDC), parâmetros interpretativos dos contratos celebrados e deveres anexos aos pactuados.

Vale transcrever o art. 51, IV, já citado, que se adequa perfeitamente ao caso em tela:

Art. 51. IV “*estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou equidade*”

A doutrina, com muita propriedade, assinala como um dos deveres anexos à boa-fé objetiva o dever de cooperação que impõe ao fornecedor a facilitação do adimplemento da obrigação.

“*O segundo dever anexo destacado pela doutrina é o `Dever de Cooperação`, dever (leia-se, obrigação contratual) de colaborar durante a execução do contrato, conforme o paradigma da boa fé objetiva. Cooperar é agir com lealdade e não obstruir ou impedir. Este dever será cumprido de forma passiva pelo fornecedor mantendo-se fiel à finalidade contratual e às expectativas legítimas da parte mais fraca, assim evitando inviabilizar ou dificultar a atuação do outro contratante, por exemplo, quando este tenta cumprir com suas obrigações contratuais. (...)*”

(Claudia Lima Marques, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 4ª Edição, pag. 195 e 198)

Ora, é dever do fornecedor, em razão da boa-fé objetiva, autorizar o tratamento necessário à manutenção da vida do Autor, mormente tratando-se de CONTRATO CATIVO DE LONGA DURAÇÃO.

Ainda, em razão da boa-fé objetiva, constitui dever do fornecedor, mormente em se tratando de prestação de serviço dirigido a preservação da saúde, bem como em razão de tratar-se de serviço ligado à saúde, adequar o contrato, prestando o serviço de forma adequada no momento que mais dele necessita o usuário, em sua velhice!!!!

É forçoso também reconhecer a inobservância pela Empresa-ré das regras imprimidas no artigo 6º, inciso III da Lei 8078/1990, elevando bruscamente a mensalidade sem precedência de informações claras e adequadas a seus usuários, quanto a cobertura contratual, vez que a informação trazida na oferta é de PLANO XXXXXXXXXXXXXXXX:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de qualidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam.

Ademais, a postura a Ré é ilegal, imoral e antiética, no mínimo. Como é cediço, as cláusulas contratuais limitativas do direito do consumidor devem vir destacadas conforme reza o art. 47 da Lei 8.078/90:

“As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”

E ainda, o Código Civil:

“Art. 423: Quando houver no contato do adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

Desta forma, conforme se depreende da análise do contrato acostado, NÃO HÁ QUALQUER DESTAQUE NO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE CELEBRADO QUANTO A NÃO COBERTURA DE PRÓTESE OU ÓRTESE, e ainda EXISTE SIM A OFERTA DE PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA INTEGRAL, o que sem dúvidas cria uma legítima expectativa no consumidor de cobertura ampla, total, O QUE OBIAMENTE INCLUI A COBERTURA DE PRÓTESES OU ÓRTESES.

Nesse diapasão cumpre salientar que recentemente foi editada a Lei n. 9.656/98 que regulamenta a atividade dos planos e seguros privados de assistência à saúde. Sendo norma de ordem pública, com o escopo de proteger os consumidores das arbitrariedades das aludidas empresas, criou o chamado “seguro-referência”, que é uma espécie de contrato mínimo aos quais as empresas devem se ater. É o que preconiza, especialmente, o artigo 10 da Lei, *in verbis*:

“Art. 10. Fica instituído o plano ou seguro-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem ou centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças relacionadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental; (Inciso I com redação dada pela Medida Provisória n. 1.665-00, de 4/6/98).

II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;
III - inseminação artificial;
IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;
V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;
VI - fornecimento de medicamentos para o tratamento domiciliar;
VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; (Inciso VII com redação dada pela Medida Provisória n. 1.665-00, de 4/6/98).
VIII - procedimentos odontológicos, salvo o conjunto de serviços voltados à prevenção e manutenção básica da saúde dentária, assim compreendidos a pesquisa, o tratamento e a remoção de focos de infecção dentária, profilaxia de cárie dentária, cirurgia e traumatologia bucomaxilar
IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes;
X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente;
§ 1º As exceções constantes dos incisos I a X serão objeto de regulamentação pelo CONSU.
§ 2º As operadoras definidas nos incisos I e II do § 1º do art. 1º oferecerão, obrigatoriamente, o plano ou seguro-referência de que trata este artigo a todos os seus atuais e futuros consumidores.
§ 3º Excluem-se da obrigatoriedade a que se refere o § 2º deste artigo as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão e as empresas que operam exclusivamente planos odontológicos. (§ 3º com redação dada pela Medida Provisória n. 1.665-00, de 4/6/98).
§ 4º. A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, serão definidos por normas editadas pelo CONSU. (§ 4º com redação dada pela Medida Provisória n. 1.665-00, de 4/6/98.”

Note o Íncrito Julgador que o legislador foi prudente em fixar a extensão do seguro-referência enumerando as hipóteses de não cobertura. Assim, para saber se determinado tratamento ou procedimento deve ser obrigatoriamente coberto pela Seguradora de Saúde, verifica-se se o mesmo não está no rol do artigo 10 da Lei n. 9.656/98.

Desta forma, o tratamento que o Autor necessita é devido pela Empresa-ré, tanto a intervenção cirúrgica quanto o material nela utilizado, incluindo A PRÓTESE XXXXXXXXXXXXXXXX, devem ser pagos pela Ré.

Afinal, é justamente para isso que os consumidores celebram os caríssimos contratos de seguro de saúde, que vêm trazendo faustosos lucros às seguradoras privadas, em um rentabilíssimo empreendimento que cresce sobre as mazelas da Rede Pública de Saúde.

Portanto, a ilegalidade da negativa da prestação de serviço contratado se apresenta evidente, quando se tem certo que o segurado cumpriu todos os excessivos prazos de carência previstos, além de cumprir com exatidão a sua obrigação.

Julgados recentes do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já reconheceram o direito do consumidor a receber o tratamento médico de que necessita em situações semelhantes, inclusive com o material a ser utilizado no seu transcurso:

PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO DOS RISCOS. CIRURGIA CARDÍACA. UTILIZAÇÃO DE STENT VASCULAR. COBERTURA. NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL. DANOS MATERIAL E MORAL. 1. Estabelece o art. 51 do CDC que são nulas de plano direito, "as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a

boa fé ou a equidade". 2. Pelo princípio da boa-fé objetiva, que está ligado à interpretação dos contratos, o juiz deverá analisar o contrato de forma global para verificar se, de alguma forma, deliberada ou não, uma das partes teve sua expectativa frustrada, pelo abuso da confiança por ela depositada. 3. Não pode o fornecedor de serviço assumir o risco pelo pagamento do tratamento da enfermidade e, em seguida, em determinada cláusula genérica e inespecífica, excluir ou restringir a sua responsabilidade, que decorre da própria natureza do contrato, comprometendo com isto seu objeto ou o equilíbrio das prestações ajustadas. 4. Considera-se abusivas, portanto, nulas de pleno direito, as cláusulas limitativas do contrato de plano de saúde, sejam por que afrontam os princípios da boa-fé objetiva e da equidade, seja por que não expressam suas regras de forma explícita e clara que devem permear todas as relações jurídicas atuais. 5. Precedentes jurisprudenciais. 6. É cabível na hipótese, indenização por danos morais, tendo em vista que houve ferimento ao princípio da boa-fé objetiva, tendo a apelada agido com abuso de confiança, causando ao apelante constrangimento, angústia e estresse, principalmente perante sua família, devendo tal sofrimento ser imediatamente compensado, na tutela do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. 7. Provimento do apelo (APELACAO CIVEL 2004.001.26465; OITAVA CAMARA CIVEL; DES. LETICIA SARDAS; Julgado em 14/12/2004; obtido no sítio da internet www.tj.rj.gov.br em acesso no dia 5/4/2005).

Assim, recente súmula nº112 do TJ/RJ:

**SEGURO SAÚDE
MARCAPASSO
RECUSA DE COBERTURA
CLÁUSULA ABUSIVA**

“É nula, por abusiva, a cláusula que exclui de cobertura a órtese que integre, necessariamente, cirurgia ou procedimento coberto por plano ou seguro de saúde, tais como “stent” e marcapasso”.

Referência: Súmula da Jurisprudência Predominante nº 2006.146.00003 – Julgamento em 11/09/2006 – Votação: unânime – Relatora: Desembargadora Maria Henriqueta Lobo.

O artigo 35-c, com redação dada pela medida provisória n. 1801-9 de 28/01/99, reforça ainda mais a tese que o fornecedor dos serviços não pode escusar-se do atendimento, pois caracterizada a necessidade e a urgência da intervenção, uma vez que o Autor corre risco à vida.

Assim, dispõem o art.35-c:

“ É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:

I – de emergência, como tal definidos os que implicam risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração de médico assistente;”

É pacífico, que em sede da relação de consumo, principalmente em contrato de fornecimento de serviço as cláusulas exageradas não podem prevalecer frente ao consumidor, em conformidade com art. 51, IV do Código do Consumidor. A lei n.9656/98 é norma de ordem pública, criada para proteger os consumidores da ganância e arbitrariedade das

empresas que operam planos ou seguros privados de assistência a saúde. Portanto, o “contrato mínimo” por ela estabelecido sempre prevalece.

Aliás, tal questão foi inclusive objeto de recente decisão do E. Juízo da 6ª Vara Empresarial, que, apreciando pedido de antecipação de tutela em Ação Coletiva proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, assim se manifestou:

“ A cobertura do seguro saúde que se restringe apenas à internação e intervenção cirúrgica sem o fornecimento da prótese ou órtese necessária, ligada ao ato cirúrgico, é ineficaz, tendo em vista que tal fornecimento é indispensável ao próprio procedimento cirúrgico”.

Seguindo esse raciocínio e entendendo que não pode a estipulação contratual anterior à vigência da Lei nº 9.656/98 negar à consumidora o fornecimento de próteses ou órteses ligadas ao ato cirúrgico principal, sob pena de ofender o Princípio da Razoabilidade e de configurar a abusividade vedada pelo art. 51, IV, do CDC, assim decidiu o MM Juiz:

“ (...) CONCEDO A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA REQUERIDA, para que, no prazo de 24 horas a partir do recebimento da notificação, as Rés se abstenham de excluir da cobertura contratada pelos seus consumidores, ainda que por meio de contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei n. 9656/98, o fornecimento de próteses e órteses ligadas ao ato cirúrgico, com fundamento nos arts. 47 e 51, inciso IV, do CDC, e no art. 10, inciso VII (contrario sensu), da Lei n. 9656/98, sob pena de imposição de multa no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), por ocorrência”. (proc 2003.001.122525-1)

Outro não é o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, senão vejamos:

“Plano de Assistência Médico Hospitalar. Contrato de Prestação de serviços – julho/1995. Ação Ordinária de Obrigação de Fazer. Tutela antecipada deferida, com o cumprimento através de expedição de guia de internação e assistência necessária intervenção cirúrgica gastroplastia com derivação gastejejunal por laparoscopia:obesidade mórbida. Procedimento cirúrgico de grande porte, nem estético, nem experimental, mas sim indispensável. Laudo médico esclarecedor. Artigo 51, IV, c/c §1º, II do CODECON. Nulidade da cláusula 7 do contrato. Prótese especial que integra o procedimento cirúrgico – dispositivos opositores de pontos par feitura das anastomoses portanto imprescindíveis. Risco de morte por embolia não afastados pela empresa ré. Atendimento emergencial – obrigação dos planos de saúde, cobertura integral. Artigo 35, d e não o caput, Lei nº 9.656/98. Relação de Consumo. Decisão de procedência que se mantêm. Desprovemento do apelo. (Apelação Cível nº 2003.001.12134, 10ª C.Cível, Rel. Des. Wany Couto, j. 05/08/03).

“Ação reparatória. Danos Materiais e morais em cúmulo com obrigação de fazer. Plano de Saúde. Colocação de prótese. Se a prótese decorre de ato cirúrgico coberto pelo plano de saúde, sendo consequência possível da cirurgia realizada, não pode valer a cláusula que proíbe a cobertura. Inclui-se a prótese, no tratamento coberto desde que se encontre vinculada ao ato cirúrgico principal. Sentença correta. Improvimento do recurso. (Apelação Cível nº 2003.001.30314, 9ª C.Cível, Rel. Des. Mandonado de Carvalho, j. 02/12/2003)”

Assim sendo, demonstrados se encontram os requisitos autorizadores da antecipação da tutela jurisdicional, prevista no inciso I, do artigo 273, do Código de Processo Civil e 84 e §§ da Lei 8.078/90, haja vista a verossimilhança da alegação e o perigo de dano irreversível na demora da intervenção cirúrgica, injustificadamente negada pela empresa Ré, não obstante a adesão e cumprimento com exatidão das obrigações.

V- DO PEDIDO:

Face ao exposto, requer:

a) o deferimento da antecipação da tutela,, *inaudita altera pars*, para determinar que a ré proceda a autorização para a internação do Autor no dia xx/xx/xxxx (DOMINGO) no Hospital xxx, localizado na Rua xxxxxxxxxxxxxxxxxxx-Rio de Janeiro/RJ, bem como para que sejam realizados os procedimentos cirúrgicos necessários e urgentes para a manutenção da vida do Autor e ainda, a cobertura da aquisição dos materiais cirúrgicos necessários incluindo as despesas com equipe médica especializada e despesas referentes à prótese/órtese, tudo conforme abaixo descrito, oficiando-se a empresa ré, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00;

MATERIAL:

xxxxxxxxxx

PROCEDIMENTOS:

xxxxxxxxxx

b) a inversão do ônus da prova nos termos do art. 6º, VIII da Lei 8.078/90;

c) a CITAÇÃO da Ré, na pessoa de seu representante legal, para oferecer contestação, sob pena de revelia;

d) a intimação do Hospital xxxxxxxxx localizado na Rua xxxxxxxxxxx da decisão antecipatória da tutela;

e) Seja julgado PROCEDENTE o pedido para:

e.1.) EMITIR PRECEITO CONDENATÓRIO PARA DETERMINAR que a Ré se abstenha de praticar qualquer ato que interrompa o fornecimento de serviço médico hospitalar prestado ao Autor Sr. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx ;

e.2) EMITIR PRECEITO CONDENATÓRIO PARA DETERMINAR que a Ré autorize a permanência e todo o tratamento necessário a manutenção da vida do Sr. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX no Hospital XXXXXXXXX localizado XX, até a sua alta ;

e.3) EMITIR PRECEITO CONDENATÓRIO para determinar que a Ré, compense ao Autor, à título de danos morais sofridos, em valor não inferior a XX salários mínimos;

e.4) EMITIR PRECEITO CONDENATÓRIO para que a ré pague as custas processuais e nos honorários advocatícios, estes a serem revertidos para o Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro.

Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a documental, testemunhal e pericial.

Dá à causa o valor de R\$ XXXXXXXXXXX
P. Deferimento.
Rio de Janeiro, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX de 200X

JUDITH REGIS MOREIRA ROCHA
Defensora Pública

PARECERES
VERBAS DE CARÁTER INDENIZATÓRIO: FÉRIAS – AUXÍLIO TRANSPORTE - BENEFÍCIO
PERMANÊNCIA – ABONO PERMANÊNCIA E ACUMULAÇÃO
- ISENÇÃO DE DESCONTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA
TETO CONSTITUCIONAL

Paulo Cesar Ribeiro Galliez
Defensor Público de Classe Especial¹

1) DESCONTO PREVIDENCIÁRIO E IMPOSTO DE RENDA SOBRE AUXÍLIO
TRANSPORTE, BENEFÍCIO PERMANÊNCIA E ACUMULAÇÃO
(Proc. n.º E-20/12154/2006)

Trata-se de consulta formulada pela sra. Coordenadora Geral de Pagamento – DRCP/DPGE, sobre a incidência de descontos previdenciários e de imposto de renda sobre o auxílio transporte, benefício de permanência e acumulação, tendo para tanto acostado Parecer da douta Procuradoria Geral do Estado envolvendo discussão sobre a matéria.

De acordo com a Lei Complementar n.º 112, de 19 de junho de 2006, que alterou a Lei Complementar n.º 06/77, *as verbas de caráter indenizatório não serão objeto de desconto de contribuição previdenciária, nem consideradas para efeitos tributários, na forma da lei.* (nova redação dada pelo art. 4º da Lei Complementar n.º 112/2006 ao art. 93, § 1º, da Lei Complementar n.º 06/77)

Assim, cumpre definir quais são as verbas de caráter indenizatório para essa finalidade.

A título de exemplificação, a Lei n.º 4.595, de 16/01/2005, que trata do pagamento aos membros da Defensoria Pública de períodos de férias indeferidos ou renunciados, menciona especificamente em seu art. 1º que esse pagamento se dá **a título de indenização**, fazendo com que os referidos descontos não incidam sobre tais verbas.

No entanto, em relação às verbas objeto da consulta, há que se buscar apoio no indicado parecer da douta Procuradoria Geral do Estado, para se concluir que:

- a) a ajuda de custo para transporte e mudança **é verba de caráter indenizatório**, posto que tem por finalidade “compensar o Defensor Público pelas despesas de deslocamento e manutenção”, como aliás a própria lei o define;
- b) o benefício permanência, igualmente alveja compensar o Defensor Público que, estando apto para usufruir sua aposentadoria, opta pela permanência em atividade, constituindo, por via de consequência, verba indenizatória;

¹ Pareceres elaborados quando Coordenador Geral das Assessorias da DPGE/RJ e devidamente aprovados pelo Defensor Público Geral do Estado do Rio de Janeiro

- c) a acumulação visa gratificar a atuação do Defensor Público ao exercer funções em órgãos de atuação distintos, constituindo também verba indenizatória.

Como admitido pelo douto parecer da Procuradoria Geral do Estado, “*a definição da retribuição estipendial inclui apenas o vencimento-base e a verba de representação, excluídos o adicional por tempo de serviço e quaisquer outras vantagens.*”

O parecer conclui que as verbas objeto desta consulta – idênticas àquelas recebidas pelos Procuradores do Estado – estão inseridas na rubrica “*outras vantagens*” e, nessa hipótese não há que se falar em distinção em relação aos Defensores Públicos, já que dentre as atribuições previstas por seu estatuto (Lei Complementar n.º 15 de 25/11/1980, art. 2º, I e IV), acha-se:

- 1) o controle interno da legalidade do Poder Executivo; e,
- 2) o exercício de funções de consultoria jurídica da administração direta, no plano superior, inclusive no que respeita às decisões das questões interadministrativas, bem como emitir pareceres, normativos ou não, para fixar a interpretação governamental de leis ou atos administrativos.

Observe-se ainda que a Lei n.º 3.189, de 22/02/1999, que trata do RIOPREVIDÊNCIA, exclui expressamente a incidência do desconto da previdência de gratificações por serviços extraordinários, onde está implícita a acumulação, bem como as diárias de viagem, a ajuda custo e outros pagamentos de natureza indenizatória (art. 34, § 2º).

Desse modo, conclui-se que as verbas de auxílio transporte, benefício permanência e acumulação, **não estão sujeitas à incidência dos descontos previdenciários e imposto de renda, já que autorizados expressamente pelo art. 93, § 1º, da Lei Complementar n.º 06/77, com a redação dada pelo Lei Complementar n.º 112/2006.**

Este é o parecer.

Rio de Janeiro, 05 de dezembro de 2006

PARECERES
VERBAS DE CARÁTER INDENIZATÓRIO: FÉRIAS – AUXÍLIO TRANSPORTE - BENEFÍCIO
PERMANÊNCIA – ABONO PERMANÊNCIA E ACUMULAÇÃO
- ISENÇÃO DE DESCONTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA
TETO CONSTITUCIONAL

Paulo Cesar Ribeiro Galliez
Defensor Público de Classe Especial¹

2) INDENIZAÇÃO DE FÉRIAS E TETO CONSTITUCIONAL
(Proc. n.º E-20/11305/2005)

Trata-se de consulta formulada pela sra. Coordenadora Geral de Pagamento – DRCP/DPGE, sobre o procedimento a ser adotado quanto à base de cálculo das indenizações de férias dos Defensores Públicos, levando-se em conta o teto constitucional.

Dispõe o art. 1º da Lei n.º 4.595, de 16/09/2005, que:

“Art. 1º - Aos membros da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro fica assegurado o pagamento, **a título de indenização**, dos períodos de férias renunciados ou indenizados em razão de absoluta necessidade de serviço e averbadas para gozo em tempo conveniente, quando não usufruídas integralmente.”

Por seu turno, o art. 37, § 11, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 47/2005, prevê expressamente que:

“Art. 37 (...)

.....
§ 11. Não serão computadas, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do caput deste artigo, **as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei.**”

¹ Pareceres elaborados quando Coordenador Geral das Assessorias da DPGE/RJ e devidamente aprovados pelo Defensor Público Geral do Estado do Rio de Janeiro

Assim sendo, para os casos de pagamento de períodos de férias indeferidos ou renunciados, tendo em vista seu caráter indenizatório, não estão tais verbas sujeitas ao teto constitucional, como autorizado pelo referido art. 37, § 11, da Constituição Federal.

Este é o parecer.

Rio de Janeiro, 08 de dezembro de 2006

3) ABONO PERMANÊNCIA E TETO CONSTITUCIONAL

Trata-se de requerimento formulado pelo ilustre Defensor Público aposentado, Dr. Ronald Eucário Villela, suscitando a exclusão do teto remuneratório a importância correspondente ao seu abono permanência em serviço, tendo para tanto anexado cópia da Resolução n.º 13, de 21/03/2006, do Conselho Nacional de Justiça, onde é feita exclusão expressa dessa verba para tal finalidade.

Antes do advento da Emenda Constitucional n.º 41/2003, que introduziu o abono permanência, a Emenda Constitucional n.º 20/1998 já havia introduzido a *isenção da contribuição previdenciária*, a qual foi incorporada à Lei estadual n.º 3.189/1999 pela Lei n.º 3.784/2002.

Embora tenham aparente semelhança, há distinção entre o abono permanência e a isenção da contribuição previdenciária, como observam os advogados da Assessoria Jurídica Nacional do Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior – ANDES:

“a) A isenção instituída pela EC n.º 20/98, de natureza jurídica tributária, possuía um âmbito bem mais restrito, sendo devida apenas aos servidores ativos que implementassem as condições para a aposentadoria com proventos integrais e até o cumprimento dos requisitos constantes da alínea ‘a’ do inc. III do § 1º do art. 40 da CF.

b) Já o abono de permanência, com natureza jurídica de benefício previdenciário, é devido a todos os servidores ativos que tiverem preenchido os requisitos para aposentadoria (quer na forma do art. 2º ou 3º da EC n.º 41/03, quer na forma do art. 40 da CF), enquanto permanecerem na ativa, até aposentadoria compulsória.”
(Parecer divulgado pela Internet)

Segundo Parecer n.º 01/06/DMS, de lavra do ilustre Procurador do Estado, Dr. Davi Marques da Silva, o abono permanência *“no plano da análise dogmática é uma gratificação **pro labore facto**, por ser deferida ao servidor como decorrência de uma condição pessoal (atingimento dos requisitos para a inatividade remunerada) e opção pela permanência no serviço ativo.”*

Assim, pela dinâmica desse raciocínio pode-se concluir que se trata de verba indenizatória com o fim de compensar a mão de obra daquele que, eventualmente, já poderia estar usufruindo sua aposentadoria.

Ademais, pelo princípio da simetria, não há que falar em distinção em relação ao tratamento dado aos Magistrados, cabendo desse modo a aplicação, *ad referendum*, da regra disposta na Resolução n.º 13 de 21/03/2006, do Conselho Nacional de Justiça, que prevê expressamente:

“Art. 8º - Ficam excluídas da incidência do teto remuneratório constitucional as seguintes verbas:

.....
IV – **abono permanência em serviço**, no mesmo valor da contribuição previdenciária, conforme previsto no art. 40, § 19, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional n.º 41, de 31 de dezembro de 2003.”

Em conclusão, nada obsta, do ponto de vista do direito constitucional, que os Defensores Públicos beneficiados pelo recebimento do abono permanência tenham o valor dessa verba excluído do teto remuneratório, a exemplo do que foi decidido pelo Conselho Nacional de Justiça.

Este é o parecer.

Rio de Janeiro, 19 de dezembro de 2006