



**UNIUBE**  
Universidade de Uberaba



MINISTÉRIO PÚBLICO DO  
ESTADO DE MINAS GERAIS

REVISTA JURÍDICA  
**UNIJUS**

ISSN 1518-8280

R. Jur. UNIJUS	Uberaba-MG	V.9	n. 10	Mai. 2006	p. 1-282
----------------	------------	-----	-------	-----------	----------



**UNIJUS**

# Universidade de Uberaba

## Reitor

Prof. Marcelo Palmério

## Vice-Reitora

Profª. Elsie Barbosa

## Pró-Reitor de Ensino Superior

Profª. Inara Barbosa Pena Elias

## Pró-Reitor de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão

Prof. José Bento Alves

## Diretor do Curso de Direito

Prof. Pérsio Henrique Barroso

## Ministério Público do Estado de Minas Gerais

### Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba

**Coordenadora:** Sandra Maria da Silva

**Promotora de Justiça**

### REVISTA JURÍDICA UNIJUS

Produção da Universidade de Uberaba em parceria com o Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba, MG).

Editoração e publicação pela UNIUBE.

Periodicidade semestral.

Os trabalhos apresentados exprimem conceitos da responsabilidade dos seus autores, coincidentes ou não com os pontos de vista da coordenação da Revista.

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Catálogo elaborado pelo Setor de Referência da Biblioteca Central da UNIUBE

Revista Jurídica UNIJUS / Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. – Vol. 1, n.1 (1998)- . – Uberaba, MG: UNIUBE, 1998-

v.

Semestral.

A partir do volume 8 a numeração dos fascículos passa a ser contínua.

ISSN 1518-8280

1. Direito. I. Universidade de Uberaba. II. Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

CDD: 340

## Conselho Editorial

Dirce Maris Nunes da Silva  
Eduardo Pimentel de Figueiredo  
Guido Luiz Mendonça Bilharinho  
João Delfino  
João Vicente Davina  
Lúcio Delfino  
Miralda Dias Dourado  
Newton Luís Mamede  
Patrícia de Oliveira Portela  
Wagner Guerreiro

## Coordenador Editorial

Jurandir Sebastião

Os trabalhos podem ser enviados para:

**Universidade de Uberaba – UNIUBE - Curso de Direito**  
Prof. Jurandir Sebastião - Coordenador Editorial da Revista  
Av. Nenê Sabino, 1801 – Bairro Universitário  
CEP 38.055-500 – Uberaba-MG  
Telefone: PABX (0xx34) 3319.8800 - FAX (0xx34) 3314.8910  
*E-mail:* malthus@terra.com.br

## Núcleo de Estudos Jurídicos do Ministério Público de Minas Gerais de Uberaba

Coordenadora: Dra. Sandra Maria da Silva  
Rua Segismundo Mendes, n.º 175 - Centro  
CEP 38.010-140 – Uberaba-MG  
Telefone (0xx34) 3313.6423 - Fax (0xx34) 3333.8996  
*E-mail:* sandras@netsite.com.br

**ATENÇÃO:** As normas para apresentação e envio dos trabalhos encontram-se no final deste fascículo.





# SUMÁRIO

---

EDITORIAL ..... p. 7

ARTIGOS:

CASAMENTO, REGIMES DE BENS, PARTILHA  
EM VIDA E NO DIREITO SUCESSÓRIO

*Jurandir Sebastião* ..... p. 13

ALGUMAS REFLEXÕES EM TORNO DA  
INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

*Zilda Mara Consalter* ..... p. 45

TERRA, DIREITO E DEMOCRACIA

*André Del Negri* ..... p. 61

A ORGANIZAÇÃO PRIVADA DO MERCADO  
NA ATUALIDADE

*Andréa Queiroz Fabri* ..... p. 69

BREVE ESTUDO SOBRE A ORALIDADE NO  
PROCESSO CIVIL ROMANO

*Fernando da Fonseca Gajardoni* ..... p. 77

PODERES DO CONSELHO NACIONAL DE  
JUSTIÇA E DO CONSELHO NACIONAL DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO

*Renato Franco de Almeida* ..... p. 97

A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO  
JORNALÍSTICA E OS DIREITOS DA  
PERSONALIDADE – DIREITO BRASILEIRO  
E JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRA

*Hidemberg Alves da Frota* ..... p. 107

A MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA  
HOTELEIRA E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

*Roberto Paulino de Albuquerque Júnior* ..... p. 131

NECESSIDADE DE REGULAMENTAR O EXAME  
DE DNA PARA GARANTIR O DIREITO  
FUNDAMENTAL À ASCENDÊNCIA GENÉTICA

*Sandra Maria da Silva* ..... p. 143



UNIJUS

# SUMÁRIO

O ABORTO ANENCEFÁLICO E A TUTELA DA  
DIGNIDADE HUMANA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988  
*Guilherme Berto Nascimento Fachinelli* ..... p. 153

EFICÁCIA IMEDIATA DA SENTENÇA E  
REFORMA PROCESSUAL  
*Anita Caruso Puchta* ..... p. 161

RESPONSABILIDADE DOS DIRETORES E  
GERENTES PELAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS  
DA PESSOA JURÍDICA  
*Ticiane Benevides Xavier Correia* ..... p. 189

PROCESSO E DEMOCRACIA – A AÇÃO  
JURÍDICA COMO EXERCÍCIO DA CIDADANIA  
*Rosemiro Pereira Leal* ..... p. 211

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE  
JURÍDICA  
*Amaury da Silva Kuklinski* ..... p. 225

RECUPERAÇÃO DA EMPRESA NA NOVA LEI DE  
FALÊNCIA E SEUS IMPACTOS MACROECONÔMICOS  
*Marcelo Wêndel Silva* ..... p. 233

A QUESTÃO DO LIVRE ARBÍTRIO DA PESSOA  
JURÍDICA: DA CULPABILIDADE NO DIREITO  
PENAL AMBIENTAL  
*Arthur Mendes Lobo*  
*Cláudio Julio Fontoura* ..... p. 265



# EDITORIAL

**C**om alegria, atingimos a edição nº 10 da Revista Jurídica UNIJUS, editada pela Universidade de Uberaba, em parceria, para produção intelectual, com o Ministério Público de Minas Gerais.

O perfil da revista tem sido mantido. Nossa preocupação continua sendo a diversidade dos assuntos, o caráter objetivo das análises dos temas e das teses defendidas, das novas idéias desenvolvidas e, por fim, a forma didática. Essas características permanecem porque nosso público alvo é o universo *acadêmico* – corpo docente e discente, de graduação e de pós-graduação, de todas as instituições de ensino na área da Ciência do Direito –, concomitantemente ao universo *profissional*; neste, o alvo são todos aqueles que militam na área do direito: juizes, advogados, promotores de justiça, defensores, etc. Continuamos a entender que a produção intelectual, acolhida em nossa revista jurídica, há de findar em conclusões objetivas, cuide ela de interpretação do texto legal vigente ou tão-somente de crítica pela sua injustificável ausência – regras do devenir. Mas nada de utopia. O enfoque do trabalho intelectual desenvolvido há de ser direcionado para o aperfeiçoamento da lei no momento de sua aplicação, ou de sugestão para sua modificação legislativa. Por isso que, não obstante a feição acadêmica dos artigos selecionados para publicação, o conteúdo, com respaldo na Doutrina e na Jurisprudência, há de ter natureza prática. Aqueles que atentarem para essas observações, por certo, entenderão a razão pela qual os artigos a nós remetidos, depois de aprovados pelo Conselho Editorial, vêm e voltam aos seus autores, até adequação final.

Nesta 10ª edição, para adiantamento ao leitor ávido, em resumo introdutório dos trabalhos selecionados, pode-se dizer:

a) – No artigo *CASAMENTO, REGIMES DE BENS, PARTILHA EM VIDA E NO DIREITO SUCESSÓRIO*, de nossa autoria, fazemos anotações sobre o casamento como instituição civil, sobre os requisitos para a sua formalização e para o seu desfazimento. Evidentemente que a opção, pelos nubentes, por um dos regimes de bens disponibilizado pelo atual Código Civil importa escolha do modo material de sobrevivência na sociedade. Por isso, em especial, o artigo cuida dos diversos regimes de bens na sociedade conjugal e os decorrentes efeitos patrimoniais desses regimes no momento da partilha em vida e na partilha *post mortem*, aqui, pelas regras do Direito Sucessório. Essas mesmas análises são feitas, também, em relação à União Estável. Apontamos algumas omissões legislativas e os equívocos superáveis da disciplina imposta pelo CC/2002. Em síntese, é análise didática do tema, sucinta, mas referendada por pesquisa doutrinária, destinada a auxiliar o discente na compreensão do assunto e das soluções para a divisão de bens em razão do regime preestabelecido. De forma especial, debruçamo-nos, com maior afinco, na análise do novel regime *participação final nos aqüestos*, como tentativa de contribuir para a compreensão e a divulgação desse sistema patrimonial conjugal. Pode-se dizer que o artigo, no seu conjunto, é espécie de manual para docentes e para os demais operadores do Direito.

b) – No artigo *ALGUMAS REFLEXÕES EM TORNO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL*, de Zilda Mara Consalter, a autora faz ampla análise e descrição das várias etapas do procedimento médico para a reprodução humana assistida, conhecido, em Medicina, pela sigla “RA”, tanto a fecundação *homóloga* (quando se utilizam materiais fecundantes fornecidos pelo próprio casal interessado) como a *hereróloga* (quando se utilizam materiais fecundantes colhidos de terceiros – banco de sêmen). Após, narra a autora as várias implicações que sucedem no mundo jurídico, quer em relação à *filiação*, à

*maternidade e à paternidade, quer em relação ao Direito Sucessório. Também o direito do nascituro, isoladamente considerado, é objeto de análise pela autora. Em cada passo, o fundamento legal é cotejado com o fundamento ético. Daí o seu arremate: “Cabe então, a nós, pesquisadores do Direito, estarmos atentos aos progressos da ciência para que a área jurídica possa se posicionar quanto a eles e dar maior segurança às relações sociais, prevenir conflitos e abusos contra os seres humanos e contra os que ainda estão em formação”.*

c) – No artigo *TERRA, DIREITO E DEMOCRACIA*, de André Del Negri, o autor, com os olhos voltados para a escassez progressiva de moradia, não obstante a garantia maior grafada no art. 6º da CF, desenvolve seu trabalho apontando que o aumento desordenado da população, em razão da ausência de planejamento familiar (que, por sua vez, não recebe a devida atenção governamental), deságua na multiplicação da miséria. Ao depois, com base na função social da propriedade, descreve o autor como vem sendo tratada, pelo Governo Federal e insatisfatoriamente, a questão da reforma agrária. O autor aponta a necessidade de políticas objetivas de inclusão social e não de estímulos ou omissões em relação às invasões e destruição de propriedades agrícolas produtivas, mesmo porque a quebra no sistema de produção em escala de bens agrícolas desemboca na escassez de alimentos, com as suas nefastas e descontroladas conseqüências. Como forma de inclusão social no campo, o autor aponta o cooperativismo. Daí sua conclusão: “*A regulamentação, portanto, de cooperativismo popular e comunitário serve como desenvolvimento sustentável, como redução da pobreza e como inclusão social, fomentando a inserção da produção na economia nacional.*”

d) – No artigo *A ORGANIZAÇÃO PRIVADA DO MERCADO NA ATUALIDADE*, de Andréa Queiroz Fabri, a autora analisa a empresa na atualidade, seu amparo constitucional – fiel ao princípio da livre iniciativa – e sua função social. Por isso, deve receber do Estado a devida proteção, para o seu regular desenvolvimento, quando em confronto com interesses internacionais, sem, contudo, negar vigência ao princípio, também constitucional, da livre concorrência e do livre comércio internacional. Pela ótica da autora, o desenvolvimento da empresa jamais deve ser utilizado contra os interesses da coletividade. Eis como arremata: “*No âmbito mundial, a ordem legal estabelecida fica a cargo da Organização Mundial do Comércio, com os compromissos estatais efetuados em suas reuniões ministeriais e, em casos de repressão, ao seu órgão de solução de controvérsias, impondo, quando necessárias, medidas antidumping, medidas compensatórias aos subsídios. Se as bases do empreendimento privado remontam a uma época em que o direito de propriedade era absoluto e inviolável e que os direitos fundamentais se resumiam a liberdades jurídicas formais, hodiernamente, a empresa deve satisfazer sua função social.*”

e) – No artigo *BREVE ESTUDO SOBRE A ORALIDADE NO PROCESSO CIVIL ROMANO*, de Fernando da Fonseca Gajardoni, o autor, depois de apreciações doutrinárias sobre o conceito da *oralidade* no processo judicial, e de seus corolários, demonstra a evolução do princípio da oralidade no processo civil romano. Cotejando o sistema da *oralidade* com o sistema do procedimento *escrito*, como forma de desenvolver as pretensões do jurisdicionado perante o Estado-Juiz ao longo do tempo, aponta o autor as vantagens e as desvantagens de cada qual dos sistemas. A iniciar do período das *legis actiones* (crença pagã na força mágica do rito), nas fases *in iure* (perante o pretor) e *apud iudicem* (perante o magistrado), passando pelos períodos formulário e da *cognitio extraordinaria* até os dias atuais, arremata o autor: “*A história do processo civil revela que a escritura está para a segurança assim como a oralidade está para a celeridade. Quanto mais escrito o processo,*



*mais seguro e mais lento. Quanto mais fãlado, mais rãpido e menos seguro. Daí porque a grande parte dos sistemas processuais modernos, inclusive o brasileiro, tãmprocedimentos escritos para causas de maior relevãncia, e procedimentos orais para as causas de menor importãncia social”.*

f) – no artigo *PODERES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO*, de Renato Franco de Almeida, o autor, depois de analisar a origem constitucional de cada qual desses conselhos e seus esforços para o aprimoramento de cada qual dos poderes pãblicos destinatãrios (Judiciãrio e Ministãrio Pãblico), debruça sobre os seus respectivos limites de atuaãõ. Ao ver do autor, pela ótica do Estado de Direito Democrãtico e da repartiãõ dos poderes, esses órgãos carecem de poder normativo, exceto quando agem apenas de forma a *regulamentar* lei já existente, ou apenas complementã-la, com vistas às suas funções precípua: controle esterno. Mas, não, para a criaãõ de regras legais, sob pena de exorbitãncia de funçãõ, em nítida invasãõ de competãncia legislativa. Eis como arremata: “*É extremamente louvãvel o trabalho até aqui realizado pelo CNJ e pelo CNMP nos seus objetivos de dinamizar o Poder Judiciãrio e o Ministãrio Pãblico, respectivamente. Não obstante, em um sistema democrãtico, não pode haver Instituiãõ que se sobreponha às clãusulas constitucionais, mormente aquelas referentes ao prãprio sistema governativo, de Estado de Direito e legitimidade democrãtica*”.

g) – No artigo *ALIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE – DIREITO BRASILEIRO E JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRA*, de Hidemberg Alves da Frota, o autor, como introduçãõ, demonstra que tanto a liberdade de expressãõ e de informaãõ jornalística, assim como os direitos fundamentais de proteçãõ à vida privada e à intimidade, em nosso país, tãm berço constitucional. A seguir, descreve vãrios julgamentos ocorridos em que esses direitos estiveram em conflito. Na seqãncia, apõs meticulosa e objetiva pesquisa no Direito Comparado, passa a descrever os pronunciamentos judiciais ocorridos sobre o mesmo conflito nos países: Portugal, Espanha, Alemanha, França, Venezuela, Argentina, Estados Unidos, África do Sul, Israel, Canadá, Nova Zelãndia, Reino Unido, e na Corte Europãia de Direitos Humanos. Ao finalizar, escreve: “*Para o Tribunal de Estrasburgo, é lícita a difusãõ de fotografias e textos jornalísticos a transparecerem cenas da vida privada somente se contemplar interesse geral legítmo e não a mera curiosidade coletiva de esquadrinhar a rotina privada de figuras pãblicas. Averigua-se não apenas se há aspiraãõ popular em conhecer elementos da esfera privada do noticiado, mas também se assiste direito ao corpo social de fãzer prevalecer o anseio de desvelar a privacidade alheia em detrimento de o desejo do indivídoo preservar seu mundo particular do escrutínio pãblico*”.

h) – No artigo *AMULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA HOTELEIRA E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO*, de Roberto Paulino de Albuquerque Júnio, o autor, debruçando sobre matãria escassa em nossa literatura jurídica e na jurisprudãncia, desenvolve tema de interesse especial, como o prãprio título anuncia, ultrapassando o simples conceito de condomínio. É matãria ainda não positivada em nosso direito. Como afirma o autor, a multipropriedade imobiliãria é uma relaãõ jurídica complexa e híbrida, real, mas integrada por acentuada margem de autonomia negocial, em especial para utilizaãõ nas atividades hoteleira, em âmbito supranacional, o que chama à colaãõ o direito internacional privado. Das considerações finais do autor, extrai-se: “*Como se vê das singelas conclusões ora alinhavadas, a multipropriedade imobiliãria, de uma forma geral (e não apenas a sua vertente hoteleira) fãz por merecer uma atenãõ mais destacada do legislador, que continua a ignorã-la, a despeito de sua discussãõ doutrinãria e do dado do direito comparado, que*

*demonstra a sua franca utilização fora do Brasil, com exemplos legislativos que poderiam ser aproveitados”.*

i) – No artigo *NECESSIDADE DE REGULAMENTAR O EXAME DE DNA PARA GARANTIR O DIREITO FUNDAMENTAL À ASCENDÊNCIA GENÉTICA*, de Sandra Maria da Silva, como o próprio título diz, cuida a autora de demonstrar a necessidade de regulamentação desse tipo de prova técnica, para a segurança do Judiciário e do próprio jurisdicionado. É sabido que a ânsia de certeza de todos nós em relação à descendência biológica, assim como em relação à ascendência, é inexplicável, mas verdadeiro sentimento atávico. O exame de pesquisa por DNA, para os efeitos de determinação de elo genético, por ser fato novo no curso da história, envolvendo procedimento técnico altamente especialidade – nem sempre disponível em todas as nações do mundo – ainda não está devidamente assentado em termos de registro público e de segurança jurídica. Por isso, há pouco que recolher do direito comparado. Daí o arremate, em parte, da autora: “...o que se deve buscar, de forma urgente, é a regulamentação da perícia genética no País, como já existe nos Estados Unidos da América. Essa regulamentação deve conter uma padronização dos procedimentos e cuidados relativos à colheita do material, ou seja, sempre que possível o material deve ser colhido na presença do trio, com o acompanhamento de seus advogados, tomando-se o cuidado de colher as impressões digitais das partes, além de armazenar suas fôtos e assinaturas. A lei deverá, também, indicar a(s) especialidade(s) técnica(s) exigida(s) do perito para realizar o exame e a quantidade mínima de locos analisados no exame”.

j) – No artigo *O ABORTO ANENCEFÁLICO E A TUTELADA DIGNIDADE HUMANA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988*, de Guilherme Berto Nascimento Fachinelli, o autor desenvolve estudo sobre a controvertida terapia de antecipação de parto, a partir da análise da liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF–54 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), aforada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, com o objetivo de afastar o delito de aborto nos casos de gestação de feto anencefálico. O trabalho tem por fundamento material os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade, no Estado Democrático de Direito. Ao ver do autor, é irrelevante a descriminalização do aborto anencefálico, porque o que está em jogo são os princípios constitucionais apontados, arrematando, em parte: “*Com base no paradigma do Estado Democrático de Direito, fica evidente que, em se tratando de antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico, a celeuma sobre descriminalizar ou não é irrelevante, porque a CR/88 tem como fundamento predominante o princípio da dignidade humana. Esse princípio, por corolário, traz consigo o da legalidade, da liberdade e da autonomia da vontade, além do direito à saúde, sendo de clareza solar que, na hipótese de feto anencefálico, interromper a gestação por esses fundamentos há de ser faculdade exclusiva da gestante”.*

k) – No artigo *EFICÁCIA IMEDIATA DA SENTENÇA E REFORMA PROCESSUAL*, de Anita Caruso Puchta, a autora, fazendo coro à eficiente elaboração legislativa setorial processual que vem ocorrendo nos últimos anos, voltada para a simplificação e a efetividade do processo, apregoa a necessidade de mais se avançar, agora com inversão da regra de recebimento do recurso de apelação. Para a autora, com essa visão, não mais se justifica o efeito duplo: suspensivo e devolutivo. O efeito há de ser, como regra, *devolutivo*; e a exceção, o *suspensivo*. Eis como, em parte, arremata seu estudo: “*A alteração da regra dos efeitos do recurso de apelação, a ensejar executividade imediata à sentença, contribuirá para um processo mais ajustado à complexa sociedade contemporânea. As técnicas*

*processuais contrárias à efetividade do processo e à ordem jurídica justa devem ceder lugar às técnicas de superamento de preconceitos, funcionalidade, deformalização, tudo em conformidade com o fim do Estado: o bem comum. Não há segurança jurídica num processo sem resultados, portanto seria necessário buscar um ponto de equilíbrio entre a segurança e o processo de resultados, tendo em vista a probabilidade razoável”. [omissis] “Na alteração do art. 520 do CPC, com inversão da regra, haveria aplicação harmônica dos princípios da isonomia, verossimilhança, concentração, imediatidade, celeridade, economia processual, identidade física do juíze e acesso à justiça. Dever-se-ia ponderar os valores: garantias processuais e processo de resultados, assegurando os direitos fundamentais do cidadão”. [omissis] “O recurso de apelação, com efeito meramente devolutivo, diminuiria os recursos protelatórios e o abuso do direito de recorrer, trazendo benefícios a todo o sistema processual”.*

l) – No artigo *RESPONSABILIDADE DOS DIRETORES E GERENTES PELAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS DA PESSOA JURÍDICA*, de Ticiania Benevides Xavier Correia, a autora demonstra que a responsabilização dos administradores por obrigações tributárias da pessoa jurídica, em razão de atos praticados com excesso de poderes, infração de lei e de contrato social, não pode ultrapassar essas situações, sob pena de quebra da segurança jurídica. Registra os diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema. Descreve os requisitos caracterizadores da responsabilidade tributária, analisando seus vários aspectos, e conclui: “...para ser responsabilizado pelas obrigações tributárias da pessoa jurídica, nos termos do art.135, III do CTN, o terceiro deve ser administrador, dispor de poderes de gestão. [omissis] Para efeitos de aplicação do art. 135, III, ato praticado com excesso de poderes é aquele realizado pelo administrador, em nome da sociedade, que ultrapasse os limites dos poderes a ele instituídos para o exercício de suas funções. Qualquer ato que extrapole os poderes concedidos pela sociedade por meio do ato constitutivo a seu representante, configura contrariedade do estatuto ou contrato social. Já a infração de lei, consiste apenas no ato praticado pelo administrador com o dolo de lesar o Fisco, seja ou não em benefício da pessoa jurídica, de sorte que o mero inadimplemento, embora caracterize violação de dever jurídico, não se enquadra nesta definição, o mesmo ocorrendo com a má administração que cause a insolvência”.

m) – No artigo *PROCESSO E DEMOCRACIA – A AÇÃO JURÍDICA COMO EXERCÍCIO DA CIDADANIA*, de Rosemiro Pereira Leal, o autor defende a idéia de que o processo judicial, pela ótica do devido processo legal, no Estado Democrático Constitucional Brasileiro, não pode se resumir em meio de suavizar ou abafar conflitos sociais, mas, sim, efetivo instrumento de inserção social do jurisdicionado, para fruição dos direitos assegurados constitucionalmente. Daí a conclusão, em parte, de trabalho: “A concepção de **democracia** sem o medium lingüístico do **processo**, a pretexto de celeridade e justiça rápida, reafirma o discurso luhmanniano de que o importante não é resolver os conflitos estruturais nas comunidades políticas, mas, numa reprodução microssistêmica, reduzir o grau de hostilidade às decisões judiciais. No Brasil e em vários países ainda se sustenta a tese ingênua de que, extinta a morosidade da Justiça na resposta às demandas jurídicas, o Judiciário recuperaria seu prestígio junto ao povo, ainda que os direitos fundamentais desse povo já assegurados constitucionalmente possam ser postergados ad-infinitum em seu reconhecimento judicial”.

n) – No artigo *A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA*, de Amaury da Silva Kuklinski, o autor demonstra que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, que tem por objetivo estabelecer a *solidariedade passiva* de seus sócios ou administradores, constitui-se em vários microssistemas autônomos e

independentes, não obstante terem a mesma finalidade, tal como se vê na Falência, na Execução Fiscal, na Execução Trabalhista, nas Relações de Consumo e, por fim, nas Relações Empresariais. Em arremate de seu trabalho, em parte, escreve o autor: “*Fica-se com a impressão de um sistema legal que pretere ou não respeita o próprio sistema integrante do Judiciário, ou seja, uma parte do sistema judiciário faz o que outra julgou oportuno não fazer, em parte pelo acúmulo de regras diversas para a mesma situação jurídica. A situação, desta forma, se apresenta caótica, e é louvável a preocupação do legislador, no âmbito da lei de falências, de disciplinar, nos arts. 81 e 82, o rito a ser empregado para maior garantia, subsistindo ainda, processo a processo, a hipótese do art. 50 do novo Código Civil, ou seja, a aplicação do art. 50 do Código Civil de 2002, positivamente da **Disregard of Legal of Entity** na legislação pátria, que pode levar a unificação das exigências legais para a desconsideração da personalidade jurídica, com hipóteses mais condizentes com a teoria da limitação da responsabilidade, sob pena de, protegendo a eficácia de parte das decisões, desrespeitar-se as restantes, que também integram o nosso sistema legal*”.

o) – No artigo *ARECUPERAÇÃO DA EMPRESA NA NOVA LEI DE FALÊNCIA E SEUS IMPACTOS MACROECONÔMICOS*, de Marcelo Wendel Silva, o autor analisa a evolução histórica do processo falimentar, até nossos dias, com a edição da Lei nº 11.101, de 2005. Em seguida, o autor demonstra a repercussão negativa ou positiva da recuperação da empresa falida na economia geral do país, quer em relação ao sistema produtivo, quer em relação ao mercado financeiro, quer, por fim, em relação ao vínculo de emprego – aspecto social. É, desse modo, estudo interdisciplinar voltado para a reflexão. Eis como, em parte, arremata: “*Recuperação da empresa visa antes de tudo manter empresas viáveis na busca da sua função social, diminuindo assim o índice de desemprego, evitando a diminuição da arrecadação tributária e diminuindo também o custo dos bens econômicos e sociais. A sociedade empresária e a empresa individual, na busca de suas funções sociais, devem sintonizar com os ditames constitucionais, principalmente com os princípios e fundamentos da Ordem Econômica. A nova Lei de Falência “teoricamente” está em sintonia com a finalidade social da empresa e com os ditames da Ordem Econômica, notadamente com a previsão, em seu bojo, da possibilidade de recuperação da empresa*”.

p) – No artigo *A QUESTÃO DO LIVRE ARBÍTRIO DA PESSOA JURÍDICA: DA CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL AMBIENTAL*, de Arthur Mendes Lobo e Cláudio Júlio Fontoura, os autores, partindo da legislação ambiental que prevê penalização da personalidade jurídica, de forma distinta da de seus co-autores, analisam a questão da responsabilidade penal da personalidade jurídica, cotejando doutrina pátria e alienígena e, inclusive, julgados já ocorridos. Após a descrição das várias teorias penais aplicáveis à espécie, concluem os autores pela impossibilidade de responsabilização penal da personalidade jurídica. Daí porque escrevem: “*Ainda que se argumente que a responsabilização penal da pessoa jurídica pudesse facilitar a identificação e punição dos delinquentes que não raras vezes agem escondidos sob o manto da personalidade societária, é necessário lembrar que compete ao poder público criar instrumentos administrativos para que tais simulações ou dissimulações não aconteçam*”.

Repetindo a conclusão dos editoriais anteriores, críticas, sejam quais forem, serão bem vindas. Se produtivas, a elas humildemente nos renderemos.

Uberaba, maio de 2006.

Jurandir Sebastião

Coordenador Editorial



# CASAMENTO, REGIMES DE BENS, PARTILHA EM VIDA E NO DIREITO SUCESSÓRIO.

Jurandir Sebastião<sup>1</sup>

## Resumo:

Estas anotações têm por objetivo apontar as principais características do casamento, como instituição civil, e dos diversos regimes de bens na sociedade conjugal, os efeitos patrimoniais decorrentes desses regimes no Direito Sucessório, inclusive os decorrentes da União Estável, as omissões legislativas e os equívocos superáveis da disciplina imposta pelo CC/2002.

**Palavras-chave:** Casamento. União Estável. Regime de Bens. Direito Sucessório.

## SUMÁRIO:

1. O casamento – 1.1. A instituição social *casamento* – 1.2. O *descasamento* – 2. Regime de *bens* – 2.1. Mutabilidade do regime de bens – 3. Convenção ou escritura de *pacto antenupcial* – 4. Regime da comunhão *parcial* de bens – 5. Regime da comunhão *universal* de bens – 6. Regime da participação *final* nos aqüestos – 6.1. Conceituação – 6.2. Parâmetros e requisitos legais – 6.3. Dissolução do casamento e partilha dos bens – 6.4. Apuração dos bens aqüestos – 7. Regime da *separação* de bens – 8. Regime da comunhão *parcial* e/ou *contratual* na União Estável – 9. Regime de Bens e seus reflexos no Direito Sucessório – 9.1. Concorrência do cônjuge sobrevivente – 9.2. Incompreensíveis exclusões de concorrência pelo cônjuge – 9.3. Limite do Direito de Concorência – 9.4. Concorrência do Parceiro Estável – 10. Aspectos práticos dos regimes de bens – 11. Conclusão – 12. *Abstract* – 13. Referências.

## 1. O CASAMENTO

### 1.1 A instituição social *casamento*

Pelo ângulo da vida *privada*, o casamento é instituição social destinada à realização *pessoal* de cada qual dos cônjuges. Como diz o art. 1.511 do CC/2002, “*O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges*”. Na ordem prática, ainda pelo ângulo privado, o casamento integra um conjunto de interesses, concomitantes e recíprocos, de natureza *afetiva*, de satisfação *sexual*, de *amparo* material, de formação de *prole*, e de *interação social*. É, pela ótica da realização pessoal, verdadeiro *projeto de vida*. Tudo com propósito duradouro e ilimitado no tempo. O exercício da dinâmica desse conjunto de interesses por parte de ambos os cônjuges denomina-se *família*, tem o amparo Constitucional do art. 226 e está regrado pelos artigos nºs. 1.511, 1.565 e 1.566, do CC/2002.

Pelo ângulo de interesse *público*, o casamento é instituição social destinada a preservar a coesão do núcleo humano *familiar* (cujo objetivo principal é a *prole*), nos seus aspectos de proteção geral e recíproca do grupo e, por natural desdobramento e ampliação, a coesão do *tecido social*. Daí sua importância na formação, estrutura e preservação do *Estado*, com vistas à harmonia e à solidariedade social, além da natural interação de atividades para a produção de bens para a sobrevivência material de todos.

1 - Juiz de Direito aposentado. Pós-graduado em Direito Civil e Direito Ambiental. Professor de Direito Civil. Advogado.



Por essa razão, e sem qualquer arranhão ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o Estado dá ao casamento tratamento legal *tutelar*, impondo regras e condições para sua celebração e eleição do regime de bens, assim como para o seu desfazimento. As restrições à liberdade de *casar* se fundamentam na eugenia (idade núbil e consangüinidade) e nos padrões morais cristão-judaicos, assentados na cultura ocidental (parentesco). Para o desfazimento do casamento, as restrições têm por escopo a defesa do interesse *coletivo*: defender e preservar a instituição *família*, como núcleo da sociedade civil.

Como regra, o casamento se formaliza por meio de *contrato solene*, mediante o cumprimento de todos os requisitos estabelecidos em lei (arts. 1.512–1.547, do CC/2002).

Entretanto, quando homem e mulher se associam para os mesmos fins da realização individual de cada qual, mas sem a *formalidade* de *casamento*, cria-se a denominada *união estável* – igualmente sob amparo Constitucional (art. 226, § 3º, da CF/88) e sob regramento legal infraconstitucional distinto (arts. 1.723-1.726, do CC/2002).

## 1.2 O descasamento

Se, para a formalização do *casamento*, os requisitos prévios devem ser cumpridos, da mesma forma, para o *descasamento* os requisitos impostos também devem ser observados. Entretanto, se as *restrições* legais para *casar* e para *descasar* decorrem da postura *tutelar* do Estado, por outro lado, a defesa do interesse *individual* em conflito decorre do exercício do princípio da dignidade da pessoa humana – direito fundamental expresso no inciso III do art. 1º da CF/88. Por isso, cabe ao Judiciário relativizar o primeiro, para harmonizá-lo com o segundo, caso a caso, não obstante o interesse *coletivo* ser, em regra, superior ao *individual*.<sup>2</sup>

De início, há de se distinguir *dissolução da sociedade conjugal* de *extinção do vínculo matrimonial*. Cada qual tem amparo distinto. E distintos são os seus efeitos.

Na *dissolução* da sociedade, pela separação consensual ou litigiosa, separam-se os bens e definem-se as obrigações para com os filhos (se houver) e os alimentos que se tornarem necessários. Neste caso, os ex-cônjuges não podem contrair novo casamento.

Na *extinção* do vínculo, pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, ou pelo divórcio (em quaisquer de suas modalidades, nos termos do art. 1.580 do CC/2002), dissolve-se o vínculo matrimonial, podendo os ex-cônjuges contrair novo matrimônio.

O procedimento *separação consensual* pode ser adotado por *ambos* os cônjuges, *livremente*, nos termos do art. 1.574. Se *unilateral*, o pedido há de estar atrelado a um dos *motivos* elencados nos arts. 1.572 e 1.573, do CC/2002.

A doutrina tem desdobrado o art. 1.572 do CC/2002 em três espécies de separação judicial<sup>3</sup>, por provocação *unilateral*: a) *separação sanção* (quando ocorrer grave violação dos deveres do casamento – *caput* do art. 1.572); b) *separação ruptura* (quando ocorreu

2 - A Profª. FABIANA MARION SPENGLER, no substancioso artigo intitulado *O Direito de Família de encontro à Constituição*, defende a tese de que a liberdade individual de contratar, no âmbito do Direito de Família, não deve sofrer qualquer restrição. Em especial, e nesse ponto com a nossa adesão, a articulista rebela-se contra o fato de o nubente com mais de 60 anos não poder escolher o regime de bens de seu interesse, uma vez que a lei impõe que seja o da separação. *In* Direito em Debate, nº 22, jul/dez 2004, editado pela Universidade de Ijuí, RS, p.101-122.

3 - Nesse sentido escreve o Prof. SANTO APARECIDO GUTIER, com assento nas lições de Jones Figueiredo Alves. *In A Falta de Amor como Fundamento para Separação Litigiosa*, Revista Jurídica UNIJUS nº 8. Uberaba, MG, maio de 2005, p. 179.

ruptura da vida em comum há mais de um ano – § 1º); c) *separação remédio* (em caso de ocorrência de doença mental após o casamento, tornando “impossível a continuação da vida em comum” – § 2º).

Para a separação judicial por provocação unilateral com assento nos motivos elencados no art. 1.573, o rol é *exemplificativo*, diante do parágrafo único do art. 1.573, que diz: “O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum”. O poder discricionário conferido ao juiz, por esse dispositivo de conceito aberto, certamente, permitirá evolução e interpretação favorável ao descasamento sem perquirição de *culpa*, como se verá a seguir.

Ao nosso ver, no Direito de Família, o primeiro *equivoco* do CC/2002 (dando continuidade ao sistema do CC/1916 e à Lei do Divórcio, de 1977) é atrelar o descasamento à verificação de *culpa*, como expresso nos arts. 1.572 e 1.573, do CC/2002, quando requerido por um só dos cônjuges. Isso significa que o rompimento da sociedade conjugal somente pode ser feito por *consenso* dos cônjuges, ou, na separação *litigiosa*, por meio de atribuição (e comprovação) de *culpa* do cônjuge requerido, e que dessa culpa decorreu o insucesso do casamento – exceto nos casos de surgimento de doença mental, após o casamento, e de ruptura da vida em comum há mais de 1 (um) ano e a impossibilidade de sua reconstituição (art. 1.572, §§ 1º e 2º).<sup>4</sup>

Mesmo nos limites do § 1º do art. 1.572 do CC/2002, prevendo a possibilidade de um dos cônjuges pleitear a separação alegando “*ruptura da vida em comum há mais de 1 (um) ano e a impossibilidade de sua reconstituição*”, a expressão “*impossibilidade de sua reconstituição*”, se atrelada a quaisquer dos incisos do art. 1.573 (rol de situações que podem ser alegadas como justificadoras da *impossibilidade da comunhão de vida*), o denunciante atrairá para si o ônus de provar situação fática *impeditiva* da comunhão de vida que, em regra, assenta-se na *culpa* do cônjuge requerido. E não a liberdade de rescindir o contrato de casamento por simples opção do cônjuge requerente.

Sem dúvida que os quadros de fato dos atritos pessoais, dos desencantos unilaterais, e das modificações da personalidade, ultrapassam, de muito, o enquadramento legal que prevê e limita as opções dos cônjuges. O universo da instituição *casamento*, por inúmeras vicissitudes no curso do tempo, pode ruir sem que se possa atribuir *culpa* a um ou a ambos os cônjuges. Os motivos pessoais que, no início, motivaram o casamento, a exemplo do *amor*, da atração *sexual*, da *admiração* recíproca, do prazer da *intimidade*, da *confidencialidade* e do *companheirismo* que cada qual nutria pelo outro, podem desaparecer por natural modificação da personalidade de um dos cônjuges e o mesmo fenômeno não ocorrer na pessoa do outro cônjuge. Até pode ser o caso em que um dos cônjuges se apaixone por terceiro e que, por esse motivo, pretenda encetar novo projeto de vida.<sup>5</sup> Ou, no curso do tempo, pela natural evolução (ou involução) do ser humano, com modificação de natureza *psicológica* em que um cônjuge perde a atração e o encanto pelo outro. Em quaisquer dessas hipóteses ou de outras similares, por parte do cônjuge desencantado ou modificado não mais haverá razão para levar adiante a sociedade conjugal como projeto de vida pessoal. Em nenhum desses casos se poderá atribuir *culpa* ao outro cônjuge, como motivo do desencanto

4 - EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA, no artigo *Direito de Família no Novo Código Civil*, entende que no caso de doença mental em um dos cônjuges, após o casamento (separação-remédio) e no de ruptura da vida em comum (separação-falência) dispensam-se a comprovação de culpa, porque se trata de constatação de fatos objetivos. RT 822, p. 17.

5 - Estudo pertinente a esse tema foi desenvolvido pelo professor SANTO APARECIDO GUTIER. Obra citada, p. 177.

ou da modificação de sentimentos. São fatos humanos que podem escapar da esfera da volição e são suficientes para determinar o fim do contrato matrimonial. Impedir que o cônjuge, nessas hipóteses, ponha fim à sociedade conjugal é atrelar a vontade de um dos contratantes ao capricho ou arbítrio abusivo do outro – fato que não encontra amparo nos princípios de direito.<sup>6,7</sup>

No sistema legal vigente (excluído o caso de doença mental), se não for atribuído *culpa* ao cônjuge requerido (réu), o pedido unilateral de extinção da sociedade conjugal (quando um dos cônjuges quer romper a união e o outro cônjuge com isso não concorda) nem será apreciado pelo Judiciário. A petição inicial será julgada inepta, por falta de causa de pedir. Sem dúvida que isso é absurdo porque, pelo ângulo do Direito Contratual, é sabido que nenhum contrato é eterno. O resultado jurídico do distrato *imotivado*, especialmente nas obrigações de *fazer*, é o contratante dissidente responder pelas conseqüências da rescisão. Não mais que isso. Portanto, no casamento, pelo ângulo *contratual*, outro desfecho que não seja a responsabilização pelos danos (se houver) não poderia ocorrer. E quais seriam essas conseqüências, no caso de separação litigiosa imotivada? Em regra será a condenação no pagamento da pensão *alimentícia* ao cônjuge requerido, caso este tenha *necessidade* dos alimentos e o outro cônjuge tenha condições de fornecê-los. Ainda como conseqüência da rescisão imotivada, poderá, também, ser o caso de *indenização* pelos danos materiais ou morais, se houver. Evidentemente que, para o acolhimento de pedido indenizatório é necessária a comprovação judicial do *dano* (material e/ou moral). Em caso de dano *material*, ao montante deste ficará limitada a reposição. E a indenização *moral*, pelas regras próprias à espécie, deverá ser objeto de criterioso arbitramento judicial. Aplica-se a ambas as hipóteses o princípio de que ninguém pode se enriquecer às custas alheias.

Em relação aos alimentos, as regras são as próprias do tema, decorrentes dos deveres de solidariedade pelo parentesco ou pelo contrato, nos limites do binômio necessidade/possibilidade (arts. 1.694-1.710, do CC/2002). Jamais há de se entender alimentos como *pena* imposta ao cônjuge dissidente, em favor ou como *compensação* ao cônjuge não dissidente.

Em relação aos filhos (menores ou incapazes), o vetor determinante é o interesse sobranceiro destes – e não, a vontade dos genitores. Aqui, portanto, a *guarda* e a *tutela* dos menores não podem ser decididas com base na rescisão imotivada (ou motivada) da sociedade conjugal. Mas, sim, na conveniência dos tutelados ou curatelados.

6 - O advogado RÉNAN KFURI LOPES, no artigo intitulado *A Culpa na Separação Judicial*, ancorando-se no princípio Constitucional da proteção à dignidade humana, da personalidade, extensivo à sua vida privada e familiar (art. 1º, III, CF), escreve: “O desamor recai em qualquer um de nós de maneira inesperada e indesejada, mas ele pode vir a acabar com uma relação. Por inúmeras circunstâncias da chamada vida moderna, verbí gratia, o stress do trabalho, o desemprego, a diminuição da renda familiar, a falta de recursos para o básico, a fragilidade da saúde mental, a falta de diálogo e outros tantos e incontáveis motivos, faz com que o pretendido infinito amor sucumba diante dos olhos armados da sobrevivência”. Prossegue alhures: “não há nada mais presunçoso que se achar capaz de descobrir quem é o culpado e quem é inocente. O casamento é relação íntima, personalíssima e interativa. Chegaria a ser pedante, se não fosse ridículo, pois nem os envolvidos sabem dizer quem é o culpado de quê, na feliz síntese de João Batista Villela”. In Quorum – Informativo da Livraria e Editora Del Rey, ano I, nº 2, junho de 2004, p.4-5.

7 - Escreve EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA, no mencionado artigo *Direito de Família no Novo Código Civil*: “Na previsão adicional de “outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum”, podem ser enquadradas diversas condutas que antes escapavam à tipificação legal, possivelmente abrangendo os casos mais sérios de “incompatibilidade de gênios” e de “crueldade mental”, próprios de casais que efetivamente “não combinam”, desde que o comportamento de um dos cônjuges se revele ofensivo ao recíproco dever de “respeito e consideração”, tornando insuportável o prosseguimento da vida em comum. Na verdade, preferível seria que o legislador abandonasse o critério da perquirição de culpa para decreto de dissolução da sociedade conjugal, que significa uma indesejável intromissão do Estado-Juiz na privacidade das relações domésticas. Sem falar que se torna muito difícil a descoberta da verdade real em muitos casos, exatamente porque os desentendimentos se circunscrevem ao ambiente interno do lar, só aparecendo no processo a “ponta do iceberg”, enquanto a maior parte do bloco de gelo se afunda no oceano das angústias e desencontros do amor desfeito ou da paixão mal conduzida”. RT 822, p. 17.



Registre-se, por oportuno, que a atribuição de *culpa* ao cônjuge requerido, como única forma a ser amparada pela lei, na ordem prática, resulta no contra-ataque do réu, como defesa e reação natural, em regra, invertendo as acusações (ainda que inverídicas). Disso decorre a consolidação de ódios recíprocos e de distanciamentos entre os cônjuges litigantes, tudo a refletir, negativamente, no relacionamento para com os filhos<sup>8</sup>, parentes e amigos.

Entendemos que, de *lege ferenda* ou por avanço *Jurisprudencial* com assento no parágrafo único do art. 1.573, do CC/2002, o aperfeiçoamento dar-se-á pelo *desprezo* à pesquisa de *culpa*, ou sua irrelevância, para o acolhimento da separação *unilateral*. Nesse sentido, em parte, no RESP nº 467.184-SP, publicado no DJU de 17.02.2003, a Egrégia 4ª Turma do STJ, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, já deu o primeiro passo, alargando o conceito de separação *remédio*, ao entender que a imputação *recíproca* de culpa (mercê da reconvenção processual ocorrida), mas sem produção satisfatória da prova, ao invés de desaguar na improcedência da ação e da reconvenção (como fizeram a instância originária e a revisional), deve ser acolhida para o decreto de separação *sem* definição de *culpa*, com a ementa oficial:

“SEPARAÇÃO. Ação e reconvenção. Improcedência de ambos os pedidos. Possibilidade da decretação da separação. Evidenciada a insuportabilidade da vida em comum, e manifestado por ambos os cônjuges, pela ação e reconvenção, o propósito de se separarem, o mais conveniente é reconhecer esse fato e decretar a separação, sem imputação da causa a qualquer das partes. Recurso conhecido e provido em parte.”

## 2. REGIME DE BENS

Pelo lado *material* de sobrevivência dos cônjuges, o *regime de bens*, como condição indissociável do casamento, é a *forma* como se desenvolve a dinâmica da *sociedade conjugal*, tanto para atuação no momento da existência da sociedade, como para reflexo futuro no Direito Sucessório.

Em nosso sistema vigente temos cinco *regimes* de bens. São, pela ordem estabelecida no Código Civil, os seguintes:

- a) – Regime da Comunhão *parcial* (arts. 1.658 a 1.666);
- b) – Regime da Comunhão *universal* (arts. 1.667 a 1.671);
- c) – Regime da *Participação Final* nos aqüestos (arts. 1.672 a 1.686);
- d) – Regime da *Separação* de bens (arts. 1.687 e 1.688);
- e) – Regime da Comunhão *parcial* e/ou *contratual* na *União Estável* (arts. 1.723 a 1.726).

Do regime de bens eleito decorre a liberdade ou a restrição de cada qual dos cônjuges em cuidar e dispor de seus patrimônios, ou de assumir obrigação de natureza real, ou meramente contratual de favor, a exemplo da *fiança* e do *aval*. Pela regra do art. 1.647 do CC/2002, somente o cônjuge casado sob regime de *separação absoluta* tem liberdade de alienar e gravar de ônus real os bens *imóveis*, assim como prestar *fiança* ou *aval* sem autorização marital ou uxória.

8 - A respeito do prejuízo indevido aos filhos, por decorrência da pesquisa de culpa nas separações litigiosas, é o artigo do Dês. BRENO MOREIRA MUSSI, do TJRS, intitulado “*Destruindo aquele que se ama*”. In Nova Realidade do Direito de Família, tomo 1, COAD S/C Editora Jurídica – RJ, coordenação de SÉRGIO COUTO, 1998, p. 23-25.

Especificamente em relação ao *aval*, em caso de sua concessão sem autorização marital ou uxória, em nosso modesto modo de ver, por transbordar de muito o âmbito do regime de bens, ferindo instituto próprio de Direito Comercial, Nacional e Internacional, e por se tratar de garantia de *fâvor*, a restrição legal deverá ser aplicada tão-somente para resguardo da *meação* do cônjuge não subscritor. Não de invalidez absoluta.<sup>9</sup>

## 2.1 Mutabilidade do regime de bens

No que diz respeito ao *regime de bens*, a grande novidade introduzida pelo CC/2002 em relação ao CC/1916 é a possibilidade de mudança no curso do casamento, mediante autorização judicial (art. 1.639, § 2º, do CC/2002), fato que era impossível na vigência do código revogado.

Por óbvio que o pedido há de ser feito por ambos os cônjuges, demonstrando a conveniência da mudança de regime de bens. O pedido judicial tem natureza processual de *procedimento especial de jurisdição voluntária*, na forma do art. 1.103 e seguintes do CPC, no que couber, com a participação do Ministério Público e a decisão que o acolher não afetará eventuais direitos de terceiros. Autorizada, judicialmente, a mudança de regime de bens, o mandado será averbado no Registro Civil e no de Registro de Imóveis, para a publicidade prevista no art. 1.657.

O art. 1.039, do CC/2002, dispõe que os casamentos celebrados na vigência do Código Civil de 1916 devem seguir as regras então vigorantes nesse estatuto. Essa disposição, à primeira vista, leva o intérprete à compreensão de que a mudança de regime de bens somente é possível para os casamentos ocorridos após a vigência do CC/2002, porque o CC/1916 estabelecia *imutabilidade* do regime de bens.

Ao nosso ver, a distinção imposta por esse art. 2.039 (proibindo a mudança de regime de bens para aqueles que se casaram antes do ano de 2002), fere o princípio Constitucional da isonomia e se insere no contexto social como indevida intromissão do Estado na esfera da vida privada. As críticas a essa proibição são amplas e procedem. Se os cônjuges, para a celebração do casamento (excetuados os casos de separação *obrigatória*), podem, livremente, escolher o regime de bens que melhor atende aos seus interesses individuais, a questão não é de natureza pública, mas, sim, de natureza *privada*. Se não é de natureza *pública*, o Estado não tem motivo para impedir o exercício dessa liberdade na vida privada.<sup>10</sup> Além disso, se os cônjuges que se casaram após 2002 podem mudar o regime, mediante autorização judicial, porque não podem, pela mesma forma, os que se casaram antes dessa data? Portanto, o disposto no art. 2.039 deve ser interpretado como norma não escrita, porque incompatível com o instituto do regime de bens, cujo destino é tão apenas o interesse dos cônjuges.

9 - Escreve DENISE WILLHELM GONÇALVES, no artigo *Regime de Bens no Código Civil Brasileiro Vigente*: “Inova o atual Código Civil quando prevê a autorização de ambos os cônjuges para prestar fiança e aval, posto que a legislação anterior só consagrava o instituto da fiança. É de bom alvitre salientar que somente o cônjuge prejudicado, aquele que não prestou a fiança ou o aval, é que poderá pleitear a anulação do ato, no prazo de até dois anos depois da dissolução da sociedade conjugal (art. 1.649). O ato assim praticado poderá ser ratificado pelo cônjuge que teria de consentir, por meio de instrumento público ou, se particular, autenticado. O cônjuge que não anuiu poderá opor embargos de terceiros para salvaguardar sua meação de eventual penhora que recaia sobre bens do casal. Também inexistente solidariedade do cônjuge prejudicado, já que somente as dívidas contraídas para os fins do art. 1.644 da Lei Civil obrigam ambos os cônjuges”. RT 819, p. 15.

10 - Nesse sentido: ORLANDO GOMES; DENISE WILLHELM GONÇALVES. In RT 819, p. 13. SERGIO GISCHKOW PEREIRA; WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA; MARIA HELENA DINIZ. In RT 823, p. 90-91.

Evidentemente que a mudança somente poderá ocorrer nos casos em que os cônjuges, ao celebrar o casamento, podiam escolher. Desse modo, por exemplo, nos casos em que o regime de *separação absoluta* se impunha, por exigência legal, a posterior mudança não poderá ocorrer. Entretanto, se a condição que determinou o casamento sob separação obrigatória cessar ou se extinguir, a exemplo do inciso I (causas suspensivas da celebração do casamento – art. 1.523) e do inciso III (autorização judicial), do art. 1.641, também será possível a mudança do regime de bens, consoante Enunciado nº 262, do Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal, nos termos: “*A obrigatoriedade da separação de bens, nas hipóteses previstas nos incisos I e III do art.1.641 do Código Civil, não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs*”.

### 3. CONVENÇÃO OU ESCRITURA DE PACTO ANTENUPCIAL

Excetuada a possibilidade de contrato escrito para vigorar durante a *união estável*, os regimes de bens acima apontados exigem prévia manifestação de vontade dos nubentes. A opção se faz mediante *escritura pública* prévia (pacto antenupcial – arts. 1.653 a 1.657) e só tem eficácia após a realização do casamento (art. 1.639). No caso de opção pelo regime da *comunhão parcial*, é possível dispensar a escritura pública prévia, substituindo-a pela simples assinatura no “*Termo*” próprio, no processo de habilitação, como se vê no parágrafo único do art. 1.640.

Mas a convenção prévia não é *condição* essencial do casamento e, por isso, caso este se realize *sem* convenção ou mediante convenção *nula*, o regime aplicável será o da *comunhão parcial* (art. 1.640, *caput*). Daí o dizer-se, doutrinariamente, que o regime da comunhão parcial, no CC/2002, é o *ordinário* ou *legal*, enquanto os demais regimes são os especiais ou *extraordinários*.

Pela amplitude do art. 1.639 do CC/2002 (em continuidade ao art. 256 do CC/1916), os nubentes têm ampla liberdade para, no pacto antenupcial, estipular *condições especiais* para vigorar em quaisquer dos regimes eleitos. Isso significa que os nubentes podem, por exemplo, no regime da *comunhão universal* (art. 1.667-1.671), estabelecer no pacto antenupcial a *incomunicabilidade* em determinados bens, assim como também podem, no regime da *separação de bens* (art. 1.687 e 1.688), estabelecer a *comunicabilidade* em relação aos bens que forem especificados. De igual forma, no regime de *participação final nos aquêstos*, podem os cônjuges fixar poderes para cada qual, independentemente da autorização do outro, vender bens *imóveis* adquiridos na constância do casamento. Não podem, entretanto, nesse regime, estabelecer cláusula que envolva *renúncia* à meação, ou *cessão* desses bens, ou, por fim, estabelecer possibilidade de penhora sobre os mesmos, porque vedado pelo art. 1.682. De forma geral, consoante art. 1.655, a convenção antenupcial jamais poderá infringir disposição legal expressa. Por exemplo, não podem os cônjuges dispor sobre *comunicabilidade* de bens quando o regime for o da *separação obrigatória* (art. 1.641).

### 4. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL (ARTS. 1.658 - 1.666)

Nesse regime, pela regra geral do art. 1.658, os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, *comunicam-se*.

Não se comunicam, na forma do art. 1.659:

I – os bens que cada cônjuge possuía ao casar e os que lhe sobrevierem, na constância

do casamento, por doação ou sucessão e os sub-rogados em seu lugar;

- II – os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;
- III – as obrigações anteriores ao casamento;
- IV – as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;
- V – os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;
- VI – os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;
- VII – as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Como se vê, o rol de *exclusões* de bens é tão amplo que, para evitar dúvidas, o artigo 1.660 elencou as hipóteses de *inclusão* na comunhão parcial, a saber:

- I – os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;
- II – os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso do trabalho ou despesa anterior;
- III – os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;
- IV – as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;
- V – os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

“Proventos”, como bem esclarece NETTO LOBO<sup>11</sup>, é gênero do qual são espécies: “a) as remunerações de trabalho assalariado público ou privado; b) as remunerações decorrentes do trabalho prestado na condição de empresário; c) as remunerações de aposentadoria, como trabalhador inativo; d) os honorários do profissional liberal; e) o *pro labore* do serviço prestado”.

À primeira vista, a previsão legal de que “*os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge*” não integram o patrimônio comum, conjugal, leva o intérprete à perplexidade, porque não há como compreender *sociedade* em que o trabalho de cada qual dos sócios a estes se destinem com exclusividade.

Somente após análise do inciso V, do art. 1.660, do CC/2002, estabelecendo que *entram* na comunhão “*os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão*”, é que se torna compreensível o inciso VI do art. 1.659, ao especificar os “*proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge*”, assim como os relacionados nos incisos V e VII, como bens *incomunicáveis*, tanto no regime de comunhão *parcial* como no da comunhão *universal* de bens.

Isso importa compreender que a *incomunicabilidade* diz respeito ao *direito* a ser

11 - NETTO LOBO, Paulo Luiz. *Código Civil Comentado* (coordenação de Álvaro Villaça Azevedo), Vol. XVI, art. 1.672, Ed. Atlas, SP, 2003, p. 288.

percebido, enquanto não percebido. Tão logo *exercitado* (ou percebido) o *direito* pelo seu titular, por força do inciso legal mencionado, a incomunicabilidade desaparece e o resultado (fruto) passará, automática e instantaneamente, a integrar o patrimônio comum, para todos os efeitos.

Mas o mesmo efeito jurídico não ocorre em relação aos bens *materiais* de uso *pessoal* e de valor predominantemente *afetivo*, ou funcional, integrantes da personalidade/profissional.

Em outras palavras, pode-se dizer:

a) – em relação aos *direitos a perceber* (proventos do trabalho pessoal, pensão, meio-soldo, montepio e outras rendas similares), justifica-se a não comunicação patrimonial para que eles não sejam atacados, exauridos ou extintos na sua fonte, antes do efetivo exercício de posse e de fruição pelo respectivo cônjuge titular.

b) – em relação aos *bens materiais* (bens de uso pessoal, livros e instrumentos de profissão artística ou artesanal, etc., caracterizadores da personalidade/profissional de cada qual dos cônjuges), justifica-se a não comunicação patrimonial porque se constituem verdadeira extensão natural da própria personalidade, a exemplo da roupa do corpo, dos retratos de família, de jóias pessoais (desde que sem ou de pouco valor intrínseco), dos instrumentos de trabalho artístico ou intelectual, de coleção de selos ou similares, etc., cuja utilidade e ligação afetiva são predominantes e somente dizem respeito ao seu titular individual. É óbvio que tais bens não podem derivar de esforço comum.

De qualquer forma, no momento em que esses bens *materiais* saiam do uso e posse do cônjuge titular ou no momento em que esses *direitos a perceber* são percebidos, ambos passam a fazer parte do patrimônio comum do casal, sem qualquer alusão à origem da inicial incomunicabilidade.<sup>12</sup>

Por fim, registre-se que, pelo artigo 1.665, ficou assegurada a cada qual dos cônjuges a livre *administração e disposição* dos bens constitutivos do patrimônio *particular*. Para que essa regra geral seja afastada, é necessária existência de pacto antenupcial em sentido contrário. Por óbvio, as dívidas particulares de um dos cônjuges não afetam o outro (art. 1.666), exceto se contraídas em benefício de ambos.

## 5. REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS (ARTS. 1.667 - 1.671)

Com o casamento pelo regime da comunhão universal, pela redação do art. 1.667, como regra geral, os bens de cada qual dos consortes, presentes e futuros, assim como as obrigações ativas e passivas, passam a compor patrimônio único de ambos, em igualdade de condições.

Por força do art. 1.668, *excluem-se* da comunhão:

- a) – Os bens doados ou herdados com cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;

12 - A respeito, colhe-se de DENISE WILLHELM GONÇALVES, no referido artigo *Regime de Bens no Código Civil Brasileiro Mgente*: “O que efetivamente é excluído da comunhão parcial (agora também da universal) de bens é o direito à remuneração decorrente do trabalho pessoal. Isto porque no momento em que esses frutos civis do trabalho ingressarem no mundo financeiro, perderão completamente as características originais, transformando-se em bens adquiridos na constância da sociedade conjugal e estes bens são comunicáveis. Por exemplo, em caso de dissolução da sociedade conjugal não se cogita a hipótese de partilhar os frutos civis do trabalho de cada cônjuge. Mas os bens adquiridos, provenientes da remuneração do trabalho de cada consorte ou de ambos, estes sim são partilháveis, pois ingressaram no patrimônio comum do casal”. In RT 819, p. 17.

- b) – Os bens gravados de fideicomisso;
- c) – As dívidas anteriores ao casamento;
- d) – As doações antenupciais feitas por um cônjuge ao outro com cláusula de incomunicabilidade.

E, por força de *remissão* do inciso V desse artigo 1.668, aos incisos V, VI e VI, do artigo 1.659, *excluem-se*, ainda:

- e) – Os bens pessoais, de uso próprio ou instrumentos de profissão;
- f) – Os proventos do trabalho pessoal de cada qual dos cônjuges;
- g) – As pensões, meios-soldos, montepios e rendas semelhantes.

O regime da *comunhão* universal de bens somente tem sentido quando se interpretam as exceções elencadas no art. 1.668 à luz do art. 1.669, que diz: “*A incomunicabilidade dos bens enumerados no artigo antecedente não se estende aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento*”. Isso importa compreender que a incomunicabilidade diz respeito ao *direito* a ser percebido e enquanto não percebido. Tão logo *exercitado* o direito pelo seu titular, o resultado (fruto) passará, automática e instantaneamente, a integrar o patrimônio comum, para todos os efeitos. Já o mesmo não ocorre em relação aos bens *materiais*, de uso *pessoal* e de valor *afetivo* inerente, integrantes da personalidade de seu titular, ou de sua personalidade/profissional, a exemplo de troféus, de medalhas meritórias, de objetos de arte com dedicatória do autor, de livros com dedicatórias, de ferramentas e utensílios artesanais, de retratos e quadros de família, de jóias de família, de animais de estimação, etc. Em tais hipóteses, entretanto, extingue-se a *incomunicabilidade* quando o titular desses bens os transforma em dinheiro ou lhes dê caráter de mercadorias.

Aplicam-se, aqui, as mesmas observações feitas em relação ao regime da *comunhão parcial*, linhas atrás, relativamente aos “*bens materiais*” e aos “*direitos a perceber*” que não se comunicam enquanto não fruídos. Mas, no momento em que os bens *materiais* saem do uso e posse exclusivos do cônjuge titular, ou no momento em que os *direitos* a perceber são percebidos, ambos passam a fazer parte do patrimônio comum do casal, desligando-se, por completo, de sua origem com a natureza de *incomunicabilidade*. É a compreensão teleológica do art. 1.669.

## 6. REGIME DA PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUÊSTOS (ARTS. 1.672 - 1.686)

### 6.1 Conceituação:

No casamento, o regime de bens de *participação final nos aqüestos*, disciplinado pelos artigos 1.672 a 1.686, é novidade na tradição brasileira social e jurídica. Segundo magistrários de Paulo Luiz Netto Lobo,<sup>13</sup> Caio Mário da Silva Pereira (atualizado por Tânia da

---

13 - Escreve Paulo Luiz NETTO LOBO, obra citada, p. 319: “O regime de participação final nos aqüestos é inovação do Código Civil de 2002, que suprimiu o regime dotal, tornado superado com o desaparecimento da família patriarcal. É regime sem nenhuma tradição na experiência brasileira, e é pouco provável que venha a ser adotado em pacto antenupcial, em razão de sua complexidade, por agregar elementos da *comunhão parcial*, separação absoluta e apuração contábil de passivo e ativo. De modo geral, os bens adquiridos antes ou após o casamento constituem patrimônios particulares dos cônjuges, mas, na dissolução da sociedade conjugal, os bens são considerados segundo o modelo da *comunhão parcial*. Esse regime foi importado dos países nórdicos e germânicos, tendo exercido uma força de sedução importante em outros países europeus, ao longo do século XX, por facilitar a igualdade e a independência dos cônjuges.”

Silva Pereira)<sup>14</sup> e Silvio Rodrigues (atualizado por Francisco José Cahali) é regime comum na maioria dos países europeus, mas na visão desses mesmos autores, pelas razões que, respectivamente, registram, não deverá vingar em nosso meio.<sup>15</sup> E na opinião do ilustre professor da UFMG, João Baptista Villela,<sup>16</sup> citado por Silmara Juny Chinelato (nota de rodapé nº 477), esse novo regime conseguiu “*combinar os inconvenientes do regime da comunhão com os da separação*”.<sup>17</sup> De qualquer forma, consoante arguta observação de Chinelato,<sup>18</sup> citando Miguel Reale, o sistema pátrio não é cópia integral do instituto europeu que o inspirou e, por isso, as lições doutrinárias alienígenas nem sempre são adequadas ao nosso sistema.

Em síntese, trata-se de regime *especial*, híbrido, de sorte que, *durante* o casamento, tem tratamento patrimonial similar ao da *separação de bens*— já que a administração dos bens particulares é plena; e, por ocasião da *dissolução* da sociedade conjugal (por morte ou por ato *inter vivos*) tem tratamento similar ao regime de *comunhão parcial*— uma vez que cada qual dos cônjuges passa a participar da meação dos bens adquiridos a título oneroso, no curso do casamento.<sup>19</sup>

Ao nosso ver, esse novel regime estabelece vantagens sobre os demais:

Em relação ao regime da *comunhão parcial*, a vantagem é que cada qual dos cônjuges pode dispor livremente de seus bens, inclusive os *imóveis*— desde que haja previsão no pacto antenupcial.

Em relação ao regime da *comunhão universal*, o cônjuge supérstite leva a vantagem de, na herança (portanto, independentemente da meação nos aqüestos), *concorrer* com os descendentes do cônjuge falecido (art. 1.829, inciso I).

Por fim, em relação ao regime de bens da *separação obrigatória* (art. 1.641), o cônjuge supérstite leva vantagem porque sua *participação* final nos aqüestos evita discussão sobre a aplicabilidade ou revogação da Súmula 377 do STF.<sup>20</sup>

14 - No item 403-C. *Regime de participação final nos aqüestos*, escreve CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (Instituições de Direito Civil, Vol. V, Direito de Família - atualizado por Tânia da Silva Pereira -, 14ª ed. Forense, RJ, 2004, p. 228): “O Código Civil introduziu o novo regime como uma opção dos nubentes, o que deverá ser objeto de pacto antenupcial. Sua aplicação carece de maior clareza, que somente com o tempo se logrará. Pretendeu o Código de 2002 ser inovador ao instituí-lo, sobre cuja penetração em nosso sistema jurídico manifestamos nossas restrições, sob fundamento de não encontrar amparo em nossas tradições, e não oferecer aos cônjuges maiores vantagens do que já oferecem os clássicos regimes de comunhão parcial e de separação de bens, com as contribuições que ao longo do tempo lhes trouxe a jurisprudência. Trata-se de regime semelhante ao que na Alemanha é o legal.”

15 - Escreve SILVIO RODRIGUES (Direito de Família, Vol. 6, 2ª ed. Saraiva, SP, 2002, atualizado por Francisco José Cahali, p. 217): “100. Do regime de participação final nos aqüestos introduzido pelo novo Código Civil - O legislador de 2002 introduz essa modalidade de regime de bens, até então desconhecida na legislação brasileira, mas adotada, dentre outros países, na Alemanha, França, Espanha, Portugal e Argentina. Reclama, para sua opção, o pacto antenupcial, como o regime da comunhão universal e separação total de bens.” Prossegue o autor às fls. 219: “Na teoria a proposta é boa, pois conserva a independência patrimonial de cada um, (omissis). Ocorre que, na prática, considerando a complexidade da apuração contábil proposta, tornando necessária não só a exata identificação dos aqüestos, como a respectiva valoração, a exigir, inclusive, conforme o caso, a realização de perícia, tudo a tornar extremamente morosa e onerosa a solução de eventual litígio, a tendência deverá ser por desaconselhar aos noivos essa opção.”

16 - JOÃO BAPTISTA VILLELA. In “Natureza do regime de participação final nos aqüestos e fins do casamento”. Edição do autor, Belo Horizonte, 1977. Publicado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, no 85º ano de sua fundação (1892-1977).

17 - SILMARA JUNY CHINELATO, in *Comentários ao Código Civil* (coordenado por Antônio Junqueira Azevedo), arts. 1.591 a 1.710, Vol. 18, Ed. Saraiva, SP, 2004, p. 363.

18 - Idem SILMARA JUNY CHINELATO, obra citada, p. 361.

19 - Nesse sentido: EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA (*Direito de Família no Novo Código Civil* – RT 822, p. 22); ROLF MADALENO (*Do Regime de Bens entre os Cônjuges*, in *Direito de Família e o Novo CC*, 3ª ed. Del Rey, p. 215); NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA A. NERY (*Código Civil Anotado*, 2ª ed. Revista dos Tribunais, art. 1.682, n. 5).

20 - JOÃO AGNALDO DONIZETI GANDINI e CRISTIANE BASSI JACOB (no artigo *A locação Hereditária e a Concorrência do Cônjuge com os Descendentes ou Ascendentes do Falecido*, in RT 834, p. 16) e DENISE WILLHELM GONÇALVES (no referido artigo *Regime de Bens no Código Civil Brasileiro Vigente*, in RT 819, p.22), entendem, sem a nossa adesão, que a Súmula 377 encontra-se revogada.

E, ainda, como nos demais regimes, nada impede a formação de patrimônio *comum*, pelo esforço conjunto do casal.

No geral, a doutrina, em maioria, aponta *dois* óbices principais a impedir o sucesso desse novel regime: primeiro, porque será foco de divergências no momento da apuração da partilha, já que tem verdadeira aparência de *regime contábil*; segundo, porque somente tem aplicabilidade para nubentes detentores de grande fortuna – coisa excepcional em nosso meio, como dizem esses doutrinadores.

Em relação ao apelido de *regime contábil*, numa alusão à futura dificuldade processual para *apuração* do quinhão dos *aqüestos*, ainda que adequada essa alcunha, em nenhum óbice se constitui porque o atual enfrentamento do “*imposto de renda de pessoa física*” (de caráter progressivo e abrangente, e de exigências contábeis crescentes, com suporte eletrônico de troca de dados) já torna obrigatória essa postura cautelar por parte de qualquer pessoa que tenha rendas ou patrimônio. Ou seja, toda renda ou patrimônio, desde o nascedouro e seqüentes desdobramentos, ao passar pelo crivo analítico/histórico do Fisco, exige do seu titular as comprovações da origem e respectivos registros. E a exigência legal desses registros aumenta diuturnamente. Por outro lado, como a experiência nos comprova, divergências e conflitos judiciais sucessórios sempre ocorreram em quaisquer dos regimes de bens já tradicionais.

Em relação à *escassez de fortuna* na maioria dos nubentes, o argumento não se sustenta. Mesmo que ínfima minoria estatística venha a utilizá-lo, já se justifica o novo regime, com vistas ao futuro.

A respeito de escassez de fortuna, o professor Eduardo de Oliveira Leite, no artigo “Os Sete Pecados Capitais do Novo Direito de Família”, depois de acentuar a incompatibilidade desse regime com a realidade econômica brasileira, já que pelo ângulo de riqueza a maioria da população é pobre (e trazendo à colação as opiniões de Álvaro Villaça Azevedo e Regina Beatriz Tavares da Silva, estes sugerindo a revogação de todo o capítulo sobre o regime de participação final nos aqüestos), entende que esse “*novo regime certamente só será adotado pelos segmentos sociais mais arejados da sociedade brasileira*”.<sup>21</sup>

Ao nosso ver – não obstante ser novidade em nosso meio e sob visão pessimista da maioria dos doutrinadores, como relatado acima – trata-se de previsão legal que muito tem para atender aos novos anseios da *igualdade* jurídica e material entre homem e mulher no casamento, em respaldo ao inciso I do art. 5º, da CF/88, e aos artigos 1.565, 1.567, 1.568, dentre outros, do CC/2002.

Pelo ângulo sociológico, registre-se, por adequado, que a *igualdade* entre homem e mulher há de ser *material* – muito mais que *formal*. Por isso, a cada dia, ela se consolida no plano *legal*, no *social* e no *econômico*. Com essa visão, nada mais justo que cada qual dos cônjuges possa formar e administrar com liberdade o seu patrimônio individual, sendo certo que o desfazimento gracioso de parte do patrimônio comum, no curso da união, por um dos cônjuges e sem a anuência do outro – via doação ou alienação simulada –, ao invés de encetar discordância pelo consorte preterido, com desgastantes e estéreis discussões conjugais, esse indevido desfazimento poderá ser anulado ou compensado a final, no momento da *apuração dos aqüestos*.

21 - EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, in Os Sete Pecados Capitais do Novo Direito de Família, RT 833, p. 66-81.



Primeiro de tudo, é preciso registrar que o casamento, na cultura ocidental/capitalista (como assinalado no início destas anotações), é uma instituição *dinâmica*, hoje, mais que ontem, voltada para a realização *pessoal* tanto na formação de *prole* como na de *patrimônio*. Visto por esse ângulo, o casamento é só uma *sociedade* (de pessoas e de bens) ou, na pior das hipóteses, uma *associação*. Daí a raridade, infelizmente, das uniões duradouras, com ou sem formalização em casamento. Não porque os cônjuges ou parceiros simplesmente percam o interesse na continuidade da união, mas porque, na inexorável evolução das fases biológicas do ser humano, das vicissitudes da vida e da evolução dos valores sociais no curso do tempo, as necessidades humanas e a produtividade de cada qual dos parceiros acabam por sofrer naturais modificações, resultando em *desequilíbrio* na motivação, na satisfação e na conjugação de esforços. Por decorrência, o arremate em recíproco desinteresse e afastamento um do outro é corriqueiro.

Nesse quadro social dinâmico (ou de imprevisibilidade), esse regime, por resguardar a *liberdade* de formação patrimonial e de administração por parte de cada qual dos cônjuges, mostra-se, ao nosso ver, mais adequado para a preservação do patrimônio individual e do espaço individual para o crescimento pessoal. Evidentemente que, se os nubentes não possuírem bens materiais, nem expectativa de herança ou de doações, não forem profissionais liberais ou empreendedores, nem dotados de natural dinamismo e vocação para gerenciamento empresarial, a opção pelo regime sob comento não se mostra útil.

Por derradeiro, ainda ao nosso ver, esse regime de bens desestimula a aplicação do denominado “*golpe-do-bau*”, posto que a *riqueza* e o produto do *trabalho* individual permanecem incólumes e, concomitantemente, não impedem, nem contra indicam a continuidade de aumento de patrimônio individual nos casos de mudança do comportamento por um dos cônjuges, após o casamento, por abulia, por prodigalidade, por ociosidade ou por doença adquirida, já que o outro cônjuge – se dinâmico e operoso – poderá continuar produzindo normalmente, sem se preocupar com o cônjuge que se revelou abúlico ou não operoso. O segredo do sucesso, para evitar conflitos, é a feitura de amplo e claro *pacto antenupcial*. E, se a preocupação for o destino da herança para depois da morte, a solução poderá ser encontrada por testamento.

Findo o casamento por qualquer motivo (via separação, divórcio ou falecimento de um dos cônjuges), após a separação do patrimônio individual, incomunicável, será feita a *partilha* dos *aqüestos*, ou seja, a divisão daqueles bens remanescentes adquiridos a título *oneroso*, por qualquer dos cônjuges, durante o casamento.

No momento da divisão dos bens aqüestos, será feito *compensação* (ou oportunidade para a *reivindicação*, em ação própria) dos bens comuns ou particulares (mas que tenham sido adquiridos por título *oneroso* durante a constância do casamento) que tiverem sido *doados* (ou “alienados” em simulação) por um dos cônjuges, sem o consentimento do outro – fato que poderá ocorrer em virtude da *administração exclusiva*.

Em síntese, em relação aos bens *aqüestos*, adquiridos a título *oneroso* no curso do casamento, repita-se, a *divisão*, ao findar a sociedade conjugal, opera-se como se cuidasse de regime de *comunhão de bens*, ou seja, somam-se todos aqueles que foram adquiridos dessa forma, ainda que em nome de um só dos cônjuges, abatem-se as dívidas, e o produto líquido divide-se ao meio: metade para a mulher; metade para o marido. Ou metade para o cônjuge supérstite e metade para os herdeiros.

Em caso de bem *imóvel*, este pertence ao cônjuge que constar no registro imobiliário, como regra geral. Entretanto, se o imóvel tiver sido adquirido por *esforço comum* (ou doação e herança para ambos), cumpre ao cônjuge não constante do registro apontar essa irregularidade e, a *ambos*, fazer a prova, ao seu alcance, para o convencimento judicial, não obstante a redação gramatical do art. 1.681 estabelecer equivocada presunção *contra* o titular.

Em caso de *separação de fato* a anteceder a dissolução do casamento por ato de vontade (formalização em juízo) ou por morte, a *apuração* dos aqüestos será feita com base na *data* da separação de *fato*, tal como previsto no art. 1.683, do CC/2002. Absolutamente correta essa previsão legal. Se um dos cônjuges não ajuda o outro a acumular patrimônio, pela colaboração direta ou indireta, pelo incentivo, apoio e participação no trabalho, não é justo que dele queira participar, via partilha, no momento da *formalização* do desfazimento do casamento.

Duas são as características principais do regime da *participação final nos aqüestos*:

– Livre *administração e disposição* (alienação ou doação) dos bens *particulares* (móveis e imóveis, originários ou por sub-rogação), por parte de cada qual dos cônjuges – desde que assim autorizados no pacto antenupcial.

– Proibição de se fazer *doação* (de móveis ou de imóveis) sem a anuência do outro cônjuge, relativamente aos bens adquiridos *onerosamente* durante o casamento.

No regime de *participação final nos aqüestos*, na ordem material, durante a constância do casamento, identificam-se três tipos de patrimônios:

a) patrimônio *individual* do *marido*, consistente nos bens anteriores ao casamento, mais os bens adquiridos por herança ou por doação e suas sub-rogações no curso do casamento, para os efeitos de *não partilha* em vida;

b) patrimônio *individual* da *mulher*, idêntico ao acima descrito, pela forma como se constitui e para os mesmos efeitos de *não partilha*;

c) patrimônio *adquirido* no curso do casamento, por *esforço comum* de *ambos* os cônjuges (condomínio igual ou proporcional), *passível de partilha* em vida;

Além desses três tipos de patrimônio identificáveis *durante* o casamento, por ocasião da *dissolução* da sociedade conjugal, por ato de vontade ou por morte, serão identificados outros tipos de patrimônio:

I – No caso de *separação judicial* ou *divórcio*:

a) – patrimônio *não partilhável*: todos os bens que cada qual dos cônjuges levou para o casamento e os que os substituíram em sub-rogação e, também, os bens (e respectivas dívidas, se houver) que cada qual recebeu de herança ou em doação;

b) – patrimônio *partilhável*: todos os bens comuns (adquiridos por ambos na constância do casamento) e todos os bens adquiridos por quaisquer dos cônjuges, a título oneroso, *remanescentes* ao momento da dissolução da sociedade conjugal (já que, durante o casamento, os bens são adquiridos e podem ser alienados lícita e sucessivamente). Também farão parte do monte *partilhável* os bens *doados* sem autorização do cônjuge ao momento da prática desse ato e/ou sem prévia autorização no pacto antenupcial, mediante reivindicação ou seu equivalente em dinheiro.

II – No caso de dissolução da sociedade conjugal por *morte* de um dos cônjuges:

a) – patrimônio *não partilhável*: todos os bens que cada qual dos cônjuges levou para o casamento e os que os substituíram em sub-rogação e, também, os bens (e respectivas dívidas, se houver) que cada qual recebeu de herança ou em doação;

b) – patrimônio *partilhável*: todos os bens comuns, adquiridos na constância do casamento e, ainda, todos os bens adquiridos por qualquer dos cônjuges, a título *oneroso* e remanescentes ao momento da dissolução, assim como o retorno (reivindicação ou seu equivalente em dinheiro) dos bens *doados* sem autorização do cônjuge;

c) – *herança* – concorrência com filhos de ambos: o cônjuge supérstite herdará quinhão igual ao de cada qual dos filhos, assegurado, em seu favor, o mínimo de um quarto (1/4) do total do monte partilhável (art. 1.829, I, e art. 1.832);

d) – *herança* – concorrência com filhos do *de cujus*: o cônjuge supérstite herdará quinhão igual ao de cada qual dos filhos. Nesse caso *não* haverá observância do mínimo de um quarto (1/4) da monte partilhável (art. 1.829, I, e art. 1.832);

e) – *herança* – concorrência com *ascendentes* do *de cujus*: o cônjuge supérstite herdará quinhão igual a um terço (1/3) do monte partilhável, se concorrer com sogro e sogra. Se a concorrência for apenas com um deles, a herança será de 50% do monte partilhável. Também será de 50% caso a relação de parentesco seja superior ao primeiro grau, ou seja, com os avós do *de cujus* (art. 1.837).

Eis, acima, em resumo, as vantagens legais para cada qual dos cônjuges, ao optar por esse regime.

## 6.2 Parâmetros e requisitos legais

O primeiro requisito legal a cumprir é a lavratura de *pacto antenupcial*, via escritura pública, estabelecendo essa modalidade de “*participação final nos aqüestos*”, como *regime de bens*, para a formalização do casamento, em cumprimento aos arts. 1.639, 1.640, e 1.653, do CC/2002. Nesse pacto é possível estabelecer a liberdade de o cônjuge alienar os bens *imóveis* próprios sem o comparecimento do outro no ato público traslativo de domínio. Essa autorização há de ser expressa no pacto antenupcial, para os efeitos de registro público imobiliário.<sup>22</sup> Essa opção decorre da liberdade assegurada no art. 1.656, do CC/2002, para maior adequação à essência desse regime de bens, ou seja, sistema patrimonial e de administração exclusivos de cada qual dos cônjuges, apenas com divisão dos bens adquiridos a título *oneroso* ou por esforço comum, durante o casamento – *partilha final* (apenas) *nos aqüestos*.

Nesse regime sob comento, é irrelevante se os bens patrimoniais particulares foram adquiridos pelo cônjuge *antes* do casamento (a qualquer título), ou se oriundos de *doação* ou de *herança* durante o casamento. Seja qual for o momento da aquisição desses bens, o respectivo cônjuge titular terá total liberdade de administrá-los, inclusive deles dispor, exceto se forem bem *imóveis* (quando, então, por exceção e ao contrário senso, deverá ocorrer a outorga uxória ou marital – dispensável, entretanto, se constar no pacto antenupcial, consoante art. 1.656).

22 - Nesse sentido são as lições de Maria Helena Diniz: “... nada obsta, pelo art. 1.656 do Código Civil, que no pacto antenupcial que adotar esse regime, se convençione a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares.” In Código Civil Anotado, artigo 1.673, item Administração dos bens particulares, 10ª ed. Saraiva, SP, 2004, p. 1244.

Para os efeitos de *administração* exclusiva e de *partilha*, o CC/2002 utiliza e define o conceito de “*patrimônio próprio*”, como se vê no art. 1.672, primeira parte, e art. 1.673:

“Art. 1.672. No regime de participação final nos aqüestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento”. (Obs.: Na expressão “pelo casal”, entenda-se “por qualquer dos cônjuges”).

“Art. 1.673. Integram o patrimônio próprio os bens que cada cônjuge possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento.

*Parágrafo único.* A administração desses bens é exclusiva de cada cônjuge, que os poderá livremente alienar, se forem móveis”.

É preciso dizer que a *administração exclusiva* não afasta os limites estabelecidos no art. 1.647, relativamente à *proibição* de alienar e gravar de ônus real os bens imóveis, de demandar sobre direitos reais, de prestar fiança ou aval, e de fazer doação de bens comuns ou dos que possam integrar futura meação.

No caso de *alienação* ou *gravame* de bens *imóveis* que dependa da assinatura de ambos os consortes, se o cônjuge não titular do domínio recusar-se ao assentimento, caberá ao outro promover pedido de autorização judicial, de modo a dispensar a outorga uxória ou marital, nos termos do art. 1.567, conjugado com os arts. 1.642 a 1.648, do CC/2002.

Repete-se que os cônjuges podem, no pacto antenupcial, estabelecer a dispensa de outorga uxória ou marital, para alienação de bens *imóveis* particulares. Isso dispensará o assentimento do outro cônjuge no ato traslativo do domínio e posse, mas não afetará a divisão de aqüestos (adquiridos a título oneroso), a final, e com compensação, se necessário, nos casos de doação (ou “alienação” simulada), sem o consentimento do consorte. E, se o bem imóvel não for *particular*, eventual autorização para alienação ou doação, no pacto antenupcial, será cláusula inválida.

### 6.3 Dissolução do casamento e partilha dos bens:

A dissolução da *sociedade* conjugal poderá ocorrer por duas formas:

a) - *voluntária* (rescisão), via *separação* consensual ou litigiosa, e/ou *divórcio*, também consensual ou litigioso;

b) – por *morte* de um dos cônjuges ou de ambos, concomitantemente (comoriência). Em se tratando de *morte*, é necessária distinção entre *herança* (soma de todos os bens e dívidas – art. 1.791) e *legítima* (porção necessariamente destinada aos herdeiros *necessários*: descendentes, ascendentes e cônjuge – arts. 1.845 e 1.846). Também, distinção entre herdeiros *legítimos* (relacionados no art. 1.829, na respectiva ordem de preferência estabelecida pelos incisos I, II, III e IV) e herdeiros *instituídos* (via testamento ou codicilo – arts. 1.799, 1.857 e 1.881). Por fim, em caso de *concorrência* do cônjuge supérstite (art. 1.829, I) a *herança* será dividida em dois montes: bens *comuns* e bens *particulares*. A *concorrência* incidirá somente nos bens *particulares*.

Neese regime de *participação final nos aqüestos*, em quaisquer dos casos de extinção

da sociedade conjugal (voluntária ou morte – exceto na comoriência, cujos reflexos patrimoniais serão analisados em separado), cada qual dos cônjuges, na partilha, *manterá* para si os bens adquiridos *antes* do casamento, assim como aqueles decorrentes da *sub-rogação* dos mesmos, e os bens que entraram em seu patrimônio pessoal por doação ou herança, durante o casamento. Nessa partilha, cada cônjuge, respectivamente, receberá a *metade* dos bens que foi adquirido pelo outro cônjuge, a título oneroso, assim como, em sentido inverso, cederá a metade dos bens que igualmente adquiriu a título oneroso, no curso do casamento, para a almejada *participação final nos aqüestos*.

Na prática, significa que os bens que o marido conquistar a título oneroso, com o seu trabalho exclusivo ou mediante colaboração do cônjuge, durante o casamento, serão divididos com a mulher e vice-versa. Significa, também, que se algum dos cônjuges tiver *doado*, sem o consentimento do outro, bem *adquirido* a título oneroso ou por *esforço comum* no curso do casamento, o valor desse bem será levado à *colação*, ao momento da partilha, em benefício do cônjuge prejudicado (ou seus herdeiros), fazendo-se a devida *compensação*, na forma do art. 1.675 do CC/2002. Por esse mesmo dispositivo, o cônjuge prejudicado (ou seus herdeiros) poderá optar pela reivindicação do respectivo bem, em ação própria.

Evidentemente que cada bem reservado carrega consigo a própria dívida originária, se houver. E na apuração da legítima e do monte partilhável, as despesas e respectivas dívidas serão abatidas em primeiro lugar. Exemplos:

#### Partilha em *vida*:

Maria, casada com João sob o regime em comento, em caso de *divórcio* ou *separação* judicial, na partilha conservará para si, por inteiro, todos os bens que possuía anteriormente ao casamento, bem como, também por inteiro, todos os bens recebidos por doação ou herança, ou decorrentes sub-rogações. E, pela “*participação final nos aqüestos*”, *manterá* consigo a *metade* daquilo que conquistou com o seu trabalho (ou em conjunto com o marido) durante o casamento, bem como *receberá*, também, a *metade* dos bens que João, pela mesma forma (a título *oneroso*, em trabalho individual ou conjunto), conquistou durante o casamento. Por outro lado e de igual forma, mas em sentido inverso, no pagamento que couber a João, constarão os seus bens anteriores ao casamento, os oriundos de doação, ou de herança, ou sub-rogações, a *metade* do que conquistou com seu *trabalho*, ou sob colaboração da mulher, durante o casamento, e, ainda, a metade daquilo que Maria, por sua vez, adquiriu, no curso do mesmo casamento, a título oneroso, com ou sem sua colaboração (dele, João – esforço comum).

#### Partilha por *morte*.

Hipótese A: Maria, casada com João (em regular convívio ao momento do óbito - art. 1.830, do CC/2002), em razão do *falecimento* do marido, *sem* deixar descendentes e/ou ascendentes e sem deixar testamento, receberá (apenas *discriminação*) em partilha, ao final do inventário, como patrimônio *próprio*, todos os bens que possuía anteriormente ao casamento, bem como os bens recebidos por doação ou herança e eventuais sub-rogações. E, pela “*participação final nos aqüestos*”, receberá, como *meação*, a metade dos bens que conquistou no curso do casamento, a título oneroso, com ou sem colaboração de seu finado marido, assim como a metade dos bens que João conquistou a título oneroso, com ou sem a colaboração dela, Maria.

Finalmente, como *legítima*, receberá (herdará) todos os bens remanescentes e

existentes em nome de João, independentemente da origem (anterior ao casamento, herança, doação ou *trabalho* – este último pela *metade*), assim como a metade dos bens que ela, Maria, adquiriu a título oneroso. Sobre o montante dessa *legítima* herdada incidirá o tributo *causa mortis*.

Hipótese B: Maria, casada com João (em regular convívio ao momento do óbito - art. 1.830, do CC/2002), em razão do *falecimento* do marido, sem deixar testamento, mas *deixando* descendentes comuns em número de dois (2), *separará* (apenas discriminação) na partilha, ao final do inventário, como bens particulares, todos os que possuíam anteriormente ao casamento, e, ainda, todos os bens recebidos por *doação* ou *herança*, durante o casamento, assim como a *metade* do produto de seu trabalho *exclusivo* ou sob *colaboração* do finado marido.

E, pela “*participação final nos aqüestos*”, como *meação*, receberá a *metade* dos bens conquistados pelo finado *marido*, a título oneroso, sob esforço exclusivo do finado ou comum do casal, também no curso do casamento.

Finalmente, como *legítima* receberá (herdará, art. 1.832, agora com vantagem sobre outros regimes porque não incidente nas exclusões do art. 1.829, I, do CC/2002) a quota-parte equivalente a *um terço* dos bens *particulares* do finado marido (1/3 – concorrência com dois (2) filhos comuns – divisão *per capita*). A *herança* consistirá em todos os bens que o finado possuía anteriormente ao casamento, assim como aqueles que decorreram de herança ou doação e sub-rogações no curso do casamento. Os outros 2/3 serão pagos, como *legítima*, aos dois filhos (1/3 para cada qual). Se a herança for equivalente a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), a cada um deles tocará quinhão no valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Se, na mesma hipótese, forem 4 os filhos comuns, ao invés de 2, Maria herdará quinhão equivalente a um quarto (1/4) – art. 1.832 – e o restante da herança (3/4) será dividido por quatro (4). Para exemplificar, tomando por base herança (bens *particulares*) no mesmo valor total de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), um quarto (1/4) desse valor, ou seja, R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) serão destinados à Maria e os R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) restantes serão divididos entre esses quatro (4) filhos, cabendo a cada um desses descendentes o quinhão de R\$ 22.500,00 (vinte e dois mil e quinhentos reais).

Sobre o montante da *legítima* (total dos bens de João anteriores ao casamento e os oriundos de doação e herança, e, ainda, 50% dos bens adquiridos onerosamente no curso do casamento, por esforço pessoal ou comum do casal) incidirá o tributo *causa mortis*.

Hipótese C: Maria, casada com João, este vem a falecer deixando *testamento* e *descendentes* (dois filhos). Pelo testamento o finado João deixou o total de sua porção *disponível* para instituição de caridade “A” (arts. 1.789, 1845 e 1.846 do CC/2002). Ao final do inventário, em partilha, Maria separará (discriminará) como patrimônio próprio, incomunicável, todos os bens que possuía anteriormente ao casamento e os que foram recebidos por doação ou herança e suas sub-rogações. E, ainda, pela “*participação final nos aqüestos*”, receberá como *meação* a *metade* dos bens que ambos os cônjuges conseguiram amealhar, a título oneroso, por esforço individual ou de ambos, na constância do matrimônio.

Para os efeitos de *herança* (consistente na soma dos bens que o finado marido possuía anteriormente ao casamento e os que recebeu por doação ou herança e suas sub-rogações, assim como a *metade* do produto de seu trabalho exclusivo ou em colaboração do cônjuge e, ainda, a *metade* dos aqüestos – aqueles adquiridos, a título oneroso pela mulher)

será dividida ao meio: *metade* da *herança* líquida, assim definida, tocará à instituição de caridade “A”; e a outra *metade* (legítima – art. 1.846) será dividida em dois montes: um, composto somente dos bens *particulares* para ser dividido pelos três herdeiros *necessários* (cônjuge supérstite e os dois filhos comuns, em concorrência – art. 1.829, I), cabendo um terço (1/3) desses bens *particulares* para cada qual deles; o outro monte, composto da metade dos bens *comuns*, será dividido em duas partes iguais: uma para cada qual dos filhos. Sobre o montante dessa *herança* (total dos bens de João existentes antes do casamento e os oriundos de doação e ou herança no curso do casamento, os bens produzidos de trabalho exclusivo ou em conjunto, bem como os 50% dos bens adquiridos onerosamente pela mulher, durante o matrimônio) incidirá o tributo *causa mortis*.

Hipótese D: Maria e João, casados pelo regime sob exame, *fãlecem* ambos no mesmo instante (art. 8º do CC/2002 – comoriência), sem deixar (ambos) testamento e sem deixar filhos, mas *deixando*, cada qual, bens reservados e bens comuns adquiridos, onerosamente, no curso do casamento, assim como deixando os respectivos *ascendentes* paternos e maternos. Os bens reservados de Maria (anteriores ao casamento, a herança e a doação recebidas e a *metade* do produto do seu trabalho exclusivo ou em colaboração com o marido, bem como a *metade* dos bens adquiridos, onerosamente, por João, por trabalho individual ou sob colaboração dela cônjuge feminino, também no curso do casamento, serão destinados aos *ascendentes* de Maria, divididos por cabeça (metade para a mãe, metade para o pai). De idêntica forma serão levantados os bens de João e transmitidos por herança (legítima) aos seus ascendentes, também divididos por cabeça. Sobre o montante da *herança* incidirá o imposto *causa mortis*.

#### 6.4 Apuração dos bens aqüestos para partilha em vida

Sobrevindo *dissolução* da sociedade *conjugal*, por ato de vontade (separação judicial ou divórcio) ou por morte de um deles, será apurado o *quinhão* individual de cada qual dos consortes, não partilhável, e o *quinhão comum* (aqüestos) partilhável. Portanto, serão três montes distintos. Cada monte *individual* (não partilhável) é composto dos bens que existiam *antes* do casamento e os decorrentes de *sub-rogação*, mais os oriundos de doação ou herança no curso do casamento. Cada monte leva consigo as respectivas dívidas, se houver.

Já o monte dos *aqüestos*, partilhável, é composto, exclusivamente, dos bens adquiridos a título oneroso e por esforço individual de cada qual dos consortes ou comum de ambos. Se houver bem derivado de *doação* para ambos os cônjuges, esse bem também integrará o monte partilhável. E, no curso do casamento, por decorrência da administração exclusiva, se algum dos consortes tiver feito *doação* sem o consentimento do outro, ou “alienação” simulada (de móveis ou imóveis) para encobrir a doação, o cônjuge prejudicado poderá exigir a incorporação do *valor* desse bem no monte partilhável, fazendo-se, assim, *compensação* pelo desfalque. Em se tratando de bem *imóvel*, ao cônjuge prejudicado será facultado, ao invés da *compensação*, mover ação *reivindicatória* – ressalvado, claro, o direito do terceiro de boa fé.

É preciso deixar claro que essa colação (ou reivindicação) se refere aos bens *imóveis*, porque os bens *móveis* podem ser livremente alienados – art. 1.673, parágrafo único. Ademais disso, quando o art. 1.675 determina a inclusão do valor das *doações* no montante dos *aqüestos*, é incisivo em se referir àquelas *doações* ocorridas “*sem a necessária autorização do outro*”. Por óbvio, para doar bem *móvel* não há “*necessidade*” de autorização do outro

cônjuge e, ademais disso, por disposição expressa no parágrafo único do art. 1.673, cada qual dos cônjuges pode “*livremente alienar*” bens *móveis*. Mas, cabe, aqui, uma observação: se a doação incidir sobre bem *móvel comum*, ao cônjuge prejudicado caberá compensação pelo percentual de domínio que lhe cabe – cujo ônus probante é seu –, mas, não, a reivindicação do bem.

Levantados os respectivos quinhões, cada qual deles levará consigo as respectivas dívidas, se houver. Por outro lado, do montante dos bens aqüestos abatem-se as respectivas dívidas, se existentes. Nos termos do art. 1.677 do CC/2002, em caso de dívida contraída por apenas um dos cônjuges, a responsabilidade será apenas do subscritor, exceto se a dívida beneficiou a ambos os cônjuges. E, consoante art. 1.678, se um dos cônjuges solver dívida do outro, ao momento da partilha haverá a compensação pelo valor pago, devidamente atualizado.

Assim são as disposições dos arts. 1.674 a 1.676, do CC/2002:

*“Art. 1.674. Sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aqüestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios:*

*I – os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram;*

*II – os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade;*

*III – as dívidas relativas a esses bens.*

*Parágrafo único. Salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis.”*

*“Art. 1.675. Ao determinar-se o montante dos aqüestos, computar-se-á o valor das doações feitas por um dos cônjuges, sem a necessária autorização do outro; nesse caso, o bem poderá ser reivindicado pelo cônjuge prejudicado ou por seus herdeiros, ou declarado no monte partilhável, por valor equivalente ao da época da dissolução.”*

*“Art. 1.676. Incorpora-se ao monte o valor dos bens alienados em detrimento da meação, se não houver preferência do cônjuge lesado, ou de seus herdeiros, de os reivindicar.”*

Se, entretanto, ao invés da compensação, o cônjuge prejudicado (ou herdeiro) optar pela *reivindicação* do bem, é necessário examinar se ocorreu prescrição ou decadência (art. 1.649) e, ainda, a boa fé do adquirente, todos a impedir a retomada. Por exemplo, para a boa fé, em se tratando de bem *móvel*, nos termos do art. 1.680 do CC/2002, presume-se domínio e disponibilidade pelo cônjuge alienante, salvo se o bem for de “*uso pessoal do outro*”. De qualquer forma, se frustrada reivindicação do bem, restará ao cônjuge prejudicado a *compensação* pelo justo valor.

No caso de aquisição de bem mediante produto de trabalho conjunto, nos termos do art. 1.679, ocorrerá formação de *condomínio* e quota proporcional à contribuição de cada qual.

Como regra geral, os bens *imóveis* pertencem ao cônjuge cujo nome constar no registro imobiliário. Entretanto, nos termos do art. 1.681, se houver impugnação convincente pelo outro cônjuge (ou seus herdeiros), caberá ao titular do domínio provar a *regularidade* da aquisição.



Em relação ao direito à *meação* nos bens aqüestos a título oneroso, na vigência do regime matrimonial, o artigo 1.682 é expresso em impedir a *renúncia*, a *cessão* e a *penhora*.

“Art. 1.682. O direito à *meação* não é renunciável, cessível ou penhorável na vigência do regime matrimonial.”

Essa disposição legal visa impedir *coaço* de um cônjuge sobre o outro, ou realização de negócio indevido ou simulado tendente a extinguir a expectativa de direito sobre a futura *meação*, enquanto perdurar o casamento sob esse regime de bens.

## 7. REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS (ARTS. 1.687 - 1.688)

O regime de separação de bens pode ser *convencional* ou *obrigatório*. Nesse regime de bens de *separação*, dito, comumente, “separação total” ou, como diz o art. 1.647, separação *absoluta*, os bens de cada qual dos cônjuges não se comunicam e as respectivas administrações são exercidas com exclusividade pelo cônjuge titular do patrimônio.

Nos termos do art. 1.641, o regime de separação *obrigatória* ocorre nas seguintes hipóteses:

- a) - Casamento de pessoa com mais de 60 anos de idade (basta que um dos nubentes tenha essa idade);
- b) – Casamento de pessoa que necessite de autorização judicial;
- c) – Casamento do viúvo ou da viúva que não fizer inventário;
- d) – Casamento da mulher viúva no prazo de até 10 meses da viuvez ou até 10 meses da dissolução da sociedade conjugal em razão de nulidade ou anulação;
- e) – Casamento do divorciado antes da partilha do casamento anterior;
- f) – Casamento do tutor ou do curador, seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Em relação ao nubente com mais de 60 anos de idade, se o casamento tiver sido precedido de *união estável* iniciada antes dessa idade, o regime de bens poderá ser diverso, consoante interpretação dada pelo Enunciado 261 do CEJ (Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal), vazado nos seguintes termos: “A *obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica à pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade*”.

Há severas e fundadas críticas a respeito dessa obrigatoriedade de regime de bens de *separação*, com base nesse preconceituoso inciso – idade igual ou superior a 60 anos. Andou mal o legislador de 2002 em presumir *debilidade mental* em pessoas com mais de 60 anos de idade, tão-somente por esse fator cronológico. Está o CC/2002 repetindo critérios do Código de 1916, cujos conceitos, à época, retroagiam ao Século XIX, esquecendo-se de que, hoje, a expectativa de vida avançada em longevidade, os recursos para preservação da saúde (nesta compreendida a higidez mental) e os meios de difusão de conhecimentos gerais alargando a capacidade de discernimento são totalmente diferentes. Basta ver que, na maioria das vezes, os cargos públicos de relevo no Legislativo, no Executivo e no Judiciário encontram-

se preenchidos por pessoas com mais de 60 anos de idade, todas elas desempenhando regularmente a função com qualidade e com produtividade. Daí o motivo pelo qual o STJ, em jornada de estudos jurídicos a respeito do novo CC, na proposta nº 125, sugere a revogação desse inciso, nos termos:

*“Proposta: revogar o dispositivo. Justificativa: A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida, com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses”.*<sup>23</sup>

Na vigência do CC/1916, no regime de *separação*, um cônjuge não podia prestar fiança, não podia doar ou alienar bens *imóveis*, nem instituir gravame *real* sobre os mesmos, sem autorização do outro. Mas o CC/2002, no art. 1.647, expressamente modificou essa situação.

Pela regra geral desse artigo 1.647, do CC/2002, um cônjuge não pode, sem autorização do outro, alienar bens *imóveis*, gravá-los de *ônus real*, postulá-los como *autor* ou *réu*, prestar *fiança* ou *aval*, e fazer *doações*, **exceto** se o regime de casamento for o da **separação absoluta**. Isso, ao nosso ver, significa *derrogação* do artigo 10 e do art. 669, parágrafo único, do CPC, no que diz respeito à outorga uxória ou marital para movimentação processual de ações reais, assim como intimação de penhora sobre imóvel. Assim, para os efeitos de postulação ativa e passiva sobre “*direitos reais imobiliários*”, se o casamento for sob esse regime, não mais há necessidade de participação do outro cônjuge, quando o imóvel envolvido pertencer somente ao demandante. Por esse mesmo entendimento, também não mais há necessidade de *intimação* do cônjuge não devedor, nas execuções forçadas, caso a penhora recaia sobre bem imóvel particular do cônjuge devedor, quando o regime de bens for o da *separação absoluta* (convencional ou legal – não há distinção para esses efeitos).<sup>24</sup> Isso é óbvio: se o cônjuge titular pode, livremente, doar ou alienar imóvel sem dar satisfação ao outro cônjuge, com mais razão poderá perdê-lo em ação judicial expropriatória.

No regime de separação *obrigatória*, na opinião de Carlos Roberto Gonçalves<sup>25</sup>, o pacto antenupcial é dispensável. Isso significa que, dentro das hipóteses em que a lei obriga o regime da separação de bens no casamento, a eventual inexistência de pacto antenupcial em nada influirá no regime de bens, por se tratar de imposição legal predominante. Nem será motivo de anulação do casamento. Simplesmente as regras de *direito patrimonial* serão as aplicáveis ao regime de *separação absoluta* de bens.

Em se tratando de separação *convencional*, também denominada *voluntária*, o cônjuge supérstite, na sucessão, concorrerá com os demais herdeiros necessários, consoante regra geral do inciso I, do art. 1.829. Se, entretanto, o regime de separação for decorrente de

23 - NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA A. NERY, in *Código Civil Anotado*, art. 1.641, 2ª edição Revista dos Tribunais, São Paulo: 2003, p. 736.

24 - DENISE WILLHELM GONÇALVES, no citado artigo *Regime de Bens no Código Civil Brasileiro Vigente*, ao comentar o art. 1.647 do CC/2002, ao que parece (já que não faz distinção entre regime de separação absoluta e os demais), tem entendimento contrário ao nosso: “Quanto à exigência da participação de ambos os cônjuges nas ações que versem sobre os bens ou direitos, tanto no lado ativo como passivo, justifica-se pelo fato de que a decisão proferida em casos que tais acarretará na perda da propriedade imóvel dos referidos bens. Aliás, tal exigência já se encontra consagrada no art. 10 do CPC”. RT 819, p. 15.

25 - Carlos Roberto Gonçalves. In *Principais Inovações no Código Civil de 2002*, Saraiva, SP, 2002, item 20.27, p. 79.

imposição da lei, ou seja, *obrigatório*, pela ressalva contida nesse mesmo inciso I, do art. 1.829 (expressa em se referir à “*separação obrigatória de bens*”), o cônjuge supérstite será excluído da concorrência com os herdeiros necessários – trata-se, aqui, de interpretação restritiva, porque prejudicial.

Ao nosso ver, a Súmula 377, do STF, continua sendo aplicável em relação aos bens *aquêstos*,<sup>26</sup> nos casos de regime de bens de separação *absoluta*, por imposição legal, pela presunção de que se originam de *esforço* comum do casal e ao fundamento maior de que a ninguém é lícito locupletar-se às custas alheias. Entretanto, entendemos não ser aplicável referida Súmula quando o regime de separação for *convencional* e essa incomunicabilidade estiver expressa no pacto antenupcial.

## 8. UNIÃO ESTÁVEL – REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL E/OU CONTRATUAL

Pelo aspecto legal, aplicam-se à união estável os seguintes dispositivos: o art. 226, § 3º, da CF/88; os artigos 1.723 até 1.727 e 1.790, do CC/2002; as Leis 8.971/94 e 9.278/96, nos dispositivos não revogados.

Na *união estável* – cuja característica é a situação de *fato* do convívio entre homem e mulher não impedidos de casarem entre si, exceto no caso de o convivente ser *separado* de fato ou judicialmente de seu cônjuge –, o regime de bens pode ser definido por contrato prévio ou por contrato estabelecido durante o convívio. O contrato deverá ser formalizado por escrito (não por expressa exigência legal, mas, sim, para os efeitos de convencimento do julgador, em caso de conflito, posto que, na dúvida – se contrariado ou negado pelo réu –, a interpretação será a de invalidez ou de inexistência de dito documento). Se o contrato particular contiver cláusula *abusiva* esta será considerada não escrita em relação ao companheiro prejudicado (arts. 421, 422 e 425).

Na ausência de contrato, ao momento da partilha por ato entre vivos ou por morte de um ou de ambos os conviventes aplicam-se as regras do regime de bens de *comunhão parcial*, incluindo-se, claro, as disposições relativas à *incomunicabilidade* dos bens discriminados (arts. 1.658-1.666). Em relação ao direito Sucessório, as regras são as do art. 1.790, cuja crítica será feita abaixo.

Vê-se, assim, que os integrantes da união estável, sob *status* Constitucional de *família* (art. 226, § 3º, da CF/88), estão abrangidos por dois tipos de disposições *patrimoniais*: a primeira, *contratual*, mas a liberdade de contratar não pode ferir as regras atinentes à família e à sucessão; a segunda, no caso de inexistência de contrato válido, de aplicação das regras do regime de bens da *comunhão parcial* (arts. 1.658 – 1.666), para administração e divisão em vida. Para a *sucessão*, em caso de falecimento, a partilha será feita na forma do art. 1.790.

Não obstante o parceiro *estável* sobrevivente não constar do rol de “vocações hereditárias” estabelecido no art. 1.829, entendemos que a situação de “cônjuge”, contida no inciso III desse artigo, lhe alcança por *equiparação*, para os efeitos de lhe ser garantida a condição de herdeiro *necessário*, compreendida no âmbito do art. 1.845, mercê da proteção

26 - DENISE WILLHELM GONÇALVES, no citado artigo *Regime de Bens no Código Civil Brasileiro Vigente*, sem a nossa adesão, entende ser inaplicável a Súmula 377, do STF: “Contudo, indo na contramão, o legislador optou em permanecer com a proibição de *aquêstos* no regime de separação obrigatória, desprezando a Súmula 377 do STF”. RT 819, p. 21-22.

27 - O professor ANDRÉ MENEZES DELFINO, no artigo *A União Estável no Direito Sucessório*, entende ser injusta a não equiparação à condição de cônjuge, para os efeitos da qualidade de herdeiro necessário. In Revista Jurídica UNIJUS, Vol. 7, nº 1, novembro de 2004, p. 49-55.

Constitucional dada pelo art. 226, § 3º, da CF/88.<sup>27</sup>

Há consenso doutrinário de que a *união estável* somente se caracteriza quando há *convívio contínuo, ostensivo e duradouro*, entre pessoas não impedidas de se casarem. Mas a união estável também pode ocorrer quando um (ou ambos) dos conviventes esteja separado de fato ou judicialmente de seu cônjuge, como já dito – situação em que o casamento estará impedido. Em qualquer hipótese, o fator “*tempo calendário*” há de ser indubitado, ao lado dos requisitos legais expressos, para preenchimento da condição de “*convivência pública, contínua e duradoura*” contida no art. 1.723 do CC/2002. O novo disciplinamento não faz referência ao fator *tempo calendário mínimo*. Esse silêncio legislativo tem levado boa parte dos doutrinadores e entender não há necessidade de aferição do fator *tempo de convívio*. Com o devido respeito, não compartilhamos desse entendimento. Em razão desse silêncio legislativo, somos de opinião que o art. 1º da Lei 8.971/94 continua em vigor, tanto para os efeitos de exigência de alimentos, como para a efetiva caracterização da *união estável*, com ou sem nascimento de filho. O art. 1.790 do CC/2002 revogou apenas o art. 2º da Lei 8.971/94, porque ampliou os efeitos *sucessórios*. Se o art. 1º dessa lei não for acolhido como parâmetro de *tempo* de convívio, outro, em substituição,<sup>28</sup> há de ser invocado para a fixação do *tempo calendário mínimo*, sob pena de insegurança do instituto e afronta aos requisitos expressos de “*convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*” (art. 1.723). Cumpridos todos os requisitos expressos, pelo prazo mínimo de 5 anos, entendemos que o convivente atinge o *status* de *cônjuge* e, por consequência, de *herdeiro necessário*, por equiparação ao *cônjuge sobrevivente*. Mesmo que esse prazo mínimo não seja atingido, eventual direito à *meação* dos bens *aquestos* em nada será prejudicado, posto que não se pode contemplar o enriquecimento sem causa de um, na exata contra partida do empobrecimento de outro.

Eventual relação concubinária ou convívio homossexual não ficará submetida às regras da *união estável*, mas sim, às regras de *sociedade de fato*, para os efeitos patrimoniais – já que ninguém pode se beneficiar às custas alheias. Ou seja, todo o acervo patrimonial constituído no curso da convivência ostensiva geraria o direito/dever de partilhar o produto, presumindo-se igual contribuição para sua aquisição, independentemente da forma de contribuição, a exemplo da condição de lidas domésticas de um dos parceiros, enquanto que o outro cuidava de atividade mercantil, rendosa, com exclusividade – salvo contrato disciplinando essa *sociedade*.

Em caso de necessidade de *amparo social*, após a morte de um dos parceiros, as regras serão as do INSS, com fundamento na solidariedade social e proteção da pessoa humana.

## 9. REGIME DE BENS E SEUS REFLEXOS NO DIREITO SUCESSÓRIO

Há dois tipos de herdeiro: o *legítimo* (aquele previsto em lei) e o *instituído* (aquele que o falecido tiver elegido como tal, via testamento ou codicilo).

A regra básica do direito sucessório, no tocante à *vocação hereditária*, está contida no art. 1.829 do CC/2002. A herança é deferida na seguinte ordem *preferencial*:

28 - Para fixação de “tempo calendário mínimo” inferior aos cinco (5) anos – se este não for acolhido, contrariando nosso modo de ver, poder-se-á invocar, por analogia, o prazo de dois (2) anos estabelecido no § 2º do art. 1.580 como condição para concessão de divórcio direto. Essa quantidade temporal é suficiente à extinção do matrimônio. De qualquer forma, algum *tempo mínimo* de convívio há de ser fixado, ainda que por construção jurisprudencial.

I - aos *descendentes*, em concorrência com o *cônjuge* (salvo se casado em um dos regimes de bens excluídos no inciso I desse artigo 1.829 – registre-se que a referência ao art. 1.640, contida nesse inciso, é simples equívoco de impressão, posto que, indubitavelmente, refere-se ao art. 1.641);

II – aos *ascendentes*, em concorrência com o *cônjuge* (casamento sob qualquer dos regimes de bens);

III – ao *cônjuge* sobrevivente (casamento sob qualquer dos regimes de bens);

IV – aos *colaterais* (até o 4º grau – arts. 1.592, 1.594 e 1.839);

V – ao *Município*, Distrito Federal ou União. Observação: não consta do art. 1.829 o item nº “V”, ora grafado. Sua inserção, nestas anotações, se faz com base no art. 1.844 do CC/2002.

O preenchimento da condição de herdeiro *legítimo* que ocorrer em primeiro lugar, salvo caso expresso de *concorrência*, impedirá que outros, na linha sucessória, venham participar da herança. Por exemplo: se houver concorrência do *cônjuge* com os *descendentes* (item I), os *ascendentes* (item II) estarão excluídos; nem o próprio *cônjuge* irá receber quinhão, novamente, pela colocação na terceira posição (item III); de igual forma, se o *cônjuge* receber a herança a título próprio e exclusivo (porque não há ascendentes, nem descendentes – item III), os *colaterais* estarão excluídos (item IV). Se os colaterais receberem a herança, o Município estará excluído (item V). Por fim, se o Município recebê-la (ou o Distrito Federal) a União estará excluída.

A *metade* da herança (calculada esta no momento da abertura da sucessão – art. 1.847) será considerada parte *indisponível* quando o falecido deixar herdeiros *necessários* (descendentes, ascendentes e *cônjuge* - arts. 1.845 e 1.846). Existindo herdeiros *necessários* ao momento da morte do autor da herança, eventual desejo anterior do falecido, devidamente formalizado em testamento, destinando quotas que, na soma, ultrapassem 50% do total da herança, a este limite será reduzido. Se *não* existir herdeiros *necessários*, o autor da herança poderá destinar 100% da herança a quem quiser - sempre, por meio de regular testamento e desde que não incorra nas proibições do art. 1.801, do art. 1.802, e do art. 42, do CC/2002, este último em consonância com o art. 11, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

## 9.1 Concorrência do cônjuge sobrevivente

Para o *cônjuge* sobrevivente poder *concorrer* com os filhos (próprios ou somente do *cônjuge* falecido) é necessário que estivesse casado em regime de bens *não excluído* pelo inciso I, do art. 1.829. Além disso, que também não estivesse separado judicialmente, ou de fato há mais de 2 anos, “*salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente*” (art. 1.830).

Pela regra do inciso I, do art. 1.829 – apesar da redação não elogiável desse inciso (onde as exceções superam a regra) e da ausência de justiça social e de coerência jurídica –, conclui-se:

I) – a sucessão é deferida, em primeiro lugar, aos *descendentes*. Somente haverá *concorrência* do *cônjuge* sobrevivente com os filhos do falecido se o casamento tiver sido celebrado:

- a) - pelo regime de bens de *participação final nos aqüestos*,
- b) - pelo regime de bens de *separação convencional*,
- c) - pelo regime de bens de *comunhão parcial*, desde que o falecido *tenha deixado bens particulares*.

II) – Assim, a contrário senso, o cônjuge sobrevivente é *excluído* da concorrência quando for:

a) - casado no regime de *comunhão universal* – aqui, para a exclusão, a justificativa é que o cônjuge sobrevivente já tem *meação* a separar;

b) - casado no regime de *comunhão parcial* e que *não* tenha deixado bens *particulares* – mesma justificativa de exclusão pelo fato de o cônjuge ter *meação* a separar;<sup>29</sup>

c) - casado no regime de *separação obrigatória* – porque a lei já está impondo *incomunicabilidade* geral, por razões legais próprias (art. 1.641).

## 9.2 Incompreensíveis exclusões do direito de concorrência

Como se vê, a lei faz discriminação incompreensível quando disciplina a *concorrência* (cujo efeito é receber herança ao lado dos descendentes) do cônjuge sobrevivente, como se explicita:

a) – no regime de bens de *participação final nos aqüestos*, o cônjuge sobrevivente recebe *meação* nos bens aqüestos (aqueles adquiridos a título oneroso no curso do casamento) e participa da *concorrência* com os descendentes (filhos, netos, bisnetos) do autor da herança, em divisão por cabeça, nos bens particulares. Se, entretanto, a concorrência se der com descendentes *comuns*, ao cônjuge sobrevivente está assegurada a quota mínima de  $\frac{1}{4}$  (um quarto) da herança – art. 1.832, do CC/2002. Por esse mesmo dispositivo, se a *concorrência* se der com descendentes apenas do cônjuge falecido a divisão será por cabeça;

b) – no regime de bens da *comunhão parcial*, o cônjuge sobrevivente somente *concorrerá* com os descendentes do autor da herança se este *deixar* bens *particulares*; Se o cônjuge falecido deixar bens particulares, a divisão será feita pela forma acima explicitada, disciplinada pelo art. 1.832;

c) – no regime de bens de *separação convencional*, também o cônjuge sobrevivente *concorrerá* com os descendentes do autor da herança, sob a mesma regra do art. 1.832;

d) – nos regimes da *comunhão universal* e da *comunhão parcial* (neste, quando o cônjuge falecido *não deixar* bens particulares) o cônjuge sobrevivente *não concorrerá* com os descendentes, ao argumento de que esses cônjuges sobreviventes já estarão recebendo *meação* e, por isso, não fazem jus (ou não precisam) da herança;

e) – no regime de bens de *separação obrigatória*, o cônjuge sobrevivente *não concorre* com os descendentes porque esse regime patrimonial, por imposição legal, tem por finalidade a *incomunicabilidade* do patrimônio. Mas, aqui, em relação aos bens adquiridos na constância do casamento, a título oneroso (aqüestos), aplica-se a Súmula 377, do STF, autorizando a meação nesses bens.

29 - Sobre Direito Sucessório no CC/2002 as lições mais claras são as de EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, no artigo *A Nova Ordem de Vocação Hereditária e a Sucessão dos Cônjuges*, publicado na RT 815, p. 32-37.

O que se vê, pelas disposições acima, do Direito Sucessório, é que idênticas situações patrimoniais *de fato* recebem tratamentos diferenciados, sem razões plausíveis.

*De lege ferenda*, ao nosso ver, a solução ideal seria a modificação legal do inciso I do art. 1.829, de tal modo que o cônjuge sobrevivente (hoje, herdeiro *necessário*), casado em quaisquer dos regimes de bens, sempre *concorresse* com os *descendentes*, ainda que em percentuais diferenciados – como já ocorre com o *parceiro* sobrevivente, na *união estável*. Essa solução acabaria com a incompreensível discriminação e ampararia melhor o cônjuge sobrevivente, tal como hoje é reconhecido, à unanimidade, pela classe jurídica.<sup>30</sup>

### 9.3 Limite do direito de concorrência

À primeira vista, em interpretação gramatical, poder-se-ia entender que o direito de *concorrência* previsto no art. 1.829, I, incidiria sobre *todos* os bens do casal. Mas assim não é. Como bem ensina EDUARDO MACHADO ROCHA,<sup>31</sup> a *concorrência* com os herdeiros, quando há bens *comuns* e bens *particulares*, incide tão-somente sobre os bens *particulares* do cônjuge falecido. Nos bens *comuns* ocorre apenas a *meação*. E, além da *meação*, no regime da *comunhão parcial* (desde que haja bens particulares) e no regime da *participação final nos aqüestos*, se existir bens *particulares*, incidirá a *concorrência*. Também incidirá a *concorrência* no regime da *separação convencional*. Portanto, nesses três regimes, o cônjuge supérstite recebe *meação* nos bens *comuns* (quando houver) e herda (concorre), de acordo com a cota hereditária, nos bens *particulares*. A partilha, no inventário, há de distinguir dois montes partilháveis: um, para a *meação* (bens *comuns*); outro, para a divisão hereditária em razão da *concorrência* (bens *particulares*).

### 9.4 Concorrência do parceiro estável

Para os efeitos de partilha em vida ou após a morte de um dos parceiros, por força da equiparação ao regime da *comunhão parcial*, o companheiro sobrevivente da *união estável* já participa da *meação* nos bens adquiridos a título *oneroso* durante o convívio. E, nos termos do art. 1.790 do CC/2002, no que diz respeito ao Direito Sucessório, ocupa posição privilegiada em relação ao cônjuge sobrevivente casado no regime da *comunhão universal* de bens (exceto em relação aos bens incomunicáveis), assim como em relação ao cônjuge casado no regime da *separação obrigatória* (também exceto em relação aos bens incomunicáveis) e, por fim, também em relação ao cônjuge casado sob regime da *comunhão parcial* em que o falecido não deixa bens particulares. Em todos esses regimes de casamento o cônjuge participa da *meação*, enquanto que o *parceiro* sobrevivente, além da *meação* nos bens *aqüestos*, *concorre* com os descendentes e com os ascendentes na herança. Por fim, também concorre com os *colaterais* (art. 1.790, III), mas, aqui, sem vantagem em relação ao *cônjuge*.

Por esse art. 1.790, independentemente da *meação* nos bens *aqüestos*, o companheiro

30 - A esse respeito, o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM remeteu ao Congresso Nacional sugestão de Projeto de Lei propondo a modificação do art. 1.829 e outros que menciona, do Código Civil. Ao momento destas anotações não temos notícia da tramitação legislativa. De qualquer forma, comungamos com a proposta de redação dos dez (10) artigos que menciona, com apenas duas ressalvas: 1) fixar tempo mínimo de duração para os efeitos sucessórios na *união estável*; 2) manter o cônjuge e incluir o companheiro sobrevivente no rol de herdeiros necessários. (art. 1845).

31- Escreve EDUARDO MACHADO ROCHA: "... a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário, concorrendo com descendentes na herança, foi no sentido de evitar que ficasse sem direito e qualquer patrimônio caso não tivesse direito à *meação*. [*omissis*] ... no regime de *comunhão parcial* de bens, quando o falecido deixar bens particulares e bens comuns, o cônjuge receberá sua *meação* nos bens comuns e não concorrerá à herança desses bens, somente concorrendo à herança com os herdeiros nos bens particulares". *In Sucessão Hereditária – fases práticas do inventário e partilha*. São Paulo: Editora Pillares, 2006, p. 70-71.

sobrevivente *não* participa da sucessão dos bens *particulares* do companheiro falecido. Mas concorre com os *descendentes* (o texto legal – inciso I –, por equívoco de redação, usa a expressão “filhos”) comuns e recebe quinhão *igual* (divisão *per capita*) relativamente aos bens adquiridos na constância da união estável, a título *oneroso*. Se concorrência se der com descendentes só do falecido, receberá a *metade* do que os descendentes receberem (estes, em divisão *per capita* entre os irmãos, se houver) e, da mesma forma, sempre em relação aos bens *adquiridos* na constância da união estável e a título *oneroso*.

Na ausência de descendentes e de ascendentes, se houver parente *sucessível*, o companheiro sobrevivente receberá quinhão equivalente a 1/3 (um terço) da *herança*, ou seja, um terço de todos os bens (tanto os *particulares* como os *aquestos*)<sup>32</sup>. Somente aqui o *parceiro* sobrevivente deixa a posição privilegiada e passa a ter posição inferiorizada em relação ao *cônjuge* sobrevivente, porquanto este, nessa hipótese, receberá a totalidade da herança (art. 1.829, III).

Por fim, se não existir parente *sucessível*, o parceiro sobrevivente receberá a totalidade da *herança*. Aqui, há total equiparação ao *cônjuge* sobrevivente.

## 10. ASPECTOS PRÁTICOS DOS REGIMES DE BENS

Os diferentes regimes de bens, postos à disposição dos nubentes, têm por objetivo estabelecer condições para o melhor desenvolvimento de *vida societária* entre os cônjuges e a melhor forma de se garantir a sobrevivência da prole, de acordo com a conveniência e o modo de pensar de cada casal. Daí as características e as finalidades de cada qual dos regimes:

a) – COMUNHÃO PARCIAL: Em regra, aqueles que optam pelo regime da *comunhão parcial* (hoje, regime ordinário), não têm bens expressivos para levar para o casamento, nem profissão rendosa. E, se tiverem, sabem, por antecipação, que esses bens levados para o casamento não se comunicarão. Sobretudo, na ordem prática, os nubentes têm em mente que, a partir do casamento, como sociedade conjugal, construirão vida e patrimônio comuns. A *administração*, como regra, é *comum* a ambos os consortes, na forma do art. 1.658. Mas poderá ser *exclusiva*, excepcionalmente, na forma do art. 1.665.

b) – COMUNHÃO UNIVERSAL: Em regra, aqueles que optam por esse regime têm por objetivo formar sociedade conjugal integral, vitalícia, de presente e de futuro, somando-se todos os esforços para a construção de vida e de patrimônio comuns. Em linguagem popular poder-se-ia dizer que se trata de “*sociedade de cama, mesa e trabalho*”. Mas o objetivo sobranceiro e a formação de prole, destinatária dos bens materiais. No momento da definição da meação (em vida ou por morte), sabe-se que também esses bens, futuramente, serão destinados aos filhos.

c) – PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS: Ainda que incipiente – pela novidade

32 - Registre-se que parte da doutrina, com base no *caput* do art. 1.790, que se refere aos “bens adquiridos onerosamente”, entende que a concorrência do companheiro em relação aos parentes sucessíveis (inciso III), somente se dará em relação a essa espécie de bens Com o devido respeito, não comungamos com esse entendimento. Ao nosso ver, no momento em que os incisos III e IV referem-se à *herança*, eles passam a reger a matéria com autonomia, já que *herança* compreende todos os bens remanescentes (inclusão dos particulares). Acrescente-se, por fim, que a não compreensão de regência com autonomia desses incisos (ao mencionarem *herança*), no caso de inexistência de herdeiros sucessíveis, o companheiro sobrevivente recolheria os bens adquiridos onerosamente, enquanto que os bens particulares iriam para o Município, Distrito Federal ou União. Não para o companheiro sobrevivente – fato de extrema injustiça.



contratual que é – aqueles que optarem por esse regime, por certo possuem patrimônio próprio expressivo e/ou exerce atividade profissional lucrativa. Pretendem, desse modo, prosseguir na construção e aumento do patrimônio próprio, sem embargo do convívio formal ao lado de outra pessoa com idêntico propósito patrimonial. Sem prejuízo disso, querem ambos construir vida em comum, inclusive com patrimônio comum, quando houver conveniência para a prole ou para a durabilidade da sociedade conjugal. A *administração*, como regra, por força do art. 1.673, é *exclusiva* de cada qual dos cônjuges, relativamente ao patrimônio individual. Enquanto perdurar a sociedade conjugal, tem ela feição de regime de *separação* de bens. Mas, ao momento de sua extinção, em vida ou por morte, a partilha se formaliza como se fosse *comunhão parcial*.

d) – SEPARAÇÃO TOTAL OBRIGATÓRIA: Nesse regime de bens não há opção dos nubentes. Apenas, cumpre-se a exigência legal. Os requisitos legais, fundados no pressuposto de comprometida manifestação de vontade dos nubentes, devem ser cumpridos tal como expressos.

Em relação ao inciso I do art. 1.641, a intenção da lei é evitar futuras demandas e desavenças no seio familiar da nova e da antiga família, descrevendo as situações de fato em que as pessoas, embora maiores e capazes, “*não devem casar*” – art. 1.523.

Em relação ao inciso II desse art. 1.641, envolvendo pessoa maior de 60 anos, o objetivo da lei é impedir *abuso* de um dos nubentes contra o outro, que se presume frágil, por força da idade. A não comunicação do patrimônio individual, nessa situação, aos olhos da lei, é medida de cautela – reiteram-se, aqui, as críticas que já fizemos sobre esse dispositivo preconceituoso e equivocado a respeito da capacidade de discernimento de pessoa maior de 60 anos.

Em relação ao inciso III desse artigo, os motivos da lei impondo a *incomunicabilidade* de patrimônio assentam-se na falta de capacidade plena dos nubentes, para a manifestação de vontade, ou seja, quando envolver menores e incapazes.

e) – SEPARAÇÃO TOTAL CONVENCIONAL: Aqueles que optam por esse regime, pretendem, como regra, formar sociedade apenas de pessoas. Não de patrimônio. Cada qual quer cuidar de seu próprio interesse patrimonial, com total independência. Há sociedade de pessoas, mas não há sociedade nos bens. Entretanto, por força de equidade, aplica-se a Súmula 377 do STF, para os efeitos de partilha dos bens aqüestos, ao pressuposto de colaboração recíproca dos cônjuges para a aquisição onerosa desses bens.

f) – UNIÃO ESTÁVEL: Em rigor, não se trata de regime de bens. Mas, sim, de união de pessoas de sexo oposto com o objetivo de vida em comum, como se casados fossem. Por óbvio, os interesses materiais permearão, permanentemente, a duração dessa sociedade de fato. As regras desse convívio podem ser estabelecidas por escrito, verbal ou tácita. São as mesmas regras básicas do casamento: fidelidade e assistência mútua. As regras de assistência recíproca e de proteção de eventual prole são as normais do Direito de Família. Para a divisão dos bens materiais aqüestos, na ausência de contrato válido, aplicam-se as regras do regime de *comunhão parcial*.

## 11. CONCLUSÃO

Em conclusão de nosso modesto estudo, entendemos:

a) – Em relação ao *Direito Pessoal*:

1 – Ao fundamento de que nenhum contrato é eterno, a exigência de prova de *culpa*, para concessão de separação judicial requerida por um só dos cônjuges, deve ser abolida. Se é livre o distrato por *consenso*, o casamento, em nenhuma hipótese, há de ser interpretado como contrato *vitalício*. Evidentemente que o rompimento *imotivado* do contrato gera o dever de indenizar os danos decorrentes, se houver.

2 – Ao fundamento de que todos os bens do casal, ativos e passivos, presentes e futuros, comunicam-se e caracterizam o regime da *comunhão universal* de bens, o inciso V do art. 1.668 (fazendo remissão aos incisos V, VI e VII do art. 1.659, cujo efeito é dispor que o produto do *trabalho*, das *rendas* e os *bens pessoais* não se comunicam) deve ser interpretado consoante disposição do art. 1.669, ou seja: em se tratando de direitos a perceber, não se comunicam tão-somente *enquanto* não percebidos; em se tratando de instrumentos de profissão, de utensílios e de bens de uso pessoal, não se comunicarão enquanto usados e utilizados pelo próprio conjugue titular.

3 – *De lege ferenda*, entendemos que o inciso II do art. 1.641 (proibindo o cônjuge maior de 60 anos escolher o regime de bens que melhor serve aos seus interesses) deve ser revogado, por se tratar de indevida intromissão do Estado na vida privada. Ou, modificado, para se referir tão-somente às pessoas com *saúde mental* comprometida, independentemente de idade.

4 – Também, *de lege ferenda* ou por construção jurisprudencial, somos de opinião de que o parceiro *estável* sobrevivente há de ser interpretado como *equiparado* ao cônjuge, para os efeitos de “vocaçãõ hereditária” estabelecida no art. 1.829, de modo a lhe ser estendida a condição de herdeiro *necessário* estabelecida no art. 1.845 – mercê da proteção Constitucional dada pelo art. 226, § 3º, da CF/88 – desde que a união estável seja mantida pelo tempo mínimo de 5 anos, para atendimento ao parâmetro de *durabilidade* estabelecido no art. 1.723, em harmonia com o art. 1º da Lei 8.971/94, não revogado ao nosso ver.

b) – Em relação aos efeitos do *Direito Patrimonial*:

1 – *De lege ferenda*, o inciso I do art. 1.829 há de ser modificado para que o cônjuge sobrevivente (hoje, herdeiro *necessário*), seja qual for o regime de bens do casamento, *concorra* com os *descendentes*, ainda que em percentuais diferenciados – como já ocorre, por exemplo, com o *parceiro* sobrevivente na *união estável*, nos termos do art. 1.790.

2 – No regime da *separação absoluta* por imposição legal (obrigatória), é possível a formação de patrimônio comum, na constância do casamento, por esforço efetivo ou presumido de ambos os cônjuges (aquestos), aplicando-se a Súmula 377 do STF, cujos fundamentos construídos sobre a regra genérica do art. 259 do CC/1916 encontram hoje respaldo na *igualdade* dos cônjuges, contemplada na CF/88, e não colidem com os princípios gerais do CC/2002. No regime de bens de separação *convencional*, as regras principais serão as contidas no pacto antenupcial. Mesmo assim, um cônjuge não poderá enriquecer-se às custas alheias, situação que afastará eventual pacto antenupcial abusivo e ensejará aplicação da Súmula 377, por interpretação compreensiva e consonância com os princípios gerais do direito.

3 – Os cônjuges, *entre si*, podem formar sociedade comercial, exceto se forem casados no regime de *comunhão universal* de bens, tal como previsto no art. 977 do CC/2002, pela indistinção de patrimônio que se criaria. Entretanto, em relação à proibição relativa aos

cônjuges casados no regime de *separação obrigatória*, estabelecida nesse mesmo artigo, ao nosso ver, a solução é a modificação legal, porque não se justifica o impedimento, já que os patrimônios individuais são distintos.

4 – Nos termos do art. 978 do CC/2002, o empresário casado poderá alienar ou gravar bens *imóveis* da *empresa*, sem autorização de seu cônjuge, seja qual for o regime de bens do casamento.

5 – No regime de *separação absoluta*, o cônjuge pode, sem autorização marital ou uxória: a) alienar ou doar os seus bens imóveis; b) gravá-los de ônus real; c) prestar fiança e aval (art. 1.647).

6 – Nos *demais regimes* de bens, o cônjuge não pode, sem autorização marital ou uxória: a) alienar ou doar os bens imóveis próprios, assim como os comuns; b) gravá-los de ônus real; c) demandar acerca de direitos reais; d) prestar fiança e aval. Se praticados, o cônjuge que não participou poderá ratificá-los a qualquer tempo. Ou anulá-los em até dois (2) anos a contar da dissolução da sociedade conjugal (art. 1.649).

7 – No regime de *participação final dos aqüestos*, se houver autorização no pacto antenupcial, o cônjuge pode, sem a participação do outro, *alienar, doar* ou *gravar* os bens *imóveis particulares*. Essa eventual autorização não colidirá com a *proibição* de prestar fiança ou aval, nem de pleitear em juízo como autor ou réu sobre bens imóveis (art. 1.647), sem o consentimento do outro cônjuge.

8 – Em relação ao *aval*, isoladamente considerado, qualquer que seja o regime (art. 1.647, III), por ser uma novidade que colide com a origem e tradição desse instituto de natureza comercial, entendemos que, como obrigação contratual, seu alcance ficará limitado ao patrimônio individual do subscriptor, ou ao do casal, quando firmado em benefício deste, tal como vem sendo interpretado pela Jurisprudência ao longo do tempo. Isso significa, ao nosso ver, que o aval prestado por um dos cônjuges sem a autorização do outro não será tido como inexistente ou inválido, mas, sim, limitado, no seu efeito contratual expropriatório, às possibilidades do patrimônio do subscriptor. Para defesa do patrimônio do cônjuge não subscriptor, em caso de penhora, o remédio serão os Embargos de Terceiro. E se os efeitos do aval, porventura, alcançarem o patrimônio do cônjuge que não deu autorização, a este caberá ação de regresso, para reaver o que pagou ou, por fim, compensação ao momento da partilha, em dissolução voluntária da sociedade conjugal ou por morte de um deles.

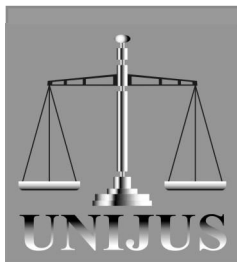
## 12. Abstract:

*These notations have for objective to point out the main characteristics of marriage, as a civil institution, and of diverse regimes of community property in the conjugal society, the patrimonial effect decurrent of these regimes in the Successions Right, also the decurrent ones of the Steady Union, the legislative omissions and the superable mistakes of disciplines imposed for the new civil code of 2002.*

**Key words:** *Marriage. Steady union. Regimen of community property. Successions right*

### 13. Referências:

- AMORIM, Sebastião, e, OLIVEIRA, Euclides de. **Inventários e Partilhas – Direito das Sucessões**. 17ª ed. Leud, SP, 2004.
- CAHALI, Francisco José, e, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil**. Coordenação de Everaldo Cambler. Vol. 6 – Direito das Sucessões. 2ª ed. Revista dos Tribunais, SP, 2003.
- CATEB, Salomão de Araújo. **Direito das Sucessões**. Editora Atlas, SP, 2003.
- CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil**, arts. 1.591 a 1.710, Vol. 18, Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo, Editora Saraiva, SP, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 10ª ed. Saraiva, SP, 2004.
- FIUZA, Ricardo (e outros). **Novo Código Civil Comentado**. Saraiva, SP, 4ª edição. 2005.
- GAVIÃO DE ALMEIDA, José Luiz. **Código Civil Comentado**, arts. 1.784 a 1.856, Vol. XVIII. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. Editora Atlas, SP, 2003.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Principais Inovações no Código Civil de 2002**, Saraiva, SP, 2002.
- GUTIER, Santo Aparecido. **A “falta de amor” como fundamento para separação litigiosa**. Revista Jurídica UNIJUS, v.8, n°8, p.177-183.
- MIDANDA, Darcy Arruda. **Anotações ao Código Civil Brasileiro**. Saraiva, SP, 4ª edição. 1993.
- NEGRÃO, Theotônio (e José Roberto F. Gouveia). **Código Civil e legislação civil em vigor**. Saraiva, SP, 24ª edição. 2005.
- NERY JÚNIOR, Nelson (e Rosa Maria de Andrade Nery). **Código Civil Anotado**. Revista dos Tribunais, SP, 2ª edição. 2003.
- NETTO LOBO, Paulo Luiz. **Código Civil Comentado**. Vol. XVI, Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. Ed. Atlas, SP, 2003.
- OLIVEIRA LEITE, Eduardo de. **Comentários ao Novo Código Civil** – Vol. XXI, Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira, 3ª Edição Forense, RJ, 2003.
- \_\_\_\_\_ **Os Sete Pecados Capitais do Novo Direito de Família**. RT 833, p. 66.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 2ª ed. Forense. Rio de Janeiro: 2006.
- ROCHA, Eduardo Machado. **Sucessão Hereditária – fases práticas do inventário e partilha**. São Paulo: Editora Pillares, 2006.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito de Família**. Vol. 6. Atualizado por Francisco José Cahali. 27ª ed. Saraiva, SP, 202.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. Vol. V. Atualizado por Tânia da Silva Pereira. 14ª ed. Forense, RJ, 2004.



# ALGUMAS REFLEXÕES EM TORNO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HUMANA

Zilda Mara Consalter<sup>1</sup>

## Resumo:

Este artigo analisa, do ponto de vista jurídico, as situações emergentes quando o assunto é a inseminação artificial, especialmente no que tange à utilização do material genético sobressalente aos tratamentos de fertilização, paternidade, maternidade, filiação e outros conceitos, tendo-se em vista que, dependendo da situação, apresentam-se em contraposição a princípios que há muito eram incontestados pela abalizada doutrina e pela jurisprudência. Atualmente esses conceitos, como se verá, devem ser repensados à luz da ética, da medicina e da ciência jurídica, uma vez que se trata não somente de institutos jurídicos que reclamam definição, mas de vidas humanas que merecem respeito e consideração, tanto pela comunidade jurídica como pela sociedade de modo geral.

**Palavras-chave:** Inseminação artificial - paternidade maternidade – filiação.

## SUMÁRIO:

1. Considerações Iniciais – 2. Inseminação Artificial – Ótica Médica – 3. Inseminação Artificial – Ótica Jurídica – 4. Das Principais Implicações Jurídicas – 5. Considerações Finais – 6. *Abstract* – 7. Referências.

*“A manipulação científica da natureza deve ser examinada à luz da ética, respeitando-se os direitos essenciais da personalidade, sem, no entanto, se prender a conceitos já suplantados pelo dinamismo da vida. O tempo dirá se prevalecerá a ciência ou a consciência. A solução está na justiça do equilíbrio. (Profª. Tereza Rodrigues Veira, in Bioética e Direito).*

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A inseminação artificial é um procedimento há muitos anos utilizado na medicina veterinária (desde meados do séc. XVI já havia experiências de inseminação artificial em peixes), sendo aplicado nos animais com as mais diversas finalidades, tais como a melhora na produção, a purificação de raças, a criação de híbridos, com fins médicos, dentre outros.

Com referência aos humanos, no século XVII concebeu-se a primeira inseminação assistida heteróloga (com esperma doado por um terceiro estranho ao casal).

Sabe-se que, em 1890, a inseminação artificial já era utilizada, mas pouca foi a divulgação e a utilização pela população em geral.

As técnicas de reprodução assistida tiveram seu ápice de destaque em 25 de julho de 1978, quando nasceu Louise Brown, o primeiro “bebê de profeta” de que se tem conhecimento, cuja mãe se submeteu a fertilização *in vitro* proposta pelo fisiologista Roberto Edwards e pelo ginecologista Patrick Steptoe, ambos membros do *King's College* de

1 - Mestre em Direito Negocial, área de concentração Direito Civil, pela Universidade Estadual de Londrina. Professora de Direito Civil na Faculdade de Apucarana – FAP (Apucarana-Pr) e nas Faculdades Nobel (Maringá-Pr).



Cambridge, Inglaterra. Desde então, essas técnicas têm levantado inúmeros problemas éticos, médicos e, obviamente, jurídicos. É que a modernização dos métodos de reprodução assistida decorrentes do progresso biotecnológico tem afetado diretamente a família, a intangibilidade dos seres humanos, os institutos da paternidade e maternidade, enfim, o sentido da concepção humana.

Por outro lado, não se pode deixar de considerar os enormes problemas de ordem emocional causados em casais inférteis ou com dificuldades na fecundação que anseiam pela chegada de uma criança por anos a fio sem sucesso. Negar a essas pessoas a possibilidade de gerar um filho seria, acima de tudo, afronta ao direito à procriação e à dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, surge a Bioética. Essa ciência interdisciplinar nasceu da carência de controle do uso de tecnologias e práticas biomédicas com reflexo no mundo jurídico, com o fito de proteger as pessoas perante possíveis abusos, já que as legislações ainda não abarcam de forma determinante o tema.

Para início de explanação, André-Jean Arnaud<sup>2</sup> entende que bioética “é o ramo da filosofia moral que estuda as dimensões morais e sociais das técnicas resultantes do avanço do conhecimento nas ciências biológicas”, e tem sido essa ciência a maior colaboradora para o deslinde do emaranhado de indagações acerca da inseminação artificial.

Sendo esta a realidade, necessária a análise das questões advindas de mais este avanço da ciência e da tecnologia, tanto sob os olhares dos cientistas da área médica quanto da seara jurídica.

## 2. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL – ÓTICA MÉDICA<sup>3</sup>

Como mencionado, antes de ser efetuada a abordagem acerca do tema do ponto de vista jurídico, necessária uma breve explanação de como deve se desencadear o procedimento médico para a fertilização assistida.

Primeiramente, necessário esclarecer que existe diferenciação entre fertilização *in vitro* e inseminação artificial.

### 2.1 Da Fertilização *In Vitro*

A **fertilização *in vitro***, também nominada método ZIFT, é mais complexa e compreende, basicamente, quatro etapas:

#### 2.1.1 Primeira etapa: desenvolvimento dos folículos pelo ovário

São aplicadas três drogas na mulher, que ajudam a manipular o processo visando conseguir um bom desenvolvimento folicular da futura gestante.

A primeira substância irá bloquear completamente a produção própria de hormônios da mulher. Após conseguir esse bloqueio, passa-se à fase de estimulação propriamente dita, quando se utiliza um hormônio chamado gonadotrofina hipofisária<sup>4</sup>, que irá estimular o ovário de forma não-natural (muito importante para se conseguir um número aumentado de óvulos

2 - ARNAUD, André-Jean. *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 28.

3 - Todas as informações contidas neste tópico foram extraídas dos sites <http://www.clinicadale.com.br/inseminacao> e <http://afilosofia.no.sapo.pt> e de NAKAMURA, Milton. *Inseminação Artificial Humana*. São Paulo: Roca, 2000, p. 17-30.

4 - Segundo os médicos, a medicação usada não é prejudicial à sua saúde, pois todos os hormônios são naturais, isto é, são purificados a partir de urina de mulheres sadias (N. da A.).

e uma maior chance de sucesso na reimplantação de mais de um pré-embrião na mulher).

No momento em que se considerar que os folículos estão maduros, ministra-se uma terceira medicação chamada gonadotrofina coriônica, que irá fazer com que o folículo fique pronto para a ovulação e aspiração. O sucesso desta fase pode ser avaliado pelo aparecimento de no mínimo três folículos, e que eles obedeçam a um crescimento uniforme e com níveis hormonais correspondentes. Dosagens hormonais são realizadas diariamente a partir de uma data determinada pelo médico controlador.

### **2.1.2 Segunda etapa: aspiração dos óvulos e coleta de espermatozóides**

A aspiração dos óvulos é realizada 36 horas após a injeção da gonadotrofina coriônica, mediante internação e anestesia local aplicada no fundo da vagina. A operação é feita sob visão direta do ultra-som transvaginal, e através dela passa-se uma agulha, que penetrará no ovário. Aspira-se o líquido folicular, o qual é encaminhado ao laboratório para identificação dos óvulos. Assim que o óvulo é encontrado, faz-se uma avaliação do grau de maturidade (a fim de determinar o momento ideal da inseminação) e transferem-se os óvulos para uma solução nutritiva semelhante àquela produzida pela trompa. Estes serão mantidos em uma estufa adequada, aguardando o momento da fertilização.

Pelo lado do futuro pai, por masturbação, é feita a coleta do esperma (ou do banco de sêmen), o qual é encaminhado ao laboratório, onde será selecionado. Nesta fase, devem-se conseguir espermatozóides com mobilidade tal que possam penetrar nas diferentes camadas que revestem o óvulo. Por isso é necessário que os espermatozóides sejam “lavados” e sofram um processo chamado capacitação, no qual adquirem a capacidade de fertilizar.

No caso da utilização de material proveniente do banco de sêmen, tal procedimento já foi realizado antes do congelamento.

### **2.1.3 Terceira etapa: fertilização e crescimento do embrião**

Após esse procedimento, faz-se a inseminação, ou seja, a introdução do espermatozóide no óvulo. No dia seguinte à inseminação, transfere-se o óvulo fecundado para outro meio de cultura, impedindo desse modo que ocorra a penetração de outros espermatozóides no mesmo óvulo. Quarenta e oito horas depois tem-se os embriões em seu primeiro estágio de desenvolvimento, momento em que passam a ser chamados de pré-embriões.

### **2.1.4 Quarta etapa: transferência do embrião para o útero**

Esta é a etapa final do processo, quando óvulos já fecundados são introduzidos novamente no útero da futura mãe através de uma sonda, aguardando-se pelo menos duas semanas para se iniciarem os exames para a constatação da gravidez que, a partir daí, seguirá como a de qualquer outra mulher que tenha engravidado convencionalmente.

## **2.2 Da Inseminação Artificial**

Por sua vez, a **inseminação artificial** (também conhecida como método GIFT) é o método pelo qual é selecionado ou melhorado o esperma em laboratório que, através de uma sonda especial, é colocado no interior do útero. A técnica é realizada no momento da ovulação,

que está sendo seguida hormonalmente ou com auxílio de ultra-sonografia. Em resumo, ela tem o objetivo de levar poucos espermatozóides até a região mais próxima possível do local de encontro com o óvulo.

Existe também a possibilidade para aqueles que por algum problema não produzem espermatozóides. Nesses casos, pode-se utilizar esperma de doadores. Quanto às fases, o processo da inseminação é igual ao utilizado para a realização da fertilização *in vitro*.

### 2.3 Distinção entre os dois procedimentos

É importante observar-se que freqüentemente existe uma confusão em torno dos nomes dos tratamentos. Em resumo, a inseminação artificial ocorre quando apenas o espermatozóide é manipulado, e a fertilização *in vitro*, quando o óvulo e o espermatozóide são manejados pelos médicos. Por fim, interessante acrescentar que a “maternidade de aluguel” também é considerada pela medicina como um subtipo de inseminação artificial, sendo efetuada fertilização *in vitro*, mas com a inserção do ovo (óvulo já fecundado) em mulher outra que não a produtora do óvulo fecundado.

Por ser assunto tão ou mais polêmico que a própria inseminação artificial, restringir-se-á este estudo a apenas esta consideração, efetuada tão-somente para fins de esclarecimento.

## 3. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL – ÓTICA JURÍDICA

Como já dito, avanços da biotecnologia trazem inúmeros benefícios à humanidade, permitindo o controle da vida desde sua concepção, a sua conservação, a sua correção, bem como o prolongamento do seu fim, desde que haja interesse e consentimento do indivíduo e famílias envolvidas, nos termos do Código Civil<sup>5</sup>.

Dentre todos os avanços, merecem destaque as práticas de procriação artificial, entre elas, a inseminação artificial, a fecundação *in vitro* e a maternidade de aluguel, já discutidas sob o ponto de vista médico.

Como não poderia deixar de ser, essas técnicas também geram – além de crianças – problemas jurídicos. Estes aparecem à medida que são os métodos utilizados em larga escala, levando a uma grande preocupação social sobre as soluções a serem dadas a todas as questões jurídicas delas advindas.

### 3.1 Significado

Etimologicamente, a palavra *inseminação* vem de *inseminare*, que significa a introdução do sêmen ou do óvulo já fecundado no útero da mulher.

Em termos genéricos, designa-se a *reprodução assistida* ou *inseminação artificial* os vários procedimentos médicos mediante os quais se procura facilitar o encontro do espermatozóide com o óvulo para tornar possível a fecundação. Para o Vocabulário Jurídico,<sup>6</sup> “diz-se da introdução artificialmente do sêmen na vagina para produzir a gravidez” para definir o termo *inseminação artificial*.

Como já estudado, essa definição deixa bastante a desejar quanto à fidelidade e à

5 - Art.15, CC. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.  
6 - VITRAL, Waldir. *Vocabulário Jurídico*. Vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 238.



precisão do termo, uma vez que fala em introdução de sêmen na vagina, quando se sabe que ela é feita diretamente no útero feminino (muito embora seja precisa quanto à diferenciação da fertilização *in vitro*).

Por sua vez, o Vocabulário Médico-Forense<sup>7</sup> afirma tratar-se da “introdução de sêmen na cavidade uterina objetivando a fecundação do óvulo por meios outros que não a conjunção carnal”, sendo essa definição, tecnicamente, bem mais escurrita e fiel ao procedimento acima explanado.

Na esfera doutrinária, Gláucia Savin<sup>8</sup> entende que a inseminação artificial “... consiste no recolhimento do sêmen do cônjuge, companheiro ou terceiro doador que, através do instrumental adequado, é posteriormente injetado no interior do aparelho genital feminino”. Ou, ainda, Reinaldo Pereira e Silva<sup>9</sup> entende que “consiste em técnica de procriação assistida mediante a qual se deposita o material genético masculino diretamente na cavidade uterina da mulher, não através de um ato sexual normal, mas de maneira artificial”.

A inseminação artificial é indicada tanto para casais férteis com dificuldade de fecundar naturalmente, ou para aqueles em que um ou ambos possuem deficiências físicas (*impotentia coeundi* ou *impotentia generandi*) ou deficiências psíquicas. Também existe a possibilidade de casais normais e sem problemas utilizarem essas técnicas, sendo, no entanto, escassos os casos neste sentido.

Findam-se aqui as concordâncias.

No tocante a todos os demais pontos e reflexos acerca da inseminação artificial, vigoram diversas opiniões, variados argumentos e fundamentos, sem que se chegue, efetivamente, a uma convergente e sistematizada teoria.

### 3.2 Amparo Jurídico

Importante destacar que o Brasil ainda não possui legislação específica que regule a reprodução assistida ou inseminação artificial. E os julgados, por sua vez, ainda são discrepantes quanto ao assunto. Assim, diante desta carência de legislação específica, e do entendimento kelseniano (segundo o qual tudo o que não é proibido é permitido), somados à evolução biotecnológica, faz-se com que a inseminação artificial em humanos seja livremente realizada e permitida, sem nenhum controle legal.

Atualmente, as únicas normas que se conhecem acerca da inseminação artificial vêm do Conselho Federal de Medicina e dos seus respectivos Conselhos Regionais, que resolveram adotar normas éticas e administrativas no que diz respeito à regulamentação e procedimentos a serem observados pelas clínicas e médicos que lidam com a reprodução humana assistida (cabendo ao profissional da saúde ter um exacerbado senso ético e profissional para que os seus procedimentos e técnicas não sejam alvos de lides judiciais).

O novo Código Civil, por sua vez, menciona algumas técnicas de reprodução assistida, mas a matéria deverá ser tratada futuramente por lei específica. O artigo 1.597 do mencionado

7 - CROCE, Delton e CROCE JUNIOR, Delton. *Vocabulário Médico Forense*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.130.

8 - SAVIN, Gláucia. *In* Revista dos Tribunais, RT 659, setembro de 1990, p. 237.

9 - SILVA, Reinaldo Pereira e. *In* Revista dos Tribunais, RT 768, outubro de 1999, p. 82-3.

diploma legal,<sup>10</sup> que trata da filiação, é um exemplo, pois, além das hipóteses de presunção de paternidade previstas no Código vigente, com a inserção dos incisos III, VI e V, também se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos de fecundação artificial homóloga, inclusive a *post mortem*, de fecundação *in vitro* (homóloga), e inseminação artificial heteróloga, com a prévia autorização do marido. Tal dispositivo resolve inúmeras dúvidas relativas à filiação e à reprodução assistida, contudo, deixa outras tantas sem solução. Em relação a esse problema, Sílvio de Salvo Venosa<sup>11</sup> lembra, em sua obra sobre a parte geral do Direito Civil:

O Código Civil de 2002 não autoriza e nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata a existência da problemática e procura dar solução exclusivamente ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por opção do legislador.

Entretanto, no tomo que cuida da família, o mesmo autor<sup>12</sup> critica:

Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por um estatuto ou microsistema. Com esses dispositivos na lei passamos a ter, na realidade, mais dúvidas do que soluções, porque a problemática ficou absolutamente capenga, sem a ordenação devida, não só quanto às possibilidades de o casal optar pela fertilização assistida, como pelas conseqüências dessa filiação no direito hereditário. É urgente que tenhamos toda essa matéria regulada por diploma legal específico. Relegar temas tão importantes aos tribunais acarreta desnecessária instabilidade social.

Quanto à doutrina e à jurisprudência, Márcia Cristina Ananias Neves<sup>13</sup> diz que a “... jurisprudência neste aspecto ainda é escassa e a doutrina existente sobre este tema ainda é em sua maior parte estrangeira”.

Também se pode salientar que a parca doutrina existente em nosso País é, ainda, destoante e aponta critérios e avaliações nos mais variados sentidos.

Por outro prisma, ainda há que se destacar a possibilidade aberta em virtude da exegese do artigo 1.799 do Código Civil<sup>14</sup>, que dispõe acerca da possibilidade de se reconhecer, mediante ato de última vontade, a paternidade de filhos eventuais do *de cuius*.

Quanto à aplicação do mencionado dispositivo, opina Sílvio de Salvo Venosa<sup>15</sup> que

10 - Art. 1597, CC. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

11 - VENOSA, Sílvio de Salvo. *A reprodução assistida e seus aspectos legais*. Disponível em [www.valeronline.com.br](http://www.valeronline.com.br), 23/3/2002 ano 3 n° 474.

12 - VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 5a. ed., São Paulo: Atlas, 205, p. 256.

13 - NEVES, Márcia Cristina Ananias. *Vademecum do Direito de Família*. 4ª. ed., São Paulo: Jurídica Brasileira, 1995, p. 842.

14 - Art. 1.799, CC. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; [...].

15 - VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 5a. ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 66.

“essa questão prende-se diretamente às inseminações artificiais e fertilização assistida em geral, quando seres humanos podem ser gerados após a morte dos pais”.

O fato é que, a despeito da importância e ocorrência do assunto em nossa sociedade, ainda estamos padecendo da falta de definição legal a seu respeito, o que gera insegurança e atribui uma pesada tarefa aos magistrados.

### 3.3 Classificação

Quanto à classificação, concebem-se dois tipos de inseminação artificial: a **homóloga** e a **heteróloga**.

Diz-se que a inseminação é **homóloga**, quando realizada com sêmen originário do marido e óvulo originado pela esposa. É a hipótese em que “... a solução de infertilidade é buscada pelo próprio casal, sem a intervenção de terceiro...”<sup>16</sup>. Essa técnica é a que menos celeumas traz, uma vez que há pequeno número de contestações (vindas da Igreja Católica) quanto à sua utilização, uma vez que não modifica estruturas jurídicas existentes, na medida em que coincidem paternidade biológica e legal.

Relevante polêmica é a que diz respeito “... ao congelamento do material genético e à possibilidade de sua posterior utilização pela mulher sem o consentimento do marido ou até mesmo após a morte deste”.<sup>17</sup> Hodiernamente, a posição tende no sentido de que, desde que haja o consentimento do doador, sua utilização é permitida para a utilização no momento da coleta. Caso a utilização vá ocorrer no futuro, novo consentimento terá de ser exarado pelo doador, que é o “proprietário” do material, e, portanto, apto para exigir, inclusive, a sua inutilização.

Por outro prisma, é considerada **heteróloga** a inseminação feita com sêmen e/ou óvulo de terceira pessoa. Ela ocorre caso seja infértil o marido ou companheiro e/ou esposa ou companheira, não se podendo recorrer ao seu material genético para a fertilização.

Segundo Reinaldo Pereira e Silva, esta espécie de inseminação “... é a combinação da chamada terapia da infertilidade com o moderno método de eugenia positiva (a criação de seres humanos de pretensa qualidade superior através do recurso a material genético masculino selecionado)”.<sup>18</sup> Neste caso, a hereditariedade jurídica divergirá da biológica. Diante de tal fato, algumas legislações condenam tal prática em razão das implicações que poderiam ser causadas em relação ao cônjuge, ao doador, ao filho, a terceiros etc. Quando permitida, exige-se do marido ou companheiro que irá assumir a paternidade jurídica uma declaração de consentimento da inseminação de sua esposa com sêmen de terceiro. Sem o consentimento do marido, é causa, inclusive, para separação judicial. Admite-se, nestes casos, uma ficção jurídica, devendo prevalecer “... a segurança de um *status* jurídico para o filho, que não pode ser perturbado por posteriores desentendimentos ou mudança de ânimo dos pais”<sup>19</sup>.

Em todas as legislações em que se permite este tipo de consentimento, da mesma forma há o impedimento de que o que primeiramente assentiu negue, posteriormente, a paternidade.

16 - SILVA, Reinaldo Pereira e. Op. cit., p. 82.

17 - ARRUDA, João. *Fecundação artificial – Sêmen de um cadáver* (parecer). Revista de Direito da Faculdade de São Paulo 48/ 292-295.

18 - SILVA, Reinaldo Pereira e. Op. cit., p. 83.

19 - SAVIN, Gláucia. Op. cit., p. 238.

Com relação ao doador, além da obrigação de apresentar comprovantes de saúde, em caso de o mesmo ser casado, deverá apresentar um consentimento de sua esposa.

Outro ponto é o de que o médico deverá tomar alguns cuidados, tais como a checagem quanto à ausência de impedimento para o casamento entre doador e receptora (exemplo: um irmão da mulher é doador, e o médico utiliza o seu sêmen para fecundá-la. Ambos não poderiam ser casados e, portanto, a doação também não seria permitida). Além desta precaução, também há a proibição da divulgação dos nomes das pessoas envolvidas no processo.

Com relação à pessoa do filho, este tem o direito personalíssimo de investigar a própria paternidade (artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente), além de poder ser-lhe permitido o acesso aos dados do doador para a descoberta de possível impedimento matrimonial.

A doutrina apresenta, ainda, uma outra classificação, a chamada *post mortem* – que nada mais é que uma subclasse da inseminação homóloga – que é feita com sêmen ou embrião congelado, após a morte do doador. Nesta, a prática não é feita na forma heteróloga, pois há a intenção da formação do vínculo familiar com o doador, já falecido.

Especialmente no campo do direito de sucessões, esse tipo de inseminação apresenta praticamente as mesmas questões da inseminação homóloga. Cabe discussão tão-somente quanto ao problema do consentimento na utilização, uma vez que o doador já estará morto por ocasião da fecundação de seu filho. Neste caso, considerar-se-á, primeiramente, a existência de consentimento prévio à morte pelo doador, o que deverá ser feito, sempre, por escrito.

#### 4. DAS PRINCIPAIS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

Muitas são as implicações jurídicas no tocante à inseminação artificial, sendo esta uma matéria multidisciplinar dentro do próprio Direito, vez que toca a vários de seus ramos. Em relação a tais celeumas, algumas considerações devem ser tecidas, sem se pretender, de forma alguma, exaurir o tema, que é amplo e extenso.

##### 4.1 Embríões excedentes

É permitida pela legislação dos Conselhos de Medicina a preservação dos embríões excedentes das técnicas de fecundação. Entretanto, deve o médico informar ao casal interessado a quantidade de pré-embriões a serem enxertados na mulher, decidindo-se pelo número mais apropriado a cada caso.

O casal deverá consentir, por escrito, com relação ao que será feito posteriormente com os pré-embriões a serem preservados, ou seja, os que sobrarem do procedimento de inseminação. Da mesma forma, deverá ser decidida previamente a destinação do material humano em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e se/quando desejam doá-los.

Impende ressaltar que jamais poderá ser aceita a convenção do casal no sentido de descartar ou destruir os pré-embriões, bem como a cessão a pesquisas ou experimentações, sendo permitida, no entanto, a doação para colaborar em projeto de outro casal estéril.

Destaque-se ainda que atualmente há um enorme problema a ser resolvido pela

comunidade médica e jurídica: existe um número bastante considerável de casais que abrem mão de seus embriões, que ficam abandonados nas clínicas, prontos para serem utilizados, mas sem que a demanda atinja um número considerável.

No Brasil, existem hoje cerca de 11.000 embriões armazenados em botijões de nitrogênio líquido a 196°C negativos. São vidas em potencial. Para quem considera que a vida começa no momento da concepção, aí incluído o legislador do Código Civil (artigo 2º), a destruição de embriões é ilegal e imoral.

Por outro lado, na ótica médica, salienta o Dr. Luiz Fernando Dale que “o que congelamos é um amontoado de células com potencial de se tornar um embrião. A vida começa quando é possível registrar o batimento cardíaco, o que só acontece após a quinta semana de gestação”<sup>20</sup>.

O fato é que tramitam, hoje, no Congresso, alguns projetos acerca do descarte de embriões, cada um prevendo um destino diferente para eles:

O primeiro, o PL 3638/1993<sup>21</sup>, autoriza o congelamento dos embriões excedentes, mas proíbe a destruição, restando aos casais que não os desejem mais apenas uma alternativa: a doação (para outros casais ou para pesquisa).

O segundo, o PL 1184/2003<sup>22</sup>, de autoria do senador Lúcio Alcântara, de 1999, proíbe que novos embriões sejam congelados e também veda a destruição daqueles que foram congelados antes da publicação da lei.

Outros dois projetos tratam de assuntos similares: o PL 2855/1997, de autoria de Confúcio Moura (PMDB/RO), dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida e dá outras providências, incluindo a fecundação *in vitro*, transferência de pré-embriões, transferência intratubária de gametas, a crioconservação de embriões e a gestação de substituição, a conhecida barriga de aluguel; e o PL 1135/2003, que tramita em conjunto ao PL 2855/1997, de autoria do Dr. José Aristodemo Pinotti (PMDB/SP), dispõe sobre a reprodução humana assistida, definindo normas para realização de inseminação artificial, fertilização *in vitro*, barriga de aluguel (gestação de substituição ou doação temporária do útero), e criopreservação de gametas e pré-embriões.

Já o PL 4555/2004, tramitando em conjunto com o PL 3055/2004, de autoria de Henrique Fontana (PT/RS), dispõe sobre a obrigatoriedade da Natureza Pública dos Bancos de Cordão Umbilical e Placentário e do Armazenamento de Embriões resultantes da Fertilização Assistida e dá outras providências, revogando o parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 10.205, de 2001 – Lei do Sangue.

Por fim, não se poderia deixar de mencionar o PL 4686/2004, que tramita em conjunto e em apenso ao PL 120/2003, de autoria de José Carlos Araújo (PFL/BA), cuja ementa informa

---

20 - DALE. Luiz Fernando, *Jornal do Brasil* de 17/02/2002.

21 - PL – 3638/1993, de autoria de Luiz Moreira - PTB/BA, cuja ementa informa que o mesmo institui normas para a utilização de técnicas de reprodução assistida, incluindo as questões relativas a fertilização ‘in vitro’, inseminação artificial e barriga de aluguel – gestação de substituição ou doação temporária do útero.

22 - PL 1184/2003, tramitando em conjunto com os PL 2855/1997 e PLS 120/2003, de autoria do Senador Lúcio Alcântara – PSDB/CE, cuja ementa informa que o mesmo dispõe sobre a Reprodução Assistida, definindo normas para realização de inseminação artificial e fertilização “in vitro”; proibindo a gestação de substituição (barriga de aluguel) e os experimentos de clonagem radical, e permitindo à pessoa nascida de técnica de reprodução assistida saber a identidade de seu pai ou mãe biológicos; alterando a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992.

que introduz o artigo 1.597-A à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil, assegurando o direito ao conhecimento da origem genética do ser gerado a partir de reprodução assistida, disciplina a sucessão e o vínculo parental, nas condições que menciona.

Acrescente-se que nenhum deles foi, ainda, posto em discussão e votação, e o assunto fica, então, pendente de maior definição até que tais providências sejam tomadas pelo legislador.

Até que se defina a condição jurídica dos embriões excedentes, o descarte indiscriminado do produto restante das inseminações não se apresenta aconselhável ou adequado. Parece que a postura mais adequada é aquela adotada no sentido de preservar o material humano até o prazo determinado pelos pais, e somente após esse evento, destinar o mesmo à doação.

## 4.2 Filiação

Talvez seja este o instituto mais abalado com a banalização das técnicas de reprodução humana artificial.

Hoje já se passou a considerar, além da filiação natural, também a filiação afetiva ou socioafetiva (fruto da manifestação de querer externado de ser pai ou mãe, de assumir, independentemente do vínculo biológico, as responsabilidades e deveres em face da filiação, com a demonstração de afeto e de querer bem ao menor).

Alguns entendem que, uma vez estabelecida a paternidade e a maternidade do casal de quem encomendou o material genético, é indiferente a origem genética do esperma doado, para efeito de estabelecimento da filiação.

José Roberto Moreira Filho<sup>23</sup>, em artigo publicado pela Internet, informa que, no direito comparado, a situação jurídica da filiação encontra-se no seguinte estágio: na Austrália, o filho nascido pelas técnicas de reprodução assistida será do casal que consentiu no procedimento; nos Estados Unidos, há um consenso entre 28 estados norte-americanos, de que o casal que consentir nas técnicas de reprodução assistida será considerado os pais do concebido; na Espanha, se houver consentimento do casal em relação às técnicas de reprodução, será impossível impugnar a filiação; na França, as técnicas de reprodução assistida somente são permitidas em casais casados, e o consentimento veda qualquer impugnação acerca da filiação; no Canadá, se houver fertilização heteróloga, será necessário o consentimento do marido, que não poderá impugnar a filiação.

No que tange à filiação, embora as circunstâncias especiais de cada caso devam ser consideradas, as crianças geradas de inseminação artificial têm sido consideradas como advindas do casal que buscou a tecnologia médica para sanar eventuais problemas na geração dos seus filhos. Esta nos parece que seja a postura mais equânime e ponderada, mesmo em casos de inseminação heteróloga, em que se poderiam até aplicar, por analogia, os preceitos da adoção.

Ora, se a inseminação é homóloga, não há o que discutir. Mas, se a inseminação ocorrer por fruto de doação de óvulos ou espermatozoides de um terceiro estranho ao casal

23 - MOREIRA FILHO, José Roberto. *Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida. Bioética e Biodireito*. Disponível em [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br), acesso em mai. 2005.

(heteróloga), ainda assim a criança deverá ser considerada como daquele e não da pessoa que apenas efetuou a doação de seu material genético visando a paternidade de outrem, em analogia ao que ocorre com a adoção, por exemplo.

Se se fosse buscar aparato legal para a solução de situação deste jaez, poder-se-ia conceber que a adoção também é a “paternidade artificial”, ou seja, são considerados pais aqueles que não forneceram seus gametas para a fecundação daquele ser, mas, mesmo assim, são os responsáveis pela criança, dando-lhe seu nome, seu sustento e amparo psicológico e material. Assim, caso não se entenda pertinente que são efetivamente pais do menor aqueles que o criam, poderia o pai/mãe da criança gerada por inseminação artificial heteróloga assim ser considerado por similaridade à situação do adotante.

### 4.3 Maternidade

Tal qual o instituto da filiação, a maternidade também ficou abalada pelas novas técnicas de reprodução assistida, considerando-se que a gestante pode ser aquela que formou o óvulo, mas também pode tê-lo recebido de outrem (a “barriga de aluguel”).

Na visão nacional, mãe é a que gera e dá à luz; e tal não é contestado se houver a coincidência dos atributos genético, socioafetivo e gestacional (mãe formou o óvulo e está gerando-o, já fecundado).

Entretanto, se tais atributos não forem coincidentes, haverá um conflito negativo (nenhuma mulher envolvida assume a maternidade da criança gerada) ou positivo (ambas as mulheres envolvidas pedem a si a maternidade da criança gerada) de maternidade. Nestes casos, inicialmente, a jurisprudência se encaminhava no sentido de conferir à mãe que gestou e deu à luz a declaração de maternidade do menor gerado, sendo os aspectos econômico, afetivo, familiar e social também apreciados pelo julgador para proferir decisão final.

Salutar informar que o contrato efetuado para a instalação da “mãe de aluguel” é considerado nulo, posto que ilegal o seu objeto.

Quanto à postura estrangeira<sup>24</sup>, na França, na Austrália, na Alemanha, nos Estados Unidos e na Inglaterra, a mãe presumida é a que dá à luz. Entretanto, nestes dois últimos países mencionados, se houve locação do útero, o casal adotante deverá efetuar a adoção imediatamente após o nascimento da criança. Já no Canadá e Espanha há a vedação da locação do útero.

Atualmente, a “mãe de aluguel” tem sido considerada hospedeira do feto, sendo a doadora do óvulo ou a mãe socioafetiva a considerada legalmente mãe do menor, o que se apresenta, *data venia*, a posição mais acertada, observando-se os mesmos argumentos esposados quanto à filiação.

Se “mãe de aluguel” apenas “emprestou” ou “deu em locação” seu ventre para a gestação de uma criança, mas com o material genético da esposa do casal, não há réstia de dúvida de que a criança deve ser considerada filha da mãe doadora do óvulo.

Quando a “mãe de aluguel”, além de ceder o seu útero para a gestação, também cede seus gametas. Aí seria o caso de se considerar também a criança filha da mãe contratante (por

24 - MOREIRA FILHO, José Roberto. Op. cit.

assim dizer), mas sob o argumento de que ela demonstrou interesse em ser a mãe da criança gerada tal qual ocorre com uma mãe adotiva.

As duas situações são diversas em razão do fornecimento dos gametas. No primeiro caso, o gameta é fornecido pela mãe que não pode gestar, e eventual exame de DNA a apontaria como mãe biológica da criança. Então, neste caso, não deveria haver discussão acerca da maternidade da criança.

Na segunda hipótese, o óvulo utilizado também é da mulher que gestou a criança, e aí, caso se efetue o exame de DNA, será a gestante a mãe biológica. Nesta circunstância, como já dito, por analogia à adoção, deve ser considerada mãe da criança aquela que demonstrou, desde o início, a vontade e o interesse em permanecer com a criança gerada, mesmo que não possua sua carga genética.

#### 4.4 Paternidade

Também modificada a visão deste instituto com o advento da inseminação artificial.

Em caso de inseminação **homóloga**, o pai é o que doou o sêmen para a fecundação.

Quando a inseminação é **heteróloga**, ocorrerão três situações:

1) Procedimento consentido pelo parceiro dentro de uma união estável ou casamento: o esposo, quando consente com a feitura da inseminação de sua parceira, é considerado o pai e não poderá ajuizar negatória de paternidade.

2) Procedimento sem o consentimento do marido ou companheiro, em um casamento ou união estável: além de causa de separação judicial por ato atentatório ao casamento, o parceiro tem o direito de negar a paternidade (mesmo com o registro).

3) Procedimento realizado em mulheres fora do casamento ou união estável, também conhecida como “produção independente”: não há possibilidade de atribuição de paternidade a quem quer que seja (registro em nome da mãe tão-somente).

Entretanto, é direito personalíssimo da criança gerada requerer o reconhecimento de paternidade<sup>25</sup> através de investigação ou de filiação socioafetiva posterior, ou, ainda, em último caso, de adoção.

O doador, ao doar seu sêmen, abdica de sua paternidade, analogicamente àquele que dá o filho para adoção ou, por algum motivo, perde o pátrio poder, atualmente conhecido como poder-familiar.

Nos países com algum direcionamento neste sentido, há uma certa convergência: na Inglaterra, doador de esperma não tem qualquer direito ou dever em relação à criança, sendo-lhe preservado o anonimato; nos Estados Unidos e Austrália, o marido que consentir na inseminação será considerado o pai da criança; no Canadá, se a inseminação for heteróloga, o marido ou o companheiro somente será o pai se houver consentido; na Alemanha, quando há fertilização heteróloga, é necessário o consentimento escrito, e por instrumento público, não podendo o pai que a consentir impugnar a filiação; na Espanha, o consentimento vincula a filiação<sup>26</sup>.

25 - Neste sentido opinam Tycho Brahe Fernandes e Álvaro Villaça de Azevedo, e, em sentido contrário, Eduardo de Oliveira Leite.

26 - MOREIRA FILHO, José Roberto. Op. cit.



Ao que tudo indica, em nosso País vem sendo considerada a doação de esperma também como abdicação ao direito de paternidade. Em assim sendo, não pode aquele que apenas foi doador de seu esperma ser considerado pai da criança advinda da utilização do seu material genético, posto que ele, ao efetuar um ato de bondade, não pode, *a posteriori*, ver apontadas contra si responsabilidades que não contraiu.

#### 4.5 Sucessão

Quanto a esse assunto, há mais convergências que divergências, pois já possuímos disposição do Direito Sucessório em nosso estatuto civil. Sendo fruto de inseminação artificial, o nascido é, incontestavelmente, herdeiro do *de cuius*. Se porventura o doador do sêmen falecer durante a gestação, igualmente será o menor gerado, herdeiro, nos termos do artigo 1.799, I, do Código Civil. E, por fim, caso o doador tenha consentido na inseminação *post mortem*, também será herdeiro o menor, como preconiza o artigo 1.800, do Código Material pátrio.

Com o embrião (óvulo já fecundado, mas não implantado), embora merecedor de proteção, não podendo ser considerado nascituro, poderão ocorrer algumas situações, sempre lembrando que não há entendimento unívoco neste sentido.

Em não havendo previsão e consentimento da inseminação pelo *de cuius*, o menor não será herdeiro. Caso tenha ocorrido o consentimento, previsão e determinação em testamento, o menor é herdeiro, conforme prevê já mencionado artigo.

No exterior, o panorama<sup>27</sup> é o seguinte: na Alemanha, Suécia, França e Espanha, veda-se a inseminação *post mortem*, sendo que neste último país, caso haja consentimento por escritura pública, passam-se a aceitar os seus efeitos. A Inglaterra, a exemplo do Brasil, permite a inseminação *post mortem*, mas não garante direitos sucessórios, a não ser que haja documento exposto neste sentido.

### 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante destas breves considerações acerca da inseminação artificial, o grande destaque que se faz é que, neste assunto, a sociedade encontra-se muito à frente do Direito. O fato é que os avanços biotecnológicos estão cada dia mais à disposição de toda a população, tanto para ajudar no sonho da maternidade e paternidade, quanto para prolongar vidas, melhorar sua qualidade e, até, para fazer com que a morte seja algo menos dolorosa para os que sofrem de moléstias. Dentro deste cenário, e especificamente quanto à reprodução assistida, duas correntes vêm se formando: uma propõe que esses avanços estejam disponíveis a qualquer pessoa que tenha interesse em utilizá-los, e outra, que os mesmos só sejam usados em seres humanos com dificuldade ou impossibilidade de fecundar e ou gerar.

Parece que a posição mais acertada é a de que, democraticamente, seja permitida a qualquer pessoa a utilização de métodos e técnicas visando à melhoria de sua qualidade de vida. Esta, entretanto, não é a posição majoritária da doutrina consultada, que entende que as técnicas científicas no ramo da inseminação artificial devam ser utilizadas tão-somente em casais, de alguma forma, inférteis.

Obviamente que o uso e disposição dos métodos biotecnológicos (com o fito de

27 - MOREIRA FILHO, José Roberto. Op. cit.

permitir que pessoas tenham condições de fecundar e procriar) devem ser acompanhados de diversas cautelas, tanto de ordem moral e ética, quando legal. Daí a relevância do estabelecimento de um limite legal a esses processos que, até a atualidade, são inexistentes.

Cabe então, a nós, pesquisadores do Direito, estarmos atentos aos progressos da ciência para que a área jurídica possa se posicionar quanto a eles e dar maior segurança às relações sociais, prevenir conflitos e abusos contra os seres humanos e contra os que ainda estão em formação.

Finalmente, saliente-se que o maior escopo destes escritos é desencadear uma elevada reflexão sobre o uso, a manipulação, a aplicação e o acompanhamento dos métodos de inseminação artificial, sempre atentando para a enorme carência de normas acerca deste polêmico e fascinante tema que esbarra, fatalmente, nos direitos precípuos do ser humano, que são o direito à vida e à dignidade.

## 6. ABSTRACT:

*This article analyses, by the legal point of view, the situations emergent when the subject is the artificial insemination, specially about the use of the genetic material that remaining from the fertilization treatments, paternity, maternity, membership and other concepts, considering that, depending of situation, it presenting in contrast with principles that long time hasn't been contested by doctrine and jurisprudence. Nowadays, these concepts, like will see, should be reconsidered by ethics, medicine and the legal science, because no treats only about legal institutes that needs definition, but of many human lives that must be respected and considered both by the legal community and general society.*

**KEY WORDS:** *Artificial insemination - paternity - maternity - membership.*

## 7. REFERÊNCIAS

ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. **A reprodução assistida e as relações de parentesco**. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3127>>. Acesso em: 30 mar. 2003.

ARNAUD. André –Jean. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar. 1999.

ARRUDA. João. **Fecundação Artificial – Sêmen de um cadáver (parecer)**. Revista de Direito da Faculdade de São Paulo, n° 48, p.292-295.

AZEVEDO. Álvaro Villaça. *in* Revista dos Tribunais, RT 729, julho de 1996, p. 41-51.

BETINI. Alexandre. *in* Revista dos Tribunais, RT 799, maio de 2002, p. 725-752.

CHAVES, Antonio. **Direito à Vida e ao Próprio Corpo**. 2ª. ed., São Paulo: RT, 1994.

CROCE, Delton e CROCE JUNIOR, Delton. **Vocabulário Médico Forense**. São Paulo: Saraiva, 1994.

FERNANDES, Tycho Brahe. **A Reprodução Assistida em face da Bioética e do Biodireito: Aspectos do Direito de Família e do Direito das Sucessões**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

- DALE, Luiz Fernando. *In* Jornal do Brasil. Edição de 17 de fevereiro de 2002.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MOREIRA FILHO, José Roberto. **Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida. Bioética e Biodireito**. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 54, mar. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588>>. Acesso em: 30 mai. 2005.
- NAKAMURA, Milton. **Inseminação Artificial Humana**. São Paulo: Roca, 2000.
- NEVES, Márcia Cristina Ananias. **Vademecum do Direito de Família**. 4ª. ed., São Paulo: Jurídica Brasileira, 1995.
- PALUDO, Anison Carolina. **Bioética e Direito: procriação artificial, dilemas ético-jurídicos**. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2333>>. Acesso em: 30 mar. 2003.
- SAVIN, Gláucia. *In* Revista dos Tribunais, RT 659, setembro de 1990.
- SILVA, Reinaldo Pereira e. *in* Revista dos Tribunais, RT 768, outubro de 1999.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **A reprodução assistida e seus aspectos legais**. Valor *on line*, nº 474, mar. 2002. Disponível em <<http://www.valoronline.com.br>. Acesso em 30/mar. 2003.
- \_\_\_\_\_. **Direito Civil**. 5ª. ed., São Paulo: Atlas, 2005.
- VITRAL, Waldir. **Vocabulário Jurídico**. Vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 1984.





# TERRA, DIREITO E DEMOCRACIA

André Del Negri<sup>1</sup>

## Resumo:

Desenvolvem-se, neste texto, algumas reflexões sobre os problemas de uma sociedade democrática, e a possível inclusão de cidadãos pela via do modelo constitucional brasileiro assegurador da moradia e da função social da propriedade.

**Palavras-chave:** Terra. Direito. Democracia.

## SUMÁRIO:

1. Direito à moradia e carência habitacional – 2. Memória temática sobre reforma agrária – 3. Regulação fundiária – 4. Noções básicas de técnica jurídica – 5. Palavras finais – 6. Conclusões – 7. *Abstract* – 8. Referências.

## 1. DIREITO À MORADIA E CARÊNCIA HABITACIONAL

Crescer e distribuir são verbos conjugados quando se debatem os rumos do país, mas há ocasiões em que não conseguimos entender como é que o Brasil deixa de evoluir no cenário sócio-econômico. E aí vem, de perto, um dos problemas crônicos: uma das maiores potências do mundo tem, também, exemplos gritantes de desigualdade. O Brasil pagou, só em 2005, R\$ 157 bilhões de juros da dívida pública, a qual não pára de crescer e já se aproxima de R\$ 1 trilhão. Assim, gastou-se R\$ 7 bilhões com educação e R\$ 33 bilhões com saúde. O governo pratica a mais brutal concentração de renda e riqueza do planeta. Alguma coisa está errada.<sup>2</sup>

FERREIRA GULLAR, certa vez, escreveu que o homem é o único animal que se inventa e inventa o mundo em que vive. Por isso, se é certo, o que disse GULLAR, acertou também ROUSSEAU, quando disse que o primeiro ser humano que se cercou de um pedaço de terra se apropriou dele, e encontrou gente suficientemente estúpida para acreditar nisso. Tivemos a partir daí, a origem dos conflitos de interesse, da ganância e, portanto, dos problemas sociais.

Fiquemos com alguns exemplos desse cenário de problemas:<sup>3</sup> temos um **déficit habitacional** que chega a 7,7 milhões de moradias; 45 milhões de pessoas não possuem acesso ao serviço de água potável; 83 milhões não têm esgoto sanitário; 5 milhões de pessoas vivem em favelas e invasões (é uma coleção de tormentos que consumiria todo o espaço, se fôssemos listá-los). Tradução: é claro que a falta de apoio governamental ao **planejamento familiar**, com a conseqüente **multiplicação da miséria** (53 milhões vivem, no Brasil, abaixo da linha de pobreza) acentua o problema habitacional que, inexoravelmente, deságua em favelas urbanas.

Essa ocupação caótica, em um cenário de carência habitacional, gera transtornos quase sem chances de êxito, pois, muitas vezes, as condições de salubridade e segurança de muitas habitações colocam em risco a vida de seus moradores. Identificados os problemas,

1 - Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG. Professor de Direito Constitucional na Universidade de Uberaba.

2 - Folha de São Paulo, sexta-feira, 24 de fevereiro de 2006, p. C 5.

3 - Fonte: Ministério das Cidades e Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID)



devemos lidar com eles maduramente. Em São Paulo, a já problemática situação do abastecimento de água para os 18 milhões de habitantes na Região Metropolitana vem sendo agravada pela **ocupação desordenada** das áreas de mananciais. De acordo com o levantamento da organização não-governamental Instituto Socioambiental (ISA), 59% da área da Bacia de Guarapiranga (responsável pelo abastecimento de 3,7 milhões de pessoas) encontra-se alterada por atividades humanas.

O último censo do IBGE, no ano de 2000, registrou mais de 766.810 moradores na região, a maioria instalada **ilegalmente**. São cerca de 200 mil domicílios despejando esgoto sem tratamento nos rios, córregos e outros afluentes da represa. Tudo somado e processado, resta uma grande dúvida: o cenário continuará o mesmo? Não à toa, em bairros nobres da cidade, soluções para minorar o problema da apropriação indevida do espaço público são debatidas à exaustão. Nas regiões periféricas, contudo, a questão não se apresenta como prioridade (o caso dos mananciais, acima comentado, é exemplo claro disso). Aliás, resultado para lá de previsível, em se tratando de política social-econômica brasileira.

Deixando essa análise para sociólogos, antropólogos e cientistas sociais, voltemos ao sistema jurídico constitucional brasileiro. Vejamos o caso da EC nº 26, a qual modificou a redação do artigo 6º da CB/88, acrescentando o **direito à moradia**.

O legislador acrescentou o direito à moradia por meio da citada emenda e agora pergunta-se: Como entendê-la? O que ela representa? Adiantou alguma coisa? Resolveu o problema por completo? Todos agora têm onde morar? É claro que não! O povo continua a não ter moradia, e, o pior: a Constituição a prevê. Em síntese: O direito à moradia, no Brasil, é doado, por vontades supremas, a um **povo icônico** lembrando FRIEDRICH MÜLLER.<sup>4</sup> Surge, assim, o que GIORGIO AGAMBEM denominou de **Estado de Exceção**, ou seja, um Estado onde a norma está em vigor sem ser aplicada.<sup>5</sup>

O problema é que temos esse **estado de exceção**, em AGAMBEM, dentro de uma **democracia** voltada à aplicação imediata da lei fundamental (art. 5º, § 1º CB/88) constitucionalmente posta aos destinatários normativos (cidadãos), com possibilidade de reivindicação da cidadania (moradia, terra, dignidade) pela via da *legitímatio* jurídica (Devido Processo), e não por uma linguagem apartada do direito, manejada pela via corretiva das passeatas, carreatas, panfletagens e outros movimentos sociais de inúmeros seguidores que pensam as transformações sociais por um andar de militância e palavras de ordem.

Verifica-se o maravilhamento dessas idéias de resolver os problemas sociais, mas, na contemporaneidade, não se devem fantasiar as transformações sociais pela militância ativista ou tão-somente por emendas à Constituição. O que temos que ter em mente é que a Constituição Federal é um texto que, para atingir sua finalidade, necessariamente, tem que contar com o auxílio de todos os cidadãos e instituições jurídicas (Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público). Por isso, não é com uma presteza milagrosa advinda de Emendas à Constituição ou da produção acelerada de leis e acontecimentos históricos que afastaremos o problema.

4 - MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 79-81.

5 - AGAMBEM, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 58.

## 2. MEMÓRIA TEMÁTICA SOBRE REFORMA AGRÁRIA

A contagiante implementação de uma reforma agrária, a partir do século XX, em diferentes países, vem permitindo pensar e repensar o tema de forma distinta. O grande momento dessas propostas acontece nas guerras camponesas seguidas de reformas, tanto na RÚSSIA (revolução de 1917), como no MÉXICO (revolução de 1910), com seus líderes no sul do país com EMILIANO ZAPATA, e, no norte, com PANCHITO VILLA.<sup>6</sup>

De outra face, a CHINA tinha um quadro problemático no campo: 4% da população tinha em mãos 30% das terras do país.<sup>7</sup> Percebe-se, então, que foi MAO TSE-TUNG o responsável por liderar uma marcha, em 1934, de invasões das grandes propriedades, a fim de criar uma classe média no campo, formada basicamente por camponeses que nada tinham. E a revolução chinesa veio em 1949, com sua base proveniente do campo (cerca de 80% dos integrantes do Partido Comunista eram camponeses). A contextualização chinesa atualmente é outra: com o aumento dos setores industriais e de serviços nas cidades, fez minar a hegemonia do camponês. Pelo que não se pode relegar ao esquecimento o êxito da reforma agrária no país.

Em JOSÉ ELI DA VEIGA,<sup>8</sup> percebe-se que o JAPÃO atravessou um processo de reforma agrária muito rápido (1947 a 1948), onde a terra passou aos camponeses a partir dos herdeiros de lotes que moravam nas cidades e exploravam o local por meio de arrendatários (transformaram-se os arrendatários em proprietários). VEIGA afirma que os proprietários expropriados receberam indenizações tão insignificantes que é possível dizer que suas terras foram confiscadas numa reforma agrária radical.

De acordo com EDUARDO SCOLESSE,<sup>9</sup> na América Latina, CUBA é um primeiro exemplo de reforma agrária implantada dentro de um processo de revolução socialista com uma parcial distribuição de terras e a criação de importantes explorações agrícolas coletivas. Segundo SCOLESSE,<sup>10</sup> entre 1945 e 1950, a concentração de latifúndios, na América Latina, era notória, uma vez que a BOLÍVIA tinha 91,9% de suas propriedades acima de mil hectares; o URUGUAI, (83,2%); o MÉXICO, (79,4%); a VENEZUELA, (78,9%); e o BRASIL, 50,8%. Ele arremata dizendo que esse percentual, no Brasil, não caiu em razão de uma reforma agrária. “A justificativa é que a valorização das terras (por causa dos transportes e o aumento da densidade da população) incentivou os grandes proprietários a negociar parte de suas áreas”.

O Brasil sempre enfrentou o sintoma do latifúndio. Desde sua descoberta, passando pelas capitânias hereditárias (doadas para 13 amigos do Rei de Portugal), até a subdivisão em sesmarias, a Coroa Portuguesa nunca fez qualquer referência à reforma agrária ([www.incra.gov.br](http://www.incra.gov.br)). Daí, a consequência desses três séculos de regime das sesmarias: a existência dos atuais latifúndios.<sup>11</sup>

Com a independência do país, em 1822, o sistema de sesmarias e de capitânias hereditárias foi extinto, deixando as grandes propriedades sem nenhum respaldo legal. Somente em 1850, com a Lei de Terras, houve possibilidade jurídica de manter a concentração fundiária<sup>12</sup>,

6 - WOLF, Eric. *Guerras camponesas do século XX* São Paulo: Global Editora, 1984.

7 - SCOLESSE, Eduardo. *A reforma agrária*. São Paulo: Publifolha, 2005, p. 27.

8 - VEIGA, José Elias da. *O que é reforma agrária*. São Paulo: Brasiliense, 1981.

9 - SCOLESSE, Eduardo. *A reforma agrária*, 2005, p. 17-18.

10 - SCOLESSE, Eduardo. *A reforma agrária*, 2005, p. 19.

11 - SILVA, José Gomes da. *A reforma agrária no Brasil de 1976*. Reforma agrária, Brasília, n. 7-8, ano VI, p. 3-18, jul./ago. 1976.

12 - MEDEIROS, Leonilde Servolo. *Reforma agrária no Brasil: História e Atualidades da Luta Pela Terra*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003.

lei que, aliás, foi mantida pela Constituição de 1891 e pelo Código Civil de 1916. Essas eram as legislações que regulavam as propriedades nesse contexto.

É oportuno registrar que o Parlamento brasileiro da época era dominado pelos grandes proprietários ao lado dos senhores de escravos. Por essas razões, o campo foi fechado para os pobres, a fim de evitar que eles tivessem livre acesso à terra. Nas fazendas, ainda havia o trabalho escravo.<sup>13</sup> Pode-se dizer, segundo JOSÉ LUIZ QUADROS,<sup>14</sup> que, em 1985, os latifundiários (3% dos proprietários) possuíam em torno de 70% a 80% de todas as terras ocupadas.

Curiosamente, GIOVANNI ARRIGHI, economista, cientista político e pensador italiano, um dos principais estudiosos e críticos da globalização, tem dito em entrevistas que haverá inúmeras rebeldias regionais, como as dos sem-terra brasileiros e dos Chiapas mexicanos. No fundo, ele está correto. Desde 1850, com a Lei de Terras, até o Estatuto da Terra, em 1964, o Brasil conheceu diversos conflitos no campo. Nesse ponto, o acerto é grande, se levarmos em conta a GUERRA DE CANUDOS, resistência camponesa ocorrida no interior da Bahia (1893-1897), sob a liderança de ANTÔNIO CONSELHEIRO, que, ao lado de milhares de pessoas, ocuparam a fazenda Canudos. À época, como relata o clássico *Os Sertões*, de EUCLIDES DA CUNHA, o exército teve de matar todos os seus integrantes para declarar o movimento extinto.

Hoje, no Brasil, há vários grupos responsáveis por invasões de terras. Algumas famílias vivendo debaixo de barracos de lona pela falta de emprego nos centros urbanos, enquanto outras, diga-se de passagem, sendo usadas como instrumento de pressão dos movimentos sociais, entidades sindicais rurais, ramificações da Igreja Católica e até braços agrários da CUT e da Força Sindical. Essas versões são heterogêneas, pois são compostas por posseiros, pequenos agricultores, trabalhadores assalariados, atingidos por barragens e os denominados sem-terra. O grupo que concentra um maior número de invasões é o MST (Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra),<sup>15</sup> mas há outros grupos como a OLC (Organização de Luta no Campo), o MCC (Movimento de Camponeses de Corumbiara) e a LCP (Liga dos Camponeses Pobres).

### 3. REGULAÇÃO FUNDIÁRIA

A meta de assentamentos sempre foi uma grande barreira para a Administração Governativa brasileira. Para se ter uma idéia, em seus oito anos de governo, a administração de FERNANDO HENRIQUE CARDOSO (1995-1998 e 1999-2002) assentou pouco mais de 300 mil famílias. O objetivo do governo LULA, em 2005, era assentar 115 mil famílias. Em meados de novembro, o número de famílias beneficiadas estava em 72,3 mil, restando cerca de 43 mil para serem assentadas num prazo de 40 dias.

O INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária), para esse ritmo de desapropriação de terras, sempre se esbarrou no baixo volume de recursos em caixa. A fim de ilustrar essa dificuldade, exemplo recente confirma que, em fevereiro de 2005, o governo anunciou um corte de R\$ 2 bilhões no orçamento do MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO AGRÁRIO (de R\$ 3,7 bilhões para R\$ 1,7 bilhão). O dinheiro, segundo o Ministério, dava para assentar 40 mil famílias, ante a meta comentada acima, de 115 mil. E a história se repete, pois, em 2003, foram assentadas 36 mil famílias, ante previsão de 60 mil, enquanto em 2004 beneficiaram-se

13 - SCOLESE, Eduardo. *A reforma agrária*, 2005, p. 32-33.

14 - MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 145.

15 - O nome MST não está registrado em nenhum cartório do país. Criado em 1984, recebe verbas públicas e doações que recebem por meio das contas bancárias de suas cooperativas.



81 mil, para uma previsão de 115 mil. E esse esgotamento de verbas e o não cumprimento de metas sinalizam um acirramento das tensões, e o número de invasões de terras aumenta.

Assim surgiu o chamado “abril vermelho”, mês do ano em que há um acúmulo de invasões como uma forma de os movimentos e entidades do campo protestarem contra os 19 sem-terra mortos em abril de 1996, no chamado massacre de Eldorado do Carajás (PA). Certamente, o número de mortes no campo está concentrado na região Norte do país, principalmente no Estado do Pará. Em busca de terras mais baratas e para preencher lotes esvaziados pelo êxodo rural, o governo federal está concentrando o assentamento de famílias sem terra na **região amazônica**, o que tem preocupado o MST, líder de invasões, que ainda apresenta uma base frágil de militante na região Norte do país (o movimento ainda não está organizado em quatro Estados do Norte, como o Acre, Amazonas, Amapá e Roraima).

O MST critica a concentração dos assentamentos na região amazônica, pois alega que há falta de infra-estrutura, o que inviabiliza a colocação de famílias. E aponta como agravantes a escassez de água tratada, de energia, além da propagação de doenças como a malária. De fato, uma reforma agrária de qualidade, com direito a água, luz, esgoto e estradas de acesso, é de extrema importância para lograr êxito. O certo é que uma reforma agrária como simples repartição de terras é contraproducente. CLÁUDIO THOMAS BORSTEIN<sup>16</sup> já sinalizou que as formas mais individualistas de produção, como é o caso da propriedade familiar (minifúndio), favorecem a formação de uma mentalidade individualista, a qual atenta contra qualquer projeto mais progressista de desenvolvimento social.

Daí, segundo ele, o importante em uma reforma agrária é o favorecimento a **formas coletivas de produção**. Da mesma forma, JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES<sup>17</sup>, com apoio em POMPEU ACCIOLY BORGES, defende uma mobilização que incentive o surgimento de sindicatos rurais para haver uma divisão social do trabalho em formas coletivas de produção. Essa nova estrutura deve ter esteio na pequena empresa familiar, integrada em cooperativa de produção agrícola.

#### 4. NOÇÕES BÁSICAS DE TÉCNICA JURÍDICA

A desapropriação para fins de reforma agrária está assegurada na Constituição Brasileira, no art. 184. Da leitura do artigo citado detecta-se que, de todos os entes federativos (Estados, Municípios e Distrito Federal), somente a União está autorizada a desapropriar para fins de reforma agrária. Por outro lado, há limites a serem observados. Nesse contexto, para a Ouvidoria Agrária Nacional, as ações não podem vir acompanhadas de destruição de patrimônio, matança de gado, colocação de pessoas em situação de reféns, lesões corporais, entre outras coisas que podem ocorrer em um processo de desapropriação. Respeitados esses pontos, as ações ganham o aval do governo federal. Caso contrário, há o pedido de abertura de inquérito policial para apurar o caso. O resultado objetivado com isso é uma tentativa de conter a violência no campo. Mas, além dessas observações, a Constituição deve ser cumprida.

O artigo 185, inciso II, proíbe a desapropriação, para fins de reforma agrária, da propriedade **produtiva**. Dessa forma, se o laudo técnico do INCRA constatar a produtividade da área, o procedimento é interrompido. É oportuno lembrar a possibilidade de o proprietário

16 - BORNSTEIN, Cláudio Thomás. *Reforma agrária em Nicarágua*. São Paulo: Brasileira, 1982, p. 12-16.

17 - MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 141.

recorrer dessa decisão por intermédio de um recurso administrativo à superintendência regional do INCRA. Mas, caso o laudo indique improdutividade, segue-se. Da identificação do terreno pelo INCRA passando pela vistoria dos técnicos com base na produtividade à notificação do proprietário sobre o interesse do governo federal no imóvel até à publicação do decreto presidencial no Diário Oficial da União, declarando o imóvel de interesse social para fins de reforma agrária, se não houver intervenção judicial, o procedimento, dura, em média, de nove meses a um ano.

A avaliação do INCRA é feita sobre o valor da terra nua e das benfeitorias no imóvel. As benfeitorias devem ser pagas em dinheiro, à vista, (art. 5º XXIV e art. 184, § 1º da CB/88), enquanto o valor da terra é pago por intermédio do lançamento de títulos da dívida agrária (TDAs), pela Secretária do Tesouro Nacional, resgatáveis no prazo de até 20 anos (art. 184 CB/88). Apenas num caso não caberá indenização: as glebas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas (art. 243 CB/88).

## 5. PALAVRAS FINAIS

Os muros caíram no século passado. O de Berlim não separava nações ou etnias, mas sistemas políticos. Hoje, contudo, há “muros” simbólicos que separam os “iguais” dos “diferentes”. Traçar no chão os riscos de novos rumos por meio de um programa de reforma agrária que promete esquarterar os antigos latifúndios, libertando essas linhas de fronteiras existentes entre os próprios brasileiros, não é nada fácil. Planos de assentamentos que atravessam o direito de propriedade do outro podem gerar conflitos de terra que podem ser apenas o prelúdio de uma nova guerra. Temos casos que deixaram o país em alerta contra a desfiguração da reforma agrária provocada por movimentos sociais. Mobilizações de rancores populares fazem parte de uma democracia. A reivindicação não pode ocorrer à margem da legalidade, assim como o Estado não pode deixar de assegurar direitos de moradia e trabalho **já assegurados** na plataforma constitucional.

Com a chegada do Partido dos Trabalhadores ao governo federal, imaginou-se que haveria a revolução do proletariado no Brasil. Isso não aconteceu. Mais do que o cumprimento de um compromisso público e de uma determinação legal, a reforma agrária tem que ser feita com base em um programa de governo, um **projeto para o país e não um projeto para chegar ao Executivo**. Uma vez lá, a origem da pessoa pouco importa. Metalúrgico, operário, negro, índio, intelectual ou seja lá o que for que represente os “excluídos” não é garantia de sucesso.

A economia brasileira cresceu 2,3% em 2005, menos da metade do registrado em 2004 (4,9%). A CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina e Caribe), por exemplo, estima que os países da região cresceram 4,3%. O Brasil cresceu um terço da média dos emergentes, enquanto países como China e Argentina superaram os 9%. Sem crescimento, o debate, atualmente, no Brasil, resume-se a subsídio de aposentadoria, educação e saúde de ricos e classe média. Os pobres são dados como irremediáveis, pois, menos e cada vez **menos vivem do trabalho**, mas, sim, da assistência social. Sabe-se que há, no Brasil, “esmolas” do tipo Bolsa-Família, louváveis, mas que podem se tornar um inibidor da mobilidade social, uma vez que muitos podem preferir a segurança do rendimento à possibilidade de não recebê-lo mais, por causa de um possível emprego que ofereça um rendimento um pouco melhor. O desafio agora deve ser outro, pois, se não houver forte implementação em educação, tecnologia, trabalho, casa e saneamento, posse da terra urbana e rural, pouco ou **nada** adiantará. O Brasil continuará encalacrado. Mas temos o privilégio de poucos. Nosso país é privilegiado em

recursos naturais e localização geográfica. O que nos falta é **utilizá-los bem**. Não podemos continuar com a precariedade de nossa infra-estrutura e com a deterioração do quadro social.

## 6. CONCLUSÃO

Devidamente enaltecido, o Brasil tem um território imenso, uma população razoavelmente adequada a esse território, segurança geológica e climática, paz com os países vizinhos. Será agradável se tornar o maior exportador de soja até 2007, segundo projeção da assessoria de gestão estratégica do Ministério da Agricultura, o qual assegura que o Brasil vai superar os EUA na produção de soja, que já é o carro-chefe da balança do agronegócio brasileiro em 2004/2005 (20,5 milhões de toneladas).

Desde 1988, quando a Constituição eliminou qualquer tutela do Estado sobre a organização cooperativa, determinando, por meio do art. 174 § 2º da CB/88, que a “lei apoiará e estimulará o cooperativismo”, o setor continua a obedecer a uma lei de 1971 (lei 5.764), que teve diversos dispositivos superados pela Constituição. O momento é oportuno para determinar os avanços e conquistas para o movimento cooperativista, a fim de alcançarmos uma solução a médio ou longo prazo. Por vezes identificado como país em potencial, é necessário lembrar que um dos primeiros passos é o incentivo ao cooperativismo (entidades compostas por pessoas que, voluntária e democraticamente, unem-se para produzir resultados econômicos comuns), pois retoma-se, aqui, a linha de percentuais que comprovam que, na agricultura, as cooperativas produzem: 72% de trigo, 43% de soja, 39% de leite, 38% de algodão, 21% de café e 16% de milho.<sup>18</sup> A regulamentação, portanto, de cooperativismo popular e comunitário serve como desenvolvimento sustentável, como redução da pobreza e como inclusão social, fomentando a inserção da produção na economia nacional ([www.portaldocooperativismo.org.br](http://www.portaldocooperativismo.org.br)).

Ademais, sendo um país onde as constatações ora feitas procedem, parece-nos ainda interessante falar na preparação de novas gerações de cidadãos por intermédio de disciplinas ensinadas no ensino médio e superior sobre uso agrário do solo, procurando externar uma proposta cultural da importância sobre a realidade de nossos dias.

É sabido que a Zona Franca de Manaus vem crescendo e se desenvolvendo bem. Aliás, o objetivo é exatamente este: implementar um pólo industrial em uma região pouco povoada do Brasil. Ao lado disso, o processo de ocupação da Amazônia, um dia, deverá ser refletido de forma mais pragmática. Por fim, estabelecer, portanto, um zoneamento com a finalidade de contribuir para uma redistribuição significativa da estrutura fundiária é fomentar a regularização de posse, preferencialmente, em **áreas já desmatadas** ou de **menor biodiversidade**. Seria uma forma de ampliar a produção de bens primários (racionalmente), visando à **preservação da floresta**, e, ao mesmo tempo, uma forma de promover a **ocupação ordenada** e responsável da região.

## 7. ABSTRACT:

*Development on this paper any reflections about problems of democratic society, and possible inclusion of your people by brasilian constituicional standard keeping homestead and social function of property.*

**Key-words:** Land-Law-Democracy

18 - Fonte: Sistema de Informações da Organização de Cooperativas do Brasil (OCB)

## 8. REFERÊNCIAS

- AGAMBEM, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.
- BORNSTEIN, Cláudio Thomás. *Reforma agrária em Nicarágua*. São Paulo: Brasileira, 1982.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- MEDEIROS, Leonilde Servolo. *Reforma agrária no Brasil: História e Atualidades da Luta Pela Terra*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- SCOLESE, Eduardo. *A reforma agrária*. São Paulo: Publifolha, 2005.
- SILVA, José Gomes da. A reforma agrária no Brasil de 1976. *Reforma agrária*, Brasília, n. 7-8, ano VI, p. 3-18, jul./ago. 1976.
- VEIGA, José Elias da. *O que é reforma agrária*. São Paulo: Brasiliense, 1981.
- WOLF, Eric. *Guerras camponesas do século XX*. São Paulo: Global Editora, 1984.



# A ORGANIZAÇÃO PRIVADA DO MERCADO NA ATUALIDADE

Andréa Queiroz Fabr<sup>1</sup>

## Resumo:

O presente trabalho estuda a empresa na atualidade, uma vez que a atividade econômica, sempre presente na vida humana, vem sofrendo incessantes transformações. As noções de cooperação empresarial e de função social da empresa constituem exemplos das profundas mudanças impostas pelo atual estágio do capitalismo, em consonância com os objetivos do Direito.

**Palavras-chave:** empresa, Direito Empresarial, Direito da Concorrência, função social da empresa, cooperação empresarial.

## SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Aspectos econômicos e jurídicos da empresa – 3. A empresa no contexto da globalização – 4. A empresa na realidade jurídica brasileira e internacional – 5. Aspectos relevantes da empresa no Direito da Integração – 6. *Abstract* – 7. Conclusão – 8. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A atividade econômica é inerente à condição humana, sempre que imaginada como uma ação conectada a uma abstenção. Isso nada mais traduz do que o poder de escolha entre duas ou mais coisas que não podem ser adquiridas ou efetuadas ao mesmo tempo, gerando um custo de oportunidade presente em prol do que se idealiza trazer um benefício futuro. A etimologia do termo *economia* bem explica essa assertiva: *oikos*(casa), *nomos*(administração).

É impossível conceber uma sociedade sem economia, mesmo entre os povos que adotaram o socialismo, ou durante o regime feudal, e pela corrente religiosa de condenação aos juros, vigente na Idade Média. De toda forma, ao homem sempre coube o papel de prover sua subsistência, com muitos ou escassos recursos, sendo estes administrados ou por ele próprio, ou pelo estado.

O fato de a empresa, da maneira como se estrutura hodiernamente, consistir em instituição nova não repele qualquer tentativa de explicar a atividade econômica ao longo da história, o que foi muito bem desenvolvido pelos grandes pensadores econômicos. Ora, isso só vem a enriquecer as análises a serem feitas acerca da atividade empresarial de hoje.<sup>2</sup>

## 2. ASPECTOS ECONÔMICOS E JURÍDICOS DA EMPRESA

Pode-se afirmar que a escola econômica clássica encontra profundas raízes na Inglaterra do século XVII. Um dos seus mais conhecidos expoentes, Adam Smith, é alvo de inúmeras críticas no que respeita à sua teoria da mão invisível, ou seja, de que o mercado é capaz de encontrar sua própria acomodação, o que já se detectou não representar a verdade em todos os casos. Por mais válidas que sejam essas críticas, não se pode olvidar que Smith

1 - Especialista em Direito do Estado pela UNIUBE/ESA – MG. Mestre e Doutoranda em Direito Econômico pela UFMG. Professora da Graduação e da Pós-Graduação da UNIUBE. Professora da Pós-Graduação da Faculdade Atenas – Paracatu.

2 - Vide HEILBRONER, Robert. *A história do pensamento econômico*. Ainda, HUNT, E. K. *História do pensamento econômico: uma perspectiva crítica*.



pertencera a uma época em que a coroa britânica se encontrava extremamente ligada aos nobres proprietários de terras e que a revolução industrial já estava por vir. A separação entre o Estado e a atividade econômica se fazia mais do que necessária para que o novo modelo econômico pudesse lograr êxito.

Assim, os ensinamentos da escola liberal clássica são favoráveis à livre negociação no mercado, o que implica a completa abstenção do Estado no direcionamento da atividade econômica. Em que pese à detecção das falhas do mercado em relação à socialização dos direitos, o fato é que o negócio privado se organiza eficientemente, de forma a atingir seu objetivo precípuo: a maximização dos lucros.

Não há que se duvidar do poder de planejamento privado estampado no aumento da produção e dos ganhos, muitas vezes amparados na concentração empresarial.<sup>3</sup> Esse tipo de ocorrência se verificou mais marcadamente no século XIX e no início do século XX, quando o Estado liberal provou-se ineficiente até em relação a seus princípios de livre iniciativa e livre concorrência.

Tencionando contemporizar as externalidades negativas<sup>4</sup> inerentes à atividade econômica, o Estado passou a atuar na economia. Primeiramente, limitando o exercício do direito de propriedade e da livre iniciativa.<sup>5</sup> Mais recentemente, concedendo prestações materiais efetivas às classes economicamente menos favorecidas, por intermédio da socialização desse ônus (pagamento de espécies específicas de tributos, como as contribuições sociais). Portanto, a atuação do Estado deve considerar não somente o lucro monetário, mas, sim, o lucro social, conforme o critério de economicidade.<sup>6</sup>

A empresa, atualmente, constitui-se de um agrupamento de bens, serviços, pessoas e uma carteira de clientes que possa absorver sua produção. Houve um tempo em que algumas sociedades entendiam o empreendimento privado como um conjunto de bens (a força de trabalho já foi considerada um bem, e não um meio de produção) pertencentes a um senhor. O Brasil escravista e dos engenhos bem ilustra essa realidade.

Com a evolução industrial, as formas jurídicas do empreendimento privado sofreram mudanças, posto que a expansão da produção, não raras vezes, exigia agrupamento de capitais pertencentes a donos diversos. Tornou-se inevitável legalizar as sociedades e a venda de ações,<sup>7</sup> pois determinados empreendimentos ultrapassavam a capacidade de gerenciamento bem como os capitais isolados.

### 3. A EMPRESA NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO

É pacífico o entendimento de que a empresa busca a maximização dos lucros com a diminuição dos custos e dos riscos do empreendimento.

Os gastos podem ser minimizados com maior eficiência produtiva (menos empregados e cada um desempenhando melhor sua atividade), matérias-primas mais baratas

3 - SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. p. 377.

4 - NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. pp. 178-180.

5 - FABRI, Andréa Queiroz. *Função social da propriedade e os novos ramos do direito*. In: UNIJUS, v. 8. n. 8. Maio 2005. pp. 107- 118.

6 - FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. pp. 33-35. CARVALHOSA, Modesto. *Direito econômico*. pp. 316-357.

7 - CHANCELLOR, Edward. *Salve-se quem puder: uma história da especulação financeira*. pp. 183-227. Ainda, HOBBSAWM. Eric J. A era dos impérios: 1875-1914. pp. 57-85

(principalmente, através da dominação de mercados de insumos, o que levaria, inclusive, ao que Ronald Coase trabalha como diminuição dos custos de transação), acesso mais direto às fontes de distribuição (por intermédio de cooperação com empresas que seguem a cadeia produtiva).

A diminuição dos riscos pode ocorrer através de vários mecanismos, como a contratação de seguros. Nesse caso, trata-se de riscos inerentes à atividade mesma, como a impossibilidade da colheita por índices pluviométricos insatisfatórios. Casos há como a perda de bens em virtude de atos ilícitos (roubo, furto) ou até decorrente de problemas de infraestrutura (estado de conservação de rodovias, aumentando o custo das atividades num determinado país – “custo-país”).

Devido à necessidade cada vez mais constante de intervenção estatal na economia, os ramos mais novos do Direito têm grande parcela de responsabilidade nos custos aumentados da atividade empresarial. Direitos trabalhistas, do Consumidor, Ambiental acabam por encarecer a produção, uma vez que as empresas estão sujeitas ao pagamento de indenizações e, mesmo em estado de normalidade, as várias regras a serem seguidas impõem novas despesas, por exemplo, a manutenção de um serviço de atendimento ao consumidor, o pagamento de direitos trabalhistas, a obrigação de reflorestar, entre tantas outras. Não se está aqui a criticar esses ramos do Direito, que nada mais são do que conquistas sociais, mas, como dito linhas atrás, devem ser compartilhados entre todos os membros da sociedade.

Ainda a concorrência, tão cara aos consumidores e usuários finais de produtos e serviços, demanda práticas de *marketing* do empresário, como veículo de acesso ao mercado alvo. Também derivam da concorrência as promoções e formas facilitadas de pagamento, bem como as comodidades oferecidas ao cliente. Não espanta, pois, que a mercadoria de um *shopping center*, por exemplo, se apresente mais onerosa do que a de um estabelecimento localizado na área central de um município. Ora, o estacionamento, o serviço de segurança, o conforto do ar condicionado, as promoções em datas festivas, a possibilidade do pagamento parcelado nos cartões de crédito constituem despesas a serem rateadas pelos consumidores. Até a estimativa de inadimplência é considerada para fins de contabilização dos riscos e seu repasse ao público alvo.

Se até determinada época da história o produto era confeccionado sob medida para o cliente especial e os recursos naturais pareciam inesgotáveis, a realidade do mundo globalizado mostra precisamente o oposto. Um produto comercializado numa cidade do interior da Bahia pode ter sido fabricado na China, com matéria-prima africana, o que torna o consumidor mais suscetível a riscos quanto à sua saúde, vida e segurança. O nível de poluição leva estados a firmarem tratados internacionais e a tentarem compensar os prejuízos ambientais de alguma forma.<sup>8</sup> A globalização, portanto, impele as empresas a novas maneiras de trabalho, e estas, para se manterem no mercado, devem procurar mecanismos de diminuição dos custos e dos riscos.

---

8 - Isso é comprovado pelo Protocolo de Kyoto, acerca da diminuição da emissão de carbono na atmosfera, e da compra de créditos de carbono pelos países mais poluidores, dos menos poluidores.

#### 4. A EMPRESA NA REALIDADE JURÍDICA BRASILEIRA E INTERNACIONAL

Se, em sua origem, a empresa deveria buscar apenas lucros e ao Estado era defeso intervir em tal situação, independentemente de abuso, atualmente, a função social da propriedade e, conseqüentemente, da empresa impedem que um empreendimento seja utilizado contra os interesses da coletividade.

O lucro permanece lícito, no Brasil, através dos artigos 1º, IV e 170, *caput* da Constituição de 1988 (livre iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil e da ordem econômica, respectivamente). A função social da propriedade (artigos 5º, XXIII e 170, III da Constituição de 1988) se estende para o que se passou a denominar função social da empresa. Isso é muito bem explicitado na noção de propriedade dinâmica, ou seja, aquela capaz de multiplicar suas potencialidades pela geração de emprego e conseqüente distribuição de renda e riqueza.<sup>9</sup>

Essa função social do empreendimento privado é expressa em várias das restrições aos atos da empresa. A defesa do meio ambiente (artigo 170, VI da Constituição vigente e legislação pertinente) impede que a atividade econômica venha a trazer prejuízos dessa natureza ou, se não impede, impõe compensações no intuito de equacionar o problema ambiental. O mesmo se dá com a defesa do consumidor (artigo 170, V da Constituição de 1988 e, sobretudo, a Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor) e, mais diretamente, através do princípio da defesa da concorrência (artigo 170, IV da Constituição vigente e Lei nº 8.884/94).

Atenta-se mais, neste trabalho, à concorrência, uma vez que as empresas, na sua busca justificável pelo lucro, podem cometer práticas anticoncorrenciais, e isso não é aceito juridicamente. Algumas condutas são compreensíveis em virtude da eficiência, como a tentativa de aumentar os custos dos concorrentes pelo investimento em pesquisa, ciência, tecnologia e *marketing*. Já o aumento dos custos dos rivais por açambarcamento de matéria-prima ou imposição de preços abusivos de insumos monopolizados ou oligopolizados constituem práticas altamente reprimidas pelo sistema de defesa da concorrência pátrio (artigos 21, XIII e XV do artigo 21 da Lei nº 8.884/94). Enfim, quaisquer das condutas mencionadas nos artigos 20 e 21 da Lei de Defesa da Concorrência e do Anexo I da Resolução 20 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) estão sujeitas à repressão estatal, posto que o direito ao lucro não suprime o direito de todos os demais competidores de atuarem livremente no mercado e, destarte, permitir a livre escolha de produtos e serviços pelos consumidores. Nesse ponto, o Brasil vem seguindo legislações mais avançadas no que tange ao respeito aos direitos da coletividade. União Européia<sup>10</sup>, Canadá<sup>11</sup> e Estados Unidos da América<sup>12</sup> constituem exemplos de legislações da concorrência seguidas pelo Brasil.

Ainda no que diz respeito à concorrência, é mister trabalhar a realidade das concentrações, isto é, as uniões empresariais que têm por fim atingir objetivos inatingíveis em caso de ação isolada das empresas. A diminuição dos custos de transação e o aumento do mercado de escoamento das mercadorias ou serviços oferecidos, hoje, mais do que em qualquer outra época, tornaram-se os aspectos mais importantes a serem considerados quando da tomada de decisões das empresas.

9 - VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. pp. 318-337.

10 - Artigos 81, antigo artigo 85 do Tratado de Roma.

11 - Combines Investigation Act, de 1910 e legislação subsequente. Para mais detalhes, vide FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência : comentários à legislação antitruste*. pp. 28-38.

12 - Inauguralmente por meio da Lei Antitruste, de 1890, conhecida como Sherman Act, pelo Clayton Act, de 1914, e pelas decisões da Federal Trade Commission – Comissão Federal do Comércio.



Essas uniões entre empresas podem ocorrer com a manutenção ou com a perda da personalidade jurídica de uma ou mais delas. Exemplos são as fusões, as incorporações, as *joint ventures*, as *holdings*. Quando as empresas não perdem sua personalidade, fica claro o objetivo de cooperação, e não de competição.<sup>13</sup> Esta só ocorrerá em relação aos que não estiverem integrados na operação de concentração.

Apesar de muitas concentrações restringirem a concorrência, podem ser consideradas lícitas em países como o Brasil, que tem um sistema de defesa da concorrência misto (não admite o ilícito *per se*, mas requer o efetivo dano ou potencial dano, como uma síntese do direito europeu e do norte-americano após os moldes da Lei Sherman). Reconhecendo possíveis eficiências (no Brasil, estabelecidas pelos §§ 1º e 2º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94), o sistema de defesa da concorrência pode admitir determinados tipos de concentração que tenham por fim beneficiar ciência, pesquisa, consumidor e todos os fornecedores envolvidos, facilitar o crédito e o acesso a mercados.

## 5. ASPECTOS RELEVANTES DA EMPRESA NO DIREITO DA INTEGRAÇÃO

As imposições da concorrência num mundo onde o comércio parece tornar-se cada vez menos suscetível a barreiras originaram algumas formas de protecionismo, externado nos blocos regionais. Hoje, isso é explicado pelo direito da integração, através dos vários estágios pelos quais um bloco pode passar, como área de livre comércio, zona aduaneira, mercado comum, até se chegar à união comunitária e monetária (caso único da União Européia).

Se a cooperação constitui uma forma de aprimorar o comércio dos países integrantes do bloco, não há dúvidas de que a competição é o foco em relação aos Estados extra-bloco. Qualquer irregularidade em razão de um sistema como esse só encontra cenário de discussão no âmbito da Organização Mundial do Comércio, quando os interessados fizerem parte do tratado constitutivo. Pode-se, então, afirmar que as cooperações entre os Estados são comparáveis àquelas efetuadas entre empresas com a finalidade de atuar em um determinado território, como explicado no item anterior.

Assim, como a integração entre países visa a facilitar a circulação de mercadorias e serviços, insta legislação comercial e tributária harmonizada, na extensão da integração existente. Como na União Européia, o Mercosul deve procurar estabelecer regras comuns no pertinente à concorrência, o que poderia ter ocorrido através do Protocolo de Fortaleza, não fosse pelos prejuízos acarretados ao Brasil e à Argentina em face da inexistência de legislação antitruste no Uruguai ou no Paraguai.<sup>14</sup>

Enquadra-se na cooperação comercial entre países do mesmo bloco o estabelecimento de legislação que permite a facilitação e o barateamento das atividades entre empresas com sede em Estados diversos. Isso ocorre com os agrupamentos europeus de interesse econômico, que têm por fim facilitar o desenvolvimento da atividade econômica de seus membros na área de produção, distribuição ou serviços. A especificidade reside no fato de constituir um instrumento de tipo societário internacional criado pela então Comunidade Européia para a cooperação entre empresas (Regulamento do Conselho da Comunidade Econômica Européia, de 1985). Seus membros podem ser sociedades de direito civil, comercial, cooperativas, pessoas

13 - SANTOS, Antônio Carlos; GONÇALVES, Maria Manuel; MARQUES, Maria Eduarda Leitão. *Direito econômico*. pp. 382-397.

14 - FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste*. pp. 42-43.

singulares, pessoas jurídicas de direito público e privado, desde que possuam atividade econômica e seus lucros são imputáveis a cada um de seus membros.<sup>15</sup>

A cooperação também pode se dar nas áreas de transferência de tecnologia, o que, geralmente, leva à interação de empresas ou grupos de empresas de distintas nacionalidades, na administração dos ativos financeiros empresariais, no acesso à licitação.<sup>16</sup> Disso depreende-se que o critério essencial para a organização empresarial na atualidade não é mais o jurídico-formal ou a consideração da nacionalidade.

Essa tendência à descon sideração da nacionalidade para fim de investimento é sentida mesmo nos Estados que premiavam a empresa nacional. O Brasil, amparado no princípio da livre concorrência e nos anseios de eficiência, editou as Emendas Constitucionais 6, 9, 11/95 e 36/02, modificando dispositivos da ordem econômica e o princípio IX do artigo 170, que não mais distingue empresa nacional de estrangeira para fim de concessão de incentivos.

## 6. CONCLUSÃO

De todo o exposto, nota-se que existe uma interação empresarial em vários mercados e em países diversos, colocando à prova os modelos societários tradicionais em sua atuação perante o mercado globalizado e regionalizado.

Não obstante essa realidade mostre efeitos positivos e se entregue ao poder privado seu próprio planejamento (como bem ilustra o artigo 174, *caput* da Constituição Federal de 1988), as empresas não se encontram livres da necessária intromissão estatal quando infringem princípios fundamentais à consecução da concorrência e da defesa de outros direitos relevantes para a coletividade. Assim, cabe a cada estado instituir e colocar em prática seu sistema de defesa da ordem econômica. Mais complexa, no entanto, é a relação concorrencial nos blocos regionais, mas a União Européia prova não ser utopia a instituição de um sistema de defesa eficiente. Aquele é um exemplo a ser seguido – com as devidas adequações – pelo Mercosul, no sentido de aperfeiçoar o sistema de defesa da concorrência na região, mal-iniciado pelo Protocolo de Fortaleza.

No âmbito mundial, a ordem legal estabelecida fica a cargo da Organização Mundial do Comércio, com os compromissos estatais efetuados em suas reuniões ministeriais e, em casos de repressão, ao seu órgão de solução de controvérsias, impondo, quando necessárias, medidas *antidumping*, medidas compensatórias aos subsídios.

Se as bases do empreendimento privado remontam a uma época em que o direito de propriedade era absoluto e inviolável e que os direitos fundamentais se resumiam a liberdades jurídicas formais, hodiernamente, a empresa deve satisfazer sua função social.

Nessa linha, as formas de organização privada do mercado não mais se resumem somente à diminuição de custos por estratégias de custo-benefício imediato. Segundo tendência mundial, a função social da empresa ultrapassa a valorização social do trabalho (fundamento da República Federativa do Brasil e da ordem econômica). A cooperação para a manutenção de um meio ambiente saudável, o respeito aos concorrentes e ao consumidor

15 - SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Manuel; MARQUES, Maria Eduarda Leitão. *Direito económico*. pp. 327-329.

16 - SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Manuel; MARQUES, Maria Eduarda Leitão. *Direito económico*. pp.329-333.

são hoje tratados internacionalmente pelo que se conhece por Direito ao Desenvolvimento Sustentável.

### 7. **Abstract:**

*This piece of work studies the role of enterprises in these days, as economic activity, always present in human life, has been changing. The idea of economic cooperation and the social role of enterprise are examples of the deep changes imposed by recent capitalism combined with the targets of law*

**Key words:** *enterprise, Business Law, Competition Law, social role of enterprise, enterprise cooperation.*

### 8. REFERÊNCIAS:

CAPUL, Jean-Yves; GARNIER, Oliver. **Dictionnaire d'économie et de sciences sociales.** Nouvelle edition. Paris: Hatier, 2005.

CARVALHOSA, Modesto. **Direito econômico.** São Paulo: RT, 1973.

CHANCELOT, Edward. **Salve-se quem puder: uma história da especulação financeira.** Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. Título original: Devil takes the hind most: a history of financial speculation.

FABRI, Andréa Queiroz. **Função social da propriedade e os novos ramos do direito.** In: UNIJUS. Uberaba: Universidade de Uberaba, Ministério Público de Minas Gerais. v. 8. n. 8. Maio 2005. pp. 107- 118.

FARJAT, Gerard. Pour un droit économique. Paris: PUF, 2004.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico. 2.ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro. Forense, 1999.**

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste. 2. ed. atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2001.**

GOMY, Marc. Essai sur s'équilibre de la convention de non-concurrence. **Centre de Dorit de la Concurrence. Collection études. Perpignan: Presses Universitaires de Perpignan, 1999.**

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.**

HEILBRONER, Robert. **A história do pensamento econômico.** Trad. Therezinha M. Deutsch, Sylvio Deutsch. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

HOBBSAWM, Eric J. **A era dos impérios: 1875-1914.** Trad. Sieni Maria Campos, Yolanda Steidel de Toledo. 7.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. Título original: The age of empire: 1875-1914.

HUNT, E. K. **História do pensamento econômico: uma perspectiva crítica.** Trad. José Ricardo Brandão Azevedo. 7. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1981. Título original: History of economic thought.

**JACQUEMIN, Alex & SCHRANS, Guy.** Le droit économique. **Que sais-je? L'ê pint des connaissances actuelles n° 1383.** Paris: Presses Universitaires de France, 1970.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Soberania e mercado mundial:** a crise jurídica das economias nacionais. 2. ed. revista e atualizada. Leme: Editora de Direito, 1999.

**MALAURIE-VIGNAL, Maire.** L'abus de position dominante. **Systèmes Droit.** Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2002.

MERCURO, Nicholas, MEDEMA, Steven G. **Economics and the law:** from Posner to post-modernism. New Jersey: Priceton University Press, 1997.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito económico.** 2. ed. revista e atualizada. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1988.

POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho.** México: Fondo de Cultura Económica, 1998. Título original: Economic analysis of law.

**RIEM, Fabrice.** La notion de transparence dans le droit de la concurrence. **Collection Logiques Juridiques.** Paris: L'Hamattan, 2002.

**SAMUELSON, P. A. & MORDHAUS, W. D.** Economia. 16.ed. Lisboa: McGraw-Hill, 1999.

**SANTANA, Carlos Alberto Caboz.** O abuso da posição dominante no direito da concorrência. Lisboa: Scire e Leges.

SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito económico.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito econômico internacional e direito comunitário.** Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

**SOUZA, Washington Peluso Albino de.** Direito econômico e economia política. Belo Horizonte: Prisma Editora Cultural, 1970.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico.** 4. ed. São Paulo: LTr, 1999.

THORSTENSEN, Vera. **Organização mundial do comércio.** São Paulo: Aduaneiras, 2000.

**VAZ, Isabel.** Direito econômico da concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

**VAZ, Isabel.** Direito econômico das propriedades. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

VAZ, Manuel Afonso. **Direito económico: a ordem económica portuguesa.** 4. ed. revista e atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.



# BREVE ESTUDO SOBRE A ORALIDADE NO PROCESSO CIVIL ROMANO

Fernando da Fonseca Gajardoni<sup>1</sup>

## Resumo:

O presente estudo, além de investigar o conceito da oralidade e de seus corolários, aponta a evolução do princípio da oralidade no processo civil romano.

**Palavras-chave:** Processo Civil. Oralidade. Direito Romano. *Legis actiones*. Período formulário. *Cognitio* extraordinária.

## SUMÁRIO:

1. A oralidade – 1.1. O conteúdo da oralidade na dogmática processual moderna – 1.2. Vantagens e desvantagens da oralidade – 2. Análise da oralidade no processo civil romano – 2.1. Introdução – 2.2. O período das *legis actiones* – 2.2.1. Surgimento e características principais – 2.2.2. A fase *in iure* – 2.2.3. A fase *apud iudicem* – 2.2.4. Conclusão parcial – 2.3. O período formulário. 2.3.1 – Surgimento e características principais – 2.3.2. A fase *in iure* – 2.3.3. A fase *apud iudicem* – 2.3.4. Meios complementares da tutela pretoriana – 2.3.5. Conclusão parcial – 2.4. O período da extraordinária *cognitio* – 2.4.1 Surgimento, características principais e procedimento – 2.4.2 Conclusão parcial – 3. Conclusão – 4. *Abstract* – 5. Referências.

## 1. A ORALIDADE

### 1.1 O conteúdo da oralidade na dogmática processual moderna

Oralidade do procedimento é o princípio segundo o qual as declarações frente aos juízes e tribunais só possuem eficácia quando formuladas através da palavra oral. Contrapõe-se ao princípio da escritura, ou ao procedimento escrito, no qual a forma escrita é obrigatória para postulações e decisões (*quod no est in actis no est in mundo*)<sup>2</sup>.

Deve se entender que o predomínio da palavra oral ou da escrita é que determina a opção pelo princípio (e não sua exclusão)<sup>3</sup>. Não existe processo misto<sup>4</sup>, apesar do que equivocadamente afirmam alguns. Há atos processuais orais no processo escrito. Como há atos processuais escritos no procedimento oral. O que importa é a predominância de um sobre o outro.

*J. M. OTHON SIDOU*, em preciosa passagem, indica que “do concurso de fatores anímicos dos vários tipos descritos, é de afirmar-se que o caráter de um sistema processual está determinado, sobretudo pelo predomínio que nele tenha o elemento oral ou o elemento escrito, como é de dizer-se que é vazia de significação a expressão ‘processo misto’; todo processo, mesmo com o predomínio da palavra falada, admite escritos que lhe completam

1- Doutorando e Mestre em Direito Processual Civil pela USP. Docente Formador da Escola Paulista da Magistratura (EPM). Professor de Direito Processual Civil da Faculdade Municipal de Direito de Franca e do IELF – Instituto de Ensino Luiz Flávio Gomes. Juiz de Direito no Estado de São Paulo.

2- Wilhelm Kish. *Elementos de Derecho Procesal Civil* (tradução de L Prieto Castro), 2ª ed., 1940, pp. 127/128.

3- José Frederico Marques. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millenium, 2000, v. II, p. 108.

4- Giuseppe Chiovenda. *Instituições de Direito Processual Civil* (tradução de Paolo Capitanio). Campinas: Bookseller, 1998, v. 3, p. 62; Francisco Morato, “A oralidade”, Revista Forense, v. 74, abril de 1938, p. 142.



numa função dúplice: asseguram a sustentação da causa e a sua documentação. É o princípio da protocolização (*Aktermassigkeit*, proposto por Von BAR), pelo qual as alegações ou provas orais se deduzem por escrito, com o fim de conservar a memória sobre elas. Assim enxergando, todo processo moderno seria misto, com o que se teria lançado ao desuso os processo oral e escrito”.<sup>5</sup>

Aos mais desavisados poderia parecer que a oralidade seria exclusivamente a forma com que se praticam os atos processuais, com a predominância da palavra falada sobre a escrita. Ledo engano. A oralidade enfeixa, na dogmática moderna, uma série de sub-princípios que, como um todo, dão feição muito própria aos processos desta natureza<sup>6</sup>.

Primeiramente os processos orais primam pela *concentração* dos atos processuais, isto é, os processos orais são apertados em um período breve, com uma só ou poucas audiências, pois quanto mais próximo da decisão do juiz são os movimentos processuais, tanto é menor o perigo de desaparecimento das impressões pessoais e dos fatos que a memória registra<sup>7</sup>. Para *CARNELUTTI* a concentração é “fórmula com a qual se quer denotar a tendência a conter as diversas atividades de que consta não tanto a substanciação quanto a instrução, em um período de tempo limitado, o qual facilita ao mesmo tempo a rapidez e a justiça da decisão, pois quanto mais se prolonga a instrução ou mais se dispersa em momentos separados por intervalos mais ou menos longos, tanto menos opera o outro princípio do imediatismo, e surge e agrava-se o perigo de que a causa seja decidida por um juiz que só tem um conhecimento mediato das razões e provas através dos documentos, autógrafos ou heterógrafos, que formam o volume processual”<sup>8</sup>.

Outra característica dos processos orais é a *imedição*; o recebimento pelo juiz, de maneira direta, de todo ou quase todo o material probatório, sem o que impossível ao julgador obter da prova predominantemente oral todo o seu conteúdo (que não se resume apenas a palavras). O imperador *ADRIANO* (fr. 3, Dig. de test. 22,5), depois de haver enumerado alguns critérios capazes de servirem de guia na imedição, como o grau da autoridade, a dignidade, a conformidade com a opinião pública, terminou por dizer que toca ao juiz apreciar a testemunha, seu modo de depor, sua simplicidade; se tinha a aparência de repetir um discurso preparado de memória, ou de responder improvisadamente a verdade (*hoc solum tibi rescribere possum (...) ex sententia animi tui te aestimare oportere quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris*). E recomendava aos juizes que interrogassem diretamente as testemunhas, mesmo à custa e fazê-las vir de longe às expensas do tribunal e de utilizarem o menos possível delegações e atas (“*Alia est auctoritas*”, dizia ele, “*praesentium testimonium, alia testimoniorum quae recitari solent*”), isto porque o valor das testemunhas que depõem em pessoa é muito diferente do valor das atas que se costuma ler.

Até para privilegiar a imedição, e manter a decisão o mais próximo da realidade presenciada, os processo orais também devem ser julgados por aquele que colheu a prova, o que se tem denominado *identidade física do juiz*. Para *FRANCISCO CAMPOS* “o princípio que deve reger a situação do juiz em relação à prova e o de concentração dos atos do processo postulam, necessariamente, o princípio da identidade física do juiz. O juiz que dirige

5- J.M.Othon Sidou: *A vocação publicística do procedimento romano*. Recife: Editora Câmbio, 1955, p. 45.

6- Luis Machado Guimarães, “*O processo oral e o processo escrito*”, Revista Forense, v. 74, p. 165; Chioyenda, Instituições, op. cit., v. I, p. 73/74 e 159/160; v. 3, p. 61/68; Francisco Morato, “*A oralidade*”, Revista Forense, v. 74, abril de 1938, p. 142.

7- Francisco Morato, “*A oralidade*”, Revista Forense, v. 74, p. 145.

8- *Instituições do Processo Civil* (tradução de Adrián Sotero De Witt Batista). Campinas: Servanda, 1999, v. II, p. 65.

a instrução do processo há de ser o juiz que decida o litígio. Nem de outra maneira poderia ser, pois o processo, visando à investigação da verdade, somente o juiz que tomou as provas está realmente habilitado a apreciá-lo do ponto de vista do seu valor ou da eficácia em relação aos pontos debatidos”.<sup>9</sup>

Ao fim, encerrando o feixe de corolários da oralidade em sua dogmática moderna, tem-se, ainda, a *irrecorribilidade das interlocutórias* como característica dos processos orais. A fim de abreviar o julgamento da demanda e se evitarem discussões paralelas – o que faria perder de vista o conteúdo da palavra falada – a impugnação das decisões fica reservada com exclusividade para sentença, como ato final do julgamento da causa (Digesto, liv. 42, tít. 1, fr 1, p. 1<sup>o</sup>; Digesto de Constantino princ. 1, 4, fr. 38; Digesto de Fidecomm. Libert. 40,5, c.17).

Estes são os cinco sub-princípios que compõem o processo oral e que devem ser identificados em um sistema a fim de definir se ele é perfilhado ou não à oralidade<sup>10</sup>:

- a) predominância da palavra falada sobre a escrita;
- b) concentração;
- c) imediação;
- d) identidade física do juiz;
- e) irrecorribilidade das interlocutórias.

## 1.2 Vantagens e desvantagens da adoção da oralidade

As diversas ordenações jurídicas nestes vários séculos de história, inclusive a brasileira, já provaram, aprovaram, desaprovaram e tornaram a aprovar o processo oral, conforme bem resume a doutrina.

*CARNELUTTI* pondera que “se a declaração imediata e, portanto, oral, corresponde às exigências da vivacidade, o mérito da clareza se obtém bem mais por meio da declaração escrita; tampouco convém esquecer que esta última satisfaz, além disso, de melhor maneira, às exigências de documentação. Este balanço de méritos e defeitos da oralidade e da escritura tem de se levar em consideração quando se busca, tanto na formação quanto a interpretação da lei, as linhas para a solução do grave problema”.<sup>11</sup>

Mas *CHIOVENDA* adverte, em defesa da oralidade, que “a experiência deduzida da história permite concluir, sem detença, que o processo oral é, com ampla vantagem, melhor e mais conforme à natureza e às exigências da vida moderna, porque exatamente sem comprometer, antes assegurando melhor a excelência intrínseca da decisão, proporciona-a com mais economia, simplicidade e presteza. E, pelo que se refere à celeridade do processo, frisamos, desde logo, a esta altura, um dado extraído das estatísticas judiciárias dos países de processo oral em confronto com o nosso, e é que o processo escrito dura em média três ou quatro vezes mais que o processo oral”.<sup>12</sup>

Na história mais recente do Direito Processual Civil Brasileiro, o legislador sempre deu maior preferência para a adoção do processo oral, em que pese aqui não terem sido

9- Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei n. 1.608, de 18.09.1939).

10- Para uma ampla visão sobre o tema, por todo, ver a obra de J.M.Othon Sidou: *A vocação publicística do procedimento romano*. Recife: Editora Câmbio, 1955, p. 42-43.

11- *Sistema de direito Processual Civil*. Campinas: ClassicBOOK, 2000, v. III, p. 409/410.

12- *Instituições de Direito Processual Civil* (tradução de Paolo Capitanio). Campinas: Bookseller, 1998, v. 3, p. 56. Ainda sobre as vantagens do processo oral: *ibidem*, p. 69/73; Francisco Morato, “*A oralidade*”, Revista Forense, v. 74, abril de 1938, p. 146.

observadas as vantagens apontadas por **CHIOVENDA**

No Código de Processo Civil de 1939 (Decreto Lei n. 1.608/39), apesar das críticas de **ALFREDO DE ARAÚJO LOPES DA COSTA** e **JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR**<sup>13</sup>, adotou-se plenamente a oralidade (art. 263-272), o que chegou a causar inúmeros problemas práticos, em especial diante da rigidez legal quanto à irrecorribilidade das decisões interlocutórias e identidade física do juiz.

Com o advento do Código de **BUZAID** (1973), o sistema manteve a oralidade, mas de maneira bastante mitigada, quase abandonada em favor da escrita. Para **DINAMARCO** o princípio da oralidade ficou sensivelmente atenuado no CPC 73, “seja pela adoção do instituto do julgamento antecipado da lide (art. 330), seja pela admissão do recurso de todas as interlocutórias (afastando-se o princípio da irrecorribilidade das interlocutórias), seja ainda pela sensível diminuição do alcance da exigência de identidade física do juiz (art. 132)”<sup>14</sup>.

A oralidade no sistema processual nacional só retomou impulso em 1995, com a Lei n. 9.099, que ao regulamentar os Juizados Especiais Cíveis, expressamente elencou a oralidade como um dos princípios informativos do sistema (art. 2º). Aqui sim a adoção da oralidade trouxe bons resultados.<sup>15</sup>

Hoje convivem no processo civil brasileiro dois sistemas paralelos: o escrito para os procedimentos perante a justiça comum federal e estadual; e oral nos processos dos Juizados Especiais Cíveis e Federais (Lei n. 10.259/2002) e nos processos de natureza trabalhista.

## 2. ANÁLISE DA ORALIDADE NO PROCESSO CIVIL ROMANO

### 2.1 Introdução

Todas as ordenações jurídicas pré-romanas desenvolveram-se com base em um processo predominantemente oral. A fragilidade das fontes, de fato, dificulta e põe em cheque tal afirmação, mas há indícios de que mesmo nas civilizações que conheciam a escrita o processo era essencialmente falado, sem registro algum (assírios, persas, gregos, maias).

**EDSON G PRATA**, em interessante estudo sobre o tema, aponta que mesmo os egípcios, que tinham processo escrito na fase inicial, desenvolviam os atos processuais majoritariamente falados.<sup>16</sup>

De acordo com **JEFFERSON CARÚS GUEDES**, “para a verificação das inflexões exercidas pela escrita no direito, e o paulatino desaparecimento dos procedimentos exclusivamente orais, devem ser aproveitados os dados externos, como a evolução do alfabetismo, e aqueles decorrentes da valorização da documentação extravagante no processo, somente permitida após popularização do papel no ocidente” que “permitiu a explosão do processo escrito”.<sup>17</sup>

É nesta ótica que deve ser iniciado o estudo da oralidade no processo civil romano. Somente com a facilitação do registro é que o processo romano evoluiu de um procedimento *exclusivamente* oral para um *preponderantemente* oral, com registro documental dos principais

13- *Direito Judiciário Brasileiro*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940, p. 298-358;

14- *Direito Processual Civil*. São Paulo: Ed. José Bushatsky, 1975, p. 39.

15- Neste sentido vide o nosso: *Técnicas de Aceleração do Processo*. 2ª edição. Franca: Lemos e Cruz, 2005, p. 113/117.

16- *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*, p. 23.

17- *Princípio da Oralidade – Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: RT, 2003, p. 18.



atos processuais.

O desenvolvimento do processo civil romano – que como sistema compreende mais de mil anos de história (*Lex XII Tabulae* até *Novellae* de Justiniano) – se caracteriza por uma crescente intervenção do Estado na administração da justiça. Dois grandes regimes se distinguem nesta jornada, apesar de terem se desenvolvido em sobreposição durante séculos<sup>18</sup>: o da *ordo iudiciorum privatorum* (149-126 a.c. até 285-305 d.c), de natureza preponderantemente privada, cujo elemento essencial era a vontade das partes, não intervindo o juiz senão como assistente e para autorizar o curso do processo perante um árbitro nomeado; e a *extraordinaria cognitio* ou *cognitio extra ordinem* (27 a.c. até o período Justinianeu), de natureza pública, com intervenção do Estado através da participação de um funcionário para a solução do conflito, que julgava a controvérsia diretamente, sem a nomeação de um juiz privado.

O período da *ordo iudiciorum privatorum* também recebe divisão didática, para distinguir o período das *legis actiones* (das origens até 130 a.c.), onde imperava na essência a recitação de solenes palavras correspondentes a cada direito, sem as quais o demandante certamente perdia a demanda; do período formulário (130 a.c. até 294 d.c.), onde a exatidão das palavras perde relevo em prol da elaboração conjunta de uma fórmula, onde conste todo o objeto do litígio. A marca comum característica desta fase e de suas divisões é a bipartição da instância, sendo parte do processo desenvolvida perante o magistrado estatal (*in iure*) e outra perante o árbitro (*apud iudicem*)<sup>19</sup>.

O processo romano, nestas duas (*ordo* e *cognitio*) ou três fases (*legis actiones*, formulário e *cognitio*), jamais deixou de ser nitidamente oral, mesmo com a documentação de alguns atos processuais durante o período formulário e, principalmente, na extraordinária *cognitio*.<sup>20</sup>

**CHIOVENDA**, em preciosa passagem, aduz, sem distinção alguma de fases, que o processo romano foi em toda sua existência ligado completamente à oralidade tal qual concebida na dogmática moderna (predominância da fala sobre a escrita, concentração, imediação, identidade física do juiz e irrecorribilidade das interlocutórias)<sup>21</sup>. Temos nas orações de Cícero, nos documentos processuais remanescentes, nos próprios textos do *Corpus Iuris*, uma quantidade de testemunhos sobre esse caráter do processo romano. “A lide compendiada na lápide capitolina, a que já aludimos (*a lis fullonum*), exhibe-nos um modelo de processo concentrado: o juiz, ouvidas as partes, ordena um exame no lugar da coisa e no dia imediato faz prosseguir, inspeciona os lugares, examina todos os indícios, prolata sentença. E já assinalamos que, exatamente para assegurar a concentração do processo, vedava-se interromper-lhe a continuidade apelando das *interlocutiones*. E quanto ao princípio da

18- José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: RT, 2001, p. 39/40.; J.M. Othon Sidou (*A vocação publicística do procedimento romano*. Recife: Editora Câmbio, 1955, p. 65) afirma que nenhuma das diversas fases do processo romano “se fará por imposição legislativa ex abrupto – e contra tanto se ergueria o tradicionalismo marcadamente romano – sendo oportuno ponderar que, conquanto se costume atribuir às leis Aebutia e Julia uma reforma fundamental, no procedimento para a defesa de direitos, já as *legis actiones* terão experimentado substanciais modificações no curso dos séculos de aplicação”.

19- Carlo Augusto Canata indica que para alguns autores a bipartição do processo romano não foi, na realidade, originária. Assevera que na origem das *legis actiones*, na mais antiga delas, o sacramentum, “o magistrado supremo, certamente o rei, mas, segundo alguns, também os magistrados judicantes da república, por um certo tempo tiveram competência para julgar, desenvolvendo eles mesmos todo o processo até a prolação da sentença, ou ao menos podendo desenvolvê-lo, se é que a bipartição fosse facultativa” (*Profilo Istituzionale del Processo Privato Romano – Le legis actiones*. Torino: G. Giappichelli, p. 57/58, tradução livre).

20- René Dekkers. *El derecho privado de los pueblos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957, p. 439/440.

21- *Instituições de Direito Processual Civil* (tradução de Paolo Capitanio). Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 160.

imediação, basta recordar que o imperador Adriano recomenda aos juízes interrogarem diretamente as testemunhas, mesmo à custa de fazê-las vir de longe a expensas do tribunal” (...) “E o mesmo imperador refere que quando ele julga nunca se serva de atas, porque interroga diretamente as próprias testemunhas. Ainda mesmo nos processos com prolongadas fases de desenvolvimento e que exigiam sucessivas trocas de razões escritas antes de amadurecer para decisão, o princípio da identidade física do juiz garantia a observância do princípio da imediação, como se pode ver das *relationes* de Simmaco”<sup>22</sup>.

E no mesmo sentido vai **FRANCISO MORATO**, ao aduzir que “na processualística romana o procedimento era essencialmente oral. Os debates do Pretório se reservaram aos oradores, aos advogados que tinham predicados da eloquência desde dom que **CÍCERO** chamava de ‘*preclara gubernatrix civitatum*’ e **QUINTILIANO** ‘*regina rerum*’. O advogado sem facúndia descia à categoria de ‘*leguleius*’. A palavra fallada era de tanto rigor que nos debates os oradores se faziam assistir de monitor que lhes avisava a memória e suggeria a respostas, salvando-os nas aperturas e proibição de consultar ou ler escriptos” (...) “O procedimento era nitidamente oral, imediato e concentrado. A transformação que se operou entre os povos da Europa para a forma escripta foi precisamente devida aos jurisconsultos alemães, que, volvendo nos tempos modernos à oralidade, não fizeram mais do que um movimento de retorno ao romanismo”<sup>23</sup>.

Nos itens abaixo se buscará identificar, em cada uma das fases do processo romano, as principais passagens que indiquem a sua integral opção pela oralidade, apontando, ainda, em paralelo à dogmática processual moderna, os momentos em que o procedimento se aproveita dos sub-princípios contidos na oralidade (concentração, imediação, identidade física do juiz e irrecorribilidade das interlocutórias).

## 2.2 O período das *legis actiones*

### 2.2.1 Surgimento e características principais

Como bem aponta **EMILIO BETTI**, no período das *legis actiones* dominante era a crença pagã na força mágica do rito, pelo qual o ato de autodefesa, formalizado e normalmente sob o controle do chefe da comunidade, adquire contra o adversário um valor vinculante irrecusável<sup>24</sup>.

A *legis actiones* é a fase mais antiga do processo civil romano. As partes faziam declarações solenes perante o magistrado, expondo-lhe o objeto da controvérsia, sem mencionar as razões. O magistrado limitava-se a verificar se a atividade das partes era legal, e sendo, remetia-as a um juiz eleito por elas mesmo, que colheria a provas e proferia irrecorrível sentença. O menor erro na observância das solenidades impostas pela lei era suficiente para que se perdesse o processo. Daí porque, na expressão de **GAIO**, as ações da lei eram odiosas (*Institutas*, 4.30), motivo pelo qual pouco a pouco foram sendo substituídas por ações com fórmulas fixas.

Cinco foram as ações da lei conhecidas: *sacramentum in rem e in personam*, *condictio*, *iudicis arbitrive postulationes*, *pignoris capio* e *manus iniectio*. (**GAIO**, *Institutas*,

22- *Instituições de Direito Processual Civil* (tradução de Paolo Capitanio). Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 160.

23- “*A oralidade*”, *Revista Forense*, v. 74, abril de 1938, p. 143.

24- *Istituzioni di Diritto Romano*. Padova: Cedam, 1947, p. 250.

25- José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: RT, 2001, p. 52.

4.12) Em terminologia moderna seriam as três primeiras ações de conhecimento ou declaratórias; as outras duas executivas.<sup>25</sup>

Nesta fase, que durou da fundação de Roma (754 A.C.) ao início da era Cristã, até pela inexistência ou dificuldade de documentação dos atos<sup>26</sup>, a oralidade encontrou sua florescência máxima<sup>27</sup>.

### 2.2.2 A fase *in iure*

Na fase perante o magistrado (*in iure*), o autor convidava oral e extrajudicialmente o demandado para comparecimento perante o pretor (*in ius vocatio*). Caso não aceitasse, lícito era o uso da força (*igitur in capite e abortu collo*), nos termos da Lei das XII Tábuas (Tábua I, 1 e ss.), mas desde que testemunhas presenciassem o ato.

Presentes pessoalmente as partes, sem o que o processo não se iniciava, elas debatiam solenemente a causa, até com toques de magia (uso de varinha, *vindicta*), com emprego de palavras exatas (*verba certa*) constantes da lei (em especial da Lei das XII Tábuas). Note-se desde já a predominância absoluta da forma oral: nada era documentado.

Preferencialmente os limites da controvérsia deveriam ser estabelecidos no mesmo dia, na imediata presença do pretor. De acordo com *CANNATA*, a fase *in iure* era “indispensável para criar os pressupostos do juízo, vale dizer transformar a lide privada em lide processual, de modo que a solução que fosse prolatada fosse aceita como definitiva e vinculante (coisa julgada); esta transformação da lide privada em lide processual era feita definindo-se exatamente os elementos (partes e objeto controvertido, a coisa a ser julgada)”<sup>28</sup>.

Caso não fosse possível, entretanto, a definição de todos os limites da controvérsia no horário aprazado (a Lei da XII Tábuas falava o pôr do sol era o termo final da audiência), e para ser evitada nova *in ius vocatio*, deveria o réu prestar *vadimonium*, espécie de garantia de comparecimento na data aprazada<sup>29</sup>, que lembra muito a fiança moderna (arts. 337/345, Código de Processo Penal Brasileiro). Note-se aqui, no espírito de se evitar uma segunda audiência para definição dos limites da controvérsia, o traço da concentração, com a opção pelo reduzido número de audiências.

Estabelecida a controvérsia, após 30 dias estabelecido pela *lex Pinaria* (prazo exíguo, concentrado), as partes tornavam para a escolha de um *iudex* (árbitro), que podia ser feito de comum acordo, por indicação do pretor, ou por sorteio dentre aqueles cidadãos constantes do *album* existente no Tribunal (*GAIO, Institutas, 4.15*)<sup>30</sup>.

Com a nomeação do árbitro, tinha-se o culminante e final momento da fase *in iure*, denominado *litis contestatio*, que era presenciado por testemunhas a fim de que pudessem, perante o árbitro, comprovar a existência e os limites do litígio encaminhado pelo pretor.

26- Os primeiros documentos que se tem notícia são as tabulae ceratae, pequenas tábuas de madeira cobertas com goma laca, escritas com um estilete, que podiam se apagadas com uma espátula quente (J. Alvaro D’Ors. *Elementos de Derecho Privado Romano*. Pamplona Ediciones Universidad de Navarra, 1975, p. 107 e 108).

27- José Carlos Moreira Alves. *Direito Romano*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 239.

28- *Profilo Istituzionale del Processo Privato Romano – Le legis actiones*. Torino: G. Giappichelli, p. 57, tradução livre.

29- José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: RT, 2001, p. 57.

30- Este prazo de 30 dias da Lex Pinaria não se aplicava à ação de iudicis arbitrive postulatitio, que objetivava a partilha de herança e divisão de coisa comum, como também a cobrança de dívida deriva de uma sponsio (promessa). Nesta ação a nomeação do árbitro era imediata (Gaio, Institutas, 4.17a).

De acordo com **JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA**, “como as fórmulas eram orais”, as partes, “(não se sabe se antes ou depois da noação do *iudex*) tomavam os assistentes da audiência como testemunhas de que estava instaurando o contraditório, e a esse ato solene se dava a denominação de *litis contestatio*”.<sup>31</sup>

### 2.2.3 A fase *apud iudicem*

Iniciava-se, então, a segunda fase do procedimento, tão pública quanto a primeira, perante o árbitro (*apud iudicem*), com o comparecimento das partes no terceiro dia (*in diem tertium siue comperendum*) após a *litis contestatio* (concentração). As partes novamente faziam a apresentação oral da causa (*causae coniectio*), debatiam-na (*peroratio causae*), passando-se à colheita direta da prova pelo árbitro (observe-se aqui a imediação), tudo sem documentação<sup>32</sup>. O juiz, então, logo na seqüência, estando convencido da razão de uma das partes (livre convencimento puro), prolatava a decisão (*sacramentum iustum*) de forma oral e sem fundamentação, não cabendo recurso algum dela (irrecorribilidade). Admitia-se, ainda, que não chegasse à conclusão alguma (*sibi no liquere*), ocasião em que encaminhava as partes novamente para o pretor indicar novo *iudex*.

Embora não haja referência nas fontes a respeito do tema, parece-me não haver dúvida de que nesta fase não há como deixar de imaginar que somente o árbitro eleito na fase *in iure* podia prolatar o *decisum*. Conforme bem pondera **J. M. OTHON SIDOU**, “nada indica que o Direito Romano, em qualquer das três fases de procedimento, haja acolhido o princípio da mediação, ou o julgamento por outro órgão que não o que originariamente apurou o material de fato” (...) “Se pois, toda a prova romana se dirigirá no sentido do livre convencimento do juiz que, portanto, a deve valorar dentro do mais estrito caráter de imediação e identidade”<sup>33</sup>, não há razões para se crer que pudesse outro julgador proferir sentença.

### 2.2.4 Conclusão parcial

Enfim, manifesta foi, no período das *legis actiones*, a adoção integral e irrestrita da oralidade pelo sistema processual romano: a palavra falada era absoluta; as audiências, tanto na fase *in iure* quanto *apud iudicem*, eram concentradas em curto espaço de tempo (30 dias, 03 dias); tanto o pretor quanto o árbitro ouviam diretamente as partes, e este último, inclusive, colhia as provas (imediação); e, sempre, o árbitro nomeado pelo pretor era quem julgava a *actio*.

## 2.3 O período formulário

### 2.3.1 Surgimento e características principais

Nascido, em tese, por criação pretoriana (pretor peregrino), e posteriormente reforçado pelas leis *Aebutia* e *Juliae* – que teriam posto termo às ações da lei (**GAIO, Institutas**, 4.30) – o período formulário inaugura uma nova fase do processo civil romano. Apesar de ainda mantida a bipartição do procedimento através da nomeação do *iudex* pelo pretor (ainda estamos na fase do *ordo iudiciorum privatorum*), o processo formular era bem menos formalista

31- *Direito Romano*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 240/241.

32- Vale mais uma vez a nota de que geralmente se utilizava da prova testemunhal, pois neste tempo eram raros documentos escritos (Phlippe Levy. “*La formation de la théorie romaine des preuves*”, in Studi di onore di Siro Solazzi. Napole: Jovene, 1948, p. 418 e ss.).

33- J.M.Othon Sidou: *A vocação publicística do procedimento romano*. Recife: Editora Câmbio, 1955, p. 132/133.

34- De acordo com os romanistas, mantiveram-se as *legis actiones* em três casos: a) processo perante o tribunal dos centuviros (*actio sacramenti*); b) ação de *damnum infecto*; e c) nos processo de justiça graciosa.

35- José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: RT, 2001, p. 77.

e não conhecia (salvo poucas exceções<sup>34</sup>) formas de ação, desenvolvendo perante um rito padrão<sup>35</sup>.

As partes não mais pronunciavam palavras solenes e imutáveis, tampouco faziam gestos rituais, limitando-se a expor os fatos sem formalidades. O pretor, ouvindo-as, concedia ou não a ação, encaminhando-as a um juiz, que recebia um documento que continha os elementos da controvérsia, bem como as regras de julgamento.

Perceba-se que nesta fase do processo civil romano aumenta-se a intervenção do Estado no processo, pois o pretor, funcionário público, que concedida ou não a ação, bem como delimitava as regras para o julgamento que seria proferido pelo *iudex*. Permitia-se, inclusive, que o magistrado concedesse ações não previstas no *ius civile*, o que aumentou consideravelmente o seu poder nesta fase.

O documento escrito recebido pelo *iudex* do pretor, e que indicava os limites da controvérsia e as regras de julgamento, era denominado *iudicium*. Era ele emitido com base em uma fórmula, consistente em um esquema abstrato existente no edito dos magistrados, um modelo para que, no caso concreto, com as adaptações e modificações que se fizessem necessárias, se redigisse o *iudicium*. A fórmula, portanto, era o esquema abstratamente previsto. O *iudicium* era o documento que, num caso concreto, se redigia tomando-se por modelo a fórmula<sup>36</sup>. Mas é comum entre os romanistas a utilização destes termos como se fossem sinônimos.

É a fórmula o traço marcante do processo formulário; dela advém-lhe a própria denominação: processo *per formulas*. Com base nela que se emite o *iudicium*, o documento onde se fixa o ponto litigioso e se outorga ao juiz popular poder para condenar ou absolver o réu, conforme fique, ou não, provada a pretensão do autor. No sistema das *legis actiones*, nada havia de semelhante: o *iudex* julgava a questão que as partes, oralmente, lhe expunham. No processo formulário não: ele julga o litígio conforme está delimitado na *iudicium*, elaborada na fase *in iure*.<sup>37</sup>

O *iudicium* é escrito, o que retira o caráter exclusivamente oral do processo romano nesta fase, mas não a sua oralidade como um todo, estando, neste ponto, equivocado **CRETELLA**<sup>38</sup>.

Já houve quem negasse que no processo formulário o *iudicium* fosse escrito<sup>39</sup>. Dois documentos, porém, achados em Murécine, na Itália, provam que tal tese não prospera. São duas *tabulae* encontradas quando da construção, em 1959, da auto-estrada entre Pompéia e Salerno<sup>40</sup>, dois *iudicia* que dizem respeito a *actio certae creditae pecuniae*. Mas não se sabe, mesmo assim, se o conteúdo destes documentos era considerado *ad probationem* ou *ad substantiam*<sup>41</sup>.

36- Odoardo Carelli. *La genesi del procedimento formulare*. Milano: Giuffrè, 1946, p. 48.

37- José Carlos Moreira Alves. *Direito Romano*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 258.

38- J. Cretella Júnior. *Curso de Direito Romano*. 18ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 424.

39- Arangio-Ruiz. "Sulla scrittura della formula nel proceso romano", in *Scritti di Diritto Romano IV*. Napoli: Jovene, 1954 p. 135.

40- Lucio Bove. *Documenti processuali dalle Tabulae Pompeianae di Murécine*. Napoli: 1979, p. 1 e ss. O teor integral destas duas *tabulae* pode ser encontrado em na obra de Giuseppina Sacconi: *Studi sulla litis contestatio nel processo formulare*, Napoli, Jovene, 1982, ps. 22-23.41 José Carlos Moreira Alves. *Direito Romano*, 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 236.

42- José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: RT, 2001, p. 127.

Com relação à forma, os atos praticados nesta fase do processo civil romano, à exceção da fórmula/*iudicium*, eram, tanto quanto os do período da *legis actiones*, orais. É possível, porém, que a sentença do *iudex*, no processo formulário, fosse escrita<sup>42</sup>, mas quanto a isto há controvérsias.<sup>43</sup> ula ad probationem ou ad substantiam”gistro dos principais atos processuais. te o ju

### 2.3.2 A fase *in iure*

Grosso modo, prevalece entre os romanistas que o processo formular se iniciava pela *editio actiones* ou *editio formula*, que consistia na comunicação oral, anterior à citação, que se fazia ao demandado sobre a fórmula da ação que se pretendia intentar, a fim que o réu decidisse adrede se devia recuar ou enfrentar o processo.<sup>44</sup> De acordo com **TUCCI** e **AZEVEDO** tal ato extrajudicial poderia ser escrito, mediante a entrega de um *instrumentum*.<sup>45</sup>

Seguia-se à *in ius vocatio*, que era igualmente promovida extrajudicialmente, oralmente e pelo próprio demandante. Como ainda era indispensável que os litigantes, em pessoa ou devidamente representados por *cognitor* ou *procurator* (**GAIO**, *Institutas*, 4.83 e 4.84), comparecessem perante o magistrado, e não havendo mais a permissão para o emprego do arrebatamento do demandado com sua condução à força para o fórum, criou-se pretorianamente a *actio in factum* contra aquele que, chamado a juízo, não comparecesse nem fornecesse um garante, um *vindex* (**GAIO**, *Institutas*, 4.46)<sup>46</sup>.

Na presença das partes iniciava-se a instância *in iure*, onde o primeiro ato era a *postulatio*: a exposição oral e sem formalidades, pessoal ou por advogado (*advocatus*) que o autor fazia de sua pretensão. Na verdade, era uma nova *editio actiones* ou *editio formula*, mas agora também na presença do magistrado, onde se dava conhecimento ao pretor da fórmula que se pretendia obter. Todo cuidado era pouco neste momento, pois se o autor postulasse mais amplamente do que lhe era lícito, perdia a demanda, não podendo mais reacionar o réu por aquela causa (**GAIO**, *Institutas*, 4.52-60).

Tudo leva a crer que, na hipótese de não estar prevista a *actio* pretendida no edito, e não se dispendo o pretor e emitir um edito momentâneo com base na sua *iurisdictio*, denegava oralmente, e já antes de ouvir o demandado, a ação (*denegatio actionis*), decisão discricionária e contra a qual não cabia recurso algum (irrecorribilidade).

Não sendo o caso de *denegatio actionis* de plano era dada a palavra ao réu. Também oralmente e sem registro algum, lhe era lícito: a) confessar (*confessio in iure*); b) não se defender (*indefesus*); ou c) contestar.

Regra geral contestava, ocasião em que poderia negar os fatos narrados pelo autor, ou apresentar outros fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor (*exceptiones*), algo que era novo em relação à fase anterior, onde o réu só podia negar os fatos (*infitiari*). Apresentadas estas últimas, também oralmente, poderiam se seguir novas manifestações do autor (*duplicatio*) e do próprio requerido novamente (*treplicatio*)

43- Eduardo Volterra. *Instituciones de derecho privado romano*. Madrid : Civitas, 1991, p.201. Para Cannata, salvo a fórmula, que era necessariamente escrita, nenhuma outra característica formal tinha o processo formular: “nem a prolação da sentença nem a sua publicação eram feitas com base em regras que prescrevessem formas particulares” (*Profilo Istituzionale del Processo Privato Romano – Il Processo formulare*. Torino: G. Giappichelli, p. 05, tradução livre).

44- Ebert Chamoun. *Instituições de Direito Romano*. 2a edição. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 117.

45- José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: RT, 2001, p. 80.

46- Por todos: Luiz Carlos de Azevedo. *O direito de ser citado*. São Paulo: FIEO, 1980, pp. 121 e ss.

Seguia-se a etapa final da fase *in iure*, com a confecção do *iudicium* fórmula que, como já dito, era um provimento formal escrito diferente do período das *legis actiones*. Nela se continha a indicação do juiz singular ou colegiado, eleito em conjunto pelas partes e magistrado (*album iudicium*), que julgaria a causa, bem como a ordem para que julgasse com base nas circunstâncias enumeradas na fórmula (que eram aquelas deduzidas oralmente pelas partes ou ao menos, entre elas, as circunstâncias que o pretor, no seu poder discricionário, entendeu como sendo relevantes), condenando ou absolvendo o demandado.<sup>47</sup> A nomeação do iudex nesta fase eram bem mais célere, pois não mais se aplicava o prazo de 30 dias da Lex Pinaria.

**JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA**, após indicar que, possivelmente, quem redigia a fórmula era mesmo o jurisconsulto que assistia ao autor, com a intervenção do assistente do demandado, que fazia inserir cláusulas em seu favor (*exceptio*), aduz que após a sua elaboração nova possibilidade de *denegatio actiones* era dada ao magistrado<sup>48</sup>.

De acordo com **CANNATA**, “o autor, obtida a fórmula, a lia com clareza (*dictare*) ao demandado, o qual a aceitava (*accipere*): este acordo das partes sobre a fórmula tinha o nome de *litis contestatio*, e assinalava o momento no qual sobre os fatos enunciados na fórmula era instaurado o processo (a coisa era ‘*in iudicium deducta*’), o juiz era investido da decisão (prevista na fórmula) e as partes aceitavam respeitá-la”.<sup>49</sup> Percebe-se aqui, mais uma vez, o traço da oralidade, em que a apresentação da fórmula e sua aceitação pelas partes era totalmente oral.

Encerrava-se, com a *litis contestatio*, a fase *in iure* e dava-se início à fase *apud iudicem*, perante o árbitro, da qual a bibliografia é bastante escassa.

### 2.3.3 A fase *apud iudicem*

De acordo com **VICENZO ARANGIO RUIZ**, o *iudicium* fórmula era remetido lacrado ao iudex.<sup>50</sup> Mas conforme pontifica **MOREIRA ALVES**, a questão não é pacífica: “alguns autores – como **WLASSAK** – julgam que o magistrado, independentemente da fórmula, mandava ao juiz um ordem (*decretum*), por escrito, para julgar o litígio (*iussum iudicandi*) em conformidade com a fórmula. Outros, seguindo **KELLER**, entendem que o *iussum iudicandi* se encontrava na frase *Octavius iudex esto*, que encabeçava a fórmula. E ainda há os que, com **KUEBLER**, identificam o *iussum iudicandi* na ordem da *condemnatio ... absolutio* integrante da *condemnatio*”.<sup>51</sup>

Mais certo, todavia, é que, ainda na vigência da Lei das XII Tábuas, as partes, como regra, comparecessem no terceiro dia (*comperendinus die*), após a *litis contestati*, perante o juiz, e, com a fórmula em mãos (**GAIO**, *Institutas*, 4. 141), procediam uma exposição sumária e oral da controvérsia, passando o iudex, na sequência, a colher as provas (o ônus da prova era de quem alegava o fato).

Todas as provas eram admitidas: documentos (*tabulae*), testemunhos (*testes*), juramento (*ius iurandum*), tortura contra escravos (*tormenta*), opinião pública (*fama*),

47- Carlo Augusto Cannata. *Perfil Istituzionale del Processo Privato Romano – Il Processo formulare*. Torino: G. Giappichelli, p. 04.

48- José Carlos Moreira Alves. *Direito Romano*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 275.

49- *Perfil Istituzionale del Processo Privato Romano – Il Processo formulare*. Torino: G. Giappichelli, p. 04

50- *Las acciones en el derecho privado romano*, p. 95-99

51- *Direito Romano*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 277.

confissão (prova absoluta que implicava em próprio reconhecimento jurídico do pedido); sendo que nenhuma delas era reduzida a termo.

De acordo com *TUCCI e AZEVEDO*, as testemunhas eram interrogadas diretamente pelos advogados<sup>52</sup>, ponto em que o procedimento formulário se afastaria, em tese, da imediatidade, corolário necessário das modernas manifestações sobre a oralidade. Mas em relação há essa afirmação há controvérsias, pois de acordo com *J. M. OTHON SIDOU*“os princípios de audiências das duas partes, de oralidade, imediação e publicidade dominarão toda esta etapa do procedimento”<sup>53</sup>.

Encerrada a instrução a palavra era dada aos advogados das partes, os oradores, que faziam verdadeiro discurso em prol da tese de seus assistidos.

O juiz formava livremente sua convicção, aferindo as provas como bem lhe aprouvesse, embora sem poder se afastar totalmente delas (havia certa discricionariedade). As provas orais, como regra, tinham mais valor que as provas documentais, que se entendia serem objeto de mais fácil alteração.

Ainda nesta fase era admitido o *non liquet*, com a possibilidade do árbitro abster-se da dar sentença, remetendo as partes ao pretor para nomeação de novo juiz, com a redação de nova fórmula.

Caso, entretanto, chegasse a uma conclusão, proferia sentença sem maiores formalidades e sem motivação, havendo controvérsias, outrossim, se escrita ou oral<sup>54</sup>. O *iudex* podia ser aconselhado por assessores, mas deveria estar atento aos termos da fórmula, que eram os limites de sua atribuição.

Regra geral tudo era realizado numa mesma audiência (apresentação da demanda, colheita das provas, debates e sentença).<sup>55</sup> A concentração, vista assim, era plena.

Desde aquela época havia preocupação com o tempo. Nos *iudicia legitima* o prazo de duração da instância era de um ano e meio, a partir da *litis contestatio*. Já no *iudicia imperio continentia* o prazo era menor, de apenas um ano, tempo que durava os poderes do magistrado concedente da fórmula. Findo os prazos, a relação processual se extinguia (perempção) e o autor não podia mover outra ação idêntica<sup>56</sup>. Quero acreditar que tais prazos eram estipulados por força da não documentação das provas orais, que colhidas restavam em aberto na memória do *iudex* das partes. Daí porque o encerramento da instância deveria ser o mais breve possível da oportunidade em que colhidas as provas.

Não havia recursos. Uma vez prolatada a sentença a instância estava encerrada.

### 2.3.4 Meios complementares de tutela pretoriana

No estudo da oralidade do processo civil romano, não podíamos deixar de fazer referência, mesmo que extramamente sucinta, aos meios complementares de tutela pretoriana (interditos, estipulações pretorianas, imissão na posse ou detenção, e as restituições *in integrum*), que permitiam ao magistrado sumariamente – sem a bipartição de instância característica do *ordo iudiciorum privatorum*– proteger eventuais iniquidades provenientes

52- *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: RT, 2001, p. 125.

53- *A vocação publicística do procedimento romano*. Recife: Editora Câmbio, 1955, p. 92.

54- Eduardo Volterra. *Instituciones de derecho privado romano*. Madrid : Civitas, 1991, p.201.

55- Vittorio Scialoja. *Procedura Civile Romana*. Roma: Anonima Romana Ed., 1936, § 32.

56- Ebert Chamoun. *Instituições de Direito Romano*. 2a edição. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 120.



das lacunas da lei. Aqui se adotou inteiramente a oralidade, tal qual concebida em tempos modernos.

Em especial os interditos eram ordens orais, também requisitadas pelo interessado oralmente, que o pretor, com base no seu poder de império, concedia após análise sumária das circunstâncias apresentadas (também sem nenhuma documentação) e a fim de proibir a prática de algum ato, ou determinar a exibição de alguma pessoa ou coisa<sup>57</sup>

Tudo era absolutamente informal e imediato. O pedido era oral; o pretor colhia diretamente os elementos da controvérsia (imediatidade); a decisão era proferida pelo próprio pretor, sem bipartição da instância (identidade física propriamente falando); a decisão era instantânea (concentração); e dela não cabia recurso algum (irrecorribilidade)<sup>58</sup>.

Concedido o interdito duas situações eram imersas: ou a ordem era respeitada, dando fim à controvérsia; ou a parte interessada podia solicitar a instauração de uma *actio ex interdicti*, que seguia os trâmites normais da bipartição da instância (com elaboração da fórmula e nomeação do *iudex*).

A referência aos meios complementares de tutela pretoriana se fazia necessária neste estudo para a indicar que, mesmo na fase formulária, já havia situações em que a identidade do processo romano como conceito moderno de oralidade era exata. Afinal de contas, até então só tivemos oportunidade de aferir uma identidade física parcial do julgador, pois a bipartição da instância não permitiu até então um paralelismo exato entre as tratativas dogmáticas modernas da oralidade e os elementos históricos romanos.

### 2.3.5 Conclusão parcial

De acordo com **JEFFERSON CARÚS GUEDES** “predominava a oralidade nas duas etapas do procedimento *per formulas*”<sup>59</sup>, entendimento compartilhado por **J. M. OTHON SIDOU**<sup>60</sup>. Pois de fato, na medida em que a maciça maioria dos atos processuais eram orais (salvo a fórmula e, talvez, a sentença); que o material probatório era produzido em prol do magistrado, que formava livremente seu convencimento (imediação); que os atos processuais, nas duas fases, eram praticados, preferencialmente, em oportunidade única (concentração); que o próprio juiz, indicado expressamente na fórmula (*Octavius iudex esto*), era o único autorizado a proferir sentença<sup>61</sup> (identidade física); e que as decisões proferidas eram irrecorríveis (irrecorribilidade); não há mesmo dúvidas de que no período formulário houve plena adoção da oralidade, especialmente se tivermos em conta, ainda, os meios complementares de tutela pretoriana, que se perfilham identicamente às modernas manifestações do princípio da oralidade.

57- Para uma perfeita compreensão dos interditos e de suas especificidade, por todos: Luigi Capogrosi Colognesi. “Interdetti”, in *Enciclopedia del diritto*, 21, 1971.

58- Carlo Augusto Cannata. *Perfil Istituzionale del Processo Privato Romano – Il Processo formulare*. Torino: G. Giappichelli, p. 189-191.

59- *Princípio da Oralidade – Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: RT, 2003, p. 20.

60- *A vocação publicística do procedimento romano*. Recife: Editora Câmbio, 1955, p. 92.

61- Na fase apud iudicem podia ocorrer a *translatio iudicii*, quando, após a *litis contestatio*, o juiz nominado na fórmula falecia ou sofria *capis deminutio*. Prevalece a opinião que, para tanto, era necessário a redação de nova fórmula. Esta seria uma exceção à identidade física do juiz prevalecente na fase formulária.

## 2.4 O período da *cognitio extraordinária*

### 2.4.1 Surgimento, características principais e procedimento

Inicialmente surgido para dirimir questões administrativas e policiais na fase do principado (solucionadas com base no *imperium* do magistrado), depois utilizado nas províncias, e, por fim, incorporado integralmente a todo o sistema romano a partir do século III d.c. (e não há motivos para se crer que por força de abrupta intervenção legislativa), o processo extraordinário efetivamente rompe com o sistema da *ordo* até então vigente e consolida o processo romano como parâmetro do processo civil moderno.<sup>62</sup>

Foi no processo extraordinário que se estabeleceu uma forma procedimental única. Não há mais bipartição de instância: o processo corre, do início ao fim, perante o funcionário estatal (o magistrado). “Não há mais o *iudex* tirado do álbum, pois o magistrado que dirige o processo e que decide a questão é um funcionário do Estado. A *litiscontestatio* deixa de ser um contrato, conservando-se apenas nominalmente como *posto narrationem propositam et contradictionem objectam*”<sup>63</sup>.

O processo não passa mais a ser visto como decorrência do direito material das partes. A sua feição para a ser de instrumental do Estado no exercício da função jurisdicional e na afirmação de seu poder.

Em decorrência disto o processo acentua seu caráter publicístico<sup>64</sup>. Perde sua natureza privatística/arbitral e passa, integralmente, a ser regido pelo direito objetivo. Não há mais ações da lei. Não há mais fórmulas, muito menos ações criadas pelos magistrados (sem o caráter criador do direito havido no regime formular anterior). O próprio Estado, através do imperador, passa a se reservar ao direito de reparar sentenças injustas (recursos), tudo como prova de que a aplicação da vontade estatal prepondera sobre a do particular.

A introdução da instância se dava através da *evocatio*. No tempo de Diocleciano ainda extrajudicial. Mas no baixo império passou a ser dar com colaboração do órgãos estatal. Inicialmente consistia em um convite, feito por um funcionário do Estado (*executor*), para comparecimento do demandado perante o juízo em um prazo de 04 (quatro) meses (*litis denuntiatio*). Com o passar dos tempos foi substituída pela *libellus conventionis*, que era documento escrito e assinado pelo autor, entregue também por um funcionário público, em que se dava ao réu inicialmente o prazo de 10 dias, e com Justiniano, 20 dias, para comparecimento em juízo.<sup>65</sup>

Nesta fase, diversamente do que ocorria anteriormente, não era indispensável a presença das partes. Ausente qualquer delas variáveis eram os efeitos a depender das circunstâncias do caso<sup>66</sup>.

Geralmente as partes compareciam, representados por um *procurator*. O demandante, então, expunha sua pretensão (sem o rigor formal da fórmula), que caso reputada infundada poderia ser denegada de plano (*denegatio actionis*). Não denegada, entretanto, seguiam-se

62- De acordo com José Carlos Moreira Alves, esta é a fase que mais se aproxima do processo moderno: “isso, aliás, é perfeitamente explicável se se tiver em vista que o processo moderno derivou, principalmente, do canônico, que, por sua vez, teve como fonte a *cognitio extraordinaria*” (*Direito Romano*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 275).

63- *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millenium, 2000, v. I, p. 97.

64- J. Cretella Júnior. *Curso de Direito Romano*. 18a edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 436.

65- Ebert Chamoun. *Instituições de Direito Romano*. 2a edição. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 131.

66- Por todos ver: José Carlos Moreira Alves. *Direito Romano*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 308/309.

inúmeros debates até a *litis contestatio*, que nada mais representava nesta fase do que o momento do processo em que definido o objeto litigioso.

Seguia-se uma fase denominada *iusiurandum calumniae*, em que as partes e seus advogados juravam não estar no processo por mero espírito de emulação.

Na fase probatória, a liberdade probatória era plena (salvo se houvesse disposição legal limitadora). O juiz podia lançar mão de outras provas que não somente as apresentadas pelas partes (*plena inquisitio*).

Mas não havia livre convencimento pleno, pois as legislações, com o passar do tempo, passaram a nortear a atividade intelectual do julgador. Assim, no direito Justiniano, a prova testemunhal não podia prevalecer sobre os resultados da prova escrita e esta predominava em certas questões, como relativas ao estado. O testemunho de uma só pessoa era sempre irrelevante (*testis unus, testis nullus*) e na apreciação da prova testemunhal devia sempre dar-se maior peso ao depoimento das pessoas de elevada condição social. A prova documental (*instrumentum*), outrossim, passa a ter maior validade que no período formulário, não se aceitando que seja afastada por testemunhos. Importante ressaltar, ainda, que nesta fase muitos são os documentos registrados publicamente (*apud acta*), o que facilita a comprovação dos fatos. Por fim, a confissão tem valor preponderante: equivale à própria coisa julgada (*convessum pro iudicato est*).

Produzida as provas o juiz deveria prolatar a sentença. Nesta fase as decisões podiam ser definitivas (*sententia*), regra geral apeláveis, e como tal solucionadoras de toda a controvérsia. Como podiam ser, também, interlocutórias, que objetivavam apenas dirimir questões preliminares (ordenar a citação, não aceitar a apelação, prover a instrução, etc...) e, como regra geral (*Digesto* 49.5.2) não eram impugnáveis.

Quanto às sentenças definitivas, o magistrado não podia mais decretar o *non liquet*, mas lhe era lícito, tendo dúvidas, consultar assessores, ou remeter os autos ao magistrado superior a ele, inclusive ao imperador (*consultatio*). Em todos os casos a sentença era escrita, sempre em língua latina ou grega<sup>67</sup>, mas deveria ser lida em audiência.

De acordo com **TUCCI e AZEVEDO**, sendo passíveis de impugnação recursal, não há porque se descrever que as sentenças não fossem motivadas<sup>68</sup>, diferença fundamental a ser apontada também em relação ao processo da *ordo iudiciorum privatorum*.

A apelação da sentença se fazia verbalmente, mediante afirmação, no ato de ser prolatada (*apud acta*); ou dentro de 02, 03 ou 10 dias (há dúvidas quanto a isto), por escrito, com a apresentação pelo recorrente do *libeli appellatori*.<sup>69</sup> Não havia necessidade de ser declinado o motivo do inconformismo, que se dava no processamento do recurso.

Após o juízo de admissibilidade recursal, a apelação era remetida ao órgão *ad quem*, sendo indispensável a presença das partes, sob pena de deserção (ausente o recorrente) ou provimento do recurso (ausente o recorrido). Note-se aqui mais uma vez o traço da imediatidade entre parte e órgão julgador, algo que hoje não é comum em nosso sistema.

Seguiam-se os debates orais e produção de eventuais provas, quando após era

67- Ebert Chamoun. *Instituições de Direito Romano*. 2a edição. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 131.

68- *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: RT, 2001, p. 125.

69- J. M. Othon Sidou. *A vocação publicística do procedimento romano*. Recife: Editora Câmbio, 1955, p. 114.

julgado o recurso.

### 2.4.2 Conclusão parcial

Há autores que sustentam o fim da oralidade do processo romano na fase da *cognitio extraordinaria*.

**LEO ROSENBERG**, por exemplo, aduz que nesta fase “desaparecem a oralidade e a publicidade, para dar lugar ao processo escrito em segredo. O ato processual é documental; na época de Justiniano, a ação é proposta por escrito (*libellus conventionis*), entregando-se cópia do libelo ao réu com a citação oficial. A sentença é dada por escrito. Da súplica o imperador como superior dos funcionários judiciais, nasce e desenvolve-se a recorribilidade da sentença, mediante a *appellatio* e uma sucessão de instâncias”.<sup>70</sup>

E **J. CRETILLA**, por sua vez, aduz que “a oralidade do processo é substituída por outro sistema em que prevalecem os atos escritos, redigidos pelos auxiliares da justiça e pelos advogados”<sup>71</sup>.

Ouso discordar.

Mesmo nas fases mais avançadas do processo extraordinário o processo romano jamais deixou de ser oral.

Primeiro porque a existência de atos escritos não afasta a oralidade. Conforme já tivemos oportunidade de salientar, não é a inexistência de atos orais no processo escrito, ou a existência dos atos escritos no processo oral, que farão com que determinados sistemas possam ser indicados com adeptos de uma ou outra corrente. É na preponderância de um sobre o outro que se encontra a resposta.

E segundo, porque a oralidade enfeixa um série de sub-princípios, que somente analisados como um todo dirão se o sistema em análise é ou não oral.

De acordo com **JEFERSON CARÚS GUEDES** “a oralidade e a imediatidade mantiveram-se, em regra, como tônicas do processo, ao lado das atas redigidas, meio de amparo à sentença que, embora escrita, era publicada oralmente. Cresce o ímpeto pelo processo escrito, mas os atos eram desenvolvidos predominantemente pela linguagem oral”.<sup>72</sup>

E de acordo com **TUCCI e AZEVEDO** “embora alguns atos processuais fossem documentados, a oralidade se sobrepuja à escritura no procedimento da *extraordinaria cognitio*: as partes debatiam a causa, em contraditório, na presença do magistrado”.<sup>73</sup>

A *cognitio* extraordinária, de fato, admitia alguns atos escritos, o que foi um dos motivos para que o processo deixasse, inclusive, de ser – como até então era – gratuito. Mas até aí dizer-se que a escrituração de alguns de seus atos sobrepuja-se, em quantidade, aos atos orais praticados em seu curso, é desconhecer o procedimento extraordinário. A apresentação da causa, os debates, a colheita da prova pelo magistrado, a publicidade dos atos, a leitura da sentença em viva voz, e a própria possibilidade de se interpor recurso verbalmente, tudo, demonstra que, apesar da escritura da sentença, prevalecia nesta fase – tanto quanto nas outras – a palavra falada sobre a escrita.

70- *Tratado de derecho procesal*. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, p. 16.

71- *Curso de Direito Romano*. 18a edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 436.

72- *Princípio da Oralidade – Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: RT, 2003, p. 21.

73- *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: RT, 2001, p. 141.

Além disso, a concentração do processo extraordinário era notória: como vimos, a *irrecorribilidade das interlocutórias* assegurava a continuidade concentrada do processo, efeito ainda maximizado pelo pequeno espaço de tempo que tinha o demandado para comparecer em juízo (primeiro 10 e depois 20 dias).

Outro fator indicativo de que o processo extraordinário era oral decorre do sistema de valoração da prova. Como vimos, apesar dos limites legais que se colocaram sobre determinados tipos de prova (a oral, por exemplo), era ainda a consciência do julgador chamada a decidir livremente com base no direito objetivo. Tanto que é assim que, na dúvida, podia consultar o magistrado superior (*consultatio*). Tudo isso, aliado ao fato de que as provas eram colhidas pelo magistrado (inclusive na fase recursal), com a intervenção dos procuradores da partes, demonstra que o processo romano era preso à *imedição* e à *identidade física do juiz*, pois quem recebia o material probatório emitia sentença.

Ademais, na fase extraordinária, tanto quanto nas outras fases, o processo era absolutamente público, “tanto na bipartida instância dos períodos antigo e clássico, como na unificada do pós-clássico; e quer o sistema ritualístico com o plantar das *hasta* e o utilizar da *festusca* até a forma já burocratizada sob que transcorreram a *narratio* e a *contradictio*, ao povo será lícito assistir a todos os atos processuais, rigorosamente celebrados em sessões públicas, o que confere ao procedimento um sentido todo vinculado à oralidade”<sup>74</sup>.

Enfim, na ótima síntese de *J. M. OTHON SIDOU* “se, pois toda a prova romana se dirigirá no sentido do livre convencimento do juiz, que, portanto, a deve valorar dentro do mais estrito caráter da imedição e identidade; se todos os atos processuais se desenvolverão em audiência, quase sem interferência do elemento escrito; se serão inapeláveis as decisões tomadas em meio à demanda, garantido o objetivo da concentração processual; se só a sentença definitiva se reveste da condição de coisa julgada, o que também garante o princípio da concentração – não será correto senão classificar o procedimento romano, nas suas três fases, como oral por excelência”<sup>75</sup>.

### 3. CONCLUSÃO

É chegada a hora de concluir:

1. A adequação de um sistema processual ao moderno conceito do princípio da oralidade decorre da preponderância procedimental da palavra falada sobre a escrita e da obediência a uma série de subprincípios.

2. Os sub-princípios da oralidade são:

- a. concentração;
- b. imedição;
- c. identidade física do juiz;
- d. irrecorribilidade das interlocutórias.

3. A história do processo civil revela que a escritura está para a segurança assim como a oralidade está para a celeridade. Quanto mais escrito o processo, mais seguro e mais lento. Quanto mais falado, mais rápido e menos seguro. Daí porque a grande parte dos sistemas processuais modernos, inclusive o brasileiro, têm procedimentos escritos para causas

74- J. M. Othon Sidou. *A vocação publicística do procedimento romano*. Recife: Editora Câmbio, 1955, p. 131.

75- *A vocação publicística do procedimento romano*. Recife: Editora Câmbio, 1955, p. 133.

de maior relevância, e procedimentos orais para as causas de menor importância social.

4. Não há dúvida alguma de que no sistema processual romano da *ordo iudiciorum privatorum*, em suas duas fases (*Jegis actioes* e formulário), houve adoção da oralidade em sua plenitude. Salvo no tocante a fórmula, todos os atos eram praticados oralmente, e todos os corolários da oralidade eram obedecidos.

5. Já no período extraordinário, apesar de uma maior escrituração dos atos processuais, o procedimento não deixou – apesar do que dizem alguns autores – de ser oral, pois havia preponderância da palavra falada sobre a escrita e, em sua maioria, os sub-princípios da oralidade, em sua dogmática moderna, eram obedecidos.

#### 4. ABSTRACT:

The articles show the concept of the oral principle in the civil process since the roman system.

**Key Words:** Civil Processo. Orality. Roman Law. Ordo iudiciorum privatorum. Cognitio Extraordinaria.

#### 5. REFERÊNCIAS:

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *Direito Judiciário Brasileiro*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. “Sulla scrittura della formula nel proceso romano”, in *Scritti di Diritto Romano* IV. Napoli: Jovene, 1954.

AZEVEDO, Luiz Carlos de, e TUCCI, José Rogério Cruz. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: RT, 2001.

\_\_\_\_\_. *O direito de ser citado*. São Paulo: FIEO, 1980.

BETTI, Emilio. *Istituzioni di Diritto Romano*. Padova: Cedam, 1947.

BOVE, Lucio. *Documenti processuali dalle Tabulae Pompeianae di Murécine*. Napoli: 1979.

CANATA, Carlo Augusto. *Profilo Istituzionale del Processo Privato Romano – Le legis actiones*. Torino: G. Giappichelli.

\_\_\_\_\_. *Profilo Istituzionale del Processo Privato Romano – Il Processo formulare*. Torino: G. Giappichelli.

CARELLI, Odoardo. *La genesi del procedimento formulare*. Milano: Giuffrè, 1946.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil* (tradução de Adrián Sotero De Witt Batista). Campinas: Servanda, 1999, v. II.

\_\_\_\_\_. *Sistema de direito Processual Civil*. Campinas: ClassicBOOK, 2000, v. III

CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil* (tradução de Paolo Capitanio). Campinas: Bookseller, 1998, v. 3.

- COLLINET, Paul. *La procédure par libelle*. Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1932.
- COLOGNESI, Luigi Capogrosi. “Interdetti”, in *Enciclopedia del diritto*, 21, 1971.
- CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de Direito Romano*. 18ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- DEKKERS, René. *El derecho privado de los pueblos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957.
- DINAMARCO, Cândido Rangel *Direito Processual Civil*. São Paulo: Ed. José Bushatsky, 1975, p. 39.
- D’ORS, J. Álvaro. *Elementos de Derecho Privado Romano*. Pamplona Ediciones Universidad de Navarra, 1975.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de Aceleração do Processo*. 2ª edição. Franca: Lemos e Cruz, 2005.
- GUEDES, Jefferson Carús. *Princípio da Oralidade – Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: RT, 2003.
- GUIMARÃES Luis Machado. “O processo oral e o processo escrito”, *Revista Forense*, v. 74.
- LEVY, Phiplipe. “La formation de la théorie romaine dès preuves”, in *Studi di onore di Siro Solazzi*. Napole: Jovene, 1948.
- LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Jose Konfino Ed., 1947, v. I.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millenium, 2000, v. II.
- MORATO, Francisco. “A oralidade”, *Revista Forense*, v. 74, 1938.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil* (traducción de Angela Romera Vera). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, v. 1.
- SACONNI, Giuseppina. *Studi sulla litis contestatio nel processo formulare*, Napoli, Jovene, 1982.
- SCIALOJA, Vittorio. *Procedura Civile Romana*. Roma: Anonima Romana Ed., 1936.
- SIDOU, J.M.Othon. *A vocação publicística do procedimento romano*. Recife: Editora Câmbio, 1955.
- TUCCI, José Rogério Cruz e AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: RT, 2001.
- VOLTERRA, Eduardo. *Instituciones de derecho privado romano*. Madrid : Civitas, 1991.
- KISH, Wilhelm. *Elementos de Derecho Procesal Civil* (tradução de L Prieto Castro), 2ª ed., 1940.







# PODERES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Renato Franco de Almeida<sup>1</sup>

## Resumo:

Analisa os poderes regulamentares conferidos aos Conselhos da Justiça e do Ministério Público.

**Palavras-chave:** Poderes regulamentares. Conselhos. Poder Judiciário. Ministério Público.

## SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Os poderes conferidos aos conselhos – 2.1 A separação de poderes – 2.2 Princípio do estado de direito e a legalidade estrita – 3. Conclusão – 4. Resúmen – 5. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Não pairam dúvidas sobre o esforço que até o momento tanto o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) quanto o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) têm envidado no escopo de dinamizar essas Instituições.

Não obstante, pensamos que se deve refletir sobre os *poderes* a esses órgãos conferidos pela Emenda Constitucional (EC) n.º 45/2004. Mais especificamente, é imperioso, em um Estado Democrático de Direito, analisar o exercício desses poderes à luz da engenharia constitucional de 1988.

Neste sentido, o presente estudo tem por pretensão a análise dos poderes a eles conferidos pela supracitada Emenda Constitucional, com o objetivo de se delimitar a respectiva competência no novo panorama constitucional ensejado pela Quadragésima Quinta Emenda Constitucional, notadamente em relação ao Poder Judiciário e ao Ministério Público.

## 2. OS PODERES CONFERIDOS AOS CONSELHOS

### 2.1 A separação de poderes

A Emenda Constitucional n.º 45/2004 fez inserir o artigo 103-B na Constituição, criando, dessa forma, o Conselho Nacional de Justiça. Segundo o § 4º desse dispositivo, compete a este Conselho:

Art. 103-B.

[...]

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além

1- Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça. Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor em Belo Horizonte. Especialista em Direito Público. Mestre em Direito e Instituições Políticas. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela *Universidad del Museo Social Argentino*. Professor de Pós-Graduação *lato sensu*. [renatofranco@mp.mg.gov.br](mailto:renatofranco@mp.mg.gov.br)



de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura.

Afirmando ainda o inciso I deste parágrafo que, dentre outras, compete-lhe:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; (Grifamos)

Como se vê pelo § 4º, bem como pelo seu respectivo inciso I, o Conselho Nacional da Justiça possui poderes meramente regulamentares de lei. Nesse caso específico, poderes para regulamentar a Lei Orgânica Nacional da Magistratura (LOMAN), quando esta tiver sua adequação à nova realidade constitucional efetivada.

*Mutatis mutandis*, o mesmo ocorre em relação ao Conselho Nacional do Ministério Público. Isso porque, à luz do que dispõem o § 2º, e seu inciso I, do artigo 130-A, inserido também pela EC n.º 45/04, esse Conselho possui poderes meramente regulamentares. Isto é, poderes para regulamentar a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LOMP), que deverá ser atualizada para se adequar às modificações introduzidas pela EC n.º 45/04.

Destarte, ambos os Conselhos têm poderes de mera regulamentação de lei formal, não podendo, por isso, expedir atos normativos cujo conteúdo não esteja previsto em lei, uma vez que a eles falece legitimidade democrática e competência constitucional para a expedição de ato administrativo autônomo, com força ou contra lei.

Mister fazermos, para melhor esclarecimento da questão, um paralelo com o poder regulamentar conferido ao Poder Executivo, já que em nada difere daqueles conferidos aos mencionados Conselhos.

Dessarte, é imperioso asseverar que o Chefe desse Poder editará decretos que, em regra, terão por fim a fiel execução das leis formais. Trata-se, como afirmado, do poder regulamentar inerente à sua Chefia, que tem por objetivo dar maior concreção e regular pormenores, atitudes estas que não são adequadas ao trabalho do legislador, em face das características de generalidade e impessoalidade que possuem as leis. Já o mestre Pontes de Miranda (1953, p. 411), sob a égide da Constituição de 1946, afirmava que

*regulamentar* é edictar regras que se limitem a adaptar a atividade humana ao texto, e não o texto à atividade humana. Assim, quando o Poder Executivo, para tornar mais inteligível a regra jurídica legal, enumera casos, exemplificativamente, em que teria de ser aplicado, não adapta o texto à atividade humana, - cria meios que sirvam à atividade humana para melhor se entender o texto. [...] Regulamentar é mais difícil do que fazer a própria lei; exige pleno conhecimento do alcance das regras jurídicas legais (o de que nem sempre têm noção clara os legisladores) e do ramo do direito em que a lei mergulha. (Grifo do autor)

Com efeito, percebe-se que o artigo 84 da Constituição da República, mais especificamente em seu inciso IV – em similitude com o quanto ficou contido nos artigos 103-B e 130-A e respectivos parágrafos – estabeleceu, de forma expressa, o poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo através do decreto, que tem como objetivo a explicação ou especificação de um conteúdo normativo pré-existente, visando a sua fiel execução, a despeito

da exceção introduzida pela EC n.º 32/2001, de duvidosa constitucionalidade (art. 60, § 4º, III CR/88).

A opção do Legislador Constituinte Originário repousa, desenganadamente, nos princípios *do Estado de Direito* e *da separação de poderes* surgidos com as primeiras Cartas da idade contemporânea, quais sejam, a Americana de 1787 e a Francesa de 1791.

Importa aprofundarmos esses pontos para alcançarmos o necessário esclarecimento quanto ao poder regulamentar do CNJ e do CNMP.

Com efeito, o princípio da separação de poderes surgiu em razão do receio de seus principais teóricos – Locke e Montesquieu – de radicar o poder em mãos únicas. Daí a aparição de três funções de governo claramente distinguíveis cujo exercício se encontra em “departamentos” distintos, uns limitando a atuação de outros (*le pouvoir arrête le pouvoir*), tendo todos por objetivo limitar a atuação do soberano e garantir a liberdade do indivíduo frente ao Estado. Na mesma esteira afirma Thomas M. Cooley (1898, p. 51), lançando escólios sobre o princípio no direito constitucional norte-americano, que

quando todos os poderes da soberania são exercidos por uma só pessoa ou por uma corporação única, que legisla por si só, que decide os casos de violação das leis e dispõe acerca da respectiva execução delas, a questão da classificação de poderes tem apenas, meramente, uma importância teórica [...] Mas, já que um governo com todos os seus poderes assim concentrados, necessariamente, tem de ser um governo absoluto, no qual é muito provável que a paixão e o arbítrio regulem a ordem dos negócios públicos, em vez do direito e da justiça, é uma máxima na ciência política que, para conseguir o legítimo reconhecimento e proteção dos direitos, os poderes do governo devem ser classificados segundo a sua natureza, e que para tal execução cada classe de poder deve ser confiada a um diferente departamento do governo. Esta disposição dá a cada departamento uma certa independência, que opera como um freio sobre a ação dos outros que poderiam usurpar os direitos e a liberdade do povo, e torna possível o estabelecer e o reforçar as garantias contra quaisquer tentativas de tirania. Por isto, temos os freios e os contrapesos do governo, supostos como essenciais à liberdade das instituições.

Não são outros os ensinamentos de Paulo Bonavides (1996, p. 45), aludindo especificamente sobre a doutrina imperante em França:

Com a divisão de poderes vislumbraram os teóricos da primeira idade do constitucionalismo a solução final do problema de limitação da soberania. A filosofia política do liberalismo, preconizada por Locke, Montesquieu e Kant, cuidava que, decompondo a soberania na pluralidade dos poderes, salvaria a liberdade. [...]

Essa doutrina é, como se vê, o termômetro das tendências antiabsolutistas.

Para salvaguardar, pois, a liberdade individual burguesa, então nascente, contra os arbítrios do monarca, o princípio impõe a diversidade de titulares no exercício das funções estatais.

Em consequência, informar García-Pelayo (1984, p. 154) que

*el hecho de que los poderes del Estado estuvieran divididos, no era nuevo en modo alguno; pero si era nuevo el sentido dado a la división, pues ésta no resultará de*

*una mera concurrencia empírica de poderes, sino de un plan para asegurar los derechos individuales.*

E arremata:

*Montesquieu establece una teoría clave para el derecho constitucional liberal, que se expresa en los dos postulados siguientes: a) cada función capital del Estado (legislativa, ejecutiva y judicial) ha de tener un titular distinto (poderes); b) en el marco de esta separación, los poderes se vinculan recíprocamente mediante un sistema de correctivos y de vetos (statuer y empêcher). Este sistema aparece como resultado de un proceso lógico-racional para asegurar la vigencia de la libertad. (GARCÍA-PELAYO, 1984, p. 155)*

É o próprio Montesquieu (1996, p. 166), referindo-se à liberdade, quem afirma, à semelhança de Cooley, que:

A liberdade política só se encontra nos governos moderados. Mas ela nem sempre existe nos Estado moderados; só existe quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites.

Entretanto, tal princípio, que nunca foi na realidade constitucional ensejador de poderes absolutamente estanques, vem sendo mitigado pelos diplomas constitucionais positivos, como forma de adequação a nova complexidade social subjacente.

Nessa linha de interdependência entre as funções estatais, Lêda Boechat Rodrigues (1992, p. 53), referindo-se ao sistema estadunidense, anota que, sob a presidência do *Chief-Justice* Marshall, a Suprema Corte norte-americana, nos seus primórdios, entendia que a delegação de poder para preencher os pormenores da lei pelo Poder Legislativo aos outros departamentos não constituía violação à separação de poderes.

Sob a presidência de MARSHALL, reconheceu a Cômte Suprema o direito do Congresso de delegar a outros departamentos o poder de ‘preencher os pormenores’ (*to fill up the details*) da lei. Cuidava-se de *autorização* dada aos tribunais federais de estabelecer normas processuais, desde que não contrariassem as leis dos Estados Unidos.

Percebe-se que, mesmo ainda no início da recém-criada Federação americana, os outros departamentos do Estado – Executivo e Judiciário – somente poderiam tratar dos pormenores que a generalidade das leis não pode prever. Tudo, ainda, nos limites expressamente previstos na lei a ser detalhada.

Mister reconhecer, entretanto, que a norma que confere funções estranhas a determinado Poder do Estado, que não as naturalmente suas, deverá vir expressamente prevista no texto constitucional, por encerrar, desenganadamente, exceção à regra estabelecida positivamente (art. 2º CR/88). Imperioso afirmar, ademais, que a exceção eventualmente prevista no texto constitucional não poderá ter dimensão que extinga a separação de poderes ou que o obstrua a ponto de convertê-lo em letra morta como princípio norteador do Estado brasileiro, tarefa destinada a uma revolução constitucional sustentada pelo Poder Constituinte Originário. Isso em razão do fato de a separação de funções em departamentos distintos se constituir cláusula pétrea, estando imune, portanto, às vicissitudes do Poder Constituinte Derivado ou

Reformador (art. 60, § 4º, III CR/88) que tenha por escopo sua extinção ou total obstrução.

Por corolário, a atitude legislativa do Poder Executivo, assim como, no particular, dos Conselhos da magistratura e do Ministério Público, sem que haja *autorização expressa do documento constitucional* se traduz em clara usurpação de função competencial determinada, encerrando, destarte, inconstitucionalidade formal do instrumento assim produzido.

É neste sentido que vem se posicionando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO LEGISLATIVO: INICIATIVA LEGISLATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. CF, ART. 61, § 1º, II, C. INICIATIVA LEGISLATIVA RESERVADA A OUTRO PODER: PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. CF, ART. 2º.

I. As regras básicas do processo legislativo federal são de observância obrigatória pelos Estados-membros e Municípios. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

II. Leis que disponham sobre servidores públicos são de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo (CF, art. 61, § 1º, II, a, c, f), à Câmara dos Deputados (CF, art. 51, IV), ao Senado Federal (CF, art. 52, XIII), ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça (CF, art. 96, II, b).

III. Lei de iniciativa reservada a outro poder: não-observância: ofensa ao princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º).

IV. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2731/ES, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Carlos Velloso. j. 20.03.2003, unânime, DJU 25.04.2003). (Grifamos)

Sob a perspectiva desse dogma do Estado Liberal, qual seja, a separação de poderes, é lícito asseverar que os Conselhos da magistratura e do Ministério Público usurpam função constitucional conferida ao Poder Legislativo, na medida em que expedem resoluções autônomas para definir condutas não previstas em lei formal. Isso porquanto tal conformação direta das cláusulas constitucionais, ausente autorização expressa do Texto Maior criando a exceção, é de exclusiva competência do departamento legislativo do Governo, o qual possui a legitimidade democrática para avaliar as nuances do interesse público quando da concretização das imposições constitucionais. Daí por que se diz que as resoluções ou regulamentos expedidos pelos Órgãos Executivos do Governo não constituem uma manifestação da função legislativa, antes se revelam como expressões normativas da função administrativa. (CANOTILHO, 2002, p. 827)

## 2.2 Princípio do estado de direito e a legalidade estrita

Mas a liberdade burguesa que queria elidir os arbítrios do Estado absoluto não estaria completamente garantida tão-somente com o princípio da separação de poderes. Era necessário o surgimento do Estado de Direito que, conforme anota ainda García-Pelayo (1984, p. 157):

*Otra garantía fundamental para el conjunto de la constitución liberal burguesa es el Estado de Derecho. [...] en sus orígenes es un concepto típicamente liberal, que –*

*haciendo omisión de sus antecedentes ingleses – nace con el derecho positivo de las revoluciones americana y francesa.*

Ainda segundo o autor espanhol (1984, p.158), consiste o Estado de Direito na garantia da mesma liberdade burguesa já referida. Por isso:

*[...] los órganos del Estado han de actuar exclusivamente con arreglo a normas jurídicas que fijan el círculo de sus competencias. El Estado no solamente no ha de actuar contra legem, sino que, además únicamente ha de actuar secundum legem, es decir, con arreglo a normas previas, generales, claras y precisas, no contradictorias con aquellos supuestos apriorísticos sobre los que se construye el Estado, normas que forman el núcleo y la justificación de la totalidad del orden jurídico, y que son modo queda eliminada la voluntad arbitraria, el derecho de situación, las posibilidades de lesión de los derechos adquiridos.*

Por consequência, o Estado de Direito encerra uma obrigatoriedade segundo a qual os órgãos públicos somente poderão agir dentro nas normas previamente estabelecidas, e, por óbvio, pelo Poder competente, sob pena de malferimento ao seu pressuposto básico: a divisão de poderes.

De efeito, atina-se que quando o Poder Executivo – encarnação contemporânea do Rei absolutista –, ou qualquer outra Instituição, arvora-se em órgão competente a editar atos normativos de âmbito geral e pessoal, fora das hipóteses expressamente previstas no documento constitucional sob consideração, usurpa funções a outro Poder afetadas, violando, por corolário, a liberdade em todas as suas dimensões.

Isso porquanto, como ensina J. J. Gomes Canotilho, o *princípio da legalidade da Administração Pública* se dicotomiza em *princípio da supremacia ou prevalência da lei* e *princípio da reserva de lei*, apontando que tais princípios continuam válidos (2002, p. 256),

pois num Estado democrático-constitucional a lei parlamentar é, ainda, a expressão privilegiada do princípio democrático (daí a sua supremacia) e o instrumento mais apropriado e seguro para definir os regimes de certas matérias, sobretudo dos direitos fundamentais e da vertebração democrática do Estado (daí a reserva de lei).

No que concerne ao primeiro, o grande constitucionalista lusitano (2002, p. 256) assevera:

*[...] significa que a lei deliberada e aprovada pelo Parlamento tem superioridade e preferência relativamente a actos da administração (regulamentos, actos administrativos, actos pararegulamentares, actos administrativos gerais como circulares e instruções). O princípio da prevalência da lei vincula a administração, proibindo-lhe quer a prática de actos contrários à lei (proibição de desrespeito da lei) quer impondo-lhe a adopção de medidas necessárias e adequadas ao cumprimento da lei (exigência de aplicação da lei).*

Com efeito, resta clara a vinculação exercida pelo diploma legal em relação aos atos da Administração Pública. Não sendo, pois, aquele obedecido ou obstaculizada a produção de seus efeitos por ato normativo da Administração, mostra-se esse flagrantemente

inconstitucional, por encerrar violação ao princípio da legalidade estrita da Administração Pública na vertente do *princípio da supremacia da lei*.

De outro lado, o *princípio de reserva de lei*, na dicção do constitucionalista europeu (2002, p. 256), “afirma que as restrições aos direitos, liberdades e garantias só podem ser feitas por lei ou mediante autorização desta.”

Divisa-se das lições trazidas à colação que quando os Conselhos da magistratura e do Ministério Público editam atos normativos com características de generalidade e impessoalidade sob o tegumento de resoluções, estando ausente a lei formal a ser regulamentada, malferem o princípio da legalidade da Administração Pública na sua vertente de *reserva de lei*. Tais condutas se aperfeiçoam, na atual ambiência constitucional, na medida em que aqueles Conselhos expedem resoluções, cujos objetivos não são a fiel execução de lei formal, porquanto inexistente ou de conteúdo determinativo diverso. De forma autônoma, tais atos ocupam o espaço reservado às leis, no seu escopo de conformação das cláusulas constitucionais.

Da mesma forma, no direito alienígena, não há espaço para a figura dos *regulamentos autônomos*. É que, como observa ainda Canotilho (2002, p. 731), ao tecer comentários sobre o poder regulamentar na Constituição Portuguesa de 1976,

os regulamentos exprimem o exercício de uma competência normativa da administração. Uma pura transferência da competência normativa genérica (mesmo *infra legem*) para o executivo contrasta com o princípio democrático e com o princípio de Estado de direito. É isso que explica o facto de, na actualidade, não se conceberem *regulamentos independentes* que, pelo menos, não tenham fundamento legal no que respeita à matéria a regular (art. 112º/8). (Grifos do autor)

Em terras pátrias, no mesmo diapasão, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que o decreto do Chefe do Poder Executivo deve ter essa função regulamentar sob pena de violação dos dispositivos constitucionais, à semelhança, acrescentamos, com as resoluções do CNJ e do CNMP. Assim, nos dizeres do autor (1992, p. 87),

o princípio da legalidade, que demanda a conseqüente existência da norma legal, como um comando geral e abstrato, ao qual devem se conformar os atos concretos, informa diretamente o *poder normativo do Estado*, como um todo e, como vimos, a espécie de poder normativo especificamente atribuída a cada Poder Orgânico. No caso do Poder Executivo, atribui-se-lhe, para desempenhar sua função administrativa, uma modalidade especial do poder normativo que é o chamado *poder regulamentar*, inerente e privativo do seu chefe (Presidente da República, Governadores e Prefeitos), de assento Constitucional, para a ‘fiel execução’ das leis (art. 84, IV). Excluiu, portanto, a Constituição, a possibilidade de regulamentos outros que não os de execução. (Grifos do autor)

Para o autor, o poder regulamentar se traduz em uma modalidade do poder normativo, é uma das formas de expressão da função normativa do Poder Executivo. Este poder pressupõe, no entanto, a existência de uma lei para ser regulamentada, pois a ausência da mesma, caracteriza o chamado “decreto autônomo”, que, na ambiência constitucional hodierna, malferem o princípio da legalidade estrita, bem como, em suma, o próprio Estado Democrático de Direito, como visto.

Como se vê, o mesmo ocorre com as resoluções expedidas pelo CNJ e pelo CNMP, traduzindo-se esses atos, em verdade, em “regulamentos autônomos”, instrumento de poder não conferido, em regra, nem mesmo aos Chefes dos Poderes Executivos.

Dessarte, assim como o decreto autônomo, as resoluções inovam na ordem jurídica, porquanto estabelecem normas sobre matérias não disciplinadas previamente em lei.

Como alerta Maria Silva Zanella Di Pietro (2000, p. 88), argumentando com a perspectiva histórica:

No direito brasileiro, a Constituição de 1988 limitou consideravelmente o poder regulamentar, não deixando espaço para os regulamentos autônomos. Na Constituição de 1967, o artigo 81, V, outorgava competência ao Presidente da República para ‘dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionalismo dos órgãos da administração federal’, única hipótese de decreto autônomo dessa natureza agasalhada expressamente na legislação; tratava-se de decreto autônomo sobre matéria de organização da Administração Pública. A atual Constituição, no artigo 84, VI, prevê competência para ‘dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei’.

Retrocedendo mais na perspectiva diacrônica, de efeito, já a nossa primeira Carta Republicana de 1891 (art. 48, 1º) impunha a necessidade da existência de lei formal para a criação de decreto regulamentar respectivo. Em outras palavras: desde o início da República, o Chefe do Poder Executivo somente poderia expedir decretos para a fiel execução de lei correspondente.

Destarte, infere-se que, sob o aspecto histórico, nunca pôde o Chefe do Poder Executivo, na República, ressalvadas as hipóteses excepcionalmente previstas no próprio texto constitucional, expedir decretos autônomos, por estes ensejarem malferimento ao princípio da legalidade estrita.

Ao criarem, portanto, direitos e obrigações, as resoluções dos reiteradas vezes mencionados Conselhos inserem-se naquela espécie, antes mencionada, de instrumento jurídico de usurpação de função constitucionalmente afetada a outro órgão de soberania, qual seja, a função legislativa exercida preponderantemente pelo Poder Legislativo.

### 3. CONCLUSÃO

Repise-se. É extremamente louvável o trabalho até aqui realizado pelo CNJ e pelo CNMP nos seus objetivos de dinamizar o Poder Judiciário e o Ministério Público, respectivamente.

Não obstante, em um sistema democrático, não pode haver Instituição que se sobreponha às cláusulas constitucionais, mormente aquelas referentes ao próprio sistema governativo, de Estado de Direito e legitimidade democrática.

Nessa linha de raciocínio já se afirmou, no que toca aos Conselhos e especificamente às suas resoluções, que:

Este parece ser o ponto central da discussão. Se a atuação dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público está regulada em leis específicas (LOMAN, LOMIN’s estadual e federal, postas no sistema em estrita obediência à Constituição), parece, de



pronto, inconcebível que o constituinte derivado, ao aprovar a Reforma do Judiciário, tenha transformado os Conselhos em órgãos com poder equiparado aos do legislador. Ou seja, a menção ao poder de expedir “atos regulamentares” tem o objetivo específico de controle externo, a partir de situações concretas que surjam no exercício das atividades de judicatura e de Ministério Público. Aliás, não se pode esquecer que é exatamente o controle externo que se constituiu na *ratio essendi* da criação de ambos os Conselhos.

No Estado Democrático de Direito, é inconcebível permitir-se a um órgão administrativo expedir atos (resoluções, decretos, portarias, etc) com força de lei, cujos reflexos possam avançar sobre direitos fundamentais, circunstância que faz com que tais atos sejam ao mesmo tempo legislativos e executivos [...] (Streck; Sarlet; Clève, 2005, p. 2-3)

Certo, portanto, asseverar que os Conselhos não têm função legislativa autônoma, bem como legitimidade democrática, para diretamente concretizar as cláusulas constitucionais, uma vez que não há previsão constitucional para tanto.

Janeiro/2006

#### **4. Resúmen:**

*Analiza los poderes reglamentares conferidos a los Consejos de la Justicia y del Público Ministerio.*

**Palabras-llave:** *Poderes reglamentares; Consejos; Poder Judicial; Público Ministerio.*

#### **5. Referências**

- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 1996. 230p. p. 45.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1504p.
- COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 1898. 383p.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. 644p.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1984. 636p.
- MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. rev. aum. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. 2. 494p. p. 411.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 851p.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1992. 504p.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992. 407p.
- STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. *Os limites constitucionais das resoluções do CNJ e do CNMP*. Disponível em <www.abdconst.com.br> Acesso em 04.12.2005.





# A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE – DIREITO BRASILEIRO E JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRA

*Hidemberg Alves da Frota<sup>1</sup>*

## **Resumo:**

Este artigo analisa os limites à liberdade de informação jornalística em face dos direitos da personalidade, traçados pela doutrina e jurisprudência brasileiras, bem como pelas construções pretorianas de 13 ordens jurídicas estrangeiras (associadas ao sistema romano-germânico, anglo-saxônico ou a constituírem ordenamentos jurídicos híbridos).

**Palavras-chave:** liberdade de informação jornalística. Direitos da personalidade. Direito Comparado.

## **SUMÁRIO:**

1. Introdução – 2. Direito Brasileiro – 3. Jurisprudência do Direito Estrangeiro – 3.1. Portugal – 3.2. Espanha – 3.3. Alemanha – 3.4. França – 3.5. Venezuela – 3.6. Argentina – 3.7. Estados Unidos – 3.8. África do Sul – 3.9. Israel – 3.10. Canadá – 3.11. Nova Zelândia – 3.12. Reino Unido – 3.13. União Européia – 4. Conclusão – 5. *Abstract* – 6. Referências.

## **1. INTRODUÇÃO**

A liberdade de informação jornalística (art. 5º, incs. IV e IX, c/c art. 220, § 1º, da CF/88) abrange tanto o direito de as pessoas físicas e jurídicas difundirem informação jornalística, quanto o direito de o indivíduo e a sociedade se informarem pela mídia de capital público e privado acerca de questões que lhes sejam relevantes, mormente aquelas de interesse público.<sup>2</sup>

Inerente à liberdade de informação jornalística, a liberdade de imprensa, em sentido amplo, corresponde ao direito de propagar informação jornalística via meios de comunicação em geral (*v.g.*, periódicos impressos, rádio, televisão e *internet*).<sup>3</sup> Em sentido estrito, consiste no direito de transmitir informação jornalística por meio da mídia impressa.<sup>4</sup>

Os direitos personalíssimos consubstanciam direitos subjetivos privados indispensáveis à dignidade do ser humano<sup>5</sup> por serem primordiais ao desenvolvimento<sup>6</sup> da sua personalidade e à salvaguarda da sua incolumidade física, moral, psíquica e intelectual<sup>7</sup>,

1- Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas — CIESA. Advogado. Associado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais — IBCCRIM.

2- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 387-388.

3- CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 64.

4- AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 245.

5- JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: RT, 2000, p. 75, 362.

dimensões da integridade pessoal invariavelmente imbricadas entre si.

O exercício da liberdade de informação jornalística atinge sobretudo os direitos à honra, à imagem e à vida privada (todos contidos no art. 5º, inc. X, 1ª parte, da CF/88). Em consequência, afeta diretamente o moral e a psique do ser humano, o seu bem-estar espiritual<sup>8</sup> e mental.<sup>9</sup>

A honra alude à deferência conferida ao indivíduo por si próprio (honra subjetiva) e pelos demais (honra objetiva).<sup>10</sup> A honra subjetiva concerne à auto-estima, ao prestígio gozado pelo ser humano perante sua consciência.<sup>11</sup> A honra objetiva se refere à estima desfrutada pelo indivíduo perante a família, o círculo de amizades, o meio profissional, a opinião pública e o todo da sociedade.<sup>12</sup>

A imagem materializa a aparência virtuosa ou desabonadora do ser humano diante da coletividade.<sup>13</sup> Trata-se da “*expressão exterior sensível da individualidade humana*”.<sup>14</sup> Enquanto a honra objetiva traduz o valor positivo atribuído ao indivíduo pelos diversos segmentos sociais, a imagem reflete a visão integral da sociedade sobre o ser humano, síntese dos aspectos benéficos e deletérios de suas características físicas, morais, psicológicas e intelectuais.

A vida privada diz respeito ao mundo particular do ser humano, universo afastado do escrutínio público por desejo do próprio indivíduo<sup>15</sup> e em respeito à sua individualidade. A esfera privada (círculo da vida privada em sentido amplo) se constitui de camadas dentro de camadas: o círculo da vida privada em sentido estrito, o círculo da intimidade e o círculo do segredo.<sup>16</sup> O círculo do segredo se insere no círculo da intimidade, que, por sua vez, encarta-se no círculo da vida privada em sentido estrito.

No círculo da vida privada em sentido estrito repousa a crosta da esfera privada, a extremidade da vida particular mais perceptível ao observador externo e menos reveladora da

6- *Ibid.*, p. 88.

7- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 157.

8- JABUR, Gilberto Haddad. *Op. cit.*, p. 83, 359.

9- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 172.

10- CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 7.

11- *Ibid.*, loc. cit.

12- BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 133.

13- CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Op. cit.*, p. 18-19.

14- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 183.

15- COSTA JR., Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 2. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 36.

16- *Ibid.*, loc. cit. Nesse sentido: FERREIRA, Ivete Senise. A intimidade e o direito penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 2, n. 5, jan.-mar. 1994, p. 99; TAVARES, Juarez. A violação ao sigilo bancário em face da proteção da vida privada. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 1, jan.-mar. 1993, p. 106-107; CALDAS, Pedro Frederico. Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 54; ROQUE, Maria José Oliveira Lima. Sigilo bancário & direito à intimidade. Curitiba: Juruá, 2003, p. 50; FOLMANN, Melisa. Sigilo bancário e fiscal à luz da LC 105/2001 e Decreto 3.724/2001: doutrina, legislação e jurisprudência. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 47-49; FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. Direito à vida privada e à intimidade do portador do HIV: aspectos constitucionais. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 96-100; GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2001, p. 50; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 181-182; SILVA, Edson Ferreira da. Direito à intimidade. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 44-45; JABUR, Gilberto Haddad. Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: RT, 2000, p. 256-257; VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 17-18, 24-27; BELLOQUE, Juliana Garcia. Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001. São Paulo: RT, 2003, p. 39-41; PENTEADO, Jaques de Camargo. O sigilo bancário e as provas ilícitas: breves notas. In: Id. (Org.). Justiça Penal — 4: críticas e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual. São Paulo: RT, 1997, p. 73.

personalidade de cada um. Esta primeira circunvolução serve de palco a relações interpessoais superficiais, exemplificadas pelas amizades que se adstringem ao coleguismo. No círculo da vida privada em sentido estrito perfilam o sigilo patrimonial<sup>17</sup> (onde se alojam os sigilos fiscal, financeiro e empresarial) e de dados e registros das comunicações (a exemplo do sigilo de dados e registros telefônicos ou simplesmente sigilo telefônico). No círculo da vida privada em sentido estrito prevalecem a dimensão material da vida privada e/ou aspectos perfunctórios dos relacionamentos humanos.

No círculo intermediário — o círculo da intimidade — sobejam as idiossincrasias do ser humano e floresce a dimensão espiritual da existência humana, desdobrada nas informações confidenciais compartilhadas com familiares e amigos próximos (sigilo familiar) e com profissionais que têm contato com a intimidade de outrem por força da atividade exercida (sigilo profissional<sup>18</sup>), muitas vezes desveladas no espaço domiciliar, endereço residencial ou profissional, permanente ou provisório (sigilo domiciliar<sup>19</sup>), e, neste caso (do sigilo domiciliar), relacionadas à inviolabilidade do domicílio (inc. XI, do art. 5º, da CF/88). No círculo íntimo também se agasalha o sigilo do conteúdo de quaisquer comunicações privadas (incluindo a telemática, epistolar, telegráfica, radioelétrica, telefônica e informática), mesmo se aludirem a questões públicas.

A raiz da intimidade alberga o círculo nuclear — o círculo do segredo —, em volta do qual orbitam os demais e onde se projeta a imagem mais autêntica de alguém, adstrita a diários e pensamentos ou unicamente desvelada aos parentes e amigos íntimos mais chegados ou a pessoas que tomam conhecimento de detalhes recônditos do indivíduo em face do mister desempenhado.<sup>20</sup>

## 2. DIREITO BRASILEIRO

A doutrina e a jurisprudência pátria têm buscado conciliar a liberdade de informação jornalística com os direitos da personalidade.

A liberdade de informação jornalística emana dos direitos fundamentais às liberdades de manifestação do pensamento (art. 5º, inc. IV, CF/88)<sup>21</sup>, de comunicação (art. 5º, incs. IV, V, IX, XII e XIV, c/c arts. 220 a 224, da CF/88)<sup>22</sup> e de expressão (art. 5º, inc. IX, da CF/88).<sup>23</sup> Os direitos à honra, imagem e vida privada explicitamente pertencem ao catálogo de direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, inseridos no art. 5º, inc. X, 1ª parte.

Como o conflito ocorre entre direitos fundamentais, Mônica Neves Aguiar da Silva Castro recomenda ao Poder Judiciário aplicar o princípio da proporcionalidade, ao inocular em todos os indicados direitos fundamentais o máximo de eficácia apropriado ao caso concreto, impondo as limitações inarredáveis sem desnaturar a essência de quaisquer dos direitos fundamentais considerados e os balanceando de forma que os efeitos benéficos oriundos da maior proteção ao direito fundamental naquele contexto mais denso compensem os sacrifícios impostos ao direito fundamental de menor peso.<sup>24</sup>

17- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 475.

18- SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit., p. 412.

19- SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. São Paulo: RT, 1993, p. 136-137.

20- COSTA JR., Paulo José da. Op. cit., p. 37.

21- AFONSO DA SILVA, José. Op. cit., p. 245.

22- *Ibid.*, p. 242.

23- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 75.

24- CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. Op. cit., p. 114-115, 146.

O direito à liberdade de imprensa — preceitua a Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Cível nº 80.346-4/9, de 31 de agosto de 1999 — “não deve servir de escudo a agressões inconseqüentes por parte de jornalistas e empresas do ramo ao direito constitucional dos direitos individuais”.<sup>25</sup>

Relevante a observação do Desembargador-Relator Guimarães e Souza de que a ausência de “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”<sup>26</sup> não implica — na ótica civil — a inexistência de abuso no exercício da liberdade de imprensa.

No voto-condutor da Apelação Cível nº 118.169.4/2-01, de 2 de abril de 2002, constata Guimarães e Souza: se “toda ofensa à honra e à imagem que não constituísse calúnia, difamação ou injúria, divulgada por órgãos de imprensa”<sup>27</sup> não ensejasse indenização, os que exercitam o direito de informar seriam elevados à “situação de privilégio em relação aos demais cidadãos”.<sup>28</sup>

Por outro lado, pontificou o mesmo magistrado paulista nas Apelações Cíveis nº 94.629-4/8<sup>29</sup> (de 25 de abril de 2000) e nº 92.669-4/5<sup>30</sup> (de 22 de fevereiro de 2000): “Se os fatos desagradáveis são verídicos, não há como impedir que a imprensa os divulgue ou seja responsabilizada por ter noticiado o que infelizmente ocorreu, porque, assim procedendo, não estará praticando nenhum abuso, pois não age com culpa.”<sup>31</sup>

Cláudio Luiz Bueno de Godoy sugere ao magistrado ponderar sobre “o fim institucional da informação — aí contido o dever de verdade próprio do jornalista —, a forma adequada de sua veiculação e o exame de casos práticos semelhantes antes sucedidos”,<sup>32</sup> tendo em mente estas orientações precípuas:

(1) O resguardo aos direitos da personalidade de pessoas públicas e notórias é menor, comparado com o de pessoas comuns, ainda que algumas destas tenham recebido efêmera exposição pública;

(2) Pessoas comuns “em manifestação do cotidiano [...] não podem ser individualizadas, mesmo quando retratadas em locais públicos, devendo estar inseridas no contexto do cenário, ademais concernente a informativo a cujo conteúdo não pode ser relacionado de forma indevida”;<sup>33</sup>

(3) O crime suscita interesse social e, por isso, merece cobertura jornalística, “embora em geral não indefinidamente, ressalvados casos históricos”;<sup>34</sup>

25- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Primeira Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 80.346-4/9. Relator: Desembargador Guimarães e Souza. São Paulo, 31 de agosto de 1999. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 19 jul. 2005.

26- *Ibid.*, loc. cit.

27- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Primeira Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 118.169.4/2-01. Relator: Desembargador Guimarães e Souza. São Paulo, 2 de abril de 2002. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 19 jul. 2005.

28- *Ibid.*, loc. cit.

29- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Primeira Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 94.629-4/8. Relator: Desembargador Guimarães e Souza. São Paulo, 25 de abril de 2000. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 19 jul. 2005.

30- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Segunda Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 92.669-4/5. Relator: Desembargador Guimarães e Souza. São Paulo, 22 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 19 jul. 2005.

31- *Ibid.*, loc. cit.

32- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2001, p. 127.

33- *Ibid.*, loc. cit.

34- *Ibid.*, loc. cit.

(4) A divulgação de fato criminoso impingido a quem já cumpriu sua pena deve observar seu “direito à ressocialização”<sup>35</sup> e verificar se a informação continua respaldada pelo interesse social. Quanto ao noticiado submetido à prisão provisória, necessário levar em conta a presunção de inocência, o dever de verdade jornalístico, e expô-lo mediante “seu assentimento ou retratar o fato em si da prisão”;<sup>36</sup>

(5) Cabe às críticas se desprenderem de “sentimento pessoal, subjetivo, de antagonismo a pessoa certa”<sup>37</sup> e cabe às manifestações humorísticas não servirem de “pretexto para a ofensa”.<sup>38</sup>

De acordo com o voto-condutor da Desembargadora Rejane Maria Dias de Castro Bins na Apelação Cível nº 70004905667, julgada pela Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em 20 de novembro de 2002, “a crítica há de ser apresentada de modo a não ferir a dignidade e a personalidade daquele a quem é dirigida, em seus vários aspectos tutelados”.<sup>39</sup>

A Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na Apelação Cível nº 2004.001.05871, de 27 de abril de 2004, da relatoria do Desembargador Roberto de Abreu e Silva, deparou com circunstância inusitada: matéria jornalística do ano 2001, trazendo a lume notícia de 1991, rememorou queda de égua no telhado de residência, após o animal despencar de barranco.

A publicação, em tom jocoso, misturou realidade e ficção, afixando falsamente que o equino havia deitado naquela residência na cama do casal.

No sobredito acórdão, decidiu o TJRJ que houvera abuso da liberdade de imprensa, em função de a matéria jornalística espalhar notícia de forma insidiosa, “pintando o quadro com tinta forte em cena pitoresca, a ponto de ridicularizar o casal, acrescentando ao fato real pitadas de malícia”<sup>40</sup>, em transgressão aos “direitos constitucionais à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem, às dignidades das pessoas dos autores, evidenciando suas submissões a constrangimentos, vergonha e humilhações perante seu círculo de convivência familiar e social”.<sup>41</sup>

Anos antes, em 4 de junho de 1996, nos Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 760/96, a Segunda Câmara Cível do TJRJ, por intermédio do voto-condutor do Desembargador Sergio Cavalieri Filho, louvando a sentença recorrida, proferida pelo Juiz de Direito Carlos Santos de Oliveira, salientou que não se faculta à imprensa fabricar fatos, “mas apenas relatá-los”.<sup>42</sup>

35- Ibid., loc. cit.

36- Ibid., loc. cit.

37- Ibid., p. 128.

38- Ibid., loc. cit.

39- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Nona Câmara Cível). Apelação Cível nº 70004905667. Relatora: Desembargadora Rejane Maria Dias de Castro Bins. Porto Alegre, 20 de novembro de 2002. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 18 jul. 2005.

40- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Sexta Câmara Cível). Apelação Cível nº 2004.001.05871. Relator: Desembargador Roberto de Abreu e Silva. Rio de Janeiro, 27 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 18 jul. 2005.

41- Ibid., loc. cit.

42- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Segunda Câmara Cível). Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 760/96. Relator: Desembargador Sergio Cavalieri Filho. Rio de Janeiro, 4 de junho de 1996. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 18 jul. 2005.

Ou seja, urge que “a publicação de determinado fato traga consigo o mínimo de referência à fonte originária, de moldes a se poder guarnece-los com foros de realidade e não de imaginários fantasiosos com vistas a prender a atenção do público para fins outros que não o de informar”.<sup>43</sup>

Consoante lição de Edson Ferreira da Silva, “é indispensável sopesar o grau de utilidade geral da informação com o sofrimento da pessoa a quem a informação concerne e aferir se a utilidade é tal que justifique a imposição desse sofrimento”.<sup>44</sup>

Gilberto Haddad Jabur submete a notícia à exigência de inequívoco interesse público, demonstrado por meio de dois critérios básicos:

(1) Utilidade. Proporciona à sociedade “efetivo proveito profissional, político, cultural, artístico, científico, desportivo, ou para o lazer sadio da informação”;<sup>45</sup>

(2) Adequação. Harmonia “entre a natureza e o conteúdo da informação e o local, espaço, amplitude e destaque que a ela se pretende destinar”,<sup>46</sup> primando-se pelo “equacionamento da manutenção da liberdade de informação com a própria dignidade humana, valor compreendido pela integralidade dos direitos personalíssimos”.<sup>47</sup>

Para Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, “a liberdade de informar só existe diante de fatos cujo conhecimento seja importante para que o indivíduo possa participar do mundo em que vive”.<sup>48</sup>

A intromissão na vida privada se revela inevitável quando “verdadeiramente irredutível para a compreensão da notícia”, ditada pelo interesse público. Assim entendeu o Desembargador-Relator Ruy Camilo, nos Embargados Infringentes nº 133.008-4/9-01, de 9 de março de 2004 (Décima Câmara de Direito Privado do TJSP),<sup>49</sup> reprisando palavras do Desembargador Roberto Stucchi, em monografia apresentada em 2002 à Escola Paulista da Magistratura (“Direito à intimidade *versus* liberdade de imprensa”), obra na qual o citado magistrado paulista condiciona a legitimidade de intrusão na vida privada pela imprensa à “existência do efetivo interesse público na informação” e à “incontestável necessidade de se desnudar, parcialmente, a privacidade como pressuposto para a coerência e completude da notícia pela qual a comunidade nutre lícito interesse”.

No embate entre liberdade de informação e direito à intimidade, José Adércio Leite Sampaio adverte:

(1) Os “fatos essencialmente sensíveis”<sup>50</sup> da intimidade “devem ter justificativa particularmente séria, objetiva e relevante ao interesse público para serem investigados ou revelados”;<sup>51</sup>

43- *Ibid.*, loc. cit.

44- SILVA, Edson Ferreira da. Direito à intimidade. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 88.

45- JABUR, Gilberto Haddad. Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: RT, 2000, p. 367.

46- *Ibid.*, loc. cit.

47- *Ibid.*, loc. cit.

48- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op. cit.*, p. 78.

49- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Décima Câmara de Direito Privado). Embargos Infringentes nº 133.008-4/9-01. Relator designado: Desembargador Ruy Camilo. São Paulo, 9 de março de 2004.

50- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. cit.*, p. 390.

51- *Ibid.*, loc. cit.



(2) Aquele que busca notoriedade consente com a exposição pública, ao contrário daquele que prefere se recolher ao anonimato, mesmo se antes era figura pública;

(3) Quem não procura a atenção dos holofotes, em ambiência pública, “há de sentir-se livre de identificação ou observação, anônimo; não podendo ser fotografado, a menos que não seja facilmente identificável e não esteja em primeiro plano na foto”;<sup>52</sup>

(4) Fatos publicizados por meio de atos oficiais estão imunes à reserva da intimidade, salvo se, pelo decurso do tempo, cessar interesse público em divulgá-los e se “revelarem traços marcantes da intimidade [...] ou ainda se forem cobertos pelo segredo de justiça”;<sup>53</sup>

(5) No tocante a figuras tradicionalmente públicas ou que se envolveram “em algum evento de repercussão pública”,<sup>54</sup> convém cogitar se “há interesse público no conhecimento da informação a ser veiculada”<sup>55</sup> e, caso haja, se é “suficientemente relevante para suplantar a intimidade da pessoa noticiada”.<sup>56</sup>

Em caso de fatos íntimos a serem difundidos com a aquiescência do noticiado, o jornalista — pontua Sampaio — precisa se ater ao objeto da autorização, sendo-lhe defeso usá-la em outro contexto ou circunstância sem nexos, em “eventos futuros ou indeterminados”,<sup>57</sup> por prazo indefinido. A permissão contempla “apenas o beneficiário do consentimento”,<sup>58</sup> salvo se consignada cláusula escrita em sentido contrário.

Lúcido o voto-condutor do Desembargador Ernani Klausner, no Agravo de Instrumento nº 2004.002.11106, de 30 de novembro de 2004, da Décima Segunda Câmara Cível do TJRJ, ao proporcionar primazia ao direito à intimidade de famosa apresentadora de TV, em detrimento da “divulgação de matérias sensacionalistas em jornais e revista que publicam fofocas sobre artistas, visando apenas lucro”.<sup>59</sup>

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “não só a utilização indevida da imagem (não autorizada) mas também o desvio de finalidade do uso autorizado [...] caracterizam violação ao direito à imagem”.<sup>60</sup>

“Muito mais grave que a divulgação da efigie física”<sup>61</sup> — frisa Paulo José da Costa Jr. — “é a propalação de sentimentos e pensamentos, integrantes da imagem moral”.<sup>62</sup> Costa Jr. concebe o direito à imagem como “direito de impedir que terceiros venham a conhecer-lhe a imagem”.<sup>63</sup> A violação independe — esclarece — do meio de comunicação empregado e da forma como o retrato foi feito (*e.g.*, “pintura, escultura, desenho, fotografia, pela figuração caricata ou decorativa, pela reprodução em manequins e máscaras”<sup>64</sup>). Mas excetua sacrificar

52- *Ibid.*, p. 392.

53- *Ibid.*, p. 391.

54- *Ibid.*, p. 392.

55- *Ibid.*, loc. cit.

56- *Ibid.*, loc. cit.

57- *Ibid.*, p. 393.

58- *Ibid.*, loc. cit.

59- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Décima Segunda Câmara Cível). Agravo de Instrumento nº 2004.002.11106. Relator: Desembargador Ernani Klausner. Rio de Janeiro, 30 de novembro de 2004. Disponível em: <http://www.tjrj.gov.br>. Acesso em: 18 jul. 2005.

60- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 183.184.

61- COSTA JR., Paulo José da. *Op. cit.*, p. 55.

62- *Ibid.*, p. 54.

63- *Ibid.*, loc. cit.

64- *Ibid.*, loc. cit.

o direito à imagem quando o retrato do indivíduo compõe cena de uma solenidade ou catástrofe, contanto que o evento excepcional seja reproduzido com bastante visibilidade e “seja representado tal como se deu”.<sup>65</sup>

A Décima Câmara Cível do TJRJ, na Apelação Cível nº 2004.001.31.517, de 23 de fevereiro de 2005, capitaneada pelo Desembargador-Relator Cláudio de Mello Tavares, teve como injustificável “a veiculação da imagem de um ser humano morto em primeiro plano, com as marcas do acontecimento trágico que o vitimou”.<sup>66</sup>

Ao cotejar o direito à vida privada com o direito à informação jornalística, denota-se de suma importância — alerta Pedro Frederico Caldas — pensar “que, sob a capa de um interesse particular, há sempre, genericamente considerado, um interesse da coletividade”.<sup>67</sup>

Salutar o jornalista se abster de noticiar intimidade “irrelevante ao interesse público”<sup>68</sup> (ainda que relativa à pessoa notória), costumeiramente veiculada na imprensa apenas para alimentar a curiosidade popular, lembra Manuel Alceu Affonso Ferreira.

Entretanto, não denigre a imagem notícia que se limita “a relatar o ocorrido”,<sup>69</sup> acentua o Desembargado-Relator Marcondes Machado na Apelação Cível nº 080.108.4/3, de 25 de maio de 1999 (Décima Câmara de Direito Privado do TJSP).

Digno de nota o entendimento da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios na Apelação Cível nº 2002.01.1.045706-4, de 10 de maio de 2004, da relatoria do Desembargador Roberval Casemiro Belinati,<sup>70</sup> ao vislumbrar escorregada matéria jornalística que apenas narrou (sem articular juízo de valor) o conteúdo de procedimentos policiais a investigarem conduta de alto dirigente de partido político que posteriormente, denunciado pelo Ministério Público, foi absolvido pelo juízo penal e, em razão de sua absolvição, requeria indenização por danos morais de jornal que noticiara a apuração conduzida pelo órgão policial.

Situação diversa destrinçou a Primeira Turma Cível do TJDF na Apelação Cível nº 1999.01.1.047761-7, de 3 de novembro de 2003, da relatoria do Desembargador Sérgio Rocha, quando se solidarizou com o autor da ação de indenização por danos morais, ao ser “exposto à execração pública em rede nacional, mediante matéria jornalística veiculada em horário nobre, apesar de já inocentado pelo Poder Judiciário”.<sup>71</sup>

Em momento de feliz reminiscência, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no acórdão do Agravo de Instrumento nº 127.924-1, de 21 de outubro de

65- *Ibid.*, p. 55.

66- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Décima Câmara Cível). Apelação Cível nº 2004.001.31.517. Relator: Desembargador Cláudio de Mello Tavares. Rio de Janeiro, 23 de fevereiro de 2005. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 18 jul. 2005.

67- CALDAS, Pedro Frederico. *Op. cit.*, p. 151.

68- FERREIRA, Manuel Alceu Affonso. Informação e intimidade: essas velhas inimigas. *Revista de Julgados do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 51, mai.-jun. 2001, p. 17.

69- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Décima Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 080.108.4/3. Relator: Desembargador Marcondes Machado. São Paulo, 25 de maio de 1999. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 19 jul. 2005.

70- DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (Quinta Turma Cível). Apelação Cível nº 2002.01.1.045706-4. Relator: Desembargador Roberval Casemiro Belinati. Brasília, 10 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.tjdf.gov.br>>. Acesso em: 18 jul. 2005.

71- DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (Primeira Turma Cível). Apelação Cível nº 1999.01.1.047761-7. Relator: Desembargador Sérgio Rocha. Brasília, 3 de novembro de 2003. Disponível em: <<http://www.tjdf.gov.br>>. Acesso em: 18 jul. 2005.

2002, da relatoria da Desembargadora Denise Martins Arruda<sup>72</sup>, reavivou passagem luminar do aresto alinhavado pela Segunda Câmara Cível do TJPR no Acórdão nº 18965 (capitaneada pelo Desembargador Munir Karam):

Não se nega ao jornalista, no regular exercício de sua profissão, o direito de divulgar fatos e até de emitir juízo de valor sobre a conduta de alguém, com a finalidade de informar a coletividade. Daí a descer ao ataque pessoal, todavia, atingindo a honra do cidadão, vai uma barreira que não pode ser ultrapassada, sob pena de configurar abuso de direito, e, conseqüentemente, o dano moral e até material.

### 3. JURISPRUDÊNCIA DO DIREITO ESTRANGEIRO

#### 3.1 Portugal

Na rubrica dedicada aos direitos, liberdades e garantias pessoais (Capítulo I, Título II), a Constituição portuguesa de 1976,<sup>73</sup> ao mesmo tempo em que consagra o direito de informar (art. 37, nº 1) e a liberdade de imprensa (art. 38, nº 1), reconhece o direito ao bom nome e à reputação (art. 26, nº 1), o que induziu o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal a considerá-los direitos “de igual hierarquia constitucional” no Acórdão de 5 de dezembro de 2002<sup>74</sup> e, em conseqüência, invocar o Código Civil português de 1966,<sup>75</sup> cujo art. 335, nº 1, estatui que, havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes ou, como esclareceu o STJ no acórdão de 5 de março de 1996, “compete ao julgador, ponderados os valores jurídicos em confronto no caso concreto, determinar se um deles há de prevalecer sobre o outro”.<sup>76</sup>

Conquanto infensa à censura (art. 37, nº 2, da Constituição portuguesa de 1976), a liberdade de informação, se exercida para afirmar ou difundir fato capaz de prejudicar o crédito ou bom nome alheio, não exime o responsável de responder pelos danos causados (art. 484, do CCP/66). Afinal, aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultantes da violação (art. 483, nº 1).

Para se acautelarem contra eventual indenização por menoscabo ao bom nome do noticiado, incumbe ao jornalista proporcionar à notícia (1) relevância social (respaldo do interesse público à sua divulgação); (2) veiculação moderada (da forma adequada e menos ofensiva ao noticiado); (3) veracidade (correspondência, em essência, aos fatos ocorridos, ou, excepcionalmente, sua escassez de verossimilhança deve ser compensada pela “séria convicção”<sup>77</sup> do jornalista de que a informação era verdadeira).

Essa ponderada linha de raciocínio norteou o STJ lusitano ao julgar pedido de

72- PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Sétima Câmara Cível). Agravo de Instrumento nº 127.924-1. Relatoria: Desembargadora Denise Martins Arruda. Curitiba, 21 de outubro de 2002. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br>>. Acesso em: 18 jul. 2005.

73- PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa — texto integral após a VI Revisão Constitucional (2004). Disponível em: <<http://www.portolegal.com>>. Acesso em: 10 ago. 2004.

74- PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso de Revista (processo nº 02B3553). Relator: Juiz Conselheiro Araújo de Barros. Lisboa, 5 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 9 jul. 2005.

75- PORTUGAL. Código Civil (1966). Disponível em: <<http://www.rathenau.com/ccivil.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2005.

76- PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso de Revista (processo nº 087897). Relator: Juiz Conselheiro Fernando Fabião. Lisboa, 5 de março de 1996. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 9 jul. 2005.

77- PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso de Revista (processo nº 02B3553). Relator: Juiz Conselheiro Araújo de Barros. Lisboa, 5 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 9 jul. 2005.

indenização em face de réu a cargo de telejornal de maior audiência em seu horário, informativo-televisivo em que se levantara a suspeita de enriquecimento ilícito de administrador público hospitalar, alegação tida como baseada em relatório de inquérito administrativo, cujo teor, notou-se depois, não oferecia alicerce para tais ilações. Negligente, faltou ao réu o cuidado de verificar se havia, de fato, liame entre as conclusões da matéria jornalística e o real conteúdo do relatório em que se estribou.

No acórdão de 4 de junho de 1998, frisou a Suprema Corte portuguesa que pouco importa a veracidade do fato divulgado, basta ser passível, “dadas as circunstâncias do caso, de abalar o prestígio de que a pessoa goze, ou o bom conceito em que seja tida no meio social em que vive ou exerce a sua actividade”.<sup>78</sup>

Seguindo a jurisprudência do STJ e seus espeques legais, o Tribunal da Relação de Lisboa, no acórdão de 2 de fevereiro de 2005,<sup>79</sup> proclamou os direitos à integridade moral, ao bom nome e à reputação como direitos fundamentais a conformarem barreira ao exercício de outros direitos, mormente “aos inerentes à liberdade de informação, de expressão e de imprensa”.<sup>80</sup>

O TRL enxergou afronta aos mencionados direitos no pronunciamento de presidente de sindicato de médicos a impingir a colegas de profissão, administradores públicos hospitalares, “condutas reveladoras de incompetência e de incúria causadoras do falecimento de doentes hemodialisados”.<sup>81</sup>

Embora tais assertivas, propaladas na mídia lusitana (mídia impressa, rádio e televisão de âmbito nacional), tenham se evidenciado infundadas, provocaram abalos físico-psicológicos no apelado (além de seqüelas emocionais em sua esposa e filho) e repreensões em seu meio social e profissional, a ponto de ser alijado do exercício da clínica médica privada durante um ano.

Na ocasião em apreço, o TRL viu a inviolabilidade da integridade moral manifestada no direito ao bom nome e à reputação, desdobramento do direito à honra, dignidade e consideração pessoal. Reputou a honra expressão da personalidade moral e “valor que está antes e acima de todos os outros”.<sup>82</sup> Caberia ao apelante se poupar de exprimir declarações precipitadas, carentes de suporte fático, ainda mais em se tratando de médico que critica seu par: antes de fazê-lo, precisaria “conhecer o relevo e as repercussões das suas afirmações”.<sup>83</sup>

No acórdão de 2 de dezembro de 2004,<sup>84</sup> o TRL se centrou no exame do direito à honra. Atribuiu-lhe aceção ampla: “A honra significa tanto o valor moral íntimo do homem, como a estima dos outros, ou a consideração social, o bom nome ou a boa fama, o sentimento, ou consciência, da própria dignidade humana”.<sup>85</sup> Condição o direito de resposta em jornal à publicação de “factos susceptíveis de lesar o bom nome ou reputação do respondente ou

78- PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso de Revista (processo nº 98A1195). Relator: Juiz Conselheiro Garcia Marques. Lisboa, 4 de junho de 1998. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 9 jul. 2005.

79- PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Apelação (processo nº 9011/2004-6). Relator: Juiz Pereira Rodrigues. Lisboa, 18 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 9 jul. 2005.

80- Ibid., loc. cit.

81- Ibid., loc. cit.

82- Ibid., loc. cit.

83- Ibid., loc. cit.

84- Ibid., loc. cit.

85- Ibid., loc. cit.

feitas referências inverídicas em relação a alguém”.<sup>86</sup> A recusa do periódico em atender ao direito de resposta apenas se justificaria se fosse incontestável a carência de fundamento da resposta.

### 3.2 Espanha

No STC 21/2000, de 31 de janeiro de 2000, o Tribunal Constitucional (Segunda Sala)<sup>87</sup> asseverou que sua jurisprudência reiterada não almeja “rigorosa e total exatidão no conteúdo da informação”,<sup>88</sup> e, sim, negar escora constitucional à transmissão de meros rumores, invencionices e insinuações escoimadas das investigações típicas do profissional diligente e de arrimo fático basilar, descompromissada com a preventiva e zelosa verificação das informações a serem difundidas.

O dever jornalístico de diligência — dilucidou o TC — não se estabelece *a priori* em abstrato, porquanto depende “das características concretas”<sup>89</sup> do meio de comunicação usado e “das circunstâncias do caso concreto”<sup>90</sup> a indicarem a razoabilidade ou não do comportamento do repórter, considerando-se as fontes utilizadas, a natureza da matéria jornalística, a efetiva possibilidade de certificar sua veracidade e o grau de imparcialidade e percuciência despendidos em sua confecção. Processado por desrespeito à honra do noticiado, importa ao jornalista especificar suas fontes: não basta a alusão a fontes genéricas e indeterminadas.

O dever de diligência atingiria intensidade máxima caso perigasse resultar no descrédito do noticiado, em relação a quem conviria ao jornalista levar em conta o princípio da presunção de inocência, tendo igualmente presente o valor social da notícia.

Ao praticarem atividade geradora de notoriedade pública, os seres humanos, voluntária e tacitamente, aceitariam o risco de ter seus direitos da personalidade “afetados por críticas, opiniões ou revelações adversas”.<sup>91</sup> Quanto aos homens e mulheres públicos, o direito à informação alcança “máximo nível de eficácia legitimadora”.<sup>92</sup> Suas vidas e condutas consultam o interesse geral com maior intensidade, comparadas com as de indivíduos despossuídos de vocação ou projeção pública e circunstancialmente envolvidos em questões de interesse público, os quais, em razão de sua aparição efêmera na cena pública, merecem maior privacidade que aquela cometida a personagens tipicamente públicos, a exemplo de celebridades do mundo do entretenimento e notórias figuras do meio político.

### 3.3 Alemanha

De acordo com posicionamento do *Bundesgerichtshof*— BGH (Supremo Tribunal Federal alemão) consignado no BGH VI ZR 373/02, de 9 de dezembro de 2003,<sup>93</sup> “quanto maior o valor da informação para o público”<sup>94</sup>, menor a proteção ao interesse do noticiado em se ver

86- Ibid., loc. cit.

87- ESPANHA. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). STC 21/2000, de 31 de enero de 2000 (Recurso de Amparo nº 3725/96). Madrid, 4 de febrero de 2000. Magistrado-ponente: Don Carles Viver Pi-Sunyer. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em: 11 jul. 2005.

88- Ibid., loc. cit., tradução nossa.

89- Ibid., loc. cit., tradução nossa.

90- Ibid., loc. cit., tradução nossa.

91- Ibid., loc. cit., tradução nossa.

92- Ibid., loc. cit., tradução nossa.

93- ALEMANHA. Bundesgerichtshof. BGH VI ZR 373/02. Karlsruhe, 9 Dezember 2003.

Disponível em: <[http://www.ucl.ac.uk/laws/global\\_law](http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law)>. Acesso em: 10 jul. 2005.

94- Ibid., loc. cit., tradução nossa.

longe dos holofotes da mídia. Todavia, aumenta o resguardo ao direito geral da personalidade do noticiado à medida que decresce a importância da notícia para a sociedade. Compreende-se por direito geral da personalidade o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade irradiado pela Lei Fundamental alemã de 1949,<sup>95</sup> no art. 2º, nº 1, que a jurisprudência alemã, a exemplo do aresto em estudo, correlaciona com o princípio da dignidade da pessoa humana encastado na mesma Carta Constitucional, no art. 1º, nº 1.

Nesse julgado, o Supremo Tribunal Federal apreciou demanda na qual famosa jornalista e apresentadora de programa de televisão solicitara ao BGH proibir agência noticiosa de comercializar fotografias aéreas e difundir a localização de bem imóvel de sua propriedade, situado em ilha de difícil acesso, onde passava as férias. Apesar de a requerente aventar intrusão em sua vida privada, ela mesma publicara em dois livros e três revistas suas imagens da residência em testilha.

O BGH relevou a divulgação dessas fotografias pela agência noticiosa, por não desnaturar o cerne da esfera privada da requerente, nem maltratar seu direito de propriedade, muito menos lhe acarretar quaisquer dissabores relacionados à invasão de domicílio e ao descortinamento da rotina doméstica. As fotografias (produzidas em helicóptero a sobrevoar o bem imóvel em tela) não captaram imagens de seres humanos, mas apenas da paisagem e das edificações já de conhecimento público, reveladas anteriormente por outros órgãos de comunicação social, sob o beneplácito da requerente. Nessa situação, inadmissível seria preponderar o direito geral da personalidade sobre a liberdade de imprensa, se a própria celebridade acostumara seu público a conhecer pela mídia residência sua.

Ao publicizar a localização de tal imóvel, a agência noticiosa tão-somente propagara informação disponível em repositórios de dados abertos ao público, a exemplo de listas telefônicas.

No sentir do *Bundesverfassungsgericht*— BVerfG (Tribunal Constitucional alemão), manifestado no BVerfGE 101, 361 (1 BvR 653/96), julgado em 15 de dezembro de 1999,<sup>96</sup> se o indivíduo se comporta em espaço franqueado ao público em geral (*v.g.*, praça, restaurante e *shopping*) como se não estivesse sendo observado, remove de maneira automática o manto protetor da sua conduta privada, ou seja, descerra, em ato contínuo, o véu a encobrir aspectos da sua privacidade (ou privatividade, como preferem os vernaculistas<sup>97</sup>) que não dizem respeito ao interesse social, mas que tacitamente consentiu em publicizar.

Posto de outra forma: caso o ser humano habitue a mídia a ter acesso à sua esfera privada, falece direito do fotografado à censura de imagens tiradas em lugares públicos, pertencentes à iniciativa privada (*e.g.*, clube e universidade particular) ou ao Poder Público (*v.g.*, museu e praia).

Nada obstante, ressalva-se a circunstância na qual a cobertura jornalística em local público fere a esfera privada familiar de crianças, o que compromete o saudável desenvolvimento infantil intrínseco aos direitos constitucionais dos infantes à proteção especial do Estado (art. 6, nº 1) e à educação (art. 6, nº 2), consectários do direito geral da

95- ALEMANHA. Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949. Brasília, DF: Embaixada da República Federal da Alemanha, mai. 1999. Disponível em: <<http://www.alemanha.org.br>>. Acesso em: 15 mai. 2004.

96- ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 101, 361 (1 BvR 653/96). Karlsruhe, 15 Dezember 1999. Disponível em: <[http://www.ucl.ac.uk/laws/global\\_law](http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law)>. Acesso em: 10 jul. 2005.

97- INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS. Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. 1 CD-ROM.

personalidade (art. 2º, nº 1) e do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, nº 1). Também as liberdades de informação e imprensa cedem passo quando o ambiente é recluso, impróprio à convivência pública e propício à esfera privada, a exemplo de confraternização em espaço fechado, restrito a amigos íntimos e familiares, ou reunião profissional em que se discutem assuntos resguardados pelo sigredo empresarial ou profissional.

No BVerfGE 1998, 2889 (1 BvR 131/96), de 24 de março de 1998,<sup>98</sup> a Corte Constitucional planteou o direito geral da personalidade emanado da Constituição alemã de 1949<sup>99</sup> via art. 2 (1) c/c art. 1(1) para emoldurar a liberdade de informação posta no art. 5 (1), ante não só o direito do noticiado de não ter sua reputação manchada por se atribuir a ele iniquidades inverídicas, como também o direito daquele que realmente praticou o ilícito noticiado de não ter sua vida em sociedade inviabilizada.

Avista-se insulto na expressão de dada opinião — pontifica o BVerfGE 82, 272 (1 BvR 1165/89), de 26 de junho de 1990<sup>100</sup> —, se a crítica polêmica e exagerada descamba para a depreciação da pessoa.

Perpetra severa intromissão na esfera da personalidade o tele drama revestido da aparência de documentário a nominar, retratar ou representar criminoso — ensina o BVerfGE 35, 202 (1 BvR 536/72), de 5 de junho de 1973.<sup>101</sup> A intrusão na vida privada do delinqüente só se justifica — explicou tal acórdão — caso se atenha ao indispensável à informação da comunidade acerca de sua conduta desviante e seja proporcional à gravidade do ilícito cometido.

Fincado nesses argumentos, o Tribunal Constitucional consentiu com a censura a documentário que dramatizou sangrento assalto à base militar, em virtude de declinar características físicas e psicológicas de um dos assaltantes, o que dificultaria sua reinserção social, uma vez que a exibição do telefilme praticamente coincidiria com o retorno de um dos assaltantes, à época apenado, ao convívio em sociedade.

Questões retóricas consistem em perguntas usadas não para suscitar respostas diversas — obtempera o BVerfGE 85, 23 (1 BvR 221/90), de 9 de outubro de 1991<sup>102</sup> —, mas para espriar insinuações desabonadoras à honra alheia (*e.g.*, questionamentos disseminados na mídia a colocarem em xeque a conduta de profissional da saúde), e, por isso, devem ser tomadas como verdadeiras afirmações, e não como meras indagações. Na realidade, quem faz pergunta retórica traz a resposta implícita na indagação.

Consoante enfatizou o BVerfGE 12, 113 (1 BvR 9/5725), de 26 de janeiro de 1961,<sup>103</sup> denota-se corolário ao dever da imprensa, seja de se certificar da veracidade das informações e das inferências comunicadas à sociedade, seja de se abster de transmitir informações falsas,

98- ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 1998, 2889 (1 BvR 131/96). Karlsruhe, 24 März 1998. Disponível em: <[http://www.ucl.ac.uk/laws/global\\_law](http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law)>. Acesso em: 10 jul. 2005.

99- ALEMANHA. Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949. Brasília, DF: Embaixada da República Federal da Alemanha, mai. 1999. Disponível em: <<http://www.alemanha.org.br>>. Acesso em: 15 mai. 2004.

100- ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 82, 272 (1 BvR 1165/89). Karlsruhe, 26 Juni 1990. Disponível em: <[http://www.ucl.ac.uk/laws/global\\_law](http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law)>. Acesso em: 10 jul. 2005.

101- ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 35, 202 (1 BvR 536/72)1. Karlsruhe, 5 juni 1973. Disponível em: <[http://www.ucl.ac.uk/laws/global\\_law](http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law)>. Acesso em: 10 jul. 2005.

102- ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 85, 23 (1 BvR 221/90). Karlsruhe, 9 Oktober 1991. Disponível em: <[http://www.ucl.ac.uk/laws/global\\_law](http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law)>. Acesso em: 10 jul. 2005.

103- ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 12, 113 (1 BvR 9/5725). Karlsruhe, 26 Januar 1961. Disponível em: <[http://www.ucl.ac.uk/laws/global\\_law](http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law)>. Acesso em: 10 jul. 2005.

o mister de não distorcer a verdade, nem omitir particularidades imprescindíveis para se apreender o âmago do fato noticiado.

O Tribunal Constitucional no BVerfGE 66, 116 (1 BvR 272/81), de 25 de janeiro de 1984,<sup>104</sup> rechaçou ventilar-se na imprensa informação obtida ilicitamente mediante logro e voltada a maleficar o próprio fornecedor da informação ludibriado, salvo se as informações colhidas de forma irregular sejam tão caras ao direito à informação da sociedade a ponto de o interesse social em sua publicização predominar quer sobre o imperativo de se coibir, via censura, a má-fê do jornalista, quer sobre o anseio do noticiado de não se expor.

### 3.4 França

No acórdão de 16 de março de 1955, a Corte de Cassação<sup>105</sup> decidiu elevar o valor de indenização em benefício de Marlene Dietrich, em função de matérias jornalísticas encartadas em três números de semanário parisiense terem disseminado autobiografia apócrifa de Dietrich, fazendo citações fantasiosas (e, despiendo registrar, sem a autorização) da atriz e de seu biógrafo, ao partir a revista da premissa falaciosa de que se tratava de informações repassadas por ambos, espargindo, ainda, tinos maliciosos, ao achincalhar a forma como se vestia a atriz e dar a entender que o sucesso da artista não ocorrera por causa do talento, mas pela beleza física.

Aos olhos do referenciado aresto, a divulgação pela imprensa de anedotas e incidentes da vida privada, máxime de cunho íntimo, depende da prévia permissão do noticiado, mesmo sendo figura pública.

Idêntica senda voltou a percorrer a Corte de Cassação ao vislumbrar intromissão na esfera privada em julgamentos realizados nestas oportunidades:

(1) Em 15 de novembro de 1975. Jornal publicou detalhes sobre a vida privada de Charles Chaplin e de sua família que o ator e cineasta já havia antes explicitado na mídia, porém o órgão da imprensa processado abordara tais aspectos sensíveis de sua intimidade (*v.g.*, relacionamentos amorosos) sem o conhecimento e a aprovação do célebre comediante britânico, nem a chancela do interesse público,<sup>106</sup>

(2) Em 8 de julho de 1981. Semanário desvelou a gravidez e supostas considerações sobre a vida pessoal antes e após o segundo casamento de célebre artista, sem o beneplácito da noticiada;<sup>107</sup>

(3) Em 30 de maio de 2000. Figura pública consentiu com a publicação de fotografias em determinada revista, sem saber que seriam usadas para criticar seu estilo de vida e caráter.<sup>108</sup>

104- ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 66, 116 (1 BvR 272/81). Karlsruhe, 25 Januar 1984. Disponível em: <[http://www.ucl.ac.uk/laws/global\\_law](http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law)>. Acesso em: 10 jul. 2005.

105- FRANÇA. Court de Cassation. Marlene Dietrich v. Société France-Dimanche (Cour d'Appel de Paris D. 1955, 295). Paris, 16 mars 1955. Disponível em: <[http://www.ucl.ac.uk/laws/global\\_law](http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law)>. Acesso em: 16 jul. 2005.

106- FRANÇA. Court de Cassation. Chaplin v. Presse Office (Civ. 2e, Bull. Civ., 1975 II, n° 294, p. 236, JCP 1976. IV. 9). Paris, 15 novembre 1975. Disponível em: <[http://www.ucl.ac.uk/laws/global\\_law](http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law)>. Acesso em: 16 jul. 2005.

107- FRANÇA. Court de Cassation. Societé Rusconi v. Biasini (Civ. 2e, Bull. Civ., 1981 II n° 152). Paris, 8 Juillet 1981. Disponível em: <[http://www.ucl.ac.uk/laws/global\\_law](http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law)>. Acesso em: 16 jul. 2005.

108- FRANÇA. Court de Cassation. X. v. Societé Hachette Filipacchi Associés (Civ. 1e, Bull. Civ., 2000 I, n° 167, p. 107, JCP 2001. II. 10524). Paris, 30 mai 2000. Disponível em: <[http://www.ucl.ac.uk/laws/global\\_law](http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law)>. Acesso em: 16 jul. 2005.



### 3.5 Venezuela

No aresto de 27 de abril de 2001 (Expediente nº 03-194), o Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela (Sala Constitucional)<sup>109</sup> analisou a liberdade de informação sob o prisma internacional e nacional.

Quanto ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, recordou que o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966 (art. 19, nº 4)<sup>110</sup> e o Pacto de San José da Costa Rica de 1969 (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 13, §§ 3º e 4º)<sup>111</sup> repelem a censura prévia, porém submetem quem exercita a liberdade de informação a responsabilidades ulteriores, antecipadamente fixadas por lei, voltadas a assegurar o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas e à proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

No tocante ao Direito interno, sublinhou que a Constituição venezuelana de 1999,<sup>112</sup> favorável à comunicação livre e plural, confere a toda pessoa o direito à informação oportuna, veraz e imparcial, sem censura (art. 58), bem como o direito à proteção da honra, vida privada, intimidade, imagem própria, confidencialidade e reputação (art. 60). Nessa esteira, o Código Civil venezuelano de 1982<sup>113</sup> ampara a reparação causada por quem se excede no exercício de direito (art. 1.185), estende a obrigação de reparar a todo dano material ou moral deflagrado pelo ato ilícito e permite ao juiz estipular indenização àquele lesado na honra e reputação sua e da família (art. 1.196).

Dá inferiu o TSJ que a vítima de notícias inexatas ou ofensivas tem direito de ajuizar as ações judiciais cabíveis (inclusive civis) se o meio informativo o afetou de forma ilícita. Em relação aos meios de comunicação em massa, lançou dois exemplos eloquentes:

(1) Repórteres que veiculam notícia desprovida de alicerce fático, detrimetosa à honra, reputação, vida privada, intimidade ou imagem do noticiado;

(2) Editores que anuem com a publicação de notícias inverídicas e chamam de criminosos indivíduos não processados pela Justiça Criminal;

Na ótica da Suprema Corte venezuelana, impende ao julgador ponderar, de maneira racional, “entre a aplicação dos direitos do requerente”<sup>114</sup> e o resguardo da liberdade de expressão.

### 3.6 Argentina

Os remédios legais a repararem abusos no exercício da liberdade de imprensa — realçaram os Ministros Augusto Cesar Belluscio e Guillermo A. F. López, em voto conjunto no

109- VENEZUELA. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional). Acción de amparo constitucional (Exp. Nro.03-194). Magistrado-Ponente: Don Jesús Eduardo Cabrera Romero. Caracas, 27 de abril de 2001. Disponível em: <<http://www.tsj.gov.ve>>. Acesso em: 11 jul. 2005.

110- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 11 out. 2004.

111- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Disponível em: <<http://www.ilanud.org.br/doc16.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2004.

112- VENEZUELA. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Disponível em: <<http://www.gobiernoenlinea.ve>>. Acesso em: 12 jun. 2004.

113- VENEZUELA. Código Civil (1982). Disponível em: <<http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/venezuel/ve20a.HTM>>. Acesso em: 25 jul. 2005.

114- VENEZUELA. Tribunal Supremo de Justicia (Sala Constitucional). Acción de amparo constitucional (Exp. Nro.03-194). Magistrado-Ponente: Don Jesús Eduardo Cabrera Romero. Caracas, 27 de abril de 2001. Disponível em: <<http://www.tsj.gov.ve>>. Acesso em: 11 jul. 2005, tradução nossa.

acórdão de 17 de dezembro de 1996 (Expediente Judicial G 88 XXXI),<sup>115</sup> da Suprema Corte de Justiça argentina — “devem ser estritamente necessários para assegurar uma adequada medida de proteção aos outros direitos em tensão: a honra, a dignidade e a intimidade das pessoas, a manutenção da paz e da seguridade social (art. 13.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos)”.<sup>116</sup> O sopesamento açodado de tais valores “conspiraria contra a formação de uma imprensa vigorosa [...] em razão da força paralisante e dissuasiva da obrigação de ressarcir”.<sup>117</sup>

No apontado julgamento, o Ministro Antonio Boggiano acentuou como finalidade primordial do exercício da liberdade de imprensa na república democrática “informar tão objetiva e veridicamente o leitor como seja possível”,<sup>118</sup> harmonizada com os direitos constitucionais restantes, em particular o direito à integridade moral e à honra.

O Ministro Boggiano trouxe à baila a doutrina da real malícia, construção da Suprema Corte dos Estados Unidos na qual se inspira a jurisprudência do Pretório Excelso argentino, a exigir dos requerentes a demonstração de que os jornalistas processados publicizaram notícia falsa mesmo sabendo de sua inverossimilhança.

Conforme observou o Ministro Adolfo Roberto Vázquez, a proteção jurídica contra os ataques à honra e à reputação, além de se agasalhar nos citados Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966 (art. 19, n° 4)<sup>119</sup> e Pacto de San José da Costa Rica de 1969 (art. 13, §§ 3° e 4°),<sup>120</sup> alberga-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 12)<sup>121</sup> e na Declaração Americana dos Direitos do Homem (art. 5),<sup>122</sup> ambas de 1948.

Para o Ministro Vázquez, calha perseguir o equilíbrio entre o direito à informação e os direitos da personalidade “sem preconceitos, nem fórmulas rígidas”,<sup>123</sup> mas “com a prudência própria que deve caracterizar a atividade judicial”,<sup>124</sup> conservando-se a integridade moral de quem foi “objeto de agravo injusto e ilícito”<sup>125</sup> ou conferindo-se suporte à liberdade de imprensa se a informação vergastada transluz fim lícito e teor veraz.

Em essência, Vázquez fita no fim lícito e na verdade os divisores de água. Por verdade, entende-se obter a informação de maneira diligente e previamente contrastada “com dados objetivos e verificáveis”.<sup>126</sup> Por fim lícito, depreende-se o ânimo de se noticiar a informação visando ao debate de idéias, depurado do intuito de vulnerar a integridade moral alheia.

115- ARGENTINA. Suprema Corte de la Justicia. Expediente Judicial G088 L.XXXI (“Gesualdi, Dora c/ Cooperativa Periodistas Independientes Limitada y otros s/ cumplimiento ley 23.073”). Buenos Aires, 17 de diciembre de 1996. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar>>. Acesso em: 11 jul. 2005.

116- Ibid., loc. cit., tradução nossa.

117- Ibid., loc. cit., tradução nossa.

118- Ibid., loc. cit., tradução nossa.

119- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 11 out. 2004.

120- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Disponível em: <<http://www.ilanud.org.br/doc16.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2004.

121- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 11 jul. 2005.

122- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oeadcl.htm>>. Acesso em: 11 jul. 2005.

123- ARGENTINA. Suprema Corte de la Justicia. Expediente Judicial G088 L.XXXI (“Gesualdi, Dora c/ Cooperativa Periodistas Independientes Limitada y otros s/ cumplimiento ley 23.073”). Buenos Aires, 17 de diciembre de 1996. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar>>. Acesso em: 11 jul. 2005, tradução nossa.

124- Ibid., loc. cit., tradução nossa.

125- Ibid., loc. cit., tradução nossa.

126- Ibid., loc. cit., tradução nossa.

No aresto de 29 de setembro de 1998,<sup>127</sup> o Ministro Boggiano, ao prelecionar acerca da doutrina norte-americana da real malícia, sobressaiu a importância de a conduta jornalística explicitar, no caso concreto e de modo comprovado, conduta descuidada, apressada, tendo-se presente o parâmetro delineado pelo Código Civil argentino de 1869 (art. 512),<sup>128</sup> segundo o qual a culpa do devedor quanto ao cumprimento da obrigação diz respeito à ausência de diligências obrigatórias, relacionadas às circunstâncias das pessoas, do tempo e do lugar.

### 3.7 Estados Unidos

Em *New York Times v. Sullivan*, de 9 de março de 1964,<sup>129</sup> a Suprema Corte dos EUA alinhavou *decisum* proferido pelo Justice William Brennan Jr no sentido de sujeitar a liberdade de imprensa ao dever de depurar a notícia tanto de conteúdo falso, quanto de deduções temerárias. Por outro lado, a Suprema Corte atrelou o direito à reparação civil de agente público ofendido em sua honra por cobertura midiática à comprovação de real malícia, ao evidenciar que o divulgador da informação tinha ciência de seu conteúdo inverossímil ou não se preocupara em saber se era ou não verdadeira a matéria jornalística.

Fosse a jurisprudência, em sede de responsabilidade civil, entoar o pensamento de ser obrigatório o material ventilado pelos meios de comunicação plasmar total e irrepreensível veracidade — preleciona o voto-condutor do Justice Brennan em *N.A.A.C.P. v. Button*, de 14 de janeiro de 1963<sup>130</sup> —, a mídia se sentiria forçada a praticar autocensura e, em consequência, sufocaria críticas plausíveis e verdadeiras. A imprensa se tornaria temerosa da dificuldade de corroborar a integral veracidade do conteúdo divulgado e dos altos custos financeiros advindos do dispêndio de somas vultosas em indenizações.

Capitaneada pelo voto do Justice Brennan, a Suprema Corte, em *Time, Inc. v. Hill*, de 9 de janeiro de 1967,<sup>131</sup> expandiu o campo de incidência da doutrina da real malícia, que passou a servir de critério para a reparação civil não só de agentes públicos, como também de particulares. O voto-condutor do Justice Harlan, em *Curtis Publishing Co. v. Butts*, de 12 de junho de 1967,<sup>132</sup> ressaltou o direito à indenização de figura pública que não é agente público, se aviltada por reportagem aquém de padrão jornalístico adequado, razoável e criterioso.

*Em Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co., de 28 de junho de 1977,<sup>133</sup> a Suprema Corte, norteadada pelo voto do Justice White, rejeitou a transmissão, via meios de comunicação, da apresentação de “canhão humano”, haja vista o artista não ter autorizado tal transmissão, porquanto sua renda provinha do dinheiro arrecadado nessa exibição,*

127- *Ibid.*, loc. cit.

128- ARGENTINA. Código Civil de la República Argentina. Disponível em: <<http://www.redetel.gov.ar>>. Acesso em: 25 jun. 2005.

129- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U. S. Supreme Court. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254. Washington D.C., March 9, 1964. Delivered the opinion of the Court: Mr. Justice Brennan. Disponível em: <<http://www.bc.edu>>. Acesso em: 14 jul. 2005.

130- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U. S. Supreme Court. *N.A.A.C.P. v. Button*, 371 U.S. 415. Washington D.C., January 14, 1963. Delivered the opinion of the Court: Mr. Justice Brennan. Disponível em: <<http://familyrightsassociation.com>>. Acesso em: 14 jul. 2005.

131- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U. S. Supreme Court. *Time, Inc. v. Hill*, 385 U.S. 374. Washington D.C., January 9, 1967. Delivered the opinion of the Court: Mr. Justice Brennan. Disponível em: <<http://familyrightsassociation.com>>. Acesso em: 14 jul. 2005.

132- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U. S. Supreme Court. *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U.S. 130. Washington D.C., June 12, 1967. Delivered the opinion of the Court: Mr. Justice Harlan. Disponível em: <<http://familyrightsassociation.com>>. Acesso em: 14 jul. 2005.

133- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U. S. Supreme Court. *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433 U.S. 562. Washington D.C., June 28, 1977. Delivered the opinion of the Court: Mr. Justice White. Disponível em: <<http://familyrightsassociation.com>>. Acesso em: 14 jul. 2005.

*quantia consideravelmente reduzida a partir do momento em que o público pudesse assistir em casa à sua atuação.*

### 3.8 África do Sul

Em *Khumalo and Others v. Holomisa*, de 14 de junho de 2002,<sup>134</sup> a Corte Constitucional da África do Sul radicou freio à liberdade de imprensa no princípio da dignidade da pessoa humana, a consubstanciar, à luz da Constituição sul-africana de 1996, princípio e valor republicano fundamental (art. 1, “a”).<sup>135</sup> Divisou excesso no exercício da liberdade de imprensa, em prejuízo da dignidade da pessoa humana, se a notícia ressaí teor inverídico, desarrazoado e sem endosso do interesse público.

### 3.9 Israel

A Suprema Corte de Israel — constata-se em *Ha’aretz Daily Newspaper Ltd. and Others v. The Israel Electric Corporation Ltd. and Another*, de 24 de fevereiro de 1977<sup>136</sup> — se compadece de acerbas críticas jornalísticas da conduta funcional de agentes públicos, caso contem com a chancela do interesse público, estejam munidas de sustentáculo fático consistente (a despeito de eventuais equívocos de pequena monta) e sejam articuladas de boa-fé, o que significa haver correspondência razoável entre o fundamento fático do texto jornalístico e as ilações consignadas pelo autor da matéria, ainda que o julgador, se estivesse no lugar do jornalista, chegasse a conclusões diversas, a partir da análise dos mesmos fatos.

### 3.10 Canadá

Consoante definiu a Suprema Corte canadense em *Gilles E. Néron Communication Marketing Inc. v. Chambre des notaires du Québec*, de 29 de julho de 2004,<sup>137</sup> tendo como relator do acórdão o Justice LeBel, o exercício da liberdade de imprensa exorbita quando, mesmo propalando-se notícia verídica e de interesse público, extrapola-se o modelo de conduta razoável esperado dos profissionais do jornalismo, a exemplo da reportagem feita para manchar a honra do noticiado, embora calçada em fatos autênticos e de interesse geral da sociedade.

### 3.11 Nova Zelândia

Na concepção da Corte de Apelação da Nova Zelândia em *Hosking & Hosking v. Simon Runting & Anor*, de 25 de março de 2004,<sup>138</sup> os benefícios trazidos à sociedade pela publicização de fatos da vida privada devem suplantar os malefícios à integridade moral do noticiado, e calha à notícia consubstanciar respeitável valor social e ser veiculada de forma ética, sem melindrar a sensibilidade de ser humano razoável de tal forma que se sinta humilhado, atormentado e sobremaneira agredido do ponto de vista moral, máxime em sua dignidade e sentimentos, pela proliferação, na opinião pública, de minudências extremamente íntimas da sua vida privada.

134- ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court of South Africa. *Khumalo and Other v. Holomisa* (Case CCT 53/01). Joanesburgo, 14 June 2002. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za>>. Acesso em: 15 jul. 2005.

135- ÁFRICA DO SUL. Constitution of the Republic of South Africa. Disponível em: <<http://www.gov.za>>. Acesso em: 16 mai. 2004.

136- ISRAEL. Supreme Court. *Ha’aretz Daily Newspaper Ltd. and Others v. The Israel Electric Corporation Ltd. and Another* (CA 723/74).

Jerusalem, February 24, 1977. Disponível em: <<http://62.90.71.124/eng/home/index.html>>. Acesso em: 15 jul. 2005.

137- CANADÁ. Supreme Court. *Gilles E. Néron Communication Marketing Inc. v. Chambre des notaires du Québec*, [2004] 3 S.C.R. 95, 2004 SCC 53 (CanLII). Delivered the judgment of the majority: Justice LeBel. Ottawa, July 29 2004. Disponível em: <<http://www.canlii.org>>. Acesso em: 17 jun. 2005.

138- NOVA ZELÂNDIA. Court of Appeal of New Zealand. *Hosking & Hosking v Simon Runting & Anor*, [2004] NZCA 34. Wellington, 25 March 2004. Disponível em: <<http://www.nzlii.org>>. Acesso em: 17 jul. 2005.

### 3.12 Reino Unido

Em 6 de maio de 2004, no exercício da função jurisdicional de Suprema Corte do Reino Unido, a Câmara dos Lordes, nos autos de *Campbell v. MGN Limited*,<sup>139</sup> avaliou desarrazoada a invasão da esfera privada por tablóide britânico, ao noticiar a luta da renomada modelo Naomi Campbell contra a dependência a álcool e drogas e sua adesão aos Narcóticos Anônimos, fatos inesperados pela opinião pública, pois tal celebridade era conhecida por salientar na mídia que se eximia do consumo de entorpecentes, o que a diferenciava de muitas colegas de profissão.

Na visão da maioria dos lordes magistrados a julgarem o feito, a divulgação do procedimento terapêutico pecava por se assentar em investigação feita à socapa, sem a ciência de Campbell, subsidiada pelo relato pormenorizado de fonte anônima dos Narcóticos Anônimos e de fotografias a atestarem à sociedade o comparecimento da *top model* às reuniões de tal associação.

A cobertura jornalística em comentário seria deletéria não só à vida privada de Campbell, como também à saúde dela, ao lhe infundir o provável receio de, ao frequentar os NA, agravar sua exposição pública, empecilho a tratamento por si só extremamente árduo mesmo para quem não possui notoriedade.

Antes de chegar à Câmara dos Lordes, a causa *Campbell v. Mirror Group Newspapers*<sup>140</sup> havia sido enfrentada pela Corte Superior de Justiça da Inglaterra e do País de Gales em 27 de março de 2002, em julgamento proferido pelo *Justice Morland*, que entendeu desmedida a publicização do tratamento efetuado por Naomi Campbell nos Narcóticos Anônimos, porque até as celebridades internacionais merecem manter longe do conhecimento público dados pessoais sensíveis, a respeito, no caso, da saúde física e mental da famosa modelo.

Na Câmara dos Lordes, Lorde Nicholls of Birkenhead, em *Reynolds v. Times Newspapers Ltd and Others*, de 28 de outubro de 1999,<sup>141</sup> indignou-se contra a liberdade de imprensa usada para macular a reputação do noticiado por intermédio da maliciosa disseminação de opiniões e fatos. Quando redigidas de má-fé, as matérias jornalísticas a descreverem circunstâncias fáticas — recorda Lorde Nicholls — tendem a ser mais daninhas que os textos jornalísticos de mero feito opinativo, adstritos à emissão de juízo de valor. Enquanto estes claramente se apresentam como reflexos do pensamento do autor, aqueles se revestem de maior credibilidade e peso aos olhos do leitor, por arrogarem para si a incumbência de constatar a realidade dos fatos.

Segundo Lorde Nicholls, o magistrado a perscrutar o caráter insultuoso de matéria jornalística que reverbera juízo de constatação (centrada, portanto, em noticiar fatos e não em enunciar opiniões) deve se orientar por estes parâmetros:

(1) A magnitude das alegações inverídicas. Quanto mais graves, maior o dano;

139- REINO UNIDO. House of Commons. Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause Campbell (Appellant) v. MGN Limited (Respondents). London, 6 May 2004. Disponível em: <<http://www.worldlii.org>>. Acesso em: 10 jul. 2005.

140- INGLATERRA E PAÍS DE GALES. England and Wales High Court of Justice (Queen's Bench Division). Campbell v Mirror Group Newspapers, [2002] EWHC 499 (QB). Delivered the opinion of the Court: Mr. Justice Morland. London, 27th March, 2002. Disponível em: <<http://www.bailii.org>>. Acesso em: 17 jul. 2005.

141- REINO UNIDO. House of Commons. Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause Reynolds (Respondent) v. Times Newspapers Limited and Others (Appellants). London, 28th October, 1999. Disponível em: <<http://www.worldlii.org>>. Acesso em: 10 jul. 2005.

- (2) A natureza da informação e a existência ou não de interesse público a respaldar sua divulgação;
- (3) A credibilidade e o grau de conhecimento da fonte jornalística;
- (4) As medidas tomadas para atestar a veracidade da informação;
- (5) Se a informação já fora objeto de investigação posterior;
- (6) Se se tratava de notícia a justificar urgente difusão, se tinha importância efêmera ou perene perante a opinião pública;
- (7) Se o noticiado foi consultado pelo jornalista e se aquele possuía informação exclusiva (ou seja, a qual outras fontes não tinham) e se evitou declinar determinada informação;
- (8) Se a matéria jornalística expôs a versão do noticiado acerca dos fatos noticiados;
- (9) O “tom” da reportagem. Pode lançar dúvidas, pedir investigações ulteriores, mas não deve exprimir opiniões como se fossem relatos fáticos;
- (10) O momento em que a matéria foi elaborada.

### 3.13 União Européia

A Corte Européia de Direitos Humanos concebeu balizas austeras no tocante ao exercício da liberdade de imprensa ante episódios da esfera privada, sedimentadas em *Von Hannover v. Germany*, de 24 de junho de 2004.<sup>142</sup>

Para o Tribunal de Estrasburgo, é lícita a difusão de fotografias e textos jornalísticos a transparecerem cenas da vida privada somente se contemplar interesse geral legítimo e não a mera curiosidade coletiva de esquadrihar a rotina privada de figuras públicas.

Averigua-se não apenas se há aspiração popular em conhecer elementos da esfera privada do noticiado, mas também se assiste direito ao corpo social de fazer prevalecer o anseio de desvelar a privacidade alheia em detrimento de o desejo do indivíduo preservar seu mundo particular do escrutínio público.

Em *Craxi (nº 2) v. Italy*, de 17 de julho de 2003,<sup>143</sup> elucidou a Corte Européia de Direitos Humanos: ao reportar processo criminal de extrema relevância para a opinião pública (a exemplo de feito alusivo a infrações penais praticadas às expensas do erário por agentes da Alta Administração Pública), cumpre à mídia relatar à sociedade o estritamente conexo aos supostos delitos, evitando-se tornar públicas informações pouco significativas, irrelevantes ou fúteis aos olhos do interesse público, veiculadas às custas da vida privada do acusado, quando imbuída a imprensa do propósito de inteirar a população acerca das idiossincrasias mais sobressalentes, passíveis de maior repercussão e audiência, extraídas da esfera privada dos réus que fazem notícia por exercerem ou terem exercido papel público notório.

## 4. CONCLUSÃO

Nas páginas precedentes, este artigo planteou visão panorâmica do Direito brasileiro e da jurisprudência do Direito Comparado, familiarizando o jurista pátrio com as tendências

142- UNIÃO EUROPÉIA. European Court of Human Rights. Von Hannover v. Germany (Application nº 59320/00). Strasbourg, 24 June 2004. Disponível em: <hudoc.echr.coe.int>. Acesso em: 13 jul. 2004.

143- UNIÃO EUROPÉIA. European Court of Human Rights. Craxi (nº 2) v. Italy (Application nº 25337/94). Strasbourg, 17 July 2003. Disponível em: <hudoc.echr.coe.int>. Acesso em: 17 jul. 2005.

jurídicas contemporâneas destinadas a identificar as balizas à liberdade de informação jornalística que dimanam da proteção dos direitos da personalidade do ser humano, em especial dos direitos à honra, à imagem e à vida privada, a velarem pela integridade acima de tudo psíquica e moral do indivíduo noticiado.

Defluem das correntes doutrinárias e principalmente jurisprudenciais examinadas a nítida preocupação de formular — cada qual à sua maneira — o melhor método para congregar, na justa medida, tais valores em tensão dialética, desafio constante do regime democrático, fruto de aspirações universais e perenes.

De todos os tinos atrás mencionados, merece especial atenção do jornalista entendimento do Supremo Tribunal de Justiça português, veiculado no acórdão de 5 de dezembro de 2002 (processo nº 02B3553), da relatoria do Juiz Conselheiro Araújo de Barros,<sup>144</sup> segundo o qual deve-se proporcionar à notícia (1) relevância social (respaldo do interesse público à sua divulgação); (2) veiculação moderada (da forma adequada e menos ofensiva ao noticiado); (3) veracidade (correspondência, em essência, aos fatos ocorridos, ou, excepcionalmente, sua escassez de verossimilhança deve ser compensada pela séria convicção do jornalista de que a informação era verdadeira).

O posicionamento da Suprema Corte portuguesa enfeixa o mínimo ético que a sociedade democrática espera do jornalismo e dos meios de comunicação social. Constitui o melhor parâmetro para os jornalistas pautarem sua atividade, porquanto consiste no receituário mais apropriado para a autoprevenção contra ações de indenização por danos morais e censura judicial *a posteriori*.

### 5. Abstract:

*This article analyzes the limits of freedom of journalistic information in face of personality rights, created by Brazilian Law (doctrine and case-law) and 13 foreign case laws (from the continental system, the common law system or mixed legal orders).*

**Key words:** *Freedom of journalistic information. Personality rights. Comparative Law.*

### 6. REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court of South Africa. *Khumalo and Other v. Holomisa* (Case CCT 53/01). Joanesburgo, 14 June 2002. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za>>. Acesso em: 15 jul. 2005.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof. BGH VI ZR 373/02. Karlsruhe, 9 Dezember 2003. **Disponível em:** <[http://www.ucl.ac.uk/laws/global\\_law](http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law)>. Acesso em: 10 jul. 2005.

ALEMANHA. Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949. Brasília, DF: Embaixada da República Federal da Alemanha, mai. 1999. Disponível em: <<http://www.alemanha.org.br>>. Acesso em: 15 mai. 2004.

144- PORTUGUAL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso de Revista (processo nº 02B3553). Relator: Juiz Conselheiro Araújo de Barros. Lisboa, 5 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 9 jul. 2005.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

ARGENTINA. Código Civil de la República Argentina. Disponível em: <<http://www.redetel.gov.ar>>. Acesso em: 25 jun. 2005.

BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001*. São Paulo: RT, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANADÁ. Supreme Court. *Gilles E. Néron Communication Marketing Inc. v. Chambre des notaires du Québec*, [2004] 3 S.C.R. 95, 2004 SCC 53 (CanLII). Delivered the judgment of the majority: Justice LeBel. Ottawa, July 29 2004. Disponível em: <<http://www.canlii.org>>. Acesso em: 17 jun. 2005.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (Quinta Turma Cível). Apelação Cível nº 2002.01.1.045706-4. Relator: Desembargador Roberval Casemiro Belinati. Brasília, 10 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.tjdf.gov.br>>. Acesso em: 18 jul. 2005.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (Primeira Turma Cível). Apelação Cível nº 1999.01.1.047761-7. Relator: Desembargador Sérgio Rocha. Brasília, 3 de novembro de 2003. Disponível em: <<http://www.tjdf.gov.br>>. Acesso em: 18 jul. 2005.

ESPANHA. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). STC 21/2000, de 31 de enero de 2000 (Recurso de Amparo nº 3725/96). Madrid, 4 de febrero de 2000. Magistrado-ponente: Don Carles Viver Pi-Sunyer. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em: 11 jul. 2005.

*ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA U. S. Supreme Court*. Curtis Publishing Co. v. Butts, 388 U.S. 130. Washington D.C., June 12, 1967. Delivered the opinion of the Court: Mr. Justice Harlan. Disponível em: <<http://familyrightsassociation.com>>. Acesso em: 14 jul. 2005.

FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. *Direito à vida privada e à intimidade do portador do HIV: aspectos constitucionais*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

FERREIRA, Ivete Senise. A intimidade e o direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 96-106, jan.-mar. 1994.

FERREIRA, Manuel Alceu Affonso. Informação e intimidade: essas velhas inimigas. *Revista de Julgados do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 51, p. 13-20, mai.-jun. 2001.

FOLMANN, Melisa. *Sigilo bancário e fiscal à luz da LC 105/2001 e Decreto 3.724/2001: doutrina, legislação e jurisprudência*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

FRANÇA. Court de Cassation. *Chaplin v. Presse Office* (Civ. 2e, Bull. Civ., 1975 II, nº 294, p. 236, JCP 1976. IV. 9). Paris, 15 novembre 1975. Disponível em: <[http://www.ucl.ac.uk/laws/global\\_law](http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law)>. Acesso em: 16 jul. 2005.



- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Aliberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.
- INGLATERRA E PAÍS DE GALES. England and Wales High Court of Justice (Queen's Bench Division). *Campbell v Mirror Group Newspapers*, [2002] EWHC 499 (QB). Delivered the opinion of the Court: Mr. Justice Morland. London, 27th March, 2002. Disponível em: <<http://www.bailii.org>>. Acesso em: 17 jul. 2005.
- INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. 1 CD-ROM.
- ISRAEL. Supreme Court. Ha'aretz *Daily Newspaper Ltd. and Others v. The Israel Electric Corporation Ltd. and Another* (CA 723/74). Jeruaslem, February 24, 1977. Disponível em: <<http://62.90.71.124/eng/home/index.html>>. Acesso em: 15 jul. 2005.
- JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: RT, 2000.
- NOVA ZELÂNDIA. Court of Appeal of New Zealand. *Hosking & Hosking v Simon Runtig & Anor*, [2004] NZCA 34. Wellington, 25 March 2004. Disponível em: <<http://www.nzlii.org>>. Acesso em: 17 jul. 2005.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 11 jul. 2005.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Disponível em: <<http://www.ilanud.org.br/doc16.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2004.
- PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Sétima Câmara Cível). Agravo de Instrumento nº 127.924-1. Relatora: Desembargadora Denise Martins Arruda. Curitiba, 21 de outubro de 2002. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br>>. Acesso em: 18 jul. 2005.
- PENTEADO, Jaques de Camargo. O sigilo bancário e as provas ilícitas: breves notas. In: \_\_\_\_\_. *Justiça Penal — 4: críticas e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual*. São Paulo: RT, 1997. p. 71-106.
- PORTUGAL. Código Civil (1966). Disponível em: <<http://www.rathenau.com/ccivil.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2005.
- PORTUGUAL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso de Revista (processo nº 02B3553). Relator: Juiz Conselheiro Araújo de Barros. Lisboa, 5 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 9 jul. 2005.
- REINO UNIDO. House of Commons. Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause *Campbell* (Appellant) *v. MGN Limited* (Respondents). London, 6 May 2004. Disponível em: <<http://www.worldlii.org>>. Acesso em: 10 jul. 2005.
- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Sexta Câmara Cível). Apelação Cível nº 2004.001.05871. Relator: Desembargador Roberto de Abreu e Silva. Rio de Janeiro, 27 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 18 jul. 2005.

\_\_\_\_\_. (Segunda Câmara Cível). Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 760/96. Relator: Desembargador Sergio Cavalieri Filho. Rio de Janeiro, 4 de junho de 1996. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 18 jul. 2005.

\_\_\_\_\_. (Décima Câmara Cível). Apelação Cível nº 2004.001.31.517. Relator: Desembargador Cláudio de Mello Tavares. Rio de Janeiro, 23 de fevereiro de 2005. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 18 jul. 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Nona Câmara Cível). Apelação Cível nº 70004905667. Relatora: Desembargadora Rejane Maria Dias de Castro Bins. Porto Alegre, 20 de novembro de 2002. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 18 jul. 2005.

ROQUE, Maria José Oliveira Lima. *Sigilo bancário & direito à intimidade*. Curitiba: Juruá, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Décima Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 080.108.4/3. Relator: Desembargador Marcondes Machado. São Paulo, 25 de maio de 1999. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 19 jul. 2005.

\_\_\_\_\_. (Primeira Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 80.346-4/9. Relator: Desembargador Guimarães e Souza. São Paulo, 31 de agosto de 1999. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 19 jul. 2005.

\_\_\_\_\_. Apelação Cível nº 118.169.4/2-01. Relator: Desembargador Guimarães e Souza. São Paulo, 2 de abril de 2002. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 19 jul. 2005.

\_\_\_\_\_. Apelação Cível nº 94.629-4/8. Relator: Desembargador Guimarães e Souza. São Paulo, 25 de abril de 2000. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 19 jul. 2005.

\_\_\_\_\_. (Segunda Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 92.669-4/5. Relator: Desembargador Guimarães e Souza. São Paulo, 22 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 19 jul. 2005.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Décima Câmara de Direito Privado). Embargos Infringentes nº 133.008-4/9-01. Relator designado: Desembargador Ruy Camilo. São Paulo, 9 de março de 2004.

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993.

TAVARES, Juarez. A violação ao sigilo bancário em face da proteção da vida privada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 1, p. 105-111, jan.-mar. 1993.

UNIÃO EUROPÉIA. European Court of Human Rights. *Craxi (nº 2) v. Italy* (Application nº 25337/94). Strasbourg, 17 July 2003. Disponível em: <[hudoc.echr.coe.int](http://hudoc.echr.coe.int)>. Acesso em: 17 jul. 2005.

VENEZUELA. Código Civil (1982). Disponível em: <<http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/venezuel/ve20a.HTM>>. Acesso em: 25 jul. 2005.

VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. *Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.



# A MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA HOTELEIRA E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Roberto Paulino de Albuquerque Júnior<sup>1</sup>

## RESUMO:

O presente trabalho tem por objeto a temática da lei aplicável, de acordo com as regras de direito internacional privado, à multipropriedade imobiliária hoteleira. Foca a dificuldade de identificar o elemento de conexão incidente, uma vez que a multipropriedade imobiliária é uma relação jurídica complexa e híbrida, real, porém integrada por razoável margem de autonomia negocial, sendo certo que sua vertente hoteleira, aqui considerada em sua utilização internacional, guarda inequívoco potencial para suscitar conflitos de lei. Concluiu-se, ao fim, que a extrema influência da contratualidade em tal relação exige uma solução *sui generis*, reclamando a definição da lei de regência mediante critérios tradicionalmente postos na seara obrigacional, como a autonomia da vontade e o local de celebração do contrato.

**PALAVRAS-CHAVE:** Multipropriedade imobiliária hoteleira. Lei aplicável. Direito internacional privado.

## SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Breves considerações sobre a multipropriedade imobiliária hoteleira: uma relação jurídica híbrida, real e contratual – 3. Direito internacional privado e direitos reais – 4. Direito internacional privado e relações contratuais – 5. Reflexões sobre a lei aplicável à multipropriedade imobiliária no contexto internacional – 6. Considerações finais – 7. *Abstract* – 8. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Um dos temas mais palpitantes e plenos de controvérsias em matéria de direito privado na atualidade diz respeito à flexibilização do princípio da tipicidade dos direitos reais.

A clássica construção doutrinária segundo a qual os direitos reais seriam previstos em *numerus clausus* pela lei, sem espaços para a liberdade das partes envolvidas, que já foi reputada por Pontes de Miranda como o cerne da distinção entre o direito das coisas e o direito das obrigações,<sup>2</sup> cada vez mais cede espaço à autonomia da vontade no campo das relações reais.

Estas não mais podem seguir um regime estritamente baseado em “figuras de tipo fixo”, como proclamava Beviláqua,<sup>3</sup> nem se admite mais, ao menos não de forma peremptória, a impossibilidade de o proprietário constituir ônus e direitos reais que não se achem estabelecidos pelas leis, como ensinava o conselheiro Lafayette.<sup>4</sup>

1- Mestrando em direito privado pela Universidade Federal de Pernambuco – Faculdade de Direito do Recife.

2- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. Campinas: Bookseller, t. XI, 2001, p. 90.

3- BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. Brasília: Senado Federal, vol. I, 2003, p. 306.

4- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das coisas. 6a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 22.

As razões de se ter operado tal significativa mudança no seio da teoria do direito privado radicam, por certo, nas imperiosas necessidades econômico-sociais de aproveitamento cada vez mais racional e produtivo dos bens.

Com efeito, não se vendo atendidos os indivíduos pelos modelos jurídicos tradicionais, passaram a criar situações novas, cuja disciplina o direito teve de, *a posteriori*, incorporar e disciplinar, juridicizando o fato social em pulsação.<sup>5</sup>

Essa regulamentação é salutar, demonstrando que o direito privado pode e deve se abrir às necessidades concretas dos particulares e oferecer regramento concreto a novas influências econômicas, recusando-se a deixar à sua margem, desprovida de tutela jurídica, toda uma plêiade de relações de acentuada importância. E não parece haver argumentos suficientemente bons para excluir a autonomia da vontade do campo dos direitos reais.<sup>6</sup>

Neste ensejo, vem assumindo crescente relevância o instituto da multipropriedade imobiliária,<sup>7</sup> que, a grosso modo, poderia ser descrito como a atribuição da propriedade de um imóvel a um indivíduo, para uso exclusivo, apenas durante um determinado período do ano.<sup>8</sup>

Esta estrutura básica da multipropriedade, como veremos com mais detalhe adiante, contempla inúmeras combinações. Uma delas é a multipropriedade hoteleira, que permite o intercâmbio da unidade objeto da multipropriedade entre os diversos estabelecimentos de uma rede de hotéis, ou seja, o titular do direito real pode escolher exercê-lo, na época do ano acordada, em uma das diversas localidades postas à sua disposição.

Surge, então, um problema de destacado interesse para o direito internacional privado, qual seja, o de determinar qual a lei aplicável à multipropriedade imobiliária hoteleira no âmbito internacional, que se demonstra tema um tanto sutil, dada a combinação de características contratuais e reais que tal relação jurídica complexa encerra.

O presente trabalho se propõe, assim, a analisar a questão posta, iniciando por tecer algumas considerações sobre multipropriedade em si, passando à análise da lei aplicável aos direitos reais e aos contratos internacionais e, por fim, efetuando um exame direto do regime próprio, no direito internacional privado, do referido instituto.

Pretende-se, desta forma, realizar um estudo inicial sobre a matéria, lançando os questionamentos pertinentes e propondo algumas reflexões, sem intenção de exaurir o tema, que decerto comporta um tratamento mais amplo, que refoge à natureza e aos limites deste texto.

5- Neste sentido, LIRA, Ricardo Pereira, em prefácio à obra de LEAL, Rogério Gesta. A função social da propriedade e da cidade no Brasil: Aspectos jurídicos e políticos. Porto alegre: Edunisc, 1998.

6- GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. Direitos reais e autonomia da vontade: O Princípio da Tipicidade dos Direitos Reais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 62.

7- Também chamada de "time sharing" ou "time share".

8- Veja-se o mais bem-acabado conceito de Dario da Silva Oliveira Júnior e Victor Emanuel Christofari, para os quais a multipropriedade é "uma relação jurídica de aproveitamento econômico de uma coisa móvel ou imóvel, coisa essa repartida em unidades fixas de tempo, de modo a permitir que diversos titulares possam utilizar-se daquela coisa com exclusividade, cada um a seu turno, de modo perpétuo ou não" (OLIVEIRA JÚNIOR, Dario da Silva; CHRISTOFARI, Victor Emanuel. Multipropriedade e timesharing: aspectos cíveis e tributários. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 1).

## 2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA:<sup>9</sup> UMARELAÇÃO JURÍDICA HÍBRIDA, REAL E CONTRATUAL

A multipropriedade imobiliária surge, como já visto, em meio a uma nova concepção de direito real, flexível e dissociada das amarras legais mais pronunciadas que outrora tiveram vigência no direito das coisas. Constitui um direito real atípico de estrutura complexa, identificado com a moderna concepção de que a propriedade perdeu a característica de instituição jurídica única, uniforme em seu conteúdo.<sup>10</sup>

Podemos tomar de empréstimo um conceito mais trabalhado do instituto a Gustavo Tepedino,<sup>11</sup> que assim o definiu:

Com o termo multipropriedade designa-se, genericamente, a relação jurídica de aproveitamento econômico de uma coisa móvel ou imóvel, repartida em unidades fixas de tempo, de modo que diversos titulares possam, cada qual a seu turno, utilizar-se da coisa com exclusividade e de maneira perpétua. (...) Através da multipropriedade imobiliária, diversos proprietários repartem o aproveitamento econômico de certo imóvel em turnos intercorrentes, geralmente semanas anuais, destinando-os discriminadamente a cada um dos titulares, com exclusividade e em caráter perpétuo, de tal sorte que a cada multiproprietário corresponda o direito de aproveitamento econômico de uma fração espaço-temporal, incidente sobre determinada unidade imobiliária em período certo do ano, sem o concurso dos demais.

Como se vê, trata-se, de fato, de uma relação jurídica real complexa, porque envolve diversas situações jurídicas em feixe, com os respectivos direitos subjetivos, pretensões, ações e exceções de mais de um indivíduo em face da coisa e dos demais indivíduos, sempre ocupando cada qual uma posição diversa e sujeita às alterações periódicas que integram o seu funcionamento natural.

Além disso, a relação em tela é indiscutivelmente atípica, porquanto não se subsume à estrutura tradicional da propriedade,<sup>12</sup> nem tampouco à do condomínio, figura real à qual por vezes tem sido a multipropriedade equiparada, como se meramente fosse uma sua subespécie, a nosso ver, equivocadamente.<sup>13</sup>

Neste particular, filiamo-nos à teoria introduzida, no Brasil, por Gustavo Tepedino, segundo a qual a multipropriedade seria uma figura real própria, dada a sua característica de traduzir uma pluralidade de relações proprietárias sobre a mesma base imóvel material,

9- A estrutura jurídica da multipropriedade pode ser aplicada a bens móveis, o que pode vir a ser particularmente interessante no que toca aos de maior valor, como navios. Para efeito de restrição didática, evitando o excessivo alargamento do objeto em tela, trataremos, no presente trabalho, apenas da multipropriedade sobre imóveis.

10- LIRA, Ricardo Pereira. Disciplina do Uso do Solo Urbano. A Propriedade Urbanística. In Elementos de direito urbanístico. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 160. Sobre as tendências atuais da propriedade, é salutar a consulta a GAMBARO, Antonio. La proprietà. Milano: Giuffrè, 1990, p. 135 e segs.; RODOTÀ, Stefano. Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata. 2 ed. Bologna: Il Mulino, 1990, p. 273 e segs.; BARCELONA, Pietro. Diritto privato e società moderna. Napoli: Jovene, 1996, p. 280 e segs.

11- TEPEDINO, Gustavo. Multipropriedade imobiliária. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 1 e 3. Ainda sobre o conceito de multipropriedade imobiliária, podem ser consultados OLIVEIRA JÚNIOR, Dario da Silva; CHRISTOFARI, Victor Emanuel. Op. e loc. cit., bem como TASSONI, Giorgia. Multiproprietà. Rivista di diritto civile. Padova: CEDAM, ano XXXI, nº 4, 1988, p. 478 e segs.

12- Ao menos não na forma tradicional de propriedade que conhecemos, forjada no direito pós-clássico romano. Ver, a respeito das origens e do desenvolvimento romanístico da proprietates, que originou o conceito consolidado no direito liberal, KASER, Max. Direito privado romano. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992, trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, p. 137-141.

13- Neste sentido, o trabalho de CUANO, Rodrigo Pereira. Condomínio. Universo jurídico. Disponível em: <http://www.universojuridico.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=872>. Consultado em: 01.set.2005.

individualizadas através do elemento temporal, figura esta disciplinada analogicamente pelas regras que tratam da chamada propriedade horizontal ou condomínio edilício.<sup>14</sup>

Existe, assim, um direito real específico de multipropriedade, que nasce da regulamentação convencional do uso compartilhado de um imóvel, durante um período específico do ano, por cada um dos multiproprietários, que em sua fração temporal exerce sobre a coisa domínio pleno e exclusivo.<sup>15</sup> Essa regulamentação convencional é feita com apoio na autonomia da vontade dos multiproprietários, que assume intensa importância na determinação do conteúdo do direito sobre a coisa,<sup>16</sup> tornando a multipropriedade uma relação de natureza híbrida, real e contratual.

Esse, em linhas gerais, o arcabouço básico do direito de multipropriedade. Pretendemos trabalhar, porém, com a chamada multipropriedade hoteleira, dada a sua maior repercussão em matéria de direito internacional privado, e portanto cumpre explicitar seus contornos mais imediatos.

Multipropriedade hoteleira é a conjugação do sistema multiproprietário com serviços de hotelaria desenvolvidos por empresa do ramo.<sup>17</sup>

Funciona, basicamente, mediante a aquisição, em regime de multipropriedade,<sup>18</sup> de uma unidade imobiliária autônoma integrada a uma rede de hotéis, permitindo aos multiproprietários usufruírem não apenas do imóvel, mas de todos os serviços próprios da hospedagem no hotel. Esta modalidade se torna ainda mais interessante quando ligada a uma opção de escolha do local onde o direito será exercido, podendo o multiproprietário passar seu período dominical quer no local de aquisição originária, quer em outro pertencente à mesma rede.<sup>19</sup>

Deste modo, um indivíduo adquire, digamos, a multipropriedade sobre um apartamento em um hotel no Rio de Janeiro, para ser usufruída no período da primeira semana de dezembro, durante cinquenta anos.

Pode ser agregada ao contrato uma opção de permuta por qualquer outro apartamento similar onde a rede hoteleira tenha estabelecimento, condicionando-se apenas à disponibilidade na referida primeira semana de dezembro e à prévia comunicação (reserva) por parte do multiproprietário. Este poderá, então, exercer seu direito em hotel no Caribe ou nas Ilhas Gregas, por exemplo, havendo uma inequívoca repercussão internacional da questão,

14- TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 106-110. Por certo abraçar uma tal concepção do instituto importa, necessariamente, em compreender a mudança operada no seio do direito das coisas contemporâneo, com a sua abertura para a autonomia da vontade, mencionada supra. Não se trata da adoção de um regime de numerus apertus para os direitos reais, mas sim de uma maior flexibilidade na tipicidade real, permitindo o ordenamento a modelagem convencional dos tipos nas situações reais concretas, subordinando-se esta modelagem a critérios de legitimidade extraídos sobretudo da Constituição Federal, que afastam a pura atipicidade (GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. Op. cit., p. 135 e 151-152).

15- A multipropriedade teve origem, como afirmado pela generalidade dos autores, na Europa, como forma de viabilizar, com menores custos, a aquisição de um segundo imóvel para lazer. Sobre sua utilização turística, ver OLIVEIRA JR., Dario da Silva; CHRISTOFARI, Victor Emanuel. Op. cit., p. 11.

16- A respeito, cf. MORELLO, Ugo. Multiproprietá e autonomia privada. Milano: Giuffrè, 1984, p. 71 e segs.

17- TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 18.

18- Tepedino (op. e loc. cit.) lembra que é possível constitui-la sob forma societária, na qual a propriedade do imóvel seria de uma sociedade empresária, e as relações entre os "multiproprietários" e a sociedade seriam meramente obrigacionais. Este arranjo pode presidir, inclusive, outras situações similares à multipropriedade, mas, a rigor, não se confundiria com a mesma, dada a ausência de natureza real. Sobre esta multipropriedade dita "social", consulte-se NATUCCI, Alessandro. La tipicità dei diritti reali. 2 ed. Padova: Cedam, 1988, p. 259-262.

19- TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 19. O mesmo autor informa que a multipropriedade hoteleira tem sido utilizada no Brasil, inclusive relatando, no mesmo trabalho citado, o exame de escrituras públicas de multipropriedade em serventias cartorárias no Rio de Janeiro (op. cit., p. 46).

dada a necessidade de se estabelecer qual a lei aplicável a um eventual conflito surgido durante o gozo do direito (ou durante eventual óbice à sua fruição).

Tem-se em mãos, portanto, um direito que pode ser exercido simultaneamente sobre imóveis situados em diversos países, à escolha de seu titular, mas que não pode ser considerando simplesmente real, dada a vasta influência do elemento negocial na determinação de seu conteúdo.

Naturalmente, a discussão acerca da multipropriedade, em sua vertente tradicional ou hoteleira, suscita uma questão imediata e que não pode ser olvidada, referente à sua utilização prática. Trata-se o direito sob análise de uma proposição meramente teórica, ou já vem de ser utilizado entre nós, registrando um histórico de manejo prático que possa ser consultado?

A primeira fonte de indicação concreta de empreendimento multiproprietário é o trabalho de Gustavo Tepedino, no qual este autor consultou e analisa dois contratos de constituição de multipropriedade arquivados no Tabelionato de Notas do 18º Ofício do Rio de Janeiro.<sup>20</sup>

Entretanto, considerando que a referida tese foi publicada há mais de uma década, é válido atualizar a análise prática, e verifica-se que os tribunais brasileiros têm registrado diversos casos envolvendo o instituto, como se vê de acórdãos do TJRJ,<sup>21</sup> TJPR<sup>22</sup> e, em maior número, TJRS.<sup>23</sup>

Saliente-se que o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul tem, inclusive, precedente jurisprudencial envolvendo especificamente multipropriedade hoteleira internacional.<sup>24</sup>

Fora do Brasil, é ainda mais comum a utilização do instituto, como se pode ver da livre circulação de modelos multiproprietários, feita inclusive através da internet.<sup>25</sup>

20- TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 43-49.

21- "INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. CONDICAÇÃO POTESTATIVA PURA. OBRIGAÇÃO ALTERNATIVA. RESCISÃO DE CONTRATO. RESTITUIÇÃO DO PREÇO. Contrato de promessa unilateral de multipropriedade. Condicao potestativa pura, sujeitando a aceitação ao arbítrio de uma das partes. Obrigação alternativa imposta maliciosamente em cláusula contratual, sem cumprimento, embora reiteradamente notificada a empresa. Rompimento contratual, com devolução das quantias pagas. Recurso improvido." (TJRJ, 4a CC, AC nº 1996.001.03315, rel. Des. Semy Glanz, julg. 30/10/1996)

22- "Civil. Contrato de compra e venda pelo sistema denominado multipropriedade. Nulidade, em face da inserção de cláusula potestativa e lesiva ao princípio da boa-fé contratual. Devolução das quantias pagas pela compradora, inclusive do valor relativo à comissão de corretagem." (TJPR, 1a CC, proc. nº 078369700, rel. Des. Ulysses Lopes, julg. 31/08/1999)

23- "Apelação cível. Rescisão de contrato com devolução de parcelas por ser ilegal o objeto do mesmo, por se tratar de usufruto vitalício e por ser o objeto de entrega impossível, face à contratação de dias maiores que o existente em um ano. Afastadas as ilegalidades, pois apesar do 'nomen juris' estar equivocado, trata-se de contrato de multipropriedade, comumente chamado de 'time sharing'. Apelo negado." (TJRS, 19a CC, AC nº 70002204675, rel. Des. Luís Augusto Coelho Braga, julg. 19/08/2003). Outros precedentes do TJRS sobre a matéria: 9a CC, AC nº 70012528519, rel. Des. Iris Helena Medeiros Nogueira, julg. 05/10/2005; 20a CC, AG. Nº 70012921862, rel. Des. Carlos Cini Marchionatti, julg. 21/09/2005; 3a Turma Recursal Cível, rec. 71000533653, rel. Des. Maria de Lourdes Galvão Braccini de Gonzalez, julg. 13/07/04; 1a CEC, AC nº 70000213918, rel. Des. Angela Maria Silveira, julg. em 21/12/2000; 9a CC, AC nº 598467413, rel. Des. Rejane Maria Dias de Castro Bins, julg. 07/04/1999; 20a CC, AC nº 598446631, rel. Des. Arminio José Abreu Lima da Rosa, julg. 22/12/1998, entre outros.

24- "Multipropriedade. Contrato internacional. Contratação no Brasil. Empreendimento localizado no Uruguai. Língua estrangeira. Promitente vendedor. Intermediação. Teoria da aparência. Empresas integrantes do mesmo grupo econômico. Art-46 do CDC. 1. É parte legítima na ação de resolução do contrato de promessa de compra e venda de ações relativa ao uso de imóvel pelo sistema de multipropriedade hoteleira empresa que, no Brasil, promove, juntamente com outra integrante do mesmo grupo econômico, a informação, publicidade e oferta do empreendimento a ser construído no exterior como se fosse o titular. 2. Por violar o princípio da transparência que impera na relação de consumo, o contrato firmado em língua estrangeira não obriga o consumidor por não ter tomado prévia ciência do seu conteúdo. Apelação desprovida." (TARS, 9a CC, AC nº 197267263, rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, julg. 14/04/1998)

25- Consulte-se, por exemplo, o interessante sítio seguinte, que intermedia venda e compra ou locação de unidades imobiliárias em regime de multipropriedade na Itália e na Espanha: <http://www.affittovendo.net/multiproperty.htm> (consultado em 23/03/06).

Percebe-se, pois, que a multipropriedade encerra uma relação jurídica real de formulação ainda recente, de promissoras possibilidades, mas também de um já razoável uso entre nós, o que torna ainda mais importante a análise dos problemas que envolvem.

Daí o interesse, manifesto, sem dúvida, de se perquirir a respeito da lei a ela aplicável, em sua vertente hoteleira, no plano internacional, sendo útil repassar, antes, os termos básicos da aplicação da lei aos direitos reais e aos contratos no direito internacional privado, o que se irá fazer logo em seguida.

### 3. DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E DIREITOS REAIS

Irineu Strenger lembra que o princípio da *lex rei sitae* é de tradicional aplicação aos bens imóveis, tendo sido levado, no desenvolvimento do direito internacional privado, a um extremo rigor por obra de Joseph Story.<sup>26</sup>

Se certos rigorismos exacerbados pertencentes a tal época hoje podem se considerar em declínio,<sup>27</sup> decerto não há qualquer exagero em afirmar que o princípio segue em pleno vigor, sendo a regra geral na maioria dos sistemas jurídicos.

Com efeito, proclama de forma incisiva Pontes de Miranda que “todo o direito das coisas é dominado pela *lex rei sitae*” e que os problemas que daí exsurgem “são mais aparentes que reais”.<sup>28</sup>

Donde parece bastante lógico proclamar-se, no seio da doutrina estrangeira, que “sembra ragionevole ritenere che il rinvio sia destinato a giocare in pratica un ruolo assai limitato”.<sup>29</sup>

Essa prevalência da lei de onde o imóvel está situado é justificada com base em duas considerações.

A primeira assenta-se em que a soberania nacional pode afastar todos os efeitos da lei estrangeira, sendo que um direito real sem que a lei territorial o reconheça é inconcebível; por outro lado, de acordo com a segunda, admitir a aplicação de outra lei levaria a um indiscutível círculo vicioso, mesmo admitindo-se, transitoriamente, a aplicação do estatuto pessoal do possuidor.<sup>30</sup>

Evita-se, desta sorte, recorrer a idéias julgadas antiquadas, como as de que os imóveis consistiriam porções do território nacional, cuja proteção seria imperioso assegurar mediante incidência da lei local.<sup>31</sup>

Da adoção, para determinar a lei aplicável aos bens, da *lex rei sitae*, se extraem algumas conclusões de válida enumeração:<sup>32</sup> (a) rege-se pela referida regra a constituição e transmissão de direitos reais, inclusive os limitados; (b) a mesma lei disciplina o usucapião; (c) a distinção entre coisa móvel e imóvel é posta pela *lex rei sitae*; (d) a lei da localização do

26- STRENGER, Irineu. Direito internacional privado. 3 ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 635.

27- Diz Strenger (op. e loc.cit.) que D'Argentré, arrimado em Story, julgava serem regidos pela *lex rei sitae* a capacidade das partes, a forma e o fundo dos contratos e os direitos por eles transmitidos.

28- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito internacional privado. Rio de Janeiro: José Olympio, t. I, 1935, p.485.

29- MOSCONI, Franco. Diritto internazionale privato e processuale: Parte Speciale. Torino: Utet, 1997, p. 117.

30- BEVILÁQUA, Clóvis. Princípios elementares de direito internacional privado. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944, p. 230.

31- BEVILÁQUA, Clóvis. Op. cit., p. 231.

32- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito internacional privado, cit., p. 487 a 491.



imóvel determina o tratamento da posse; (e) a *lex rei sitae* determina se um direito é real ou não; (f) a capacidade para alienar e adquirir direitos reais é firmada, todavia, pela lei pessoal.

Percebe-se, dessarte, que goza a matéria de certa estabilidade, não trazendo tantas digressões ou discussões doutrinárias. Ver-se-á panorama bem diverso no tópico seguinte, no qual analisaremos, sucintamente, como prometido, a disciplina das relações contratuais no direito internacional privado.

#### 4. DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E RELAÇÕES CONTRATUAIS

Diz Irineu Strenger que a lei aplicável aos contratos constitui uma matéria das mais polêmicas de todo o direito internacional privado.<sup>33</sup> Tal se dá, principalmente, pela diversidade de posições a respeito do papel da autonomia da vontade na definição da legislação aplicável, bem como pela existência de mais de uma regra de conexão utilizável na ausência da opção das partes, quando a autonomia da vontade é respeitada.

Na França, disposição expressa acomete à vontade das partes a possibilidade de estabelecer qual a lei aplicável aos contratos que celebram.<sup>34</sup>

No Brasil, temos situação bem mais complicada, uma vez que o antigo artigo 13 da Lei de Introdução ao Código Civil, que ao consignar “salvo estipulação em contrário” por muitos era interpretado como sendo favorável à autonomia da vontade, foi substituído por um art. 9º da nova Lei de Introdução de 1942 com redação mais restritiva.<sup>35</sup>

O dispositivo em questão vem sendo interpretado por muitos como sendo consagrador da vedação da determinação da lei de regência pela vontade das partes,<sup>36</sup> acolhendo-se, apenas, o princípio *locus regit actum*.

Aliás, vale lembrar que os oponentes da autonomia da vontade na seara do conflito de leis já se manifestavam nesse sentido mesmo antes do câmbio legislativo, sendo de significativo registro a posição contundente de Pontes de Miranda:<sup>37</sup>

A despeito da clareza com que se nos impõem as considerações acima, muitos juristas entenderam que cabia aos indivíduos escolher, em certos casos, a lei competente. Nem sequer advertiram no absurdo de se repartir entre estados e indivíduos a competência de se eleger sistema normativo; no fundo, fazer lei. Teríamos a extravagância de se tornarem facultativas as leis cogentes somente por se passar do plano do Direito interno para o plano do Direito internacional privado, isto é, somente com o facto e pelo facto de intervir elemento de extraneidade. (...) Para explicar o bom êxito da doutrina da autonomia, já se aludiu, em França, à vantagem enorme que nela encontram os juízes - ‘não terem trabalho’, ‘não pensarem’. A determinação da lei competente – se depende da vontade – é questão de facto, e escusa de admitir a cassação. Mas há outra vantagem que aparece em todos os países: dispensa o estudo do Direito internacional privado, que é difícil. As grandes

33- STRENGER, Irineu. Op. cit., p. 651.

34- IDEM, ibidem, p. 654.

35- “Art. 9º. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.”

36- Neste sentido, DINIZ, Maria Helena. Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 260. Nádia de Araújo também contempla uma vedação legal à liberdade das partes para determinar a lei aplicável em nosso sistema, e demonstra que a jurisprudência é bastante refratária à mesma (ARAÚJO, Nádia de. Contratos internacionais: autonomia da vontade, mercosul e convenções internacionais. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 109).

37- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Op. cit., p. 541 e segs.

injustiças vêm da preguiça mental.

Inobstante a contundente argumentação do juriconsulto, bem como daqueles que, analisando a questão depois dele, divisaram no texto positivado da vigente Lei de Introdução um óbice intransponível, não se pode olvidar que uma prestigiosa corrente doutrinária, de autores antigos e recentes, veio se formando em abono da autonomia da vontade como o meio ideal de determinação da lei aplicável aos contratos internacionais.

Neste sentido, a regra geral seria a *lex loci*, derogável, contudo, pelo consenso das partes. Assim lecionava Clóvis Beviláqua:<sup>38</sup>

Em conclusão: a substância e o efeito das obrigações oriundas de contratos e de declarações unilaterais de vontade, entre vivos, são regulados pela lei do lugar onde forem celebrados os atos que as originaram, **salvo estipulação em contrário**, ofensa do direito nacional dos pactuantes ou da ordem pública.

No mesmo sentido, em artigo recente, Antonio Félix de Araújo Cintra e Renato Berger,<sup>39</sup> bem como Oscar Tenório e Haroldo Valadão.<sup>40</sup>

Embora a matéria seja de fato espinhosa, e a corrente adversa sólida em sua posição, nos parece que o último entendimento se mostra mais acertado.

De fato, conceder mais liberdade aos indivíduos para determinar a lei aplicável às obrigações contratuais é medida de sensibilidade legislativa, que permite soluções mais conformes à circulação negocial internacional, a qual se revela, por natureza, extremamente ágil, carecendo de tratamento menos rígido.

É preciso ver que a adoção da autonomia da vontade não tende a acarretar instabilidade ou insegurança, uma vez que sempre se disporá do freio enérgico da ordem pública, cujo mínimo sinal de violação obstará a pactuação indesejada, restaurando a lei do local da celebração, que não deixa de ter vigência, inclusive, no silêncio das partes.<sup>41</sup>

## 5. REFLEXÕES SOBRE A LEI APLICÁVEL À MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA HOTELEIRA NO CONTEXTO INTERNACIONAL

Empreendidas essas sintéticas considerações apriorísticas sobre a multipropriedade imobiliária hoteleira, as regras de determinação da lei aplicável aos direitos reais e aos contratos no direito internacional privado, já podemos partir para o enfrentamento do núcleo do problema proposto, qual seja, a lei aplicável à multipropriedade hoteleira internacional.

Com efeito, a particularidade da questão parece ser, sobretudo, determinar se à multipropriedade hoteleira, como relação híbrida que é, aplicar-se-ão as regras hauridas na seara dos direitos reais, ou seja, a *lex rei sitae*, ou se abraçar-se-ão os preceitos próprios dos contratos internacionais, a saber, a autonomia da vontade (para os que a adotam) e a lei do local da celebração.

Deve-se atentar a que inexistem soluções prontas e acabadas. O próprio instituto da

38- BEVILÁQUA, Clóvis. Op. cit., p. 359, grifo nosso.

39- CINTRA, Antonio Felix de Araujo; BERGER, Renato. Lei aplicável: Uma questão de escolha. Jus navigandi, Teresina, a. 8, n. 250, 14 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4942>>. Acesso em: 07 set. 2005.

40- Apud ARAÚJO, Nádia de. Op. cit., p. 103.

41- Voltaremos a tratar da ordem pública no tópico seguinte.

multipropriedade se revela uma elaboração doutrinária recente, construída mediante associação de características diversas para a formação de um direito real novo e peculiar, e não tem pacificada a interpretação de todos os seus aspectos, quer na doutrina, quer na jurisprudência.<sup>42</sup>

A impossibilidade de determinar uma solução peremptória e inquestionável, no entanto, não pode ser obstáculo para a ponderação da matéria, que carece principalmente de enfrentamento e debate.

Tendo sobretudo em mente tal consideração, afigura-se-nos mais plausível a utilização das regras próprias do contrato (autonomia da vontade e lei do local da celebração), pelas razões que explicaremos a seguir.

Muito embora a multipropriedade gere um direito real, o elemento negocial é fortíssimo em sua constituição. Sem o pacto adjeto que especifica a forma de exercício e o próprio período em que o multiproprietário exercerá o domínio pleno sobre o imóvel, inexistirá multipropriedade, mas puro condomínio.<sup>43</sup>

Se isso é verdade em relação à multipropriedade simples, ganha ainda mais relevo o elemento negocial da relação jurídica complexa sob análise quando se trata de multipropriedade hoteleira.

Isso porque a opção de variação do local em que se exercerá o direito de multipropriedade hoteleira tem, na verdade, um conteúdo inequivocamente obrigacional – trata-se, como já observado, de permuta.

Verifica-se, pois, que, do complexo de situações que constitui a multipropriedade imobiliária, a parte que gera a controvérsia internacional (a opção por uso de imóvel em outro país) tem natureza não real, mas obrigacional, de permuta do exercício da utilização de sua unidade por outra disponível na mesma rede hoteleira. E essa observação permite, com base científica, o câmbio do elemento de conexão aplicável.<sup>44</sup>

Não é preciso enumerar as desvantagens de adotar, irrefletidamente, a *lex rei sitae*, regra bem mais rígida e menos aberta às necessidades das partes: estas são intuitivas e defluem de suas características já enunciadas.

Insta considerar que a própria finalidade da *lex rei sitae*, que é a de respeitar a íntima conexão entre territorialidade e direito real<sup>45</sup> aqui não se faz presente, uma vez que o direito de multipropriedade não é exercido de forma contínua, perene, e especificamente na multipropriedade hoteleira, pode sequer vir o direito a ser exercido mais de uma vez sobre o mesmo imóvel, dada a possibilidade de constantes trocas, ao talante do multiproprietário.

---

42- A lição de Alessandro Natucci a respeito é de grande relevância: “Non esiste certo l’istituto della multiproprietà immobiliare como del resto delle altre forme de multiprietà. Esistono tanti contratti di multiproprietà predisposti da varie società immobiliari, con clausole che non sempre sono le medesime. Si può però individuare un nucleo di clausole di generale applicazione, dalle quali si desumono i diritti e gli obblighi che fanno capo al multiproprietario. Ed è questa la base per analizzare la situazione giuridica di multiproprietà” (NATUCCI, Alessandro. Op. cit., p. 263).

43- Como visto anteriormente, embora a multipropriedade imobiliária seja regida analogicamente pelas regras que disciplinam o condomínio edilício, fato é que com este não se confunde, posto que nela cada um dos multiproprietários exerce propriedade plena e exclusiva sobre a unidade autônoma no período especificado. Sobre o pacto, ver TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 46 e segs.

44- Observe-se que, no precedente jurisprudencial citado na nota de rodapé número 24, supra, o TJRS aplicou a lei brasileira a relação multiproprietária cujo contrato foi firmado no Brasil, para ser executado em empreendimento imóvel situado no Uruguai. A ementa não indica se a opção foi feita com base na autonomia da vontade ou na *lex loci*, mas evidentemente rejeitou-se a *lex rei sitae*.

45- Como enuncia BEVILAQUA, Clóvis. Op. cit., p. 230.

Assim, é, a nosso ver, sumamente lógica a utilização prioritária do princípio da autonomia da vontade como regra básica de determinação da lei aplicável à multipropriedade hoteleira internacional, atendendo-se à vontade das partes, que já é fundamental para a própria estipulação do direito. Em seu silêncio, aplica-se a lei do local de constituição do contrato.

De qualquer forma, e vale mais uma vez salientar, atua a ordem pública como meio balizador da aplicação do direito em razão da escolha contratual das partes.

Com efeito, “não se justifica que uma sociedade estatal adote leis estranhas que firam, de maneira particular, sua soberania e certos critérios morais do povo”,<sup>46</sup> e, se tal ocorre, simplesmente não se aplica a lei indicada, voltando-se à lei do local da celebração, ou, se esta também se mostrar infringente da ordem pública, a lei nacional.

É relevante observar que esse afastamento da norma estrangeira que fere a ordem pública não precisa ser, em todos os casos, absoluto. Permite-se, pois, o reconhecimento de efeitos parciais,<sup>47</sup> desde que a norma só seja ofensiva em parte e que sua eficácia parcial não venha a violar o ordenamento interno.

Essa noção pode vir a ser bastante útil em matéria de multipropriedade hoteleira, mormente quando de conflitos envolvendo países que regulamentaram expressamente o instituto e outros que não o fizeram, razão pela qual a lei de um pode ser apenas parcialmente incompatível com a ordem pública do outro.

A solução aqui proposta para a determinação da lei aplicável no âmbito internacional à multipropriedade hoteleira, conquanto possa causar espécie, porque, sob certo ponto de vista, pretende aplicar a autonomia da vontade e a lei do local de celebração a uma situação jurídica real,<sup>48</sup> não pode, contudo, ser considerada de todo inovadora ou precursora.

Na verdade, já existe interessante precedente no seio do direito internacional privado, que pode alicerçar e emprestar maior credibilidade às considerações aqui expendidas.

Trata-se da hipoteca, que possui um regramento híbrido, em face de deter, também, dependência em relação ao contrato de instituição. Diz a doutrina:

Quanto à hipoteca, aplicar-se-á a *lex rei sitae* para determinar seu conteúdo e exercício; relativamente à sua base contratual, ter-se-á em conta a autonomia da vontade dos contratantes, até o limite em que não se oponha à ordem pública local.<sup>49</sup>

O precedente da hipoteca decerto fortalece a viabilidade da solução proposta e descortina sua plena aplicabilidade.

O que chama a atenção, em última instância, é a existência cada vez mais freqüente de situações reais de acentuada preponderância contratual, em que as fronteiras entre o convencional e o tipificado se esmaecem e se tornam mais tênues, quadro no qual a multipropriedade ocupa destacado posto.

46- TENÓRIO, Oscar. Direito Internacional Privado. 11 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. I, 1976, p. 318.

47- VALLADÃO, Haroldo. Direito Internacional Privado. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. I, 1970, p. 507.

48- Já vimos que o processo não se passa exatamente desta forma, visto que o direito em questão envolve um complexo de situações, entre elas, a possibilidade de permuta, que gera a problemática internacional e é, em essência, convencional e não real, assim como o próprio conteúdo do direito é moldado pelo pacto adjeto subjacente à escritura constitutiva do direito real.

49- STRENGER, Irineu. Op. cit., p. 701.

O direito privado precisa enfrentá-la, ofertando-lhe pronto regramento, e o direito internacional privado não pode ignorá-la, mormente dada a grande possibilidade de conflitos em decorrência da multipropriedade hoteleira, devendo deter os mecanismos para determinar, da forma mais precisa e efetiva possível, a legislação a ela aplicável, sem escolher a via mais fácil da *lex rei sitae*, que tanto mais dificultaria a composição das lides e a solução dos problemas.

Neste contexto, a utilização do modelo contratual, baseado na autonomia da vontade e na lei do local de celebração do contrato, nos parece a mais eficiente e coerente com o instituto em tela, pelo que propugnamos por seu acolhimento.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho procurou tratar de uma questão nova e ainda um tanto incerta no direito internacional privado, a que pertine à lei aplicável à multipropriedade imobiliária hoteleira no contexto internacional de sua utilização.

Da análise feita, se chegou à conclusão de que a multipropriedade hoteleira, relação jurídica complexa e atípica, guarda o cerne de sua problemática internacional exatamente em um elemento obrigacional que a integra, qual seja, a possibilidade de efetuar o multiproprietário a permuta de sua unidade imóvel por outra localizada em país diverso.

Esta peculiaridade, assomada a uma forte preponderância contratual na formação e definição do conteúdo do próprio direito real de multipropriedade imobiliária hoteleira viabiliza a determinação da lei a ele aplicável nos moldes dos contratos internacionais, mediante acolhimento da vontade das partes, e, em sua ausência, da lei do local de celebração do contrato.

Não se pode esquecer, contudo, de que tal liberdade para a definição da lei aplicável encontra limites na ordem pública, que, se ferida, obstará integral ou parcialmente a incidência da legislação estrangeira.

Como se vê das singelas conclusões ora alinhavadas, a multipropriedade imobiliária, de uma forma geral (e não apenas a sua vertente hoteleira) faz por merecer uma atenção mais destacada do legislador, que continua a ignorá-la, a despeito de sua discussão doutrinária e do dado do direito comparado, que demonstra a sua franca utilização fora do Brasil, com exemplos legislativos que poderiam ser aproveitados.

Decerto beneficiaria o instituto o tratamento legal expresso, com remissão à aplicação das normas que regem a propriedade horizontal e eventuais adaptações, o que constituiria estímulo certo para uma utilização mais profícua do mesmo entre nós.

Além disso, no que toca ao objeto do trabalho, poderia ser enfrentada (inclusive no próprio diploma que tratasse dos aspectos de direito civil da multipropriedade) especificamente a matéria da norma aplicável no âmbito internacional, pelo que propugnamos pela adoção da solução exposta no texto, no sentido de reger-se o direito em tela pela lei indicada pelas partes ou, em sua ausência, pela lei do local da celebração do contrato.

Reitere-se, contudo, que tal solução já nos parece aplicável, por obra da interpretação anteriormente exposta, inclusive registrando-se caso anterior julgado neste sentido pelo TJRS, referido anteriormente no texto.<sup>50</sup>

Trata-se, enfim, de matéria polêmica e que deve suscitar a formação de diversas correntes em mútua oposição, sendo certo que o tema comporta, inclusive, exame mais detido, que a extensão do presente estudo não lhe pode conferir.

Sempre é válido, porém, revolver as estruturas para o debate, e é de se aguardar que a questão venha a proporcionar, ainda, muitos subsídios para as discussões futuras.

50- Ver notas de rodapé 24 e 44.

## 7. ABSTRACT.

*This paper intends to discuss the theme of the applicable law, according to the rules of conflict of laws, to time sharing relations. It aims the difficulty to identify the applicable rule of connexion, since time sharing is a complex and hybrid relation, a type of property, but completed by a reasonable space of negotial freedom, being sure that in it's touristic mode, here considered in it's international use, keeps certain potential to create law conflicts. It has been concluded, in the end, that the extreme influence of the contractual aspect in that relation demands a sui generis solution, demanding the definition of the applicable law by rules traditionally used in the contractual matter, such as negotial freedom and locus regit actum.*

**KEYWORDS.** *Hotel timesharing. Aplicable law. Conflict of laws.*

## 8. REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Nádia de. **Contratos internacionais**: autonomia da vontade, mercosul e convenções internacionais. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene, 1996.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Brasília: Senado Federal, vol. I, 2003, p. 306.
- CINTRA, Antonio Felix de Araujo; BERGER, Renato. Lei aplicável: Uma questão de escolha. **Jus navigandi**, Teresina, a. 8, n. 250, 14 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4942>>. Acesso em: 07 set. 2005.
- DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- GAMBARO, Antonio. **La proprietà**. Milano: Giuffrè, 1990.
- GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Direitos reais e autonomia da vontade**: o princípio da tipicidade dos direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- KASER, Max. **Direito privado romano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992, trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle.
- LEAL, Rogerio Gesta. **A função social da propriedade e da cidade no Brasil**: aspectos jurídicos e políticos. Porto alegre: Edunisc, 1998.
- LIRA, Ricardo Pereira. Disciplina do uso do solo urbano. A propriedade urbanística. **In Elementos de direito urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito internacional privado**. Rio de Janeiro: José Olympio, t. I, 1935.
- MORELLO, Ugo. **Multiproprietà e autonomia privata**. Milano: Giuffrè, 1984.
- MOSCONI, Franco. **Diritto internazionale privato e processuale**: parte speciale. Torino: Utet, 1997.
- NATUCCI, Alessandro. **La tipicità dei diritti reali**. 2 ed. Padova: CEDAM, 1988.
- OLIVEIRA JÚNIOR, Dario da Silva; CHRISTOFARI, Victor Emanuel. **Multipropriedade e timesharing**: aspectos cíveis e tributários. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- PEREIRA, Lafayette R. **Direito das coisas**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.
- STRENGER, Irineu. **Direito internacional privado**. 3 ed. São Paulo: LTr, 1996.
- TASSONI, Giorgia. Multiproprietà. **Rivista di diritto civile**. Padova: CEDAM, ano XXXI, nº 4, 1988.
- TENÓRIO, Oscar. **Direito internacional privado**. 11 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. I, 1976.
- TEPEDINO, Gustavo. **Multipropriedade imobiliária**. São Paulo: Saraiva, 1993.
- VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. I, 1970.



# NECESSIDADE DE REGULAMENTAR O EXAME DE DNA PARA GARANTIR O DIREITO FUNDAMENTAL À ASCENDÊNCIA GENÉTICA

Sandra Maria da Silva\*

## Resumo:

A prova pericial do exame de DNA possibilita o conhecimento da verdadeira ascendência genética e está assumindo uma importância sem precedentes nas ações de filiação, em que o bem jurídico tutelado é o direito fundamental à própria identidade do investigante, sendo necessário, portanto, uma regulamentação dessa perícia no Brasil, com a padronização dos procedimentos na colheita do material, exigência de especialidade técnica do perito e fiscalização e credenciamento dos laboratórios, o que tornará o exame mais confiável e acessível à população, já que essa regulamentação também resultará em uma redução no custo da perícia.

**Palavras-chave:** Exame DNA. Regulamentação do procedimento no Brasil.

## SUMÁRIO:

1. A Filiação como Elemento Integrante da Dignidade Humana – 2. Prova Pericial do Exame de DNA nas Ações de Estado de Filiação – 3. Necessidade de Regulamentação e Padronização do Exame de DNA no Brasil – 4. Considerações finais – 5. *Abstract* – 6. Referências.

## 1. AFILIAÇÃO COMO ELEMENTO INTEGRANTE DA DIGNIDADE HUMANA

Não se verifica, dentre os direitos fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição Federal, nenhuma referência expressa ao direito à paternidade ou à maternidade. Todavia, a atual Carta Magna outorga uma especial proteção à família, enfatizando os direitos fundamentais da criança e do adolescente<sup>1</sup> que, na verdade, são os mesmos de todo e qualquer ser humano. Mas a ênfase constante nos dispositivos específicos demonstra a preocupação do constituinte em proteger a criança e a entidade familiar.

Nesse contexto, a preservação da dignidade da criança e do adolescente se encontra duplamente amparada no texto constitucional, assim como o direito fundamental ao estado de filiação. Flávia Piovesan enfatiza que “na qualidade de sujeitos de direito em condição peculiar de desenvolvimento, à criança e ao adolescente é garantido (constitucionalmente) o direito à proteção especial.”<sup>2</sup>

\*- Promotora de Justiça da Comarca de Uberaba/MG; Especializada em Direito Processual pela Universidade de Uberaba/MG; Especializada em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade de Franca/SP; Mestre em Direito do Estado no Estado Democrático de Direito pela Universidade de Franca/SP; Coordenadora da Revista Unijus pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

1- Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

2- PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 297.

O parágrafo 7º do artigo 226 da Constituição da República estabelece a liberdade para o planejamento familiar, mas impõe o respeito a dois princípios essenciais: a **dignidade humana** e a **paternidade responsável**.

O direito à **dignidade da pessoa humana** está garantido no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna, inserido dentre os fundamentos norteadores da República Federativa do Brasil. Ora, como um fundamento da própria República, a dignidade é colocada como o centro, o vértice normativo e axiológico de todo o sistema jurídico, tendo o constituinte reconhecido que o homem constitui a finalidade precípua e não apenas o meio da atividade estatal.

A dignidade da pessoa humana abrange várias categorias de direito, dentre as quais, o direito ao nome e ao estado de filiação determinado.

Historicamente, a garantia da dignidade humana está ligada ao Cristianismo e se fundamenta na idéia de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, o que, por si só, lhe confere valor intrínseco. O filósofo Jacques Maritain lembra que:

A consciência da dignidade da pessoa e dos direitos da pessoa esteve implícita na Antigüidade pagã, sobre a qual a lei da escravidão estendia sua sombra. Foi a mensagem evangélica que, subitamente, chamou a si essa consciência, sob uma forma divina e transcendente, revelando aos homens que eles têm por missão ser filhos e herdeiros de Deus, no reino de Deus.<sup>3</sup>

Portanto, a consciência da dignidade humana e dos direitos da pessoa pode ser notada desde a Antigüidade, tendo sido reconhecida, em um primeiro momento, na ordem religiosa, passando depois pela esfera da ordem natural, inserindo-o no direito natural, e sendo finalmente positivada, com o surgimento das grandes Declarações.

Entende-se que, segundo a lei natural, a pessoa humana tem o direito de ser respeitada e é sujeito de direitos. Assim, a dignidade da pessoa humana impede que essa se converta em objeto, que seja tratada como coisa, conforme pontua Robert Alexy: “el concepto de la dignidad de la persona puede ser explicitado - a más de a través de fórmulas generales como la que dice que la persona no puede ser convertida em mero objeto - por un haz de condiciones más concretas”<sup>4</sup>.

Emmanuel Kant defende que o homem “**existe como fim em si mesmo, não só como meio** para qualquer uso desta ou daquela vontade”<sup>5</sup> e aponta com precisão o alcance da dignidade: “no reino dos fins tudo possui ou um **preço** ou uma **dignidade**. Aquilo que tem preço pode ser substituído por algo **equivalente**; por outro lado, o que se acha acima de todo preço e, portanto, não admite nada equivalente, encerra uma dignidade”<sup>6</sup>.

Ingo Wolfgang Sarlet, ao discorrer sobre a qualidade humana intrínseca da dignidade, salienta que essa “é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado”<sup>7</sup>.

3- MARITAIN, Jacques. Os direitos do homem e a lei natural. Tradução de Afrânio Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editôra, 1967, p. 65.

4- ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 344.

5- KANT, Emmanuel. Fundamentos da metafísica dos costumes. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Edições e Publicações Brasil Editôra S.A., MCMLXVII, p. 91- grifos do original.

6- KANT, op.cit., p. 99 - grifos do original.

7- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2. ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 106.



O impacto da Segunda Guerra Mundial, causado pelo grande número de pessoas mortas, o objetivo de sua deflagração e o lançamento das bombas atômicas no Japão, provocou um verdadeiro assombro mundial, tendo a dignidade da pessoa humana adquirido, então, uma indiscutível relevância jurídica.

Como assevera Fábio Konder Comparato, a História mostra que o reconhecimento da dignidade da pessoa humana tem sido resultado da dor física e moral e, naquele momento, “as consciências se abriram, enfim, para o fato de que a sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os povos na reorganização das relações internacionais, com base no respeito incondicional à dignidade humana”<sup>8</sup>.

Ainda sob as barbáries da Guerra, em 1943, Jacques Maritain delineou os contornos da dignidade que deveria ser buscada: “é uma espécie de revolução intelectual e moral que nos é exigida, a fim de se restabelecer sobre a base de uma filosofia verdadeira, nossa fé na dignidade do homem e seus direitos, e de se reencontrarem as fontes autênticas dessa fé.”<sup>9</sup>

Assim, a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos do Homem marcaram um retorno aos ideais da Revolução Francesa e influenciaram na progressiva codificação, no âmbito internacional, da proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, sendo, no primeiro parágrafo do preâmbulo e no artigo 1º da Declaração, reconhecida a dignidade inerente a todos os membros da família humana.

Hoje, praticamente todas as constituições reconhecem o princípio da dignidade humana como um dos fundamentos de seu ordenamento, o sustentáculo do Estado Democrático de Direito, que confere unidade aos direitos e garantias fundamentais, como bem demonstra o estudo de Hidemberg Alves da Frota<sup>10</sup>. Ana Paula de Barcellos lembra que “o princípio da dignidade da pessoa humana há de ser o vetor interpretativo geral, pelo qual o intérprete deverá orientar-se em seu ofício.”<sup>11</sup>

E é exatamente sob esse prisma que deve ser considerado o direito à filiação determinada, vez que, como defende Cláudia Bellotti Moura e Vitor Hugo Oltramari, uma vida digna se inicia “por evidente, pela inserção (do indivíduo) no ambiente familiar”<sup>12</sup>.

Quanto à **paternidade responsável**, as normas constitucionais demonstram que a mesma foi adotada como um princípio norteador, além de estar vinculada ao “método interpretativo *the best interest of the child*”, como lembra Guilherme Calmon Nogueira da Gama<sup>13</sup>. Desse modo, torna-se evidente que o constituinte conferiu a todo cidadão brasileiro o direito de ter um pai e uma mãe que por ele seja responsável, já que o termo paternidade é empregado em sentido amplo, abrangendo também a maternidade.

Ora, se todos têm o direito de ter um pai responsável, então, aqueles cuja paternidade não foi reconhecida espontaneamente, têm o direito de investigar esta paternidade.

8- COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 3. ed. rev. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 210.

9- MARITAIN, op. cit., p. 64.

10- FROTA, Hidemberg Alves da. O princípio da dignidade da pessoa humana no direito brasileiro e comparado. In Revista Jurídica Unijus/Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. V. 8 - n. 9, novembro/2005, p. 95/123.

11- BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 146.

12- MOURA, Cláudia Bellotti; OLTRAMARI, Vitor Hugo. A quebra da coisa julgada na investigação de paternidade: uma questão de dignidade. In Revista Brasileira de Direito de Família. Ano VI, n. 27, dez/jan 2005, p. 83.

13- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional. In

Problemas de Direito Civil-Constitucional. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 522.

O *caput* do artigo 226 da Carta Magna expressa a preocupação de garantir a todos uma família, que é considerada a base da sociedade<sup>14</sup>. Então, para possibilitar essa convivência familiar, na qual se inclui a figura materna e paterna, devem ser colocados à disposição dos filhos os mecanismos necessários para se garantir o estado de filiação que permita tal convivência, sendo que, quando não há o reconhecimento espontâneo, a forma mais eficiente é a investigação de paternidade/maternidade.

Defende-se, portanto, neste estudo, a idéia de que o direito ao estado de filiação é direito fundamental constitucional, vez que faz parte da identidade e está inserido na dignidade da pessoa humana. Esse posicionamento é corroborado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), cujo artigo 27 estabelece que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

Por sua vez, a Lei nº 8.560/92, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, deixa claro o objetivo do legislador de evitar paternidades ocultas ao instituir a “averiguação oficiosa”, por meio da qual se faz uma espécie de investigação sumária em juízo, independente da iniciativa da genitora, e que pode culminar com a ação proposta pelo Ministério Público, quando frustrado eventual acordo. Essa disposição demonstra que o direito à paternidade é um elemento integrante da dignidade humana.

Nessa mesma linha, o Código Civil de 2002 também tornou imprescritível a contestação da paternidade (artigo 1.601).

O direito a uma paternidade determinada advém da própria natureza humana e possui um caráter inviolável e universal, por integrar a própria identidade do indivíduo. É inquestionável que o conhecimento da ascendência verdadeira é um aspecto extremamente relevante da personalidade individual e integra a própria dignidade da pessoa, que tem direito à identidade pessoal e ao nome familiar. Adriano de Cupis salienta que “a identidade constitui um bem por si mesma, independentemente do grau da posição social, da virtude ou dos defeitos do sujeito. A todo o sujeito deve reconhecer-se o interesse a que sua individualidade seja preservada.”<sup>15</sup>

Portanto, sendo a paternidade verdadeira um atributo da dignidade humana, o direito à identidade pessoal é um direito fundamental constitucionalmente garantido, que abrange não só o direito ao nome, mas também o direito à historicidade pessoal, que é o direito de conhecer a identidade de seus genitores.

A Constituição Portuguesa de 1976 foi a primeira a reconhecer expressamente esse direito, garantindo no seu artigo 26, nº 01, “os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada e familiar”<sup>16</sup>.

Como salienta José Joaquim Gomes Canotilho:

14- Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

15- CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 185.

16- MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional - direitos fundamentais. 3. ed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 185.

Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), **os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal**, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão).<sup>17</sup>

Atualmente, o chamado direito ao conhecimento da própria ascendência está sendo reconhecido e exigindo uma positivação em vários lugares, mormente na Alemanha, onde tem obtido uma especial atenção da doutrina e da jurisprudência, que usam expressão equivalente: *Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung*<sup>18</sup>.

O bem jurídico tutelado no direito ao conhecimento da identidade genética é a descoberta da origem biológica do indivíduo, considerada um atributo inerente à personalidade humana; o direito ao nome de família, que aponta a sua ascendência genética e o próprio estado de filiação, que implica, inclusive, na concessão de determinados direitos de cunho patrimonial.

No Brasil, o sistema jurídico indica que esse direito está amparado constitucionalmente, por ser elemento integrante da dignidade da pessoa humana, que é considerada como um dos fundamentos do Estado Democrático Brasileiro.

Assim, considerando o panorama apresentado, conclui-se que o direito ao estado de filiação (verdadeira paternidade e maternidade) é um direito fundamental, formalmente amparado na Carta Magna, que garante o direito de investigar de forma irrestrita a paternidade ou maternidade, pois isso faz parte da própria identidade do indivíduo.

Esse mesmo princípio também ampara a livre impugnação da paternidade. E o advento da prova pericial do exame de DNA trouxe a possibilidade inédita no Direito de substituir a verdade formal (ficta) pela verdade real.

Resta, então, nas palavras de Flávia Piovesan:

O desafio de recuperar no Direito seu potencial ético e transformador, doando máxima efetividade aos princípios constitucionais fundamentais, com realce ao princípio da dignidade humana - porque fonte e sentido de toda experiência jurídica.<sup>19</sup>

## 2. PROVA PERICIAL DO EXAME DE DNA NAS AÇÕES DE ESTADO DE FILIAÇÃO

As profundas mudanças vivenciadas pela sociedade nas últimas décadas, principalmente no campo tecnológico e científico do conhecimento humano, têm resultado na criação de vários tipos de especialidades que, por sua vez, estão produzindo uma crescente interferência da ciência na apuração dos fatos *sub judice*.

Um dos casos de maior proeminência desse fenômeno ocorre, com certeza, nas ações de filiação, nas quais a atual perícia genética, realizada com base nas impressões digitais do DNA (*desoxirribonucleic acid* - ácido desoxirribonucléico<sup>20</sup>), é capaz de demonstrar

17- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 396 - os grifos não são do original.

18- Direito da criança de conhecer a própria ascendência biológica.

19- PIOVESAN, op. cit., p. 398.

20- O artigo 3º, inciso II, da Lei nº 8.974/95 define o ácido desoxirribonucléico (ADN), assim como o ácido ribonucléico (ARN), como material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência.

de forma cabal se o investigador é ou não filho biológico da pessoa investigada, causando uma grande revolução no julgamento das ações de estado de filiação. Sua utilização é cada vez mais acentuada, inclusive com ampla aceitação, tanto pelos profissionais do Direito como pelas partes envolvidas, que a consideram a solução de seus problemas.

Mas a confiabilidade de seus resultados, que atinge 100% (cem por cento) de certeza na exclusão da paternidade<sup>21</sup> e a impressionante probabilidade de acerto de até 99,999999% (noventa e nove vírgula dízima de nove por cento), na determinação do vínculo biológico, depende da observância dos cuidados recomendados na coleta do material, da quantidade de alelos (formas alternativas do gene, que ocupa determinado loco no cromossomo) analisados, assim como da capacidade técnica dos peritos e dos laboratórios.

Todavia, essas peculiaridades do procedimento do exame de DNA não costumam ser abordadas nas decisões judiciais (ou sequer percebidas pelo julgador), seja naquelas que o acatam ou naquelas que rejeitam seus resultados, baseadas nas demais provas dos autos.

Assim, entendendo-se o direito à filiação determinada como um dos elementos integrantes da dignidade humana e considerando a influência causada na prática forense pela perícia genética do DNA, faz-se necessária uma regulamentação urgente desse exame, com a padronização dos procedimentos e o credenciamento dos laboratórios, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos da América.

Segundo José Manoel Vieira Silva, Estatísticas do Registro Civil indicam que cerca de 30% (trinta por cento) das crianças nascidas no Brasil não têm o pai declarado em seu registro<sup>22</sup>. Esse índice é alarmante e causa um sério problema de ordem emocional, social e econômica, dando uma dimensão exata da importância da prova pericial do exame de DNA.

Todavia, é imprescindível que essa perícia seja realizada de forma idônea, pois, se a confiabilidade de todo exame pericial repousa na capacidade técnica e na idoneidade do perito, em uma perícia que possibilita um resultado com precisão superior a 99,9999%, o cuidado para garantir sua realização de forma técnica e correta deve ser ainda mais acentuado.

### 3. NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO E PADRONIZAÇÃO DO EXAME DE DNA NO BRASIL

O exame pericial de determinação da filiação pelo DNA foi introduzido no Brasil em 1988, pelo Núcleo de Genética Médica de Minas Gerais - GENE e pelo Departamento de Bioquímica da Universidade Federal de Minas Gerais, dirigidos pelo geneticista Sérgio Danilo Junho Pena, mas atualmente existem cerca de 40 (quarenta) laboratórios de maior porte que realizam o teste no país. Além deles, vários pequenos laboratórios oferecem o exame, mas não existe um controle que garanta a utilização do rigor científico da técnica. Alguns oferecem uma versão menos complexa do exame, o que reduz consideravelmente o custo da perícia, mas cujo resultado também é de precisão muito inferior.

O fato foi, inclusive, tema de uma reportagem na Revista Veja, em que se questionou

21- Conforme ARRUDA, José Acácio. PARREIRA, Kleber Simônio. A prova judicial de ADN. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 183; FORTUNA, Evandro Luiz. O valor da prova pericial biológica de DNA nas ações de investigação de paternidade. Revista Justiça do Direito. Passo Fundo. V. 13, n. 13, 1999, p. 103; PENA, Sérgio Danilo Junho. CHAKRABORTY, Ranajit. Paternity testing in the DNA era. Trends in Genetics. June 1994, v. 10, n. 6, p. 208.

22- SILVA, José Manoel Vieira. Teste de paternidade por análise de DNA. Disponível em <<http://www.ufv.br/dbg/BIO240/TP120.htm>> Acesso em 10.08.2005.

exatamente a proliferação de exames mais superficiais e que causam uma redução brutal em sua confiabilidade, pois nesses exames a probabilidade aceitável de uma margem de erro em cada cem mil testes (99,999%) cai para um erro em cada cem testes (99%).

O problema torna-se pior em decorrência da falta de regulamentação da atividade no Brasil e a inexistência de qualquer fiscalização, pois, como salienta a reportagem, “a Sociedade Brasileira de Medicina Legal recomenda que o laudo seja assinado por um doutor em genética e tenha três anos de experiência na área - mas ninguém é obrigado a seguir essa instrução”<sup>23</sup>.

A falta de regulamentação do exame de DNA no Brasil continua um impasse, pois, durante esta pesquisa, além da citada Recomendação da atual Associação Brasileira de Medicina Legal, conseguiu-se localizar apenas a Resolução nº 78, de 29 de abril de 2002, expedida pelo Conselho Federal de Biomedicina, que exige formação específica para a realização do exame de DNA<sup>24</sup>, mas que também não é de observância obrigatória pelos laboratórios que realizam o exame.

Na verdade, embora o exame do vínculo biológico pelo DNA seja considerado um ato médico pelo Conselho Federal de Medicina, não existe consenso sequer sobre o tipo de especialidade médica que deveria ser indicada para a realização do aludido exame, o que praticamente impossibilita a fiscalização do exame pelas associações médicas, sendo necessário, assim, uma regulamentação do governo federal.

Está em trâmite na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.097/2004, de autoria do Deputado Zenaldo Coutinho, o qual dispõe sobre as normas e condições para a realização de exames genéticos em seres humanos, inclusive a investigação de paternidade. Aludido projeto está aguardando parecer das Comissões de Seguridade Social e Família e Constituição e Justiça e de Cidadania desde 03 de setembro de 2004.

Autores como Rolf Madaleno enfatizam o perigo de uma sacralização do exame de DNA, sem o devido credenciamento dos laboratórios e a regulamentação legal da técnica<sup>25</sup>.

Para o Professor Sérgio Danilo Junho Pena, que desde 1994 vem alertando sobre o risco da proliferação de laboratórios com índices científicos menos rigorosos, o percentual mínimo aceitável, no caso de inclusão de paternidade, é de 99,999% (noventa e nove inteiros e novecentos e noventa e nove milésimos pontos percentuais), embora deva ser exigido o de 99,9999%, sempre que possível.

Nos Estados Unidos, a *American Association of Blood Banks - AABB* regula a realização do exame de DNA para apurar o vínculo de parentesco, por meio do atual **Standards for Relationship Testing Laboratories** e do **Parentage Testing Accreditation Requirements Manual**, sendo que somente são juridicamente válidos os exames de DNA que sigam estritamente tais padronizações<sup>26</sup>, que incluem o controle de qualidade dos laboratórios, a

23- BARBOSA, Bia; COUTINHO, Leonardo. Quem é o pai?. Revista Veja. São Paulo, n. 1.658, p. 109, jul. 2000.

24- Art. 5º - É atribuído ao profissional biomédico a realização de exames que utilizem como técnica a reação em cadeia da polimerase (PCR), podendo para tanto assumir a Responsabilidade Técnica e firmar os respectivos laudos. § 1º - Para realização de exames de DNA, o Biomédico deverá: a) Possuir curso de especialização em uma das seguintes áreas: Biologia Molecular, Patologia Clínica, Reprodução Humana e Genética, devidamente autorizados pelo MEC. § 2º - Os Biomédicos com habilitação em Patologia (Análises Clínicas) e em Biologia Molecular são aptos e autorizados a atuar na área de Biologia Molecular, a saber: coleta, análise, interpretação, emissão e assinatura de laudos e de pareceres técnicos, inclusive a investigação de paternidade por DNA.

25- MADALENO, Rolf. A sacralização da presunção na investigação de paternidade. Revista dos Tribunais. Ano 88. v. 766, agosto de 1999. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 75.

26- Conforme informações constantes no Site The DNA Testing Centre, Inc. Disponível em <<http://www.dnatestingcentre.com/AABB.htm>>. Acesso em 25.09.2005.

fiscalização de seus equipamentos, a avaliação de competência dos peritos e a indicação dos métodos técnicos do exame<sup>27</sup>. Essas normas exigem, também, no caso de não-exclusão da paternidade, que o laudo indique o Índice de Paternidade para cada sistema genético empregado, o Índice Combinado de Paternidade e a Probabilidade de Paternidade expressa em percentagem.

Vale salientar que, nos Estados Unidos, como existe a fiscalização dos laboratórios, a maioria das cortes exige um índice de probabilidade de apenas 99%, sendo que os laboratórios analisam, em geral, doze locos (local onde estão presentes dois alelos distintos), oferecendo um índice de 99,9%.

Aqui, a falta de regulamentação e controle gera uma maior desconfiança, fazendo com que os especialistas exijam a análise de um número maior de locos, geralmente dezesseis, com índice de probabilidade de 99,9999%, o que aumenta o custo da perícia.

Isso, sem dúvida, dificulta o acesso ao exame, cujo preço ainda é bastante elevado, considerada a situação financeira da maior parte da população brasileira. Atualmente, em laboratórios mais conceituados, os preços do exame de DNA variam de R\$ 350,00 a R\$ 5.700,00. Caso houvesse uma regulamentação, as partes poderiam, inclusive, acordar sobre a análise de um número menor de alelos, já que teriam a confiabilidade dos laboratórios atestada por um órgão federal de controle.

Também seria recomendável uma regulamentação média dos preços dos procedimentos, de acordo com o tipo de exame a ser elaborado.

Atentos ao grave problema social causado pela incerteza da ascendência biológica e à necessidade de propiciar o acesso a esse exame pericial, alguns laboratórios estão firmando convênios com o Poder Judiciário, para a realização do exame por preços mais acessíveis, como ocorre na Comarca de Uberaba, onde o Laboratório BioGenetics oferece o exame do trio por R\$ 245,00 (duzentos quarenta e cinco reais).

No Estado de Minas Gerais, a Lei Estadual nº 12.460/97, atualmente regulamentada pelo Decreto nº 41.420/2000, propicia a realização gratuita de 200 (duzentos) exames de DNA por mês, em todo o Estado, para aqueles beneficiados pela Justiça Gratuita. Entretanto, esse número é infimo diante da quantidade das ações de filiação em trâmite, a grande maioria sob o pálio da Justiça Gratuita.

Considerando o atual contexto do direito de ação, que visa a garantia cívica de justiça, o exame deve ser ofertado pelo Estado de forma gratuita a todos aqueles que não disponham de condições financeiras para arcar com seu custo, da mesma forma e sob as mesmas justificativas da Justiça Gratuita, pois de nada adianta ajuizar uma ação, se a parte não tiver condições de produzir todas as provas necessárias para comprovar o direito alegado.

Na verdade, a Lei nº 10.317, de 06 de dezembro de 2001, acrescentou o inciso VI ao artigo 3º da Lei nº 1.060/50, incluindo as “despesas com a realização do exame de código genético DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade” dentre as isenções abrangidas pela assistência judiciária, mas, na prática, tal benefício não tem sido outorgado, por falta de convênios com os laboratórios.

De todo modo, não resta dúvida de que a regulamentação e padronização do exame

27- American Association of Blood Banks. Standards for relationship testing laboratories. 7. ed. Bethesda: AABB.

de DNA, com a aprovação de uma legislação federal sobre o tema, propiciarão um melhor acesso da população a essa perícia, garantindo o direito ao conhecimento da própria ascendência biológica.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito ao conhecimento da identidade genética refere-se à própria descoberta da origem biológica do indivíduo, que é atributo ínsito à sua personalidade, ao seu *status* de filiação.

Por possibilitar o conhecimento dessa ascendência biológica, a atual perícia genética do DNA assume uma importância sem precedentes nas ações de filiação, em que o bem jurídico tutelado é a própria identidade do investigante.

Então, não se pode mais afastar o imperioso auxílio da prova pericial do exame de DNA, nas ações de filiações, para se alcançar a verdadeira ascendência biológica, que é um direito fundamental do investigante, sendo certo que aludido exame ainda confere uma maior efetividade nas ações de estado de filiação.

Assim, o que se deve buscar, de forma urgente, é a regulamentação da perícia genética no País, como já existe nos Estados Unidos da América. Essa regulamentação deve conter uma padronização dos procedimentos e cuidados relativos à colheita do material, ou seja, sempre que possível o material deve ser colhido na presença do trio, com o acompanhamento de seus advogados, tomando-se o cuidado de colher as impressões digitais das partes, além de armazenar suas fotos e assinaturas. A lei deverá, também, indicar a(s) especialidade(s) técnica(s) exigida(s) do perito para realizar o exame e a quantidade mínima de locos analisados no exame. Quanto aos laboratórios, deve-se exigir o credenciamento dos mesmos em entidade encarregada da fiscalização de seus equipamentos e dos métodos empregados na realização dos exames.

A regulamentação desses procedimentos resultará em um exame cada vez mais confiável e o tornará mais acessível à população, vez que tais normas, com certeza, reduzirão o custo da perícia.

#### 5. ABSTRACT:

*The genetic proof of the DNA enables to know the real genetic ascending line, and it is assuming an importance without precedents in parentage suits, in which the legal property protected is the fundamental right of the own identity of the investigator. This way, it is necessary the regulation of this exam in Brazil, with the standardization of the procedure in the collection of material, demand technique specialization on the expert, and an inspection and accreditation for the labs, which will make the exam more trustful and accessible for the people, because the regulation will result in a reduction of the cost of the exam.*

**Key-words:** *DNA exam. Regulation of the procedure in Brazil.*

#### 6. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ARRUDA, José Acácio. PARREIRA, Kleber Simônio. *A prova judicial de ADN*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

- BARBOSA, Bia; COUTINHO, Leonardo. Quem é o pai?. *Revista Vêja*. São Paulo, n. 1.658, julho de 2000.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CHAKRABORTY, Ranajit. *Paternity testing in the DNA era*. Trends in Genetics. June 1994, v. 10, n. 6.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.
- FORTUNA, Evandro Luiz. *O valor da prova pericial biológica de DNA nas ações de investigação de paternidade*. Revista Justiça do Direito. Passo Fundo. V. 13. n. 13, 1999.
- FROTA, Hidemberg Alves da. O princípio da dignidade da pessoa humana no direito brasileiro e comparado. *In* Revista Jurídica UNIJUS – Universidade de Uberaba e o Ministério Público do Estado de Minas Gerais. V. 8 - n. 9, novembro/2005.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida*: introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional. *In* Problemas de Direito Civil-Constitucional. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- KANT, Emmanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Edições e Publicações Brasil Editôra S.A., MCMLXVII.
- MADALENO, Rolf. *A sacralização da presunção na investigação de paternidade*. Revista dos Tribunais. Ano 88. v. 766, agosto de 1999. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MARITAIN, Jacques. *Os direitos do homem e a lei natural*. Tradução de Afrânio Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editôra, 1967.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional - direitos fundamentais*. 3. ed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- MOURA, Cláudia Bellotti; OLTRAMARI, Vitor Hugo. A quebra da coisa julgada na investigação de paternidade: uma questão de dignidade. *In* Revista Brasileira de Direito de Família. Ano VI, n. 27, dez/jan 2005.
- PENA, Sérgio Danilo Junho (???).....
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, José Manoel Vieira. *Teste de paternidade por análise de DNA*. Disponível em <<http://www.ufv.br/dbg/BIO240/TP120.htm>> Acesso em 10.08.2005.
- Sítio* The DNA Testing Centre, Inc. Disponível em <<http://www.dnatestingcentre.com/AABB.htm>>. Acesso em 25.09.2005.
- American Association of Blood Banks. *Standards for relationship testing laboratories*. 7. ed. Bethesda: AABB.





# O ABORTO ANENCEFÁLICO E A TUTELA DA DIGNIDADE HUMANA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Guilherme Berto Nascimento Fachinelli<sup>1</sup>

## Resumo:

Este trabalho abre espaço para reflexões sobre aborto anencefálico, a partir da liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF-54, aforada para resguardo do princípio da dignidade da pessoa humana e como meio preventivo de afastamento do ilícito penal, à luz da hermenêutica Constitucional.

**Palavras-Chave:** Controle de Constitucionalidade. Estado Democrático de Direito. Dignidade da pessoa humana. Aborto anencefálico.

## SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. O instituto do aborto na visão do Ordenamento Jurídico Brasileiro – 3. O controle de constitucionalidade por intermédio da Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental – 4. A posição médica 5. A fundamentação constitucional – 6. A análise no âmbito Penal – 7. A posição da doutrina – 8. Conclusão – 9. *Abstract* – 10. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo surgiu após decisão liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 54, em 1º de julho de 2004, pelo Ministro Relator Marco Aurélio de Mello, autorizando a interrupção de gestação de feto anencefálico. Posteriormente, essa liminar foi cassada pela maioria do pleno do STF, sem que o mérito tenha sido enfrentado até o momento das presentes anotações.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, aforada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), perante o Supremo Tribunal Federal, aponta como sustentação do pedido os preceitos fundamentais expressos no art. 1º, inciso IV (dignidade da pessoa humana); no art. 5º, inciso II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade); no art. 6º, *caput*, e no art. 196 (direito à saúde), todos da Constituição da República de 1988. A medida aforada também se destina a afastar eventual infração aos artigos 124, 126, *caput*, e 128, incisos I e II, do Código Penal.

O pedido, instruído com documentos e pareceres médicos, e com amparo nos princípios Constitucionais mencionados, tem por objeto a necessidade de permissão para realização de *conduta terapêutica de parto antecipado de feto anencefálico*, por não possuir este nenhuma perspectiva de vida extra-uterina.

## 2. O INSTITUTO DO ABORTO NA VISÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como é cediço, tanto a Constituição da República de 1988, como o Código Penal,

1- Acadêmico de Direito da UNIUBE – 5º período. Estagiário do Ministério Público (1ª Promotoria de Uberaba/MG).

tutelam o direito à vida, em seus respectivos textos. Porém, vale ressaltar que nenhum direito é absoluto, inclusive o direito à vida, como passamos a tratar a seguir.

O próprio instituto do aborto demonstra e corrobora o afirmado, visto que, diante de quaisquer das situações excepcionais expressas no Código Penal, a prática do aborto não é penalizada. De igual forma, a prática do homicídio, desde que em legítima defesa própria ou de outrem, também não é penalizada. Em resumo, o direito à vida é passível de discussão judicial, com as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Infelizmente, na época da elaboração legislativa do Estatuto repressivo pátrio, a Medicina não possuía a tecnologia dos dias atuais. Assim, o legislador do Código Penal Brasileiro de 1940 não podia mesmo arrolar o aborto anencefálico, como uma das excludentes da ilicitude de crime, tipificadas no artigo 128 do CP, porque, nessa época, a Ciência Médica não tinha condições de avaliar, com precisão e antecipação, a anencefalia. Mas, hoje, diante da tecnologia médica, nada justifica a recusa do Judiciário em apreciar casos fáticos dessa natureza excepcional, de forma devida e cautelosa, para o justo e humano desate. Eis, aqui, a motivação e a finalidade da ADPF-54.

### 3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR INTERMÉDIO DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A ação aviada perante o nosso Pretório Excelso foi de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, perfeitamente cabível ao caso em tela, preenchendo os requisitos formais e materiais para a propositura.

Vale frisar que a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental é um dos meios de controle de constitucionalidade, nas modalidades repressiva e preventiva, em caráter subsidiário, isto é, somente em situações em que não são cabíveis as demais ações de controle de constitucionalidade a APDF é utilizada. Nesse pedido de providência judiciária excepcional, a intenção é evitar possíveis lesões a princípios, direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição de 1988.

Quanto à hipótese de cabimento, a lei que estabelece o procedimento para propor referida ação é a de nº. 9.882/99. Por essa lei, em caso de relevante fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo, federal, estadual e municipal, incluídos atos anteriores à publicação da Constituição de 1988, a interposição de *Ação de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental* é cabível.

No âmbito da *legitimidade processual ativa*, para aforamento de aludida ação, a questão não comporta dúvida porque os legitimados estão arrolados no artigo 103, incisos I a IX, da CR/88, e a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), de forma maviosa, enquadra-se no inciso IX, visto ser a mesma entidade sindical de âmbito nacional.

### 4. APOSIÇÃO MÉDICA

Como já dito, ao momento da elaboração do atual Código Penal, as ciências médicas não possuíam condições materiais técnico-científicas que possibilitassem acompanhar uma gestação de feto anencefálico. No entanto, o avanço tecnológico facultou-nos a possibilidade de examinar com precisão a existência da anencefalia, por antecipação.

Importante salientar que os médicos pesquisadores são peremptórios em afirmar que 50% (cinquenta por cento) dos casos de fetos anencefálicos nascem mortos; 25% (vinte e cinco por cento) morrem logo após o nascimento; e o restante consegue sobreviver, no máximo, 10 (dez) dias, e mesmo assim com auxílio de aparelhagem médica. Sustentam, ainda, que os fetos portadores dessa anomalia *não possuem vida*, em virtude da escassa massa encefálica, fator que, tecnicamente, valida a morte cerebral<sup>2</sup>.

Por fim, a medicina se declara favorável à interrupção da gestação quando se tratar de fetos anencefálicos, ao fundamento de que levar uma gravidez desse gênero até o fim, com certeza, trará como corolário vários danos à saúde física, moral e psicológica dos genitores. Daí a terminologia apropriada: *conduta terapêutica de antecipação de parto*.

## 5. A FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Dentro da apreciação do Direito Constitucional, com muita propriedade e argutas colocações, manifestou-se o procurador da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), levantando a tese de que o não reconhecimento do pedido violaria a dignidade humana, o princípio da legalidade, a liberdade e a autonomia da vontade.

O paradigma do Estado de Direito Democrático, consagrado na Constituição de 1988, abarcou alguns princípios fundamentais, norteadores do ordenamento jurídico vigente: a dignidade da pessoa humana; a liberdade na sua forma mais ampla; a igualdade e o princípio da legalidade.

Para o presente trabalho, na esfera constitucional, abordaremos os princípios descritos acima. E eles estão recepcionados dentro do bloco constitucional, possuindo força normativa, gozando da faculdade de serem aplicados efetivamente, em virtude do princípio da supremacia da constituição. Sobre o tema, cumpre trazer a lição de GISELA MARIA BESTER sobre o assunto em tela:

“Hans Kelsen, cuja teoria, desenvolvida na década de 1920, prevê que cada comando normativo encontra respaldo naquele que lhe é superior e lhe deve obediência, sobre pena de incorrer em inconstitucionalidade da espécie normativa infraconstitucional, tendo como conseqüência sua retirada do ordenamento jurídico”<sup>3</sup>.

Assim, para compreensão do tema focado, temos que partir da premissa de que o princípio da dignidade da pessoa humana é basilar do Estado Democrático em que vivemos. Todas as manifestações do Judiciário devem estar fundamentadas nesse princípio, permanentemente, porque, do contrário, a ordem constitucional estará sendo desrespeitada – já que consagrado como fundamento do Estado Democrático de Direito, *ex vi* artigo 1º, da CR/88.

Como mencionado, as ciências médicas declaram expressamente que os males advindos da gravidez de um feto anencefálico trazem problemas físicos, morais e psicológicos. Em suma, a dignidade da gestante é violada, vez que a saúde é direito de todos, conforme expresso no artigo 196 da CR/88. Partindo desse raciocínio, os princípios e normas

2- VILELA, Elaine Morelata; MENDES, Iralnilde José Messias. Desmedicalizando o conceito de saúde, Ribeirão Preto: Holos, 2000, p. 80.

3- BESTER, Gisela Maria. Direito Constitucional, v. 1: Fundamentos Teóricos, São Paulo: Manole, 2005, p. 68.

constitucionais são infringidos quando o Judiciário, numa postura anacrônica, omite-se em conceder a permissão para prática da terapia de antecipação de parto, relativamente ao feto anencefálico.

Para que situações desse jaez não se perpetuem hodiernamente, mister se faz o emprego de uma hermenêutica constitucional coerente, a fim de sanar o anacronismo legislativo penal.

A hermenêutica que melhor se harmoniza com o tema enfrentado é, sem dúvida alguma, a *teoria da integridade*, de Ronald Dworkin,<sup>4</sup> adaptada à *teoria neo-institucionalista do processo* (devido processo Constitucional),<sup>5</sup> em que as partes, através do discurso, garantido o **contraditório** e a **ampla defesa**, irão construir a sentença a ser proferida. Importante lembrar que a hermenêutica proposta por Dworkin nos impõe a análise de que, todas as vezes que analisarmos um princípio ou regra, devemos, necessariamente, observar com minúcia outro princípio ou regra diametralmente oposta – situação que, perfeitamente, adapta-se ao caso concreto examinado como paradigma.

Primeiramente, em nosso modesto entender, o aborto anencefálico é fato atípico perante o Ordenamento Jurídico Constitucional de 1988. Depois, com arrimo no princípio da dignidade humana, todas as decisões do Judiciário devem se assentar sobre o referido princípio. Nesse modo de ver é a lição que extraímos dos ensinamentos da professora GISELA BESTER:

A dignidade da pessoa humana é o valor supremo que norteia e atrai o conteúdo de todos os demais direitos fundamentais em nosso ordenamento; é o princípio que se sobrepõe a tudo e em primeiro lugar, por isso considerado megaprincípio, superprincípio.<sup>6</sup>

No caso em tela, tendo em vista o princípio da dignidade humana posto em oposição ao direito à vida, conforme ensina a hermenêutica de Dworkin (*teoria da integridade*), adaptada à teoria do devido processo constitucional, infere-se que o aborto anencefálico é fato atípico, permitido e tutelado após a CR/88, tendo em vista que a saúde da mãe pode ser afetada física, moral e psicologicamente.

Como explanado, o legislador de 1940 não possuía, na época, respaldo técnico médico-científico suficiente para elencar a *anencefalia* como mais uma das excludentes descritas no art. 128 do Código Penal. Todavia, o Judiciário não pode se escusar de declarar a atipicidade do caso em tela, visto que a dignidade humana (*lato sensu*) e a saúde da gestante não podem ser comprometidas por falta de previsão legal infraconstitucional. De qualquer forma, quando a Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da dignidade humana, como fundamento maior do Estado, por si só desobriga a gestante de enfrentar a triste sina da gestação de feto que não possuirá vida ultra-uterina, e que lhe comprometerá a saúde em vários níveis.

Repetindo, a saúde da gestante será afetada se a gestação de feto anencefálico for conduzida até o seu nascimento. Nesse caso, o princípio da legalidade estará sendo desrespeitado porque a CR/88 tutelou, no artigo 6º, *caput*, a **saúde** como direito social, e o

4- ZIMMERMANN, Augusto. Princípios Fundamentais e interpretação Constitucional - análise meta-jurídicos, fundamentos axiológicos do ordenamento constitucional. p. 5 e 6. Disponível em: <[http://www.achegas.net/numero/nove/augustu\\_zimmermann\\_09.htm](http://www.achegas.net/numero/nove/augustu_zimmermann_09.htm)>. Acesso em: 25 de outubro de 2005.

5- LEAL, Rosemíro Pereira. Teoria Geral do Processo. 3.ed. Porto Alegre: Síntese, 2000, p.97-98.

6- BESTER, Gisela, Direito Constitucional, vol. 1 – Fundamentos Teóricos, São Paulo: Manole, 2005, p. 289-290.

7- ZIMMERMANN, Augusto. Fonte e lugar citados.

artigo 196 da mesma Carta Magna tem por finalidade proteger a *saúde* dos cidadãos, em sentido *lato*.

Além da ofensa ao princípio da legalidade, em caso de proibição de antecipação terapêutica de parto, também os princípios da autonomia da vontade e da liberdade, todos positivados na CR/88, estarão sendo desrespeitados.

No feto anencefálico, como defendido pelos técnicos da área médica, há ausência de vida, havendo somente resquícios de impulsos cerebrais concernentes à vida humana. Ora, se não existe vida, não procede a intervenção repressiva do Direito Penal.

Por outro lado, se não bastasse a mãe ter sua dignidade ofendida com a não permissão para a realização da terapia de antecipação de parto, em caso de anencefalia, o feto que também nascerá terá sua dignidade desrespeitada. Nesse ponto, colhe-se a lição do professor Jurandir Sebastião sobre o tema *aborto eugenésico*, acentuando que, em determinadas situações, deve-se analisar a possibilidade de *sobrevivência* do nascituro, com um *mínimo de dignidade*. Eis suas palavras:

... Enquanto não vem a lei, o critério determinante não deve ser apenas o da gravidade da *doença*. Mais que isso e com prevalência, deve-se levar em conta o da *possibilidade de sobrevivência* do nascituro, com um mínimo de dignidade. É o caso, por exemplo, de identificação na gestante de *gêmeos siameses*, com órgãos vitais únicos, a exigir, após o nascimento e com *certeza*, o *sacrifício* de um deles, para preservar a precária *possibilidade* de sobrevivência do outro. Que juiz irá negar autorização para o aborto eugenésico nessa hipótese?<sup>8</sup>.

Ao nosso modesto ver, a situação de *anencefalia* é mais grave do que a de fetos *siameses*, porque, como já dito, os fetos anencefálicos não têm perspectiva alguma de vida, não sobreviverão com “*um mínimo de dignidade*”, afrontando assim, por si só, toda ordem Constitucional, já que esta erige, como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, o da dignidade humana.

Desse modo, no âmbito da abordagem constitucional, a conclusão não exige maiores ilações, visto que o objetivo da análise hermenêutica sobre o caso de fato examinado é dar a máxima efetividade<sup>9</sup> ao que está consagrado na Constituição.

## 6. AANÁLISE NO ÂMBITO PENAL

No que tange às possibilidades da aplicação penal, agasalhemos três teses: a primeira é a de *crime impossível*; a segunda, de *inexigibilidade de conduta diversa*; e, por último, a *teoria da responsabilidade normativa*. Todas elas respaldadas nos princípios constitucionais supramencionados. E tratando-se, especificamente, da abordagem penal, esta há de passar pelo filtro Constitucional, destacando-se o princípio da intervenção mínima<sup>10</sup>. Este, imanente ao Direito Penal recepcionado pela Constituição de 1988, entende que a repressão Estatal só deverá ocorrer no seio da sociedade com a finalidade de proteger os seus bens jurídicos mais relevantes.

8- SEBASTIÃO, Jurandir. Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética. 3ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey Ltda., 2003, p. 224.

9- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 44.

10- GALVÃO, Fernando. Direito Penal - Parte Geral, Niterói-RJ: Impetus, 2004, p. 88.

Em relação ao *crime impossível*, com sustento no artigo do 17, do CP, o feto anencefálico já está morto dentro do ventre materno, ou seja, inexistente a possibilidade jurídica de incriminar a genitora, porque a figura típica do *aborto* é a cessação da gravidez, antes do tempo normal, causando o óbito do feto. Portanto, não vislumbramos possibilidades de haver *aborto* quando o caso provier de anencefalia, uma vez que o objeto jurídico protegido é a *vida* do feto, e, se o feto não tem vida, o fato impossibilita a consumação da ação criminosa.

Para consolidar a configuração de crime impossível, mister se faz a comprovação de que a gestante trazia em seu ventre um feto anômalo, especificamente anencefálico, o que perfeitamente se faz hoje, através da ultra-sonografia. Nesse sentido, com propriedade leciona Guilherme de Souza Nucci:

“é preciso que a gestação seja, de algum modo, comprovada, pois “provocar” aborto implica em matar o feto. Se não existe ou já estava morto, trata-se de crime impossível.”<sup>11</sup>

No que toca à tese de *crime impossível*, maiores ilações são desnecessárias.

Passemos, agora, à tese da *inexigibilidade de conduta diversa*. Esta se configura no momento em que não se poderia ser exigir da gestante outra atitude senão o aborto, visto que sua saúde física, moral e psicológica corre o risco de ser prejudicada, sem falar na tristeza e angústia de saber que não poderá usufruir da presença dessa criança.

Por fim, defendemos uma terceira tese, no âmbito do Direito Penal, totalmente própria ao presente trabalho, que é a *teoria da responsabilidade normativa*,<sup>12</sup> de Klaus Roxin. Este argumenta, com absoluta propriedade, que, em situações como a do caso em tela, não existe a necessidade efetiva de aplicação de pena ao agente autor do delito, tendo em vista que o sofrimento e a tortura por que essa gestante passa, por não poder obter o privilégio ímpar de ser mãe, por si só é a pior das penas.

## 7. A POSIÇÃO DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

Após analisarmos as teses que julgamos passíveis de serem defendidas a favor da descriminalização do aborto de feto anencefálico, passemos a considerar a posição da doutrina e da jurisprudência, ambas analisadas com extrema propriedade pela juíza Dra. CLÁUDIA APARECIDA SALGE, em seu substancioso artigo *Aspectos Criminais do Aborto*, publicado na última edição da revista UNIJUS. Essa mesma articulista, em um segmento de seu trabalho, também analisou a ADPF- 54, afirmando que a atual tendência da jurisprudência é permitir o aborto de fetos anencefálicos, com base em pareceres médicos que atestariam a impossibilidade de sobrevivência do feto<sup>13</sup>.

Vejamos a lição da autora supra citada:

“O aborto de feto com anomalias genéticas envolve questões de natureza cultural, social e, principalmente, de saúde. A solução para o problema exige que

11- NUCCI, Guilherme de Souza, Código Penal Comentado – Parte Especial, título I, capítulo I, 5ª edição, São Paulo: 2005, p. 516.

12- MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, número 6, p. 23.

13- SALGE, Cláudia Aparecida. Aspectos Criminais do Aborto. Revista Jurídica UNIJUS, Vol. 8, nº 9, Uberaba: Universidade de Uberaba, novembro de 2005, p. 239.

sejam envidados esforços conjugados pela sociedade e pelo poder Público, através de um trabalho voltado para assistência médica, psicológica e financeira às famílias que se encontrarem nessa situação. O que deve ser evitado é a banalização da vida de um pequeno e indefeso ser humano, que não pode ser considerado um objeto descartável.”<sup>14</sup>

Do que depreendemos desse trabalho, a autora cuidou da generalidade “*anomalias genéticas*”. Ao nosso ver, o feto anencefálico, não obstante ser subespécie dessas anomalias genéticas, possui elevado nível de gravidade, com peculiaridades ímpares, permitindo-nos dizer que estamos lidando com um feto praticamente sem vida, visto que possui escassa massa encefálica, fator que valida a morte cerebral, por antecipação.

Portanto, entendemos que, em se tratando de feto anencefálico, deve-se tomar o cuidado de realizar todos os exames possíveis, com o fito de exaurir quaisquer dúvidas quanto à anomalia de feto anencéfalo. Uma vez comprovado tratar-se de feto anencefálico, restará claro a impossibilidade de sobrevivência com um mínimo de vida com dignidade, sendo que a melhor solução será **facultar à gestante** a escolha de abortar ou não, em tais casos, tendo em vista os argumentos até aqui tratados. Registre-se, por acréscimo, que o injusto sofrimento da gestante e futura mãe também é compartilhado pelo pai.

## 8. CONCLUSÃO

Com base no paradigma do Estado Democrático de Direito, fica evidente que, em se tratando de antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico, a celeuma sobre *discriminalizar* ou não é irrelevante, porque a CR/88 tem como fundamento predominante o princípio da dignidade humana. Esse princípio, por corolário, traz consigo o da *legalidade*, da *liberdade* e da *autonomia da vontade*, além do direito à *saúde*, sendo de clareza solar que, na hipótese de feto anencefálico, interromper a gestação por esses fundamentos há de ser **faculdade exclusiva da gestante**.

Mister frisar que a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, ao postular o pedido de permissão para antecipação terapêutica de parto, representa a classe médica, que, por sua vez, defende a saúde das diversas mães que se encontram grávidas com feto anencefálico. Se, pelo mérito, o STF acolher o pedido, as gestantes de fetos anencefálicos terão a faculdade de decidir se interrompem ou não a respectiva gestação, em exercício do princípio da autonomia. E, pelo lado da Medicina, os médicos estarão autorizados a praticar a antecipação terapêutica de parto.

O pedido formulado na ADPF de n.º 54 está em total harmonia com a ordem jurídica constitucional estabelecida na CR/88. Dessa forma, ao nosso ver, com a liminar foram tutelados os princípios e direitos fundamentais descritos, sustentáculos de nossa posição, razão pela qual, com o devido respeito, não conseguimos compreender a decisão do pleno do Supremo Tribunal Federal que, em 20 de outubro de 2004, por maioria, cassou a liminar e, até o momento destas anotações, não julgou o mérito.<sup>15</sup>

Pelo nosso modesto ver, o pedido formulado e a liminar concedida fundamentam-se

14- Idem, p. 240.

15- Site [stf.gov.br](http://stf.gov.br)

no paradigma teórico do Estado de Direito Democrático. E, para concluir, transcrevemos a ementa de recente julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que retrata, fielmente, o ponto de vista por nós defendido:

“Ementa Oficial: A ausência de previsão autorizativa no artigo 128 do Código Penal não impede que o Judiciário analise o caso concreto e o resolva à luz do bom senso e da dignidade humana, preocupando-se com a saúde da própria mãe. Havendo constatação médica de inviabilidade da vida pós-parto, dada a ausência de calota craniana no feto – anencefalia -, o Judiciário deve autorizar a interrupção da gravidez, até como medida de prevenção profilática à genetriz” (Ap. 515.561-1 – 13.ª Câmara Cível-j. 04.08.2005 – Rel. Des. Francisco Kupidowski – DOMG 08.10.2005).<sup>16</sup>

### **9. Abstract:**

*This work opens space to debate about anencephalic abortion the dispatched concede by the Supreme-Court ADPF-54, target defend Human being dignity middle to caution remove illicit punishment, lighth interpretation of the constitution.*

**Key-words:** *Constionary control. Democratic state law. Human being dignity. Anencephalic abortion.*

### **10. REFERÊNCIAS**

ZIMMERMANN, Augusto. **Princípios Fundamentais e interpretação Constitucional** - Análise meta-jurídicos e fundamentos axiológicos do ordenamento constitucional. Disponível em: <[http://www.achegas.net/numero/nove/augustu\\_ziemmermann\\_09.htm](http://www.achegas.net/numero/nove/augustu_ziemmermann_09.htm)>.

Acesso em: 25 de outubro de 2005.

BESTER, Gisela. **Direito Constitucional**, vol. I – Fundamentos Teóricos, São Paulo: Manole, 2005.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal - Parte Geral**, Niterói-RJ: Impetus, 2004.

HABERMAS. Jürgen, **Direito e Democracia**: entre Faticidade e Validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v.1.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, nº 6.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2.005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**, Volume I, 7. ed, São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**, Volume I, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SALGE, Cláudia Aparecida. **Aspectos Criminais do Aborto**. Revista Jurídica UNIJUS, vol. 8, nº 9, Uberaba: Universidade de Uberaba, novembro de 2005.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética**. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TAVARES, Juarez, **Teoria do Injusto Penal**, Editora Del Rey, 3ª ed. Belo Horizonte, 2003.

VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. **Hermenêutica Constitucional**, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002.

VILELA, Elaine Morelata E. Mendes, Iralnilde José Messias. **Desmedicalizando o conceito de saúde**, Ribeirão Preto, Holos; 2.000.

16- Revista dos Tribunais, ano 94, volume 842, dezembro de 2005. p. 291.





# EFICÁCIA IMEDIATA DA SENTENÇA E REFORMA PROCESSUAL

Anita Caruso Puchta<sup>1</sup>

## Resumo:

Este estudo visa demonstrar a necessidade de alteração da regra dos efeitos do recurso de apelação, previstos no art. 520 do CPC ou, mais precisamente, ensejar que o recurso de apelação tenha efeito meramente devolutivo e proporcione a execução imediata da sentença, para que se cumpram os princípios do processo civil bem como a efetividade do processo e se estabeleça coerência no sistema processual vigente após a introdução do instituto da tutela antecipada e de outras reformas. Visa, também, a inibição do excesso dos recursos nos tribunais, tendo em vista maior funcionalidade e rapidez.

**Palavras-chave:** Execução provisória da sentença. Recurso de apelação. Efeitos suspensivo e devolutivo. Art. 520 do CPC.

## SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Reforma processual de 2005/2006 e alterações da regra dos efeitos do recurso de apelação – 3. Natureza Jurídica da execução provisória 4. Tendência da execução provisória em outros países – 5. Conflito entre princípios: *Fare presto x Fare Bene* (Segurança jurídica e efetividade – 6. Garantias Processuais e Judiciário deficitário – 7. Tutela antecipada e execução provisória: incoerência do sistema processual vigente – 8. Propostas de reforma do CPC: transformar exceção em regra – 9. Recurso de Apelação: efeitos suspensivo e devolutivo – 10. Coisa Julgada e Imperatividade – 11. Princípios do Processo Civil e Execução imediata da sentença – 12. Busca da verdade e Receio de injustiças – 13. Abuso do direito de recorrer e execução provisória – 14. Valorização do juiz de primeiro grau e auto-executoriedade dos atos administrativos – 15. Processo Civil de resultados e deformalização – 16. Danos econômicos provocados no processo – 17. Títulos executivos judiciais (sentenças) e títulos executivos extrajudiciais (títulos de crédito) – 18. Segurança Jurídica e Processo Ausente de Resultados: deteriorização de resultados – 19. Diminuição dos Recursos Protelatórios – 20. Solução judicial em prazo razoável: direito fundamental do cidadão – 21. Confronto entre apelação cível e recurso ordinário na Justiça do Trabalho – 22. Sociedade: centro de gravidade do direito – 23. Sentença Judicial e Sentença Arbitral Extrajudicial – 24. Devido processo Legal: *due process of law* – 25. Ação monitória e execução imediata – 26. Alimentos decorrentes de relação de família e alimentos decorrentes de ato ilícito – 27. Tutela Inibitória e execução imediata da sentença – 28. *A nulla executio sine titulo* no Estado Contemporâneo – 29. Inexistência de Patrimônio – 30. Execução imediata e Juizados especiais – 31. Conclusões – 32. *Sintesi* – 33. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O Estado necessita cumprir sua função de compor conflitos, visando o bem comum, mas tal poder-dever está sendo muito prejudicado diante do sistema processual de que dispõe, que está em descompasso com o ritmo célere da sociedade contemporânea.

1- Procuradora do Estado do Paraná. Especialista em Direito Processual Civil pelo IBEJ – PR. Mestranda em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. E-mail: anitacarusopuchta@yahoo.com.br



O Poder Judiciário, juntamente com o sistema processual, deveriam se adaptar à atual revolução tecnológica. A sociedade contemporânea está em crescente transformação, tornando-se cada vez mais complexa. Toda essa complexidade necessita de um sistema processual apto para corresponder a tais exigências.

Atualmente, as relações sociais são céleres, funcionais, práticas, decorrentes da transformação dos meios de comunicação, informatização, internet, correio eletrônico, *web-cam*, *chat*, telefonia móvel, TV a cabo, etc.

O sistema processual existe para pacificar e produzir resultados, portanto, precisa estar inserido na cultura da sociedade, sendo esta atualmente célere, funcional e que, num processo contínuo, se desprende de mentalidades arcaicas.

O processo civil contemporâneo deveria estar em sintonia com toda essa transformação, com mecanismos que se ajustem a esse dinamismo. As instituições que não se adaptam tendem à extinção e/ou inutilidade. O processo civil brasileiro, com o movimento instrumentalista, está evoluindo, mas, lamentavelmente, não no ritmo em que se converte a sociedade.

Com a introdução da tutela antecipada, inibitória e específica, juizados especiais, ações coletivas, ação monitória, súmulas impeditivas de recursos, restrição ao agravo de instrumento e outras alterações, houve relevante avanço no processo civil brasileiro, sendo que essas modificações estão voltadas para a ordem jurídica justa.

Observa-se que toda vez que se inova ou se está com certa tendência à inovação, encontra-se resistência por parte dos que não conseguem evoluir e acompanhar a crescente complexidade e exigência da sociedade atual. A praxe forense é formalista, repleta de mitos e, na maioria das vezes, não está voltada para resultados efetivos. São esses entraves que a efetividade do processo e o movimento do acesso à justiça tentam remover.

O direito processual necessita inserir-se nesse contexto, principalmente na imperatividade das decisões judiciais. Quando se fala em alterações da lei processual civil, os legisladores devem estar conscientes que tudo deve estar voltado para a rapidez e o maior resultado útil possível, garantindo os direitos fundamentais dos cidadãos.

Resta claro que não é possível olvidar a segurança jurídica, mas não levá-la às últimas conseqüências, deixando as decisões judiciais sem projeção real na vida das pessoas e concorrer para a procrastinação do processo. Também não se deve esquecer o contraditório, porém não extremá-lo a ponto de ferir outros princípios como o acesso à justiça, o devido processo legal e a efetividade do processo. Para concretização do princípio do contraditório, é necessário que haja no processo a igualdade das partes, sendo que essa isonomia está fortemente relacionada com o assunto ora apresentado.

O Poder Judiciário necessita de maior credibilidade, pois está fortemente inserido em conquistas democráticas. A execução imediata da sentença contribui para a funcionalidade da máquina judiciária e, conseqüentemente, para maior credibilidade desse poder que, nos últimos anos, foi tão questionado pela mídia brasileira. Em se tratando de um estado democrático de direito, o processo civil deve atender a todas as classes sociais, evitando práticas elitistas.

Será estudada, neste trabalho, a execução imediata da sentença ou, em outras palavras, execução provisória, que estabelece como regra o recurso de apelação com efeito meramente devolutivo. A execução imediata está em consonância com a tutela antecipada prevista no

ordenamento jurídico brasileiro há mais de dez anos, sendo que ambas estão direcionadas para uma tutela jurisdicional mais justa e adequada, e reduzem o tempo necessário para a realização dos direitos. Com efeito, a execução imediata diminui o tempo para se iniciar a execução da sentença.

## 2. REFORMA PROCESSUAL DE 2005/2006 E ALTERAÇÃO DA REGRAS DOS EFEITOS DO RECURSO DE APELAÇÃO

As recentes alterações do Código de Processo Civil brasileiro estão em consonância com toda uma trajetória do processo civil brasileiro dos últimos anos.

Estão em conformidade com o art. 103-A da Constituição Federal<sup>2</sup> que prevê a súmula vinculante. A idéia de súmula impeditiva de recursos é um grande avanço, uma conquista da efetividade do processo e do desafogamento do Judiciário.<sup>3</sup>

Atualmente, há uma crescente evolução nas comunicações, existe processo eletrônico na Justiça Federal, que vai ao encontro da idéia de adaptação do processo civil à atual revolução tecnológica, principalmente dos meios de comunicação.

A tônica da recente reforma processual é a diminuição de recursos, principalmente os protelatórios, visando a funcionalidade do sistema.

Este estudo defende a eliminação do efeito suspensivo da apelação. Já foi alterado o CPC, com a previsão da súmula impeditiva do recurso de apelação, em determinados casos. Atualmente, tramita projeto de lei sobre o recurso de apelação sem efeito suspensivo como regra. Ambos os projetos, como o que já foi aprovado e o que está em trâmite, têm como meta, entre outras, a aceleração do processo, sua efetividade e inibição do excesso de recursos nos tribunais, como também proporcionar a execução imediata da sentença.

Se a Constituição Federal de 1988, em virtude da Emenda nº 45 de 08 de dezembro de 2004, instituiu a súmula vinculante, não faz o menor sentido manter infundáveis julgamentos

---

2- Art. 103-A da Constituição Federal: "O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei."

3- Já dizíamos em artigo publicado na Revista de Direito Processual Civil Nº 35. Editora Gênesis. Tendências da execução provisória no processo civil brasileiro. p. 13-14: Com as últimas alterações do art. 557 do CPC, conferiu-se ao relator decidir monocraticamente, no sentido de negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de outro Tribunal Superior. Trata-se, nesse caso, de grande avanço, pois se elimina grande parte de recursos protelatórios, abrاندando o abuso do direito de recorrer e o tempo que o processo permaneceria no tribunal sem motivo plausível e sem dar início à execução. Inobstante, resta a incoerência: esperar que um magistrado que não acompanhou o processo venha a decidir monocraticamente sobre o seguimento do recurso e, posteriormente a essa decisão, possa atribuir executividade à sentença. Seria mais lógico que, nesses casos, a decisão fosse dotada de primeiro grau de imperatividade. Por que esperar a decisão monocrática de 2º grau? Tem-se notícia de que há Tribunal de Justiça no Brasil que leva mais de três anos para distribuir a apelação. Não tem sentido a parte vencedora esperar tanto tempo, principalmente nas situações em que a sentença está baseada em jurisprudência dominante ou súmulas do STF e Tribunal Superior.(...) Há de se observar que, não havendo decisão colegiada, simplesmente troca-se a decisão do relator pela do juiz que efetivamente conheceu da causa. É mister averiguar a consonância da sentença com as súmulas, para diminuir a lentidão da marcha processual. Com certeza, deixando-se para o juiz a quo atribuir executividade imediata em sentença baseada em súmula ou jurisprudência dominante, contribui-se para um maior resultado em menor tempo útil. Caso o sucumbente não concorde com a decisão, pode dela recorrer. Não faz sentido esperar mais tempo para chegar à conclusão de que a sentença está baseada em súmulas ou jurisprudência dominante, se isso já pode ser sinalizado no juízo de 1º grau, oportunizando melhor funcionalidade na execução da sentença. Veja-se que, com essa alteração, há duplo ganho de tempo, pois se elimina o tempo despendido em recurso de apelação, contra-razões, distribuição, pronunciamento do relator decidindo sobre o artigo 557 e publicação.(...) Com o sistema atual, perde-se todo o tempo no tribunal e, depois, muito tempo até a garantia do juízo. Ora, isso é incoerente e necessita de reformas urgentes, adaptando-se o art. 520 ao artigo 557 do CPC.(...)



ou recursos que emperram a máquina judiciária e contrariam a índole constitucional.

A súmula vinculante prevista na Constituição Federal e, recentemente, na reforma processual <sup>4</sup>, proporciona o impedimento de recursos cujo tema os tribunais superiores já tenham decidido e pacificado. É preciso ser prático, não há justificativa para decisões e recursos contrários aos entendimentos convergentes da última instância. Tais recursos sempre contribuíram para a morosidade da prestação jurisdicional, e o impedimento do recurso, nessas hipóteses, vem diminuir acentuadamente esse problema. Vale ressaltar que o agravo de instrumento, atualmente, depois da reforma, só é possível se houver hipótese de a decisão causar à parte lesão grave ou de difícil reparação, mas também é possível no caso em que o recurso de apelação não houver sido admitido, ou não houver sido recebido com efeito suspensivo. E aqui se observa a sistematização dos projetos, pois a matéria já está relacionada com o projeto em trâmite do recurso de apelação sem efeito suspensivo como regra.

Como já expusemos, havia somente previsão de o relator no tribunal impedir recurso de apelação de sentença baseada em súmula, mas agora o magistrado de primeiro grau fará isso, tudo em conformidade com o princípio da economia processual, celeridade e efetividade do sistema.

É importante ressaltar que há necessidade de adaptação a todas essas modificações, não só operacionalmente, mas também na mudança de mentalidade. Toda essa recente reforma processual rompe com a barreira mítica do formalismo exacerbado no judiciário. É necessário que os operadores jurídicos sejam receptivos para com as inovações, essenciais mesmo para a observância dos princípios gerais do processo civil e a efetividade processual.

O processo deve estar a serviço do direito material, para que o desiderato aqui preconizado se concretize, sendo absolutamente necessário um judiciário estruturado de tal modo a ter eficácia em suas decisões.

Como já expusemos em trabalho publicado em 2005, divergências no Judiciário só desgastam tal poder.<sup>5</sup>

A restrição do agravo de instrumento, a súmula impeditiva de recurso e o recurso de apelação sem efeito suspensivo como regra estão inseridos em uma sistemática em que se fortalecem as decisões dos magistrados de primeiro grau, como também se restringem os recursos protelatórios.

### 3. NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA

Não é pacífica a doutrina no que se refere à natureza jurídica da execução provisória. Mas Federico Carpi, um dos maiores estudiosos sobre o tema, assim argumenta:

*Essa non ha natura cautelare, pur essendone innegabile la funzione lato sensu cautelare, più o meno accentuata a seconda dei casi. L'esecuzione provvisoria anticipa effetti propri della sentenza di merito, e normalmente*

4- § 1º do art. 518 do CPC: “O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal” (alterado pela lei 11.276/2006).

5- PUCHTA. Anita Caruso. Tendências da execução provisória no Processo Civil brasileiro. Revista de Direito Processual Civil nº 35. Curitiba. Editora. Gênese. p.18 Já afirmávamos: Decisões conflitantes não contribuem para a credibilidade do judiciário e, muito pelo contrário, desgastam acentuadamente tal poder. A sentença baseada em súmulas e sua irrecorribilidade prestigiam a tutela jurisdicional adequada, assim como a execução imediata da sentença.

*sopravvive in tali effetti, se il processo si estingue, determinando il passaggio in giudicato della sentenza. L'anticipazione si realizza a scopo satisfattivo del diritto alla cui tutela è preordinato il processo, sia che la fonte dell'esecutorietà derivi da una norma ad hoc, sia che venga disposta per provvedimento del giudice.*<sup>6</sup>

Trata-se de uma espécie de antecipação da tutela. Considerando que não se espera a confirmação pelo tribunal para iniciar a execução da sentença, antecipa-se a tutela já deferida na sentença apelável. Não se confunde com tutela cautelar, inobstante existirem alguns pontos semelhantes, tendo em vista que a cautelar visa assegurar o resultado útil de um outro processo e a eficácia imediata da sentença visa antecipar tutela do mesmo processo em que é concedida.

Existem certas confusões entre cautelar e tutela antecipada, em virtude de que, na época que inexistia previsão expressa de tutela antecipada, usava-se o termo cautelar em ações que não eram propriamente cautelares, mas procedimentos de antecipação da tutela, pois realmente antecipavam o resultado útil e não asseguravam o resultado de um processo posterior.

Adolfo Perez Gordo, na obra *La ejecución provisional e en proceso civil*, traz diferenciação entre a tutela cautelar e a execução provisória da sentença, ao afirmar que:

Enquanto a primeira não pode ter uma extensão maior do que a de mera garantia ou de segurança de uma sentença hipotética e futura, a execução provisória, além de permitir a invasão da esfera jurídica do executado, pode levar à própria satisfação do exequente<sup>7</sup>.

Sobre o tema, assim leciona Luiz Guilherme Marinoni:

É possível dizer que tanto a execução provisória da sentença que condena ao pagamento de soma, quanto a tutela antecipatória sumária de pagamento de soma satisfazem o direito de crédito, e que isto obviamente não é o mesmo que lhe dar simples proteção cautelar. Não deve ter sido por outra razão, aliás, que Giovanni Verde<sup>8</sup> afirmou, em tom incisivo, que seria sinal de escassa honestidade intelectual, ou ainda de ingenuidade não escusável, pensar que o pagamento que satisfaz um crédito alimentar, ainda que fundado em um provimento cautelar, não implique satisfação de crédito, “ma serva meramente a cautelarlo.”<sup>9</sup>

A obsoleta e rígida separação do processo de conhecimento e de execução enseja inefetividade. Um sistema no qual se prevê tutela antecipatória no processo de conhecimento não pode permanecer nos moldes de outrora.

A mentalidade de que tudo deve ser transformado em pecúnia fez proliferar sentenças

6- CARPI, Federico. *La provvisoria esecutorietà della sentenza*. Milano. Giuffrè, 1979. p. 57.

7- GORDO, Adolfo Perez. *La ejecución provisional en el proceso civil*. Barcelona: Bosh, 1973. p. 42, citado por MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (individual e coletiva)*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003. p. 247.

8- VERDE, Giovanni. *L'attuazione della tutela d'urgenza: la tutela d'urgenza*. Rimini: Maggioli, 1985. p. 92, citado por MARINONI, *Tutela inibitória ...*, p. 249.

9- MARINONI, *Tutela inibitória ...*, p. 249.



condenatórias e, sendo estas não satisfativas, pois precisam de ulterior execução, aumentou a problemática da inefetividade. Necessita-se adaptar tal sentença condenatória à realidade contemporânea, dando-lhe eficácia imediata, como também introduzir outros mecanismos para sua real funcionalidade.

Atualmente, existem técnicas processuais de prevenção e específicas (art. 461 do CPC e 84 do CDC) e isto deve ser realmente utilizado pelos operadores do direito. Não basta previsão de normas comprometidas com o devido processo legal, os operadores do direito têm que se adaptar às reformas e utilizar eficazmente institutos inovadores e céleres.

#### 4. TENDÊNCIAS DA EFICÁCIA IMEDIATA DA SENTENÇA EM OUTROS PAÍSES

Alcides de Mendonça Lima<sup>10</sup>, em 1976, há trinta anos, em estudo sobre recursos cíveis, dizia que a execução provisória deveria ser a regra e que, na época, já era a tendência de países europeus.

Atualmente, a execução provisória está bastante abrangente na França.

Paulo Henrique dos Santos Lucon informa sobre o sistema francês:

O juiz de primeiro grau pode, de ofício ou a requerimento das partes, determinar a execução provisória da sentença toda vez que reputar necessária ou compatível com a natureza da causa (art. 515), mediante decisão fundamentada segundo orientação doutrinária e jurisprudencial prevalente (execução provisória *ope judicis*). Ou seja, como no sistema germânico e Belga, aqui a apelação tem sempre efeito suspensivo, mas o juiz tem ampla liberdade para conceder a execução provisória (arts. 514 e seguintes, 524 e 539). Verifica-se no ordenamento jurídico francês um sistema misto: em algumas hipóteses é “*ope legis*”, em outras é “*ope judicis*”.<sup>11</sup>

Na Itália, a execução provisória foi evoluindo e ficando mais abrangente, até que se tornou regra. Assim diz o art. 282 do CPC italiano:

“La sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva tra le parti”. Assim, a reforma italiana eliminou o efeito suspensivo como regra, sendo que o art. 283 previu a suspensão da execução em caso de grave motivo.

Em Portugal, Espanha e Uruguai a apelação tem efeito suspensivo, mas sua execução provisória pode realizar-se, desde que oferecida caução idônea<sup>12</sup>.

O *caput* do artigo 520 do Código de Processo Civil Brasileiro assim dispõe: “A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo”. Observa-se que este artigo está em descompasso com os avanços processuais até agora obtidos, pois a execução provisória e a tutela antecipada devem caminhar conjuntamente dentro de uma visão sistemática do direito processual.

10- LIMA, Alcides de Mendonça. Introdução aos recursos cíveis. 2. ed. São Paulo: RT, 1976. p. 293.

11- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Eficácia das decisões e execução provisória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 104.

12- LUCON, op. cit., p. 142.

## 5. CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS *FARE PRESTOE FARE BENE* – SEGURANÇA JURÍDICA E EFETIVIDADE

Na defesa da eficácia imediata da sentença como regra, é importante ter em mente a efetividade do processo, em que está inserido o acesso à justiça, isto é, o acesso à ordem jurídica justa. É preciso tentar eliminar ou, ao menos, minimizar o grave problema da dificuldade de acesso ao judiciário, bem como sua falta de credibilidade. Esta seria, em suma, a litigiosidade contida, expressão inicialmente utilizada no Brasil, por Kazuo Watanabe, como também a lentidão processual. Assim, o princípio da efetividade, inserido no princípio do acesso à justiça, atualmente é garantia da CF, cujo art. 5º, inciso XXXV, dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Os que poderiam negar a necessidade de execução provisória como regra teriam a possibilidade de dizer: “Executar sentença não confirmada ainda pelo tribunal é ofender a segurança jurídica”. Ora, nada mais estranho, pois no conflito entre princípios há de prevalecer o garantido na Constituição da República que é o princípio do acesso à ordem jurídica justa e à efetividade do processo.

Mesmo que o acesso à justiça não estivesse inserido na Constituição Federal, o que não é o caso, prevaleceria o princípio da efetividade, pois quando há conflito entre princípios, aplica-se a proporcionalidade e razoabilidade e, nesta situação, não é razoável nem proporcional aplicar o questionável princípio da segurança em detrimento da efetividade do processo e do acesso à justiça, que é o reclamo supremo da sociedade hodierna.

Até mesmo levar ao extremo o princípio da segurança jurídica é o equivalente a negá-lo, porque não há segurança com grande distância entre o fato que lesou direitos e a tutela prestada, como também processo ausente de garantias a quem já conseguiu uma sentença favorável.

O anseio da sociedade atual é de um processo efetivo e não de segurança absoluta que, aliás, jamais existiu, independentemente do sistema processual adotado.

Sobre segurança jurídica, assim explica Cândido Rangel Dinamarco:

A verdade e a certeza são dois conceitos absolutos e, por isso, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo (a “segurança jurídica”, como resultado do processo, não se confunde com a suposta certeza, ou “segurança”, com base na qual o juiz proferiria os seus julgamentos). O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção destes nas categorias adequadas. No processo de conhecimento, ao julgar, o juiz há de contentar-se com a probabilidade, renunciando à certeza, porque o contrário inviabilizaria os julgamentos. A obsessão pela certeza constitui fator de injustiça (...)<sup>13</sup>

## 6. GARANTIAS PROCESSUAIS E JUDICIÁRIO DEFICITÁRIO

A morosidade processual dá ênfase a tal pensamento: tendo em vista a dificuldade

13- DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 318.



de realização do direito, são efetuados acordos inescrupulosos em prejuízo do autor, que muitas vezes prefere receber menos do que teria direito para evitar a longa espera e os danos ocasionados por esse motivo.

O Estado-juiz, restando silente ante esse estado de coisas, transforma-se em conivente e acaba permanecendo do lado do réu. Isso deve ser ao menos abrandado com os estudos do processo civil contemporâneo.

O Estado precisa evitar que o autor aufira vantagens e negocie tanto com o tempo, que está sempre a seu favor.

No Direito Processual, como nas demais ciências, deve haver um bom-senso, não se pode levar ao extremo garantias processuais a ponto de causar prejuízos a quem submete suas reivindicações ao judiciário. O equilíbrio está em conservar liberdades conquistadas democraticamente, sem ferir os direitos fundamentais do cidadão.

Após as idéias iluministas da Revolução Francesa, o direito foi tratado como se fosse uma ciência exata, buscando certeza absoluta, algo inconcebível nas ciências humanas. Tudo por causa da desconfiança no Poder Judiciário da época. Esse estado de coisas fez prolongar ainda mais os procedimentos, o que, aliado à constante mutação da sociedade, tornou a máquina judiciária realmente deficitária perante os receptores de tal serviço público.

A executividade imediata da sentença apelável, como regra, juntamente com outras inovações, vêm diminuir acentuadamente essa problemática.

## 7. TUTELA ANTECIPADA E EXECUÇÃO PROVISÓRIA – INCOERÊNCIA DO SISTEMA PROCESSUAL VIGENTE

Pressupõe-se que a ordem jurídica seja um sistema harmônico e interligado de normas. Houve, claramente, uma quebra dessa tão almejada harmonia, com a introdução da tutela antecipada sem alteração dos efeitos dos recursos. A insuficiência de execução provisória *ope legis*, prevista no art. 520 do CPC, está em descompasso com os avanços processuais até agora obtidos.

A regra do *caput* do art. 520 deveria ser adaptada ao novo sistema implantado após a reforma processual de 1994.

Com a introdução da tutela antecipada no processo civil brasileiro, criou-se uma incoerência no sistema processual. Ocorre que se dá maior relevância a uma decisão de cognição sumária do que a uma de cognição exauriente. A necessidade de se confirmar a sentença, fruto de cognição exauriente, para só depois dar-lhe eficácia, está em contradição com os princípios da tutela antecipatória.

A tutela antecipatória está em consonância com a efetividade do processo, minimizando a lentidão processual. Já o efeito suspensivo da apelação, como regra, está contrariando toda essa nova mentalidade que visa otimizar a imperatividade das decisões.

Veja-se a incongruência: A tutela antecipatória não precisa ser confirmada por outra instância para ter eficácia, ao contrário da sentença. É urgente e necessária a alteração da lei processual civil, até mesmo para fortalecer o eficaz e funcional instituto da tutela antecipatória e promover a sua coerência com a execução da sentença.



O instituto da tutela antecipada já conta com uma década de existência, e o artigo 520 do CPC continua praticamente o mesmo, com mínima alteração, que é o caso da sentença que confirma tutela antecipada ter execução imediata (alterado inciso em dezembro de 2001).

É nítido, nesta parte, um desequilíbrio no sistema jurídico-processual vigente, porquanto a execução imediata da sentença apelável vem restabelecer o equilíbrio, a coerência e a consistência deste sistema, ao menos neste tópico. Luiz Guilherme Marinoni observa que “um sistema, como o brasileiro, que confere grande amplitude à tutela antecipatória no curso do processo de conhecimento, deve admitir a ‘execução provisória’ da sentença como regra, e não, como acontece atualmente, a título de exceção”.<sup>14</sup>

## **8. PROPOSTAS DE REFORMA DO CPC – TRANSFORMAR EXCEÇÃO EM REGRA**

A execução provisória, atualmente, é exceção. A regra é que a apelação tenha efeito devolutivo e suspensivo e, no silêncio da lei, deveria predominar somente o devolutivo. Deve-se conferir margem de discricionariedade ao juiz de 1º grau para sopesar os valores em jogo, visto que o magistrado que sentenciou é o que mais conhece a causa, comparando-se com o magistrado de 2º grau.

Existindo a execução imediata como regra, poder-se-ia prever que o magistrado de primeiro grau, ao sentenciar, ponderasse os valores em jogo, determinando a suspensividade ou não do recurso, quando fosse alegado perigo de lesão e de difícil reparação.

Já houve tentativa de se alterar a lei processual, mas não foi possível devido à ausência de estatísticas sobre confirmação de sentenças e ao receio de acúmulo de cautelares nos tribunais. Hoje, março de 2006, há novo projeto de lei da Câmara (PCL 30./05) em trâmite, no mesmo sentido, já aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) e a matéria segue para votação em plenário.

Esse instituto vem facilitar o trabalho nos tribunais, pois certamente vai desestimular os recursos protelatórios, sabidamente numerosos. Os réus não conseguirão mais ganhar tempo com os recursos, pois não terão efeito suspensivo e isso ensejará a execução da sentença apelável.

Tempo, energia e pecúnia gastos pelos operadores do direito, no processamento de recursos protelatórios, serão canalizados para a execução da sentença apelável.

A maioria das sentenças é confirmada pelo tribunal e, na maior parte das vezes, quando há provimento parcial, o que foi deferido é parte mínima do pedido. Resta claro que, se a confirmação e a reforma mínima é a regra, também a regra deveria ser a eficácia imediata da sentença apelável.

Foi encaminhado anteprojeto de Lei que alterava os artigos 520 e 588 do CPC. A redação do art. 520 no anteprojeto dispunha:

A apelação terá somente efeito devolutivo, ressalvadas as causas relativas ao estado e à capacidade das pessoas e as sujeitas ao duplo grau de jurisdição (art. 475).

Parágrafo único: Havendo perigo de lesão grave e de difícil reparação e

14- MARINONI, Questões do novo ..., p. 41.



sendo relevante a fundamentação, poderá o juiz, a requerimento do apelante, atribuir à apelação, total ou parcialmente, também o efeito suspensivo, em decisão irrecorrível.

E o artigo 588, assim constava no anteprojeto:

A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I – corre por conta e responsabilidade do exequente, que se obriga a reparar os danos que o executado venha a sofrer;

II – não permite, sem a prestação de caução, o levantamento de depósito em dinheiro ou a prática de atos que importem alienação do domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado;

III – fica sem efeito, sobrevindo sentença que reforme, modifique ou anule a que foi objeto da execução, restituindo as partes ao estado anterior;

IV- eventuais danos, excedentes ao valor da caução, serão liquidados no mesmo processo.

§ 1º No caso do inciso III, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução.

§ 2º A caução pode ser dispensada nos casos de tutela antecipada para atender a estado de necessidade causado por ato ilícito, ou sempre que o juiz entenda plenamente justificável a dispensa.

Eis a justificativa para não aceitação do anteprojeto:

Quando da elaboração deste Projeto, cogitou-se adotar, como regra, a não suspensividade da apelação, atribuindo, assim, maior eficácia à sentença, na trilha de exemplos em direito comparado. Todavia, respeitáveis objeções conduziram à manutenção, como regra geral, da sistemática do duplo efeito, de longa tradição, pelo menos no estágio atual das reformas do Processo no Código e enquanto não se dispõe de estatísticas precisas a respeito do número percentual de apelações que são total ou parcialmente providas. Além disso, busca-se inclusive evitar um previsível acúmulo, em segunda instância de pedidos cautelares tendentes à concessão do efeito suspensivo à apelação. Propõe-se, no entanto, a inclusão de mais de dois incisos no art. 520, a fim de que: a) o efeito da apelação seja apenas o devolutivo também nos casos em que a sentença tenha confirmado a antecipação dos efeitos da tutela, pois certamente esses já terão sido efetivados; b) afastar o efeito suspensivo também quando a sentença tiver por fundamento súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Superior competente, pelo alto grau de probabilidade de que venha a ser confirmada em segundo grau de jurisdição.<sup>15</sup>

Diante do afirmado, conclui-se sobre a existência de uma regra, a suspensividade, para proteger a exceção, que é a reforma integral da sentença. Melhor esclarecendo, o efeito

15- MARINONI, Luiz Guilherme. A execução provisória da sentença. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JR, Fredie. (Coordenadores). A segunda etapa da reforma processual civil. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 36.



suspensivo, que é regra geral no recurso de apelação, deveria existir em função da premissa de que a maioria das sentenças seria reformada em sua essência, mas o que realmente ocorre é o contrário, porquanto a maioria das sentenças é confirmada ou reformada em parte mínima. Portanto, existe uma regra que é a suspensividade do recurso para se prevenir da exceção, que é a reforma integral da sentença.

No caso de não conseguir sensibilizar o legislador sobre a necessidade de inversão dessa regra, ao menos seria devido aumentar acentuadamente as hipóteses previstas nos incisos do art. 520 do CPC.

## 9. RECURSO DE APELAÇÃO - EFEITO DEVOLUTIVO E SUSPENSIVO

A suspensividade não é da essência dos recursos cíveis, mas sim, a devolução, com exceção dos embargos de declaração. No sistema, a regra é que o recurso de apelação tenha efeitos devolutivo e suspensivo. No silêncio da lei, é de se admitirem os dois efeitos. Na realidade, não se suspende nada, pois só é possível suspender o que já se iniciou, mas, sim, obsta-se o início da execução.

Além do artigo 520 do CPC, não há suspensividade no recurso de apelação de mandado de segurança, ação civil pública, juizado especial, ação discriminatória de terras devolutas, desapropriação direta, interdição, etc.

O mandado de segurança é um instituto digno de aplausos, pois realmente tem eficácia prática e foge dos moldes clássicos da nítida separação entre conhecimento e execução, sendo sua sentença mandamental.

Deve-se ter como referencial o que realmente está funcionando bem, como é o caso dos institutos acima mencionados.

## 10. COISA JULGADA E IMPERATIVIDADE

Coisa julgada e imperatividade são institutos que não se confundem, vale dizer que não é necessário uma decisão atingir a máxima preclusão para que tenha efeitos na vida das partes.

A coisa julgada tem a finalidade de elidir a instabilidade nas relações jurídicas e, portanto, seu fim não é a imperatividade.

As sentenças de primeiro grau não podem ser um projeto de decisão<sup>16</sup>, pois elas devem imperar, atingindo o meio social, efetivando-se a tutela jurisdicional.

A sentença apelável deve ser valorizada, visto que se trata de um ato de império, com presunção de legitimidade. Ora, para se obter uma sentença favorável, o autor deve percorrer inúmeros caminhos e ultrapassar vários obstáculos e formalidades, e não é coerente que, depois de passar por essa *via crucis*, tal decisão não sirva para tutelar o seu direito. Há inúmeros relatos sobre leigos no direito que não conseguem entender quando se chega a uma sentença favorável e esta não serve para nada, a não ser que seja confirmada pelo tribunal *ad quem*. O bom senso deve extirpar essa anomalia do sistema processual. É difícil justificar para a sociedade essa situação sobre sentença ter pouco valor, pois isso não está

16- MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.184.



inserido nos princípios da lógica.

A regra deveria ser da boa-fé e de que o juiz de 1º grau conheça o direito, v.g., *jura novit curia*.

A verdadeira decisão, isto é, a que atinge a esfera social, é de órgão colegiado, um exagero de previdência. Presume-se que o relator no tribunal conheça mais a causa do que aquele que ouviu as partes em audiência, observou o princípio da imediatidade, recebeu as provas, teve contato mais próximo com a perícia, consoante o princípio da identidade física do juiz, e esteve no meio social em que ocorreu o fato causador da demanda. Ora, isso é ilógico!

Há quem diga que o órgão colegiado é composto por pessoas mais experientes, mas experiência diversa do fato não pode sobrepor-se à experiência direta com a causa, como também ao seu conhecimento com maior profundidade. Muitas vezes, sentenças são reformadas devido à própria divergência dos tribunais sobre o tema. Portanto, não é razoável que o autor de uma ação, que já sofreu com a morosidade processual em primeiro grau, ainda espere debates infundáveis para poder exercer seu direito já declarado pelo Poder Judiciário. Depois que este já se pronunciou e condenou o réu, quem tem que arcar com os prejuízos advindos da demora é o réu e não o autor, pois este já tem um pronunciamento a seu favor, com presunção de legitimidade, emitido por um dos poderes da República. Logo, não é lógico, razoável e proporcional que, após a sentença, tenha novamente o autor que arcar com os prejuízos decorrentes da máquina judiciária lenta.

O único a ter benefícios com recursos é o réu que não tem razão, pois especula com o tempo que já ganhou em não cumprir espontaneamente sua obrigação antes da propositura da ação, o intervalo enorme entre a distribuição da inicial até a publicação da sentença e ainda tem o período dos recursos para favorecê-lo. Isso tem que mudar, e esse tempo excessivo descrito tem que ser distribuído entre as partes, caso contrário está se afrontado o princípio da isonomia, consagrado constitucionalmente.

Não é razoável que os magistrados não profiram sentenças imperativas. Realmente, para realizar projeto de decisão futura, não é necessário um magistrado togado com garantias constitucionais da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Não se trata de reduzir direitos dos magistrados e sim, fortalecê-los, dando maior credibilidade e imperatividade as suas sentenças. Os juizes integrantes dos juizados especiais proferem decisões mais efetivas do que os demais magistrados, pois nos juizados especiais, o recurso de apelação não tem efeito suspensivo como regra, conforme art. 43 da Lei 9099/95, que dispõe: “O recurso terá somente efeito devolutivo, podendo o juiz dar-lhe efeito suspensivo, para evitar dano irreparável para a parte”.

O fortalecimento do Poder Judiciário, no Brasil, pode ser iniciado por esse caminho. É necessário um judiciário valorizado para fortalecimento das instituições democráticas.

## 11. PRINCÍPIOS DO PROCESSO CIVIL E EXECUÇÃO IMEDIATA DA SENTENÇA

A eficácia imediata da sentença está em consonância com princípios do processo civil.

**Princípio da celeridade** – Não há dúvida que a execução da sentença apelável torna o processo mais célere, pois para iniciar a execução, elimina-se o tempo em que o processo

permanece no tribunal para distribuição, parecer do Ministério Público, lavratura do acórdão pelo desembargador relator, conclusão ao desembargador revisor, colocação em pauta, julgamento e proferimento do acórdão e publicação, como também o tempo em que se faz a apelação e suas contra-razões no juízo *ad quem*. Assim, não há necessidade de tanto tempo para o início da execução.

**Princípio da economia processual** – Quanto menos tempo o autor levar para obter a tutela jurisdicional, maior será a economia dentro do processo. Deve-se diminuir as formalidades e conseguir maior resultado prático. Com a agilização da execução, o processo torna-se mais econômico, ensejando maior satisfação da parte vencedora na relação custo/benefício.

**Princípio da isonomia** – A demora processual sempre lesou o direito do autor que tem razão, pois justiça tardia já é uma injustiça. No caso de execução da sentença apelável, distribui-se o ônus da demora processual, abrandando a desigualdade das partes, pois é o réu que deve arcar com os problemas decorrentes da lentidão em segundo grau, uma vez que o autor já tem um pronunciamento favorável.

**Princípio da imediatidade** – Por esse princípio, o juiz que for proferir a sentença deve ter atuado diretamente com as provas. Assim, não executar sentença proferida por quem teve contato direto com a causa, necessitando aguardar confirmação de quem não presidiu a instrução, contraria este preceito fundamental do processo. Alterando-se a regra do efeito dos recursos, o princípio da imediatidade terá maior significado no sistema processual.

**Princípio da concentração** – A necessidade de confirmação por juízos colegiados para se executar a sentença está em desconformidade com esse princípio, pois quanto maior o tempo entre audiência e decisão final, menor será a nitidez e memória dos fatos. Como também, julgamento posterior por quem jamais presidiu quaisquer provas do respectivo processo está em desacordo com o sistema do código.

**Princípio da identidade física do juiz** – Quem presidir a instrução deverá julgar a causa. Mais uma vez se observa a importância da decisão de primeiro grau, pois esta tem maiores condições de se aproximar da tão almejada e questionável verdade.

**Princípio do acesso à Justiça** – Segundo o art. 5º, n. XXXV, da CF, “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A idéia fundamental desse princípio é a tutela jurisdicional adequada. Observa-se que a execução imediata da sentença está em conformidade com a melhor adequação do processo com a realidade social.

**Princípio da verossimilhança** - A necessidade da sentença ser confirmada pelo tribunal para ser executada, contraria o princípio da verossimilhança. Sabe-se que toda a dinâmica processual está relacionada com esse princípio<sup>17</sup>. Por exemplo, quando o juiz recebe a inicial, profere decisões liminares, interlocutórias, etc. A previsão da tutela antecipada no direito processual veio ao encontro desse princípio. Também a imperatividade das decisões deve se basear na verossimilhança. Esta se encontra efetivamente mais acentuada após o trâmite do processo de conhecimento até a sentença, do que quando se profere tutela antecipada no início do processo. Assim, é imperioso que se atribua executividade às sentenças apeláveis.

17- SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. Curso de processo civil: processo de conhecimento. Volume I. 6. ed. rev. e atual. com as Leis 10352, 10358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: RT, 2002. p. 73.



Sobre o princípio da verossimilhança, assim se posiciona Ovídio Baptista da Silva:

O princípio de verossimilhança domina literalmente a ação judicial. É com base nele que o juiz profere a decisão de recebimento da petição inicial, dando curso à ação civil, assim como, igualmente baseado em critério de simples verossimilhança, emite todas as decisões interlocutórias e, eventualmente – nos casos em que nosso direito o permite –, profere sentenças liminares, provendo provisoriamente sobre o *meritum causae*, como nos interditos possessórios<sup>18</sup>.

## 12. BUSCA DA VERDADE E RECEIO DE INJUSTIÇAS

Uma das argumentações para confirmação de sentença pelo tribunal para que possa ter eficácia é a questionável busca da verdade.

No direito processual brasileiro, não há instrução probatória no tribunal *ad quem*, portanto, busca da verdade no Tribunal que julga apelação da sentença é algo extremamente improvável.

Outro argumento é o receio de injustiças, mas há menor probabilidade de cometer erros de quem acompanha um processo desde o início até a sentença, do que aquele que está distante do local do fato, das partes, das testemunhas, peritos e de todos que colaboraram para a solução do litígio. Há receio de injustiça e, mesmo assim, olvida-se da grave injustiça praticada contra o autor, que tem de esperar por anos o bem da vida objeto do pedido da inicial.<sup>19</sup>

Há uma grande previdência com relação ao réu, enquanto nada ou quase nada se tem feito para proteger o direito do autor a uma tutela justa e adequada. Com exceção de institutos já mencionados, como a tutela antecipatória, em que a execução provisória é decorrência, como também a tutela inibitória, específica, juizados especiais, ações coletivas, etc. A supressão do efeito suspensivo como regra está em conformidade com a tutela jurisdicional adequada para realização de direitos.

## 13. ABUSO DO DIREITO DE RECORRER E EXECUÇÃO PROVISÓRIA

A eficácia imediata da sentença apelável evitará recursos protelatórios, contribuindo para melhor funcionalidade do sistema. É insofismável que a diminuição acentuada dos recursos protelatórios contribuirá para agilização dos recursos plausíveis que, reconhece-se, são minoria.

Há uma cultura adversa que prejudica a todos os envolvidos na prática processual. Recorre-se, mesmo sabendo da mínima ou nenhuma chance de vencer, pelo simples fato de que as sentenças apeláveis não são dotadas de exequoriedade e assim se pode ganhar tempo até o julgamento do recurso, em detrimento do autor. Conseqüentemente, tendo a sentença eficácia imediata, perde-se o motivo de recorrer com mínima ou nenhuma chance de provimento, como também para ganhar tempo.

Quem argumenta em favor de todos os recursos, até mesmo os protelatórios, defende a tese de que o ser humano fica insatisfeito com um só julgado. Ora, existe maior insatisfação do que aquela do lesionado em seus direitos diante da lentidão processual? A insatisfação

18- SILVA, op. cit., p. 73.

19- MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória e Julgamento antecipado. Parte incontroversa da demanda. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 17.

com um só julgado é mínima ante a insatisfação decorrente da demora no processo, acentuada com a impossibilidade de execução imediata da sentença. Insatisfação grave existente é a da sociedade atual com relação à inefetividade e lentidão processual.

Caso o réu não concorde com a execução imediata, poderá recorrer e, assim, o relator, no tribunal, poderá confirmar ou não a executoriedade da sentença, desde que se comprovem prejuízos ao réu. Veja-se que não há prejuízo em iniciar-se uma execução concomitante com um recurso no tribunal, pois até que se chegue a uma provável hasta pública, o recurso no tribunal estará julgado ou em vias de julgamento.

#### **14. VALORIZAÇÃO DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU E AUTO-EXECUTORIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS**

O magistrado de 1º grau deve ser valorizado e suas decisões devem ser efetivas no meio social.<sup>20</sup>

Para chegar à magistratura, o juiz deve enfrentar um rígido concurso público de provas e títulos, sendo que deve apresentar inúmeras certidões que comprovem não ter sido processado, enfim, é investigada sua idoneidade para que alcance tão séria e importante função de julgar.

Assim, suas decisões não podem ser menos imperativas do que a de um servidor público, por exemplo.

Veja-se a ilogicidade do sistema: um ato administrativo, por exemplo, a decisão de um guarda de trânsito, possui auto-executoriedade, não sendo necessário que o chefe da diretoria de Trânsito confirme aquela decisão para ser observada

Comparando a sentença com atos administrativos em geral, é possível dizer que há um paradoxo no sistema. Não há como entender porque agentes que não têm as prerrogativas da magistratura emitem decisões mais efetivas que os magistrados, pois um dos atributos dos atos administrativos é a imperatividade. Por que a sentença apelável, ato de império, proferida por magistrados togados, não se executa imediatamente? Seria a sentença judicial ato de menor valor que os atos administrativos? Isso é incoerente, pois os atos administrativos não pressupõem, em geral, um prévio, árduo e formal caminho, em que se adotam princípios fundamentais do processo para ser proferido.

O sistema processual está deixando como regra (art. 520 caput) algo que protege exceções.

Poder-se-ia alegar que o juiz pode errar, mas os agentes públicos em geral também podem errar e possuem auto-executoriedade em seus atos. Os erros, nas sentenças, são mínimos, comparando com os acertos. Há quem diga que o juiz prolator da sentença pode estar de má-fé. Ora, a má-fé não se presume e também é exceção. Muitas vezes, as sentenças são reformadas porque há dissenso jurisprudencial sobre o assunto. Errar e atuar de má-fé tanto pode ocorrer com o juiz de primeiro grau, como com o desembargador relator ou qualquer outro agente público. Também é muito mais perceptível a parcialidade de um juiz de primeiro grau que esteve em direto contato com as partes e presidiu audiências, do que a do relator de um órgão colegiado. Caso haja grande probabilidade de haver erro no julgamento, isso deve

20- MARINONI, Tutela antecipatória e julgamento antecipado e execução ..., p. 187.



ser demonstrando judicialmente, utilizando-se de mecanismos processuais para se obstaculizar a execução imediata.

Claro que aberrações podem ocorrer, mas seria exceção e, como exceção, deve haver proteção para isso, como é o caso de requerer a suspensividade no tribunal, desde que se possuam razões plausíveis, como já foi previsto no projeto de lei que não foi aprovado, ou conferir discricionariedade ao juiz prolator da sentença para ponderar os valores em jogo, como previsto nos juizados especiais cíveis.

Estatísticas comprovam que a maioria das sentenças é confirmada<sup>21</sup>, e aquelas que não o são integralmente, são reformadas em parte mínima, e muitas que são reformadas é porque há dissenso jurisprudencial sobre o assunto.

Se há divergência na jurisprudência sobre o assunto, mais um motivo para que aquele juiz que acompanhou a causa, esteve próximo das partes envolvidas, testemunhas, peritos, e assistentes é que deve aplicar a tese que entender conveniente. Tanto os juizes de primeiro grau, como os de segundo pertencem ao mesmo poder, pois a jurisdição é una, não podendo haver presunção de que as sentenças são injustas. Aquelas eventualmente eivadas de má-fé afetam o Poder Judiciário como um todo. A presunção mais racional é de que tais sentenças são justas, pois foram emitidas por um poder da república e por quem presumivelmente conhece o direito – *jura novit curia*.

O que interessa para a sociedade é que se decida com imperatividade. O que importa é a opinião predominante no Poder Judiciário e não discussões infundáveis sobre divergências, tanto que já se vem admitindo o não seguimento de recursos sobre sentença baseada em súmulas ou jurisprudência dominante.

Com essa inovação, já há uma tendência de suprimir essas discussões em que existe alguma divergência, dando prioridade a súmulas emitidas por Tribunal Superior. Decisões conflitantes não contribuem para a credibilidade do judiciário e, muito pelo contrário, desgastam acentuadamente tal poder. A sentença baseada em súmulas e sua irrecorribilidade prestigiam a tutela jurisdicional adequada, assim como a execução imediata da sentença.

A credibilidade do Poder Judiciário é de grande interesse social, pois está diretamente relacionada com o fortalecimento das instituições democráticas.

Em suma, é preciso valorizar o magistrado de primeiro grau, reservando a ele a incumbência de decidir sobre o não seguimento de recursos com base em súmulas e jurisprudência dominante, em vez de deixar essa tarefa para o relator, em segundo grau.

## 15. PROCESSO CIVIL DE RESULTADOS E DEFORMALIZAÇÃO

Há ainda apego excessivo às formalidades e resistência a mudanças significativas, situação essa nada plausível com a transformação da sociedade contemporânea, provocada por grandes inovações tecnológicas e avanço nas telecomunicações.

O formalismo colabora muito para a lentidão processual, e as interpretações, na hora

21- Em pesquisa realizada pela Procuradora do Estado do Paraná Cristina Leitão Teixeira de Freitas, no Tribunal de Justiça do Estado, constatou-se que do total de 6285 apelações cíveis e criminais, julgadas no ano de 2000, somente em 981 foi dado provimento integral. FREITAS, Cristina Leitão Teixeira de Freitas. Efetividade do processo e efetivação da sentença provisória. Curitiba, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-graduação em Direito – Universidade Federal do Paraná. Anexos.



do julgamento, devem ser pautadas sob a ótica da efetividade.

Essa idéia de confirmação de sentença para posteriormente iniciar a execução é algo inconcebível na sistemática atual, onde já se previu a tutela antecipatória. O efeito suspensivo como regra é o ápice da formalização e os operadores do direito devem estar voltados para a deformalização, objetivando funcionalidade, racionalização, otimização e simplificação.<sup>22</sup>

Se a resistência a mudanças significativas foi superada com a introdução da tutela antecipatória, como também o apego ao mito da verdade, tornando-se cientes da verossimilhança nas decisões, não há motivos ponderáveis para inexistir execução imediata da sentença apelável, que é decorrência da tutela antecipatória. Tanto num como em outro instituto, antecipam-se tutelas que se dariam somente com o acórdão do tribunal *ad quem*.

## 16. DANOS ECONÔMICOS PROVOCADOS NO PROCESSO

Todos se preocupam com esta questão na execução da sentença apelável: E se a sentença for reformada, como o réu será indenizado pelos danos sofridos ?

Interessante que ninguém se preocupa em indenizar o autor que permaneceu anos sem a tutela de seu direito.

São inúmeros os danos decorrentes da espera da tutela jurisdicional, principalmente em decorrência da lentidão processual, provocada por recursos protelatórios, expedientes burocráticos e outros obstáculos ensejados pela máquina judiciária lenta e arcaica.

O autor que tem razão cumpre muitos deveres, ônus, na instrução do processo, permanece anos sem a tutela pretendida, e esse contexto lhe provoca danos econômicos, financeiros, morais, psicológicos, etc.

Resta claro que o sistema atual, lento e formalista, traz danos profundos e muitas vezes irreparáveis, mas dificilmente alguém se preocupa em propor alternativas para indenizar o autor. Mas, o réu, sim, este tem que ser indenizado, protegido, pois é titular de direitos. Olvida-se, contudo, que o autor que tem razão também é titular de direitos.

A prolongada espera enseja angústia, sofrimentos, insatisfações, sendo certo o dano moral. No direito atual está tão confirmada a indenização por dano moral e ninguém discute a possibilidade de indenizar o dano moral causado ao autor com a lentidão processual e prestação da tutela jurisdicional, sem observância de prazo razoável ou até mesmo a impossibilidade de prestação, em virtude do tempo decorrido.

Fala-se em indenização ao réu, pois infelizmente é apenas ele que está na vez, até que se mude a mentalidade de receio de prejudicá-lo.

O réu, titular de direitos como o autor, pode estar garantido com prestação de caução idônea, como também pode ser prevista indenização, caso tenha gravames com a execução completa.

Devido ao princípio da isonomia, reparte-se o ônus provocado pela lentidão processual. Não só o autor deve arcar com esse ônus, mas também o réu. Assim, o instituto da execução imediata estará em consonância com a repartição do ônus do processo, e distribuição isonômica do tempo.<sup>23</sup>

22- DINAMARCO, Candido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 857.



## 17. TÍTULOS EXECUTIVOS JUDICIAIS (SENTENÇAS) E TÍTULOS EXECUTIVOS EXTRAJUDICIAIS (TÍTULOS DE CRÉDITO)

Outra incoerência do sistema é atribuir executividade a títulos extrajudiciais e não às sentenças judiciais.

Valores dominantes em certos grupos sociais de elite se sobrepõem equivocadamente aos interesses da sociedade e aos direitos fundamentais dos cidadãos. Não significa dizer que a executividade dos títulos extrajudiciais é indevida, mas sim, que não se pode dar maior valor à emissão de um título de crédito, que algumas vezes nem assinatura do devedor contém, como é o caso de duplicata sem aceite, do que a uma sentença judicial. Ora, quem emite uma duplicata não pode ter maior credibilidade do que um magistrado togado. Para se executar uma cambial, não se exige confirmação por outra instância, não se considera que o devedor e o garantidor (avalista) possam estar insatisfeitos ao se iniciar uma execução sem haver discutido o título previamente. Também não se questiona sobre a boa fé de quem emitiu o título. No caso de duplicata, um credor pode ter maior probabilidade de má-fé do que um selecionado bacharel em direito, membro do Poder Judiciário, que, até prova em contrário, é imparcial. A sentença, título judicial, ao contrário do título de crédito, deve ser amplamente questionada, confirmada, recorrida, votada em colegiado, para depois iniciar-se uma execução.

Candido Rangel Dinamarco nos ensina que:

No Brasil, a tendência à ampliação dos títulos executivos chegou ao ponto de conferir eficácia de título à duplicata não aceita mas protestada por falta de pagamento e acompanhada de comprovante da entrega da mercadoria vendida ou do serviço prestado: é um ponto à frente, nessa linha de correr riscos em nome da probabilidade razoável.<sup>24</sup>

Portanto, nos moldes como está atualmente, a sentença judicial apelável, ato processual proferido por membros de um dos Poderes da República, título judicial tem efetividade e importância bem inferiores ao título de crédito, título executivo extrajudicial emitido por qualquer pessoa.

Observa-se que o processo civil continua elitista, tanto quanto as legislações promulgadas durante a ditadura militar. Os segmentos de elite conseguiam leis processuais céleres para executar seus direitos, mas os cidadãos ao menos tinham liberdade de expressão. Felizmente, em outra ordem jurídica, em estado democrático de direito, principalmente com o fim do regime militar e a promulgação da CF de 1988, houve maior consciência da cidadania e as leis que marcaram o regime ditatorial devem ser alteradas para efetivar direitos aos cidadãos em geral e não a minorias privilegiadas.

Nada contra procedimentos céleres, muito pelo contrário, só a favor, mas isso dever ser estendido a todos e não permanecer só com segmentos de elite.

23- MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação da tutela na reforma do processo civil. São Paulo: Malheiros. 1995. p.15.

24- Dinamarco, A Instrumentalidade ..., p. 257.



## 18. SEGURANÇA JURÍDICA E PROCESSO AUSENTE DE RESULTADOS (DETERIORIZAÇÃO DOS RESULTADOS)

Têm-se invocado a segurança jurídica e a busca da verdade e certeza, para justificar o efeito suspensivo da apelação, em que se obstaculiza o início da execução da sentença apelável.

Tal justificativa não corresponde à realidade pois, quanto maior o número de atos processuais, quanto maiores as formalidades, menor a segurança jurídica, visto que a tutela jurisdicional torna-se mais distante da verdade dos fatos e sem resultado útil.

Em suma, quanto mais o tempo passa, maiores dificuldades em se recompor os direitos lesados, diminuindo a segurança jurídica. Não há segurança jurídica em processo inefetivo.

Também a busca da verdade torna-se mais difícil, quando o magistrado que acompanha os atos processuais está próximo à causa e sobre o evento danoso pode somente proferir um projeto de decisão,<sup>25</sup> e não sentença imperativa.

Para refutar tal perspectiva reconhece-se que, no sistema brasileiro, o segundo grau não colhe provas e, por isso, não há que se comparar com outros sistemas, em que há instrução probatória no segundo grau e a regra é a executividade imediata. Ora, é estranha essa argumentação, pois se não há colheita de provas no Tribunal *ad quem*, mais um motivo para que se execute a sentença apelável, porque há menos riscos de mudança da sentença uma vez que não são apreciadas novas provas no tribunal *ad quem*. Em suma, a aferição *ad quem* é muito menor num sistema em que não há instrução probatória no segundo grau. Não havendo o magistrado *ad quem* presidido instrução probatória, ele tem muito menos conhecimento da causa que o juiz *a quo*, e está muito mais distante dos fatos, até por circunstância de localização em muitos casos, como na grande quantidade de processos que tramitam fora da capital do Estado.

É até mesmo temerário falar em segurança jurídica, tendo em vista que a jurisprudência apresenta inúmeras e intermináveis decisões divergentes sobre a mesma matéria de fato e de direito.

## 19. DIMINUIÇÃO DOS RECURSOS PROTRELATÓRIOS

O Código de Processo Civil prevê penalidades para o litigante de má-fé, mas o Poder Judiciário muito pouco se tem utilizado dessas normas para inibir recursos protelatórios. A previsão do efeito meramente devolutivo como regra vem praticamente eliminar os recursos procrastinatórios, suprimindo a ineficácia de normas que visam coibir tal prática.

Iniciando-se uma execução de sentença apelável, desestimula-se a prática de recorrer de todas as decisões, mesmo tendo ciência da mínima probabilidade de ganho. Inibe-se, com isso, a prática de protelar a imperatividade das decisões, pois o motivo de tais recursos temerários é ganhar tempo. Não se vai especular com o tempo e também não tem sentido efetuar preparo e elaborar recurso de apelação com mínimas chances. A regra, a partir de então, começará a se inverter e os procuradores das partes, em vez de se empenharem em recursos protelatórios, dirigirão sua atenção para o processo executório, que será imediato e não mais, obstaculizado.

25- MARINONI, Tutela antecipatória e julgamento antecipado e ..., p.184.



Não se concebe, diante do princípio da isonomia expresso na Constituição Federal, que somente a parte autora deva arcar com os riscos e prejuízos da demora no processo. É necessário que se distribua o tempo, não tendo sentido esperar confirmação de sentença para depois executá-la. Se houve um fato que ensejou contratação de advogado, propositura de ação, pagamento de custas, participação em audiência, demonstração de provas, sentença proferida pelo Poder Judiciário, não tem sentido esperar mais um tempo para a realização do direito. O tempo não pode estar sempre do lado de uma das partes, é preciso distribuir. É o que se chama distribuição isonômica do tempo no processo.<sup>26</sup>

Mesmo com a execução imediata, ainda se tem o tempo para embargos à execução, em que se discute o título judicial. É inquestionável a necessidade de alterar a executividade das sentenças.

## **20. SOLUÇÃO JUDICIAL EM PRAZO RAZOÁVEL – DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO**

A eliminação do efeito suspensivo, como regra, está em consonância com a convenção americana sobre direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil e integrada ao nosso ordenamento pelo dec. nº 678, de 06 de novembro de 1992, em que se prevê a tutela jurisdicional em um prazo razoável.

Assim dispõe o art. 8º da Convenção:

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

Assim, o prazo razoável, após a convenção, passou a ter índole constitucional, consoante o § 2º do art. 5º da Constituição Federal, que dispõe:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A execução imediata da sentença contribui fortemente para prestação da tutela jurisdicional em prazo razoável, pois há diminuição do tempo em que o processo permanece no Tribunal para se executar. Normas processuais que entravam essa garantia estão eivadas de inconstitucionalidade.

## **21. CONFRONTO ENTRE APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ORDINÁRIO NA JUSTIÇA DO TRABALHO**

A Justiça do Trabalho conta com maior segurança e funcionalidade no que se refere a seus recursos e valorização de suas sentenças.

Para se interpor recurso ordinário na Justiça do Trabalho, é necessário que o recorrente

26- MARINONI, A Antecipação da tutela na reforma ..., p.15.

efetue um depósito recursal. Aqui, sim, há coerência do sistema, pois se já houve um pronunciamento do Poder Judiciário sobre a questão, para se obter efeito suspensivo, quem deve prestar garantia é o réu, e não o autor. Com o proferimento de uma decisão, a presunção de verdade está com quem obteve sentença favorável, e não com a outra parte. Poder-se-ia argumentar que na Justiça do Trabalho há uma proteção ao trabalhador, mas também a Justiça Cível deve proteger os cidadãos lesados em seus direitos fundamentais, como é o caso, por exemplo, da vítima de ato ilícito. Em inúmeras situações, é grande a probabilidade de sentença favorável, como também de confirmação da sentença. Ora, se está claro, na sentença, que o sujeito ativo foi lesado, como por exemplo em acidente de trânsito, ou em qualquer outra ação de reparação de danos, não há que se esperar confirmação da sentença por tribunal *ad quem* para garantir os direitos do autor da ação. Em suma, há inúmeras situações em que a presunção de veracidade corre em favor da parte autora, não da ré, como comumente ocorre na Justiça do Trabalho.

Veja-se como é coerente o processo do trabalho: quem deve efetuar depósito recursal é quem está apelando, o sucumbente, contra o qual já existe um título desfavorável, mas não o vencedor da demanda, que possui um título judicial com presunção de legitimidade.

Quem deve estar garantido com a apelação é o vencedor, e não o perdedor! A executividade imediata e a execução completa estão em consonância com tal perspectiva.

Com o proferimento de uma decisão favorável, inverte-se a situação, a presunção que existia em favor do autor é eliminada. Não é possível que se proteja tanto o réu, em desfavor do autor, como também do magistrado de 1º grau. Na forma como se apresenta o sistema, prejudica-se demais o autor que tem razão, porque ele, mesmo depois de obter um título judicial, ainda deve prestar garantias para exercer seu direito, o que é completamente ilógico e incoerente.

A efetivação dos direitos dos cidadãos deve ser a primeira meta do legislador, e não a rendição a *lobbies* de camadas de elites que sempre conseguem efetivar seus direitos com funcionalidade, pela promulgação de leis céleres com procedimentos simplificados, como por exemplo, leis que regem títulos de crédito, ação de despejo, ação de busca e apreensão, etc.

## 22. SOCIEDADE – CENTRO DE GRAVIDADE DO DIREITO

O direito processual deve estar voltado para a sociedade, pois ele existe para pacificar seus conflitos, suas tensões, ou ao menos neutralizá-los. Os processualistas devem estar voltados para que realmente a sociedade tire o maior proveito possível das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Segmentos da sociedade conseguem fazer *lobby* no congresso e atualmente já contam com leis processuais céleres, como é o caso da ação de busca e apreensão, ação de despejo, procedimentos referentes à alienação fiduciária, executoriedade dos títulos de crédito, etc. Não se trata de questionar a celeridade de tais procedimentos, mas, sim, de estendê-la à sociedade como um todo. Num regime democrático como o atual, não se concebem tamanhas diferenças. Toda legislação infraconstitucional deve adaptar-se à nova ordem constitucional e, nesse caso, é o artigo 520 do CPC que deve estar em consonância com tal ordem.

Há necessidade de se agilizarem e simplificarem procedimentos para se dar maior eficácia aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, expressos no art. 5º da Constituição da República.



A sociedade, em geral, não pode ser inferior a determinados segmentos de elite. Ora, se houve alterações legislativas em busca de celeridade e eficácia para as instituições financeiras, investidores de imóveis e empresários, muito maior deve ser a agilidade e funcionalidade para os cidadãos em seus direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

A execução da sentença apelável como regra, ou outras alternativas processuais para minimizar esse problema estão em consonância com a deformalização, racionalidade, funcionalidade e simplificação das decisões em proveito dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Um processo eficiente, de resultados, com desapego a formalidades antiquadas está em consonância com a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, tal como expresso no art. 1º da Constituição Federal. Também está em conformidade com a garantia de uma sociedade livre, justa e solidária, disposta no art. 3º da CF como um dos objetivos fundamentais da República.

A dignidade da pessoa humana está fortemente ligada à efetivação dos direitos fundamentais, como também ao estado democrático de direito. O IDH (índice de desenvolvimento humano) brasileiro é muito baixo: está em 79º lugar, e há muito que fazer para, ao menos, melhorar essa colocação.

### 23. SENTENÇA JUDICIAL E SENTENÇA ARBITRAL EXTRAJUDICIAL

A decisão emitida por um árbitro tem maior eficácia que a sentença judicial, pois a sentença arbitral proferida por um árbitro nomeado pelas partes, que não é um juiz, não é togado, não possui garantias da magistratura - tem plena executividade, isto é, não é necessário que se confirme tal decisão por outro árbitro ou por qualquer membro do poder judiciário, para que tenha eficácia.

Existe probabilidade de acerto, tanto na sentença arbitral como na sentença judicial. Essa probabilidade é muito maior na sentença judicial, pois, até que seja proferida, percorre-se uma série de formalidades processuais, o que não ocorre com a sentença arbitral, porque o procedimento é mais simplificado.

Na realidade, os efeitos da decisão arbitral estão em conformidade com o paradigma do processo civil contemporâneo, o incorreto é não ter a sentença judicial efetividade imediata.

Até mesmo o laudo arbitral está sendo mais valorizado pelo ordenamento jurídico do que a sentença judicial, pois aquele não necessita ser confirmado por outra instância para que tenha eficácia. Outra incongruência do sistema: Como é possível dar mais efetividade às decisões proferidas por árbitros do que às proferidas por um Poder da República?

### 24. DEVIDO PROCESSO LEGAL – *DUE PROCESS OF LAW*

Assim dispõe o art. 5º n. LIV da Constituição Federal de 1988: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O devido processo legal, hodiernamente, tem significado amplo acesso à justiça, garantindo os direitos fundamentais dos cidadãos.<sup>27</sup>

27- NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 37.

Assim, a eficácia imediata da sentença apelável também está em consonância com o devido processo legal, visto que objetiva garantir os direitos fundamentais do cidadão e o acesso à ordem jurídica justa, pois diminui o entrave que é a lentidão processual. Considerando que o processo será justo na medida em que o provimento jurisdicional se aproximar do que teria o autor, caso não fosse lesado em seus direitos. Antecipando a eficácia da sentença, elimina-se o tempo gasto em processamento de recursos, sendo que alguns estados levam mais de três anos só para distribuição – e assim contribui-se para uma justiça efetiva e para a isonomia das partes em juízo.

## 25. AÇÃO MONITÓRIA E EXECUÇÃO IMEDIATA

Atualmente, não somente títulos de crédito, mas atos administrativos emitidos por agentes públicos têm maior peso que uma sentença judicial, como também qualquer prova escrita de débito. Como é o caso da ação monitória, onde não é necessário obter confirmação do tribunal para se executar, nos termos do art. 1102 do CPC, capítulo acrescentado pela lei 9079/95.

Não se trata de questionar tal instituto, mas de estender inovações a cidadãos lesados em direitos fundamentais e não proteger somente credores. Até mesmo os juizados especiais cíveis estão sendo mais utilizados por credores do que os cidadãos em busca de seus direitos fundamentais, como é o caso da vítima de atos ilícitos, em detrimento de garantias asseguradas constitucionalmente.

## 26. ALIMENTOS DECORRENTES DE RELAÇÃO DE FAMÍLIA E ALIMENTOS DECORRENTES DE ATO ILÍCITO

Não há sentido em que a ação de alimentos tenha execução imediata, e as ações de indenização por ato ilícito, onde haja condenação do réu ao pagamento de pensão, não possuam tal característica.

Ora, tanto deve ser urgente o provimento a quem necessita de alimentos em decorrência de problemas familiares, como àquele que é vítima de ato ilícito.

Isso necessita ser alterado com urgência, acrescentando-se um inciso ao artigo 520 do CPC.

Uma vítima de ato ilícito pode deixar uma família sem proteção, e assim resta claro que a execução dessa sentença deve ser imediata, sob pena de outras lesões a direitos decorrentes do ato, como a educação, saúde, etc.

Reconhece-se que a finalidade social do Estado é o bem comum. O Papa João XXIII fez a seguinte afirmação sobre o assunto: “O bem comum consiste no conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”.<sup>28</sup>

O Poder Legislativo, voltado para o bem comum, necessita nas reformas votar leis processuais que viabilizem essas condições de vida social. Cumpre favorecer o acesso à ordem jurídica justa e processo de resultados que realmente estejam voltados para o desenvolvimento integral do ser humano, solidificando seus direitos e garantias fundamentais.

28- Papa João XXIII, *Pacem in Terris* (Encíclica, II, 58).



## 27. TUTELA INIBITÓRIA E EXECUÇÃO IMEDIATA DA SENTENÇA

Tutela inibitória e execução imediata estão simultaneamente em conformidade com os princípios do processo acima nominados (celeridade, economia processual, concentração, immediatividade etc.).

Tutela inibitória visa inibir atos contrários ao direito, sendo esses atos positivos ou negativos.

Caso não se tenha tutela inibitória antecipada, é inquestionável a necessidade de execução imediata da sentença de procedência da ação inibitória.

Veja-se um exemplo ocorrido no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Uma franquia – escola de idiomas - foi condenada por plágio, em acórdão proferido pelo tribunal, ilícito que poderia ser removida com a tutela inibitória antecipada ou com a execução imediata da sentença em 1º grau. Mas quando foi prolatado o acórdão, a franquia plagiada já tinha perdido muito de sua clientela. Não só a escola plagiada teve muitos prejuízos, mas também os alunos que tiveram suas escolas fechadas no Brasil inteiro. Algumas franqueadas mudaram de bandeira, mas também isso prejudicou estudantes de idiomas, pois não era fácil a adaptação do método original com o método plagiado.

Os danos à franqueadora e às franqueadas foram incomensuráveis, sendo que uma tutela antecipada inibitória no início do processo ou a execução imediata da sentença diminuiria acentuatadamente as repercussões morais e econômicas que tal plágio causou. A franquia plagiada enfraqueceu bastante com o plágio, pois além do método copiado, até mesmo o nome de fantasia em inglês significava quase a mesma coisa e tinha pronúncia semelhante. Isso fez com que muitos pais e estudantes se confundissem e optassem pela franquia que fez o plágio, pois havia muita propaganda da plagiadora, usando celebridades internacionais na publicidade.

O processo durou quase dez anos para chegar ao tribunal. Somente com o acórdão é que se obteve multa diária, no caso de continuidade do plágio.

Tal plágio afetou milhares de pessoas que estavam relacionadas com a franqueadora responsável pelo ilícito. Em suma, todos os envolvidos com o contrato de franquia, tanto da plagiada como da plagiadora foram lesados em seus direitos.

A efetividade de tutela inibitória antecipada ou em execução imediata da sentença, aqui, evitaria essa enorme repercussão, grave dano econômico em franqueadas distribuídas pelo Brasil inteiro. O caso em questão gerou danos irreparáveis. Mesmo aquele operador do direito que não consegue desprender-se da mentalidade de que tudo enseja ação de reparação de dano, e isso é o suficiente, não consegue explicar o caso em questão, pois a franqueadora que plagiou outra jamais vai conseguir reparar o dano econômico que causou às franqueadas. Não vai conseguir reparar o dano patrimonial à franqueadora plagiada, muito menos às franqueadas de ambas as franquias. Também jamais conseguirá recompor o abalo moral sofrido por milhares de pessoas, incluindo proprietários de franqueadas, alunos, professores, pais de alunos que custeavam os estudos destes, empregados das franqueadas que necessitaram fechar as portas, etc.

A tutela inibitória antecipada e/ou sentença de execução imediata evitaria os drásticos danos relatados.



Exposto este caso específico, demonstra-se que a tutela inibitória necessita ser mais utilizada, pois impede a prática, a continuação ou a repetição do ilícito. A execução imediata da sentença necessita ser integrada ao ordenamento jurídico processual brasileiro, ensejando o efeito devolutivo somente como regra.

## 28. A *NULLA EXECUTIO SINE TITULO* NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

O magistrado nunca foi e nunca será neutro: todos têm sua formação, seus valores considerados prioritários. A idéia de que o juiz somente aplica a lei ao caso concreto restou superada no Estado contemporâneo. A neutralidade não se confunde com imparcialidade.<sup>29</sup>

Mesmo que inconsciente, o magistrado aplica seus valores, sua ideologia e seu senso de justiça, no momento em que julga. Não há como existirem normas, por mais avançadas e completas, que possam prever todas as situações do caso concreto, na complexa sociedade atual. Assim leciona Michel Mialle:

De fato, o reino da lei supunha, na altura do apogeu do século XIX, que o juiz fosse relegado para o papel de mero executor da lei, excluindo assim teoricamente qualquer papel criador do direito. A maior parte dos juristas constatam hoje que uma análise destas explica mal o papel do juiz.<sup>30</sup>

A idéia de que o juiz somente aplica a letra da lei é que fez surgir a impossibilidade de se julgar por verossimilhança, como também de se executar sem um título, que seria a sentença transitada em julgado.<sup>31</sup>

Certas concepções ultrapassadas ainda constituem óbices para avanços no processo. O Estado é dinâmico, as regras de aplicação do Direito devem aperfeiçoar-se e adaptar-se às mutações da sociedade.

Ovídio Araújo Baptista da Silva nos ensina que:

A busca de segurança, tão constante nas filosofias políticas do século XVII, contribuiu sobremodo para o abandono definitivo, nos séculos posteriores até nossos dias, do pensamento clássico, de origem aristotélica, para o qual a compreensão do direito e as soluções dos problemas jurídicos haveriam ser necessariamente contingentes, sujeitas a juízo de verossimilhança, nunca a juízos de certeza, próprios das ciências da natureza, inaplicáveis à moral e ao direito, enquanto ciências do espírito.<sup>32</sup>

## 29. INEXISTÊNCIA DE PATRIMÔNIO

O que ocorre freqüentemente no cotidiano forense é que, quando se chega à citação para pagar ou nomear bens à penhora, o réu já consumiu seu patrimônio, ou seja, não possui

29- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: \_\_\_\_\_. Crítica à teoria geral do direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 48.

30- MIALLE, Michel. Introdução crítica ao direito. 2. ed. Imprensa Universitária. Lisboa: Editorial Stampa, 1989. p. 213.

31- MARINONI, Tutela inibitória (individual ...), p. 186.

32- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 106-107.



mais bens para garantir a execução, o que torna todo o desgaste do autor e toda atividade judiciária sem eficácia e sem credibilidade.

A eficácia imediata da sentença vem minimizar acentuadamente tal situação, pois diminuirá substancialmente o tempo entre a citação inicial no processo de conhecimento e a citação do processo de execução.

Em suma, quanto mais célere o processo para iniciar a execução, maior probabilidade de êxito na satisfação do autor que tem razão. Eliminando o tempo em que o processo permanece no tribunal para iniciar a execução, o devedor terá menos tempo para desviar seu patrimônio.

### 30. EXECUÇÃO IMEDIATA E JUIZADOS ESPECIAIS

O ordenamento jurídico brasileiro conta com uma lei especial avançada no que se refere à execução provisória como regra. Trata-se da Lei 9.099/95 que disciplina os Juizados Especiais. Assim dispõe o art. 43 da referida lei: “O recurso terá somente efeito devolutivo, podendo o juiz dar-lhe efeito suspensivo, para evitar dano irreparável para a parte”.

A lei dos juizados especiais prima pela informalidade, simplicidade, oralidade, economia processual e celeridade.<sup>33</sup> Isso é um avanço no processo civil brasileiro. Lamentavelmente, não é estendido às demais ações, ficando restrito às causas cujo valor não excedesse a quarenta vezes o salário mínimo; as enumeradas no art. 275, II, do CPC, ação de despejo para uso próprio, ações possessórias sobre imóveis que não excedessem quarenta vezes o salário mínimo.

Comentando a execução imediata da sentença apelável na Lei dos Juizados Cíveis, assim se pronunciou Cândido Rangel Dinamarco:

Tal é, nas suas colunas fundamentais, a fórmula das probabilidades aceitas e riscos assumidos, no sistema executivo brasileiro, com a franca tendência a acentuar a preferência pelo social e abrandar o apego ao jurídico. Em prol da maior efetividade do processo executivo, correm-se riscos maiores e confia-se que o melhor serviço prestado, na grande maioria dos casos, pague folgadoamente os males que poderão sobrevir em alguns.<sup>34</sup>

Observa-se que o artigo 43 da Lei dos Juizados Especiais está em conformidade com a tendência da execução provisória no processo civil contemporâneo, com princípios fundamentais garantidos constitucionalmente e com melhor funcionalidade.

### 31. CONCLUSÕES

A alteração da regra dos efeitos do recurso de apelação, a ensejar executividade imediata à sentença, contribuirá para um processo mais ajustado à complexa sociedade contemporânea. As técnicas processuais contrárias à efetividade do processo e à ordem jurídica justa devem ceder lugar às técnicas de superamento de preconceitos, funcionalidade, deformalização, tudo em conformidade com o fim do Estado, o bem comum. Não há segurança jurídica num processo sem resultados, portanto seria necessário buscar um ponto de equilíbrio entre a segurança e o processo de resultados, tendo em vista a probabilidade razoável. A execução provisória, como regra, traria mais coerência e logicidade ao sistema que previu a tutela antecipatória, consolidando-se ainda mais este último.

33- Art. 2º da Lei 9.099/95: O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível a conciliação ou a transação.

34- DINAMARCO, A instrumentalidade do ..., p. 259.

Na alteração do art. 520 do CPC, com inversão da regra, haveria aplicação harmônica dos princípios da isonomia, verossimilhança, concentração, imediatidade, celeridade, economia processual, identidade física do juiz e acesso à justiça.

Dever-se-iam ponderar os valores: garantias processuais e processo de resultados, assegurando os direitos fundamentais do cidadão. Havendo perigo de lesão grave e de difícil reparação e sendo relevante a fundamentação, poderia o juiz, a requerimento do apelante, atribuir à apelação, total ou parcialmente, também o efeito suspensivo. O recurso de apelação, com efeito meramente devolutivo, diminuiria os recursos protelatórios e o abuso do direito de recorrer, trazendo benefícios a todo o sistema processual. Com a previsão do recurso de apelação com efeito meramente devolutivo, como regra, haveria maior probabilidade de êxito na satisfação do credor, pois diminuiria o tempo entre a inicial do conhecimento e a penhora na execução.

A execução imediata da sentença, como regra, ainda não está prevista no ordenamento jurídico brasileiro, mas assim como os demais institutos já introduzidos no sistema processual, após sucessivas reformas, está voltada para a simplificação, contribuindo para a funcionalidade e desmistificação do sistema, no que se refere ao processo de resultados.

Desmistificação, racionalização, funcionalização constituem princípios éticos a serem aplicados no sistema processual. É o bom senso, a virtude aristotélica, a meio termo entre dois extremos,<sup>35</sup> que necessita imperar nas técnicas processuais. O extremo é o formalismo e burocratização exagerados e outro extremo seria um processo ausente de garantias e ensejador de arbitrariedades. A virtude, o meio termo entre esses extremos, está em conciliar o sistema processual com os avanços já obtidos e restabelecer a coerência do sistema após a introdução da antecipação da tutela com a eliminação do efeito suspensivo de apelação.

### 32. *Sintesi:*

*Questo studio mira a dimostrare la necessità di alterazione della regola degli effetti del ricorso in appello, previsti nell'art. 520 del CPC o, più precisamente, mostrare che il ricorso in appello deve avere effetto meramente devolutivo e deve dar atto all'esecuzione immediata della sentenza, per soddisfare i principi del processo civile così come la effettività del processo e perchè si mantenga coerenza nel sistema processuale vigente dopo l'introduzione dell'istituto della tutela anticipata e di altre riforme. Ha anche lo scopo di inibire l'eccesso di ricorsi nei tribunali, per una maggiore funzionalità e rapidità.*

**Parole-chiave:** *Provvisoria esecutorietà della sentenza. Ricorso in appello. Effetti sospensivi e devolutivo. Art. 520 del CPC.*

### 33. REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo. Editora Martin Claret.,2005.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Execução provisória e antecipação da tutela**: dinâmica do efeito suspensivo da apelação e da execução provisória: conserto para a efetividade do processo. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Fabris, 1988.
- CARPI, Federico. **La provvisoria esecutorietà della sentenza**. Milano. Giuffrè, 1979.
- CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

35- Aristóteles. *Ética a Nicômaco*. Editora Martin Claret., 2005, p. 49



- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: \_\_\_\_\_. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. RJ: Renovar, 2001. p. 3-55.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- \_\_\_\_\_. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FREITAS, Cristina Leitão Teixeira de Freitas. **Efetividade do processo e efetivação da sentença provisória**. Curitiba, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-graduação em Direito – Universidade Federal do Paraná. 193 p.
- LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. 2. ed. São Paulo: RT, 1976.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de: Maria da Conceição. Corte-real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela na reforma do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- \_\_\_\_\_. A execução provisória da sentença. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JR, Fredie. (Coordenadores). **A segunda etapa da reforma processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 9-38.
- \_\_\_\_\_. **Tutela antecipatória e Julgamento antecipado**. Parte incontroversa da demanda. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2. ed. Imprensa Universitária. Lisboa: Editorial Stampa, 1989.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Novas tendências da execução provisória. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 23, n. 90, p. 57-67, 1998.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **As reformas do código de processo civil: condições de uma avaliação objetiva**. RF n. 335, p. 97-104, 1996.
- NERY Junior, Nelson. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. 4. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais.
- \_\_\_\_\_. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 3. ed. Porto alegre: Liv. do Advogado, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2001.
- PUCHTA, Anita Caruso. Tendências da execução provisória no Processo Civil brasileiro, Curitiba: Revista de Direito Processual Civil nº 35, p. 5-32. 2005.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- TARZIA, Giuseppe. **Lineamenti del nuovo processo di cognizione**. Milano: Giuffrè, 1991.
- \_\_\_\_\_. Problemas atuais da execução forçada. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 90, p. 68-84, 1998.
- TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**. Milano: Giuffrè, 1974.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Rev. dos Trib., 1997.
- YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação de tutela específica nas obrigações de declaração de vontade, no sistema do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 171-80.



# RESPONSABILIDADE DOS DIRETORES E GERENTES PELAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS DA PESSOA JURÍDICA

*Ticiane Benevides Xavier Correia<sup>1</sup>*

## **Resumo:**

Este trabalho trata da possibilidade de responsabilização dos administradores por obrigações tributárias da pessoa jurídica em razão de atos praticados com excesso de poderes, infração de lei e de contrato social. Traz os diversos posicionamentos doutrinários sobre o tema, bem como jurisprudência, enfocando o lado prático. Elenca os requisitos para a caracterização da responsabilidade tributária, detalhando-os e analisando seus vários aspectos, concluindo pelo cabimento, na hipótese, da responsabilidade por transferência, podendo responder, em caráter solidário, pelo crédito tributário, tanto a pessoa jurídica, quanto seu administrador.

**Palavras-chave:** obrigação tributária – pessoa jurídica – responsabilidade – administrador.

## **SUMÁRIO:**

1. Introdução – 2. Sujeito passivo da obrigação tributária – 3. A responsabilidade tributária no Código Tributário Nacional – 4. A pessoa responsabilizada – 5. Excesso de poderes e da infração de lei, contrato social ou estatuto – 6. A personalidade na responsabilização do administrador – 7. Responsabilidade por transferência ou por substituição – 8. Solidariedade ou subsidiariedade – 9. Conclusão – 10. *Abstract* – 11. Referências.

## **1. INTRODUÇÃO**

A responsabilidade de que trata o art. 135, III do Código Tributário Nacional é assunto dos mais controvertidos no Direito Tributário, ocorrendo divergências doutrinárias em praticamente todos os pontos abordados pelos estudiosos da matéria.

Trata-se, ainda, de um tema cuja importância é proporcional ao dissídio de opiniões que suscita, uma vez que a possibilidade de reclamar diretamente aos sócios das empresas os débitos fiscais destas é matéria de interesse direto tanto do Fisco quanto dos setores produtivos da economia.

Justificam o enfrentamento da questão em sede doutrinal e solidificam a relevância prática da questão, os dois interesses contrapostos: o da Fazenda Pública, que procura meios tecnicamente aceitáveis<sup>2</sup> de receber seus haveres patrimoniais, e o do contribuinte, que busca acima de tudo segurança jurídica, ao pretender conhecer as exatas hipóteses em que pode vir a ser responsabilizado diretamente por obrigações da pessoa jurídica.

1- Advogada em Recife, PE. E-mail: ticianabenevides@yahoo.com.br

2- Fala-se aqui em “tecnicamente aceitáveis” tendo em consideração uma motivação essencialmente pragmática, uma vez que, embora possa o Poder Público instituir modos de cobrança mais diretos e agressivos, se estes não alcançarem razoável fundamento e motivação técnica, fatalmente terão seus efeitos questionados em juízo. Daí o interesse estatal em desenvolver uma teoria aceitável, do ponto de vista jurídico, para embasar a pretensão de responsabilização direta dos sócios pelas dívidas das empresas.

Este trabalho tem por objeto, assim, analisar o conteúdo do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, pretendendo, dessa forma, estabelecer os contornos principais da responsabilidade tributária dos sócios no Direito Brasileiro e delinear os pressupostos de atuação da norma no caso concreto.

Para a sua consecução foi realizada minuciosa pesquisa doutrinária quanto à teoria geral da responsabilidade, e ao estudo da responsabilidade tributária dos administradores de sociedade, utilizando-se para a consolidação das opiniões expostas, não só da doutrina clássica do direito tributário, como de textos recentes, e de jurisprudência correlata.

Para a análise do dispositivo legal mencionado, impende inicialmente apresentar um breve estudo sobre a sujeição passiva tributária, a fim de que, partindo-se desta noção, seja abordada a responsabilidade em si, não só nos termos colocados pelo Código Tributário, como expondo o tratamento que lhe confere a doutrina e a jurisprudência, para, finalmente, chegarmos ao estudo do artigo referenciado, que é o cerne do presente texto.

## 2. SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

O art.121 do CTN estabelece que o sujeito passivo da obrigação tributária pode assumir a feição de *contribuinte*, quando mantém vínculo pessoal e direto com o fato gerador da obrigação, ou de *responsável*, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorrer expressamente de lei.

Luciano Amaro considera essa definição legal pobre, em especial no que se refere ao responsável, uma vez que é dada por exclusão: “se alguém é devedor da obrigação principal e não é definível como contribuinte, ele será responsável.”<sup>3</sup>

Segue ele a lição de Amílcar de Araújo Falcão, segundo a qual não se faz necessária a indicação expressa do contribuinte na lei, pois este poderia ser identificado pelo intérprete por meio da mera descrição do fato gerador, ao contrário do responsável, que deve vir expressamente designado.<sup>4</sup>

Paulo de Barros Carvalho complementa esse raciocínio, ao afirmar que a disposição do Código determinando que o responsável venha sempre expressamente indicado em lei enfraquece-se, ao se pensar que o sujeito que deve satisfazer à pretensão fiscal, seja contribuinte, seja responsável, vem sempre determinado de modo expreso no texto da lei. Não consistiria, portanto, em predicado do responsável, essa expressa delimitação legal, uma vez que o contribuinte também a tem.<sup>5</sup>

De fato, não se faz indispensável a determinação legal do contribuinte, todavia, o legislador o designa sempre, em respeito ao mandamento do art.97, III do Código Tributário, segundo o qual o sujeito passivo deve ser necessariamente definido em lei.

Desta forma, tanto o contribuinte quanto o responsável estarão previstos expressamente no texto legal, não se podendo, pois, concentrar os conceitos de contribuinte e responsável tributário neste único aspecto.

Diversos autores destacam que o preceito normativo da sujeição passiva foi criado

3- AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.293.

4- IDEM, p.294.

5- CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p.204 e 205.

a partir das lições do mestre Rubens Gomes de Souza, co-autor do Código Tributário.<sup>6</sup>

Apresentou o professor classificação peculiar para a figura do sujeito passivo, que, embora ainda aceita por alguns doutrinadores, é hoje bastante criticada, por se encontrar evitada de certas inconsistências técnicas.

Com efeito, o autor classificou a sujeição passiva indireta (como também é denominada a responsabilidade, em oposição à sujeição direta, que diz respeito ao contribuinte), em substituição e transferência, dividindo esta última em três subespécies: sucessão, solidariedade e responsabilidade.<sup>7</sup>

Conquanto não tenha o Código Tributário acatado essa divisão em sua integralidade, utilizou-se das bases lançadas, criando nova classificação para o sujeito passivo tributário.

Segundo a classificação instituída pelo CTN, conforme já dito, o sujeito passivo pode ser o contribuinte (ou sujeito passivo direto) ou o responsável (sujeito passivo indireto). A responsabilidade, por sua vez, subdivide-se em responsabilidade dos sucessores, responsabilidade de terceiros e responsabilidade por infrações.

Hugo de Brito Machado, ressaltando que se trata de construção doutrinária antiga, explica a distinção entre sujeito passivo direto e sujeito passivo indireto da obrigação tributária da seguinte forma: “sujeito passivo direto (ou contribuinte) é aquele que tem relação de fato com o fato tributável, que é na verdade uma forma de manifestação de sua capacidade contributiva”, enquanto o sujeito passivo indireto vem a ser “aquele que, sem ter relação direta de fato com o fato tributável, está, por força da lei, obrigado ao pagamento do tributo.”<sup>8</sup>

Paulo de Barros Carvalho critica a distinção entre sujeição passiva direta e indireta, observando que não existe, em termos propriamente jurídicos, a distinção entre sujeito passivo direto e indireto, posto que repousa esta divisão em “considerações de ordem eminentemente factuais, ligadas à pesquisa das discutíveis vantagens que os participantes do evento retiram de sua realização.”<sup>9</sup>

Continua afirmando, que ao direito tributário interessa apenas quem integra o vínculo obrigacional, concluindo que o grau de relacionamento entre a pessoa designada por lei para o pagamento do tributo e o fato gerador “escapa da cogitação do Direito, alojando-se no campo da indagação da Economia ou da Ciência das Finanças.”<sup>10</sup>

Desta forma, acatando a lição do professor, e abraçando a nomenclatura utilizada pelo próprio Código Tributário, adotaremos a terminologia “contribuinte” para designar o sujeito passivo que tem relação pessoal e direta com o fato gerador, e “responsável tributário” para indicar aquele que, tendo vinculação com o fato gerador, recebe atribuição legal expressa para adimplemento da obrigação tributária.

Partindo dessas proposições, vejamos os conceitos de sujeito passivo, contribuinte e responsável tributário, e os aspectos que envolvem ambos.

O professor Luiz Emygdio, com base no artigo 121 do CTN, define o *sujeito passivo*

6- Por todos vide: CARVALHO, Paulo de Barros, op. cit., p.205.

7- TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.222.

8- MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.125.

9- CARVALHO, Paulo de Barros. Op. cit., p.205.

10- IBIDEM.

da obrigação como “a pessoa física ou jurídica, obrigada, por lei, ao cumprimento da prestação tributária, principal ou acessória, esteja ou não em relação direta e pessoal com a situação que constitua o respectivo fato gerador.”<sup>11</sup>

Assim, integram o conceito de sujeito passivo tanto o contribuinte quanto o responsável tributário. Distinguem-se esses dois sujeitos que podem figurar no pólo passivo da obrigação tributária por meio da relação que os mesmos mantêm com o fato gerador da obrigação.

*Contribuinte* é, nos moldes propostos pelo artigo *sub examine*, o sujeito passivo que realiza o fato gerador da obrigação tributária. Nesta esteira, complementa o disposto o ensinamento de Aliomar Baleeiro, pelo qual “o contribuinte caracteriza-se pela relação pessoal e direta com o fato gerador: – quem pratica, em seu nome, o ato jurídico ou fato previsto na lei.”<sup>12</sup>

Por relação pessoal entenda-se a participação do contribuinte na situação que constitui o fato gerador. Essa participação não precisa ser necessariamente física, mas jurídica, podendo o contribuinte se relacionar com o fato gerador por intermédio de representante legal. A relação direta, por sua vez, diz respeito ao fato de ser o contribuinte identificado na pessoa em torno da qual se dá a situação constitutiva do fato gerador.<sup>13</sup>

Já para a estruturação de um conceito do que vem a ser o responsável tributário, faz-se necessária a interpretação conjunta dos artigos 121 e 128 do Código Tributário Pátrio. O art. 121, além de apresentar a definição legal, determina que a condição de responsável advenha de expressa disposição de lei, enquanto o art. 128, mais específico, dispõe que o terceiro a ser responsabilizado pelo adimplemento do tributo deve estar vinculado ao fato gerador da obrigação.

Aliomar Baleeiro<sup>14</sup>, interpretando esses dispositivos, ressalva que somente a lei, de modo expresso, pode responsabilizar outra pessoa em lugar do contribuinte, desde que esteja esta terceira pessoa vinculada ao fato gerador da obrigação tributária.

Destaca ainda o mesmo autor, que fica a cargo do legislador competente para a instituição do tributo, a atribuição supletiva ao contribuinte do cumprimento da obrigação, ou sua exclusão da relação jurídica tributária.

O professor Hugo de Brito Machado<sup>15</sup> leciona que do *caput* do art. 128 se depreende que a exclusão da responsabilidade do contribuinte deve também vir expressa na norma, posto que, decorrendo a responsabilidade do contribuinte de sua própria condição de sujeito passivo, não parece razoável que desapareça sem que a lei o determine.

De análise mais profunda do art. 128, temos como aspectos principais da responsabilidade os seguintes: a eleição do terceiro não pode recair sobre qualquer um, deve estar o responsável vinculado ao fato gerador, mas não de forma pessoal e direta, porque se assim fosse, seria contribuinte. Deve ainda estar a responsabilização prevista de modo expresso, de forma clara e inequívoca na legislação, além de não contrariar o que preceitua o

11- ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. Manual de Direito Financeiro & Direito Tributário. 16 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.494.

12- BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.424.

13- AMARO, Luciano. Op. cit., p.292.

14- BALEEIRO, Aliomar. Op. cit., p.435 e 436.

15- MACHADO, Hugo de Brito. Op. cit., p.142.



CTN a respeito da responsabilidade tributária.<sup>16</sup>

Permite o art.128 que a lei exclua o contribuinte da relação jurídica tributária, ou que o mantenha como responsável subsidiário, ou seja, responderá, em caráter supletivo, em caso de inadimplemento ou pagamento insuficiente por parte do terceiro responsabilizado. Essa subsidiariedade é plenamente cabível na hipótese de responsabilização prevista no art.135, III do Código Tributário, e será analisada mais adiante.

Abarcando o que preconizam ambos os artigos, 121 e 128 do Código Tributário Nacional, Lobo Torres nos fornece o conceito de responsável, apresentando-o como “a pessoa que, não participando diretamente da situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária, embora a ela esteja vinculada, realiza o pressuposto legal da própria responsabilidade ou o seu fato gerador.”<sup>17</sup>

Não se perca de vista, contudo, que o responsável tributário é, efetivamente, um devedor.<sup>18</sup>

As diferenças fundamentais entre contribuinte e responsável nos são enumeradas também por Lobo Torres nos seguintes termos:

a) o contribuinte tem o débito (*debitum, Schuld*), que é o dever de prestação e a responsabilidade (*Haftung*), isto é, a sujeição do seu patrimônio ao credor (*obligatio*), enquanto o responsável tem a responsabilidade (*Haftung*) sem ter o débito (*schuld*), pois ele paga o tributo por conta do contribuinte;

b) a posição do contribuinte surge com a realização do fato gerador da obrigação tributária, a do responsável, com a realização do pressuposto previsto na lei que regula a responsabilidade, que os alemães chamam de fato gerador da responsabilidade (*Haftungstatbestand*).<sup>19</sup>

Em conformidade com o que preconiza o art. 123 do Código Tributário, a menos que lei específica estabeleça de outro modo, não se permite sejam opostos à Fazenda Pública acordos particulares que alterem a disposição legal de sujeito passivo da obrigação tributária.

As convenções particulares podem ser efetuadas e ter validade jurídica entre as partes, porém não poderão ser opostas à Fazenda Pública, não produzindo efeitos perante esta.

O Fisco exigirá o cumprimento da obrigação daquele que for determinado por lei como sujeito passivo, consistindo a utilidade dos contratos particulares em regular as relações entre os celebrantes, nunca em modificar o pólo passivo da obrigação tributária.<sup>20</sup>

É importante observar, ainda, que a responsabilidade tributária é regida pelo princípio da acessoriedade, segundo o qual inexistente a responsabilidade tributária sem débito fiscal principal, a ela antecedente.<sup>21</sup>

16- MORAES, Bernardo Ribeiro de. Compêndio de Direito Tributário. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, vol.2, p.507 e 508.

17- TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p.221 e 222.

18- ORTIZ, Diego Gonzáles. La figura del responsable tributario en el derecho español. Valencia: Universitat de Valencia, 2003, p. 23.

19- TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit. p.217.

20- MACHADO, Hugo de Brito. Op. cit., p. 127.

21- ORTIZ, Diego Gonzáles. Op. cit., p. 48.22 NASCIMENTO, Carlos Valder do. Responsabilidade Tributária. In NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). Obrigação Tributária. São Paulo: Revista do Tribunais, 1988, p.92 e 93.

Traçadas, pois, em linhas gerais as noções de sujeição passiva necessárias à compreensão do presente trabalho, passaremos ao estudo da responsabilidade tributária, mais propriamente da responsabilidade imposta pelo art. 135, III do Código Tributário Nacional.

### 3. A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

A responsabilidade tributária consiste num terceiro gênero da responsabilidade. Possui ela características tanto da responsabilidade civil quanto da responsabilidade penal, mas, ao mesmo tempo, mantém caracteres particulares que a individualizam.

Coincide com a responsabilidade penal o fato de figurar no pólo ativo da obrigação o Estado, representado pela Fazenda, e de consistir numa relação de direito público. À responsabilidade civil assemelha-se por permitir que figure no pólo passivo pessoa jurídica, e de a prestação versar sobre o patrimônio, não assumindo o caráter de pena.

Extrema-se das responsabilidades penal e civil por ter todos os seus aspectos previstos em lei, em razão do princípio da legalidade estrita, que norteia este ramo da Ciência do Direito, indicando a norma, expressamente, aquele que será acionado em ocorrendo o dano ao Erário.

A responsabilidade tributária é tratada no Código Tributário Nacional em capítulo próprio, o Capítulo V do Título II, compreendendo os artigos 128 a 138. O art. 128, como já visto, dispõe de modo geral sobre a responsabilidade tributária. Os arts. 129 a 133 tratam da responsabilidade por sucessão. A responsabilidade de terceiros, que é a que nos interessa no presente estudo está prevista nos arts. 134 e 135. Por fim, a responsabilidade por infrações encontra seus fundamentos legais nos arts. 136 a 138.

Carlos Valder do Nascimento define a Responsabilidade Tributária como “prerrogativa inerente ao Fisco (sujeito ativo da obrigação) de poder exigir do responsável (sujeito passivo) a satisfação de um crédito tributário constituído e homologado pela Administração Fiscal. Acrescente-se que essa faculdade somente pode derivar da lei, que em seu texto, estabelecerá para cada imposto, a enumeração dos responsáveis tributários.”<sup>22</sup>

Por esta definição já se percebe que a responsabilidade tributária exsurge do inadimplemento da obrigação tributária pelo sujeito passivo (contribuinte), o que confere à Fazenda Pública o direito de executar a prestação devida de terceira pessoa (responsável).<sup>23</sup>

Desta forma, a responsabilidade tributária tem por fonte mediata o inadimplemento da obrigação tributária, e por fonte imediata a lei, que estabelece aquele que deverá ser acionado em virtude deste inadimplemento.<sup>24</sup>

Em verdade, a responsabilidade tributária é sempre *ex lege*, não só em razão do que determina o parágrafo único, II do art. 121 do CTN, mas também em respeito ao princípio da legalidade estrita, consagrado no art. 97, III (no caso do sujeito passivo) do mesmo dispositivo legal.<sup>25</sup>

Fábio Leopoldo Oliveira<sup>26</sup> esclarece que o Código Tributário adotou nos dispositivos

23- MORAES, Bernardo Ribeiro de. Op. cit., p. 502.

24- Ibidem, p.503.

25- AMARO, Luciano. Op. cit., p.294.

26- OLIVEIRA, Fábio Leopoldo de. Responsabilidade Tributária. In: Ives Gandra da Silva Martins, coordenador. Curso de Direito Tributário. Belém: CEJUP, 1997, p.231.

concernentes à responsabilidade a Teoria dualista alemã, pela qual são elementos independentes da relação jurídica tributária o débito e a responsabilidade.

Por esta teoria, a responsabilidade surge em um segundo momento, e cria a obrigação do devedor cumprir efetivamente a prestação ao mesmo tempo em que dá ao credor o poder de exigir o cumprimento desta, através de garantia constituída pelo patrimônio do devedor. A responsabilidade se traduz, portanto, num “poder-dever”.

Não existe uma uniformidade quanto à classificação da responsabilidade tributária, os doutrinadores estabelecem classificações as mais variadas, sendo recorrente na doutrina classificá-la em responsabilidade *originária* ou *derivada*.<sup>27</sup>

Ensina Fábio Leopoldo de Oliveira<sup>28</sup> que a responsabilidade é originária quando o sujeito passivo é o mesmo na fase subsequente ao inadimplemento, “*vale dizer, quando o debitum e a responsabilidade incidem sobre a mesma pessoa.*” Refere-se este tipo de responsabilidade ao contribuinte, que mantém relação pessoal e direta com o fato gerador.

Quanto à responsabilidade derivada, leciona o mesmo autor<sup>29</sup> que decorre do inadimplemento pelo contribuinte, passando o ônus do cumprimento da obrigação a terceiro por determinação de lei, ou seja, “o *debitum* nasce para o contribuinte e se transfere para terceiro.”

Muito utilizada também é a divisão da responsabilidade em *substituição* e *transferência*. Essa classificação será tratada com mais vagar adiante, quando do estudo da responsabilidade prevista no art.135, III, pois existe grande controvérsia a respeito do enquadramento da responsabilidade do sócio nessa classificação.

Em linhas gerais, a responsabilidade por substituição, segundo Alfredo Augusto Becker<sup>30</sup>, se dá quando o legislador escolhe para sujeito passivo da relação jurídica tributária um terceiro, em substituição à aquele “de cuja renda ou capital a hipótese de incidência é signo presuntivo”. A substituição, pois, se opera no momento da elaboração da lei. A responsabilidade por substituição exclui do pólo passivo da obrigação o contribuinte.

A transferência ocorre quando a obrigação é gerada contra uma determinada pessoa (que praticou o ato previsto na norma como fato gerador) e, posteriormente, em consequência de um fato novo, é transferida para um terceiro vinculado ao fato gerador ou ao contribuinte.<sup>31</sup>

Prevê o Código Tributário ainda classificação própria, dispondo sobre a *responsabilidade por sucessão* (arts. 129 a 133), a *responsabilidade de terceiros* (arts. 134 e 135), que é o foco do presente estudo, mais especificamente quanto à responsabilidade dos sócios pelos débitos fiscais da sociedade, e a *responsabilidade por infrações* (arts.136 a 138).

Trataremos neste trabalho apenas do art. 135, mais especificamente de seu inciso III, que atribui aos diretores gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado a responsabilidade pelas obrigações tributárias advindas de atos praticados com excesso de poderes, ou em violação de lei, contrato social ou estatutos. Vejamos o que dispõe o referido artigo:

27- MORAES, Bernardo Ribeiro de. Op. cit., p. 509.

28- OLIVEIRA, Fábio Leopoldo de. Op. cit., p.235.

29- Ibidem, p.235.

30- BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 1963, p.503.

31- OLIVEIRA, Fábio Leopoldo de. Op. cit., p.233.

**Art.135.** São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I – as pessoas referidas no artigo anterior;<sup>32</sup>

II – os mandatários, prepostos e empregados;

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Passaremos agora a uma análise minuciosa do artigo transcrito, partindo do estudo do inciso III, quando serão apresentados os sujeitos relacionados no mesmo, e determinando quem é passível de responsabilização nos termos propostos por este dispositivo.

Em seguida, serão estudadas as expressões “excesso de poderes” e “infração de lei, contrato social ou estatuto”, constantes do *caput* do artigo, e suas implicações na caracterização da responsabilidade tributária do administrador.

Por fim, será examinado o termo “pessoalmente”, situado logo no início do artigo em tela, cuja interpretação equivocada traz graves conseqüências não só para o administrador como para a própria pessoa jurídica. É nesta parte da responsabilidade tributária em que se vislumbra maior desencontro na doutrina.

#### 4. A PESSOA RESPONSABILIZADA

Em princípio, o que se depreende da análise do artigo transcrito é o fato de que não será o sócio o responsabilizado pela obrigação tributária, ou, ao menos, não qualquer sócio, mas apenas aquele que ocupar cargo de direção, gerência, ou que represente a empresa na realização de seu objeto social. A jurisprudência é profusa neste sentido, como no exemplo abaixo:

“TRIBUTÁRIO. SOCIEDADE LIMITADA. DISSOLUÇÃO. SÓCIO GERENTE. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. LIMITES. (...)

2. Cuida o presente caso de se buscar definição acerca da possibilidade de se cobrar integralmente de ex-sócio de uma empresa tributo por ela não recolhido, quando o mesmo não exercia mais atos de administração da mesma, reclamando-se ofensa ao artigo 135, do CTN. (...)

4. A solidariedade do sócio pela dívida da sociedade só se manifesta, todavia, quando comprovado que, no exercício de sua administração, praticou os atos elencados na forma do art. 135, *caput*, do CTN. **Há impossibilidade, pois, de se cogitar na atribuição de responsabilidade substitutiva, quando sequer estava o sócio investido das funções diretivas da sociedade.**

5. *In casu*, a execução abrange período anterior à época de responsabilidade do embargado; as dívidas anteriores (ou posteriores) à permanência do sócio na

32- As pessoas referidas no art.134, que podem também ser responsabilizadas nos moldes do art.135 são: os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores; os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados; os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes; o inventariante pelos tributos devidos pelo espólio; o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário; os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão de seu ofício; os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

empresa não podem, via de regra, atingi-lo, até mesmo porque ausente qualquer prova de liame entre o embargado e os fatos geradores dos períodos restantes. (...)” (STJ, 1ª Seção, AgRg EDivResp 109639/RS, Rel. Min. José Delgado, Dez/99, DJ de 28/02/2000) – Grifamos.

Não se faz obrigatório, ainda, que seja sócio aquele que é responsabilizado, vez que o artigo não menciona tal exigência. É comum que, em sociedades de maior porte ou em que o capital social é subscrito por muitos sócios como a sociedade anônima, sejam contratados empregados para ocupar cargos de gerência ou diretoria.

Deve-se destacar que a direção nas sociedades anônimas é permitida a pessoa não pertencente aos quadros sociais, embora o conselho de administração deva ser, necessariamente, composto por sócios. Nos demais tipos societários, silenciando o contrato sobre tal, nada impede que a administração da sociedade seja delegada a não-sócio.<sup>33</sup>

Logicamente que estes administradores contratados, bem como os demais terceiros elencados no art. 135, só responderão pela obrigação tributária após rigorosa apuração dos fatos, em que reste comprovada a prática de atos irregulares por parte deles.

Necessário se faz também, que esteja o responsável na administração da sociedade à época da prática do ato previsto no dispositivo, não respondendo pelo débito fiscal da sociedade sócio que dela já se tenha retirado regularmente, quando da prática da infração.

Pode ocorrer ainda que uma sociedade seja gerente de outra. Nesse caso, a sociedade dotada de poderes de gestão responderá pelos danos causados à sociedade gerida, podendo propor ação regressiva contra seu próprio administrador, nos casos legais. Tem-se como exemplo do exposto a *holding*.<sup>34</sup>

Não quer isto dizer, que simplesmente por ter outra pessoa jurídica sócios em comum com a contribuinte, será ela responsabilizada por obrigação tributária da segunda. Faz-se indispensável o efetivo exercício dos poderes de gestão, determinante para o não pagamento do tributo no momento devido.

É o que se depreende do excerto extraído do voto proferido pelo Min. Milton Luiz Pereira como relator do Resp. 91858/ES, STJ, apresentado por Leandro Paulsen, em sua obra *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*, que se transcreve abaixo:

“... uma pessoa jurídica, com personalidade própria, não se confunde com outra somente porque os sócios tenham participação em ambas. Demais, o art. 135, III, do CTN, colacionado pela autoridade fiscal, trata da responsabilidade pessoal dos diretores, gerentes ou representantes, e não de outra pessoa jurídica.”<sup>35</sup>

33- VAZ, José Otávio de Vianna. *Responsabilidade Tributária dos Administradores de Sociedade no CTN*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.35.

34- VAZ, José Otávio de Vianna. *Op. cit.*, p.37.

35- PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 7 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.1014.

Destaca o professor Hugo de Brito Machado Segundo que somente aquele que age em nome da sociedade pode cometer infração à lei, contrato social ou estatuto.<sup>36</sup> O mesmo entendimento se aplica ao ato praticado com excesso de poderes.

Cumpre-nos, pois, fazer aqui a distinção entre as figuras do administrador, do gerente e do diretor.

Ensina José Otávio de Vianna Vaz<sup>37</sup> que “administrador” é gênero, do qual “gerente”, “representante” e “diretor” são espécies, não importando o nome concedido ao cargo por lei ou pelo estatuto, mas a atribuição e os poderes que lhe são conferidos.

Explica o autor que em sentido lato, gerente é aquele que ocupa cargo de confiança, dotado de poderes de gestão dentro da estrutura da empresa, e de decisão, comando e controle sobre os empregados.

Em termos jurídicos, todavia, considera o gerente o administrador da sociedade, que possui, em relação aos sócios, poderes de gestão, e em relação a terceiros, poderes de representação, podendo neste mister, praticar todo e qualquer ato necessário à consecução do objeto social.

Ressalta o professor que o conceito de diretor não difere do de gerente. Trata-se apenas de nomenclatura estabelecida por cada sociedade.

Quanto ao representante, ensina tão somente que não pode ser este o mandatário da sociedade, pois não existe, nesse caso, mandato em sentido estrito, em que se nomeia preposto para praticar ato certo, existindo dualidade de pessoas, “mandante” e “mandatário”. Quem detém o poder de gestão é o mandante, o mandatário apenas o representa. Designa o representante, pois, como “o administrador que não seja, formalmente, denominado diretor ou gerente.”<sup>38</sup>

Destarte, apenas em ocorrendo ato praticado pelo administrador da sociedade, seja ele sócio ou não, com excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatuto, é que se aciona o patrimônio deste terceiro, inicialmente alheio à relação jurídico-tributária.

Antônio Carlos Diniz Murta<sup>39</sup> afirma que em não existindo ressalva no artigo estudado quanto à sua eficácia, não se limita a responsabilidade destes terceiros apenas ao crédito tributário, englobando também quaisquer penalidades e obrigações acessórias.

## 5. EXCESSO DE PODERES E DA INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTO

Outro aspecto a ser focado no artigo examinado diz respeito à prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, estatuto ou contrato social. O artigo 135 não delimita o que vem a ser excesso de poderes, muito menos infração de lei.

36- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Responsabilidade Tributária dos Sócios Gerentes nas Sociedades Limitadas. Reper-tório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de novembro de 2000, n.º21/2000, c.1, texto1/15319, p.37.

37- VAZ, José Otávio de Vianna. Op. cit., p.34.

38- VAZ, José Otávio de Vianna. Op. cit., p.37.

39- MURTA, Antônio Carlos Diniz. Responsabilidade Tributária dos Sócios: Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limi-tada. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.78.

De forma simplificada, Luciano Amaro ensina que a expressão “excesso de poderes” refere-se à prática de ato para o qual o terceiro não detinha poderes.<sup>40</sup>

Partindo desta lição, tomaremos por ato praticado com excesso de poderes, aquele realizado pelo terceiro (gerente, diretor ou representante), em nome da sociedade, que extrapole os limites dos poderes a ele instituídos para o exercício de suas respectivas funções.

Muito mais difícil, porém, é a definição de “infração de lei, contrato social e estatuto”. Da forma que foram colocadas pelo legislador, a infração de lei e a infração do ato constitutivo social, temos a falsa idéia de que têm ambas a mesma definição e as mesmas implicações para a sociedade. Todavia, a violação de lei traz aspectos muito mais complexos à responsabilidade tributária, de modo que deve ser estudada em separado. Principiaremos, pois, por analisar a expressão “infração de contrato social e estatuto”.

Referiu-se o Código Tributário a ambas as espécies de ato constitutivo da sociedade, estatuto e contrato social, com vistas a abarcar tanto as sociedades civis, quanto as comerciais.<sup>41</sup>

O ato constitutivo é que estabelece os poderes a serem concedidos ao administrador, que irá, a partir de então, agir em nome da sociedade. Indica o documento, ainda, as diretrizes a serem seguidas na administração desta sociedade, de modo que qualquer ato que contrarie disposição expressa sua pode ser encarado como infração.

A prática de ato para o qual não detinha poderes, por parte do administrador, poderia parecer, à primeira vista, prática de ato com excesso de poderes, no entanto, qualquer ato que extrapole os poderes concedidos pela sociedade por meio do ato constitutivo a seu representante, configura contrariedade do estatuto ou contrato social.<sup>42</sup>

Em verdade, como destaca o professor Luciano Amaro, nem sempre é clara a distinção entre excesso de poderes e infração de lei, estatutos ou contrato social, tornando-se difícil ao aplicador, em muitos casos, verificar em qual possibilidade agiu o gerente, diretor ou representante da sociedade, para que seja considerado responsável pela obrigação tributária. Assim ensina o autor:

Muitas hipóteses se enquadram em mais de uma dessas situações: um ato praticado com excesso de poderes pode estar violando, a um só tempo, o estatuto e a lei; um ato ilegal certamente não estará sendo praticado no exercício de poderes regulares. Para que a responsabilidade se desloque do contribuinte para o terceiro, é preciso que o ato por este praticado escape totalmente das atribuições de gestão ou administração, o que freqüentemente se dá em situações nas quais o representado ou administrado é (no plano privado), assim como o Fisco (no plano Público), vítima de ilicitude praticada pelo representante ou administrador.<sup>43</sup>

Infração de lei, por sua vez, consistiria na contrariedade a dispositivo legal, mais especificamente de legislação civil e comercial, já que se encontra próxima às expressões

40- AMARO, Luciano. Op. cit., p.317.

41- VAZ, José Otávio de Vianna. Op. cit., p.134.

42- IBIDEM.

43- AMARO, Luciano. Op. cit., p.317.

“excesso de poderes” e “infração contrato social e estatuto”, típicas do direito societário, que é regulado por estes conjuntos legais. Não diz respeito, pois, à legislação tributária.<sup>44</sup>

Embora em muitos casos se possa facilmente inferir que o administrador agiu em violação de lei, a omissão do Código em defini-la, ou restringi-la, deixa ao Fisco uma amplíssima margem para responsabilização dos administradores.

Entendemos não ter pretendido o legislador possibilitar tamanha elasticidade à norma, haja vista ser o dispositivo em questão de aplicação excepcional, posto que o cumprimento da obrigação tributária cabe, ordinariamente, à empresa, que realizou o fato gerador.<sup>45</sup>

Contrariamente a nosso entendimento, posicionam-se Luciana Roffê Vasconcelos e Luciana Grassano Mélo<sup>46</sup>, afirmando que:

Parece claro que a norma que imputa a responsabilidade tributária aos diretores, gerentes e representantes de pessoas jurídicas contribuintes deve ser interpretada em favor do credor público, tanto pela sua excepcionalidade, como para que não se descaracterize norma de tão grande relevância prática.

Em que pese esta opinião em contrário, consideramos que o contribuinte, mais especificamente o responsável neste caso, não pode ficar vulnerável à interpretação que o Fisco venha a atribuir à norma, principalmente quando se tem em mente que um dos mais importantes princípios norteadores do Direito Tributário é o da legalidade estrita, pelo qual o tributo deve ser cobrado nos estritos termos da lei.

Analisemos a interpretação dada pela Fazenda ao termo “infração de lei” inserida no *caput* do artigo.

Numa hermenêutica restrita, diversos órgãos fazendários têm requerido a responsabilização dos diretores gerentes ou representantes pelo simples inadimplemento do tributo.

Embasam seu pedido no argumento de que o tributo é criado por lei, tornando-se, pois, dever jurídico daquele que pratica o ato sobre o qual incide o fato gerador.

Hugo de Brito Segundo<sup>47</sup> refuta esta alegação com a tese de que, se o não pagamento do tributo fosse infração de lei, o não pagamento de uma nota promissória no vencimento também o seria, assim como o não pagamento dos salários, por violar a CLT ou a venda de equipamentos defeituosos, por contrariar o Código de Defesa do Consumidor, etc.

Arremata o raciocínio afirmando que o administrador seria responsável pessoal e ilimitadamente pelo cumprimento de todo e qualquer dever jurídico da sociedade, pois seu descumprimento violaria alguma lei.

44- VAZ, José Otávio de Vianna. Op. cit., p.136.

45- No sentido da aplicação excepcional do art.135, ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da (Op. cit. p.536) ensina que o administrador é órgão da sociedade, e como tal reflete a vontade social, disto decorrendo o fato de a lei estabelecer que, como regra não responde ele pelas obrigações sociais, já que os atos positivos ou negativos praticados pelo administrador recaem sobre a sociedade. Desta forma, só em caráter excepcional, tendo agido com excesso de poderes ou infringência de lei, contrato social ou estatuto, responderá pessoalmente o administrador.

46- MÉLO, Luciana Grassano; VASCONCELOS, Luciana Roffê. A responsabilidade tributária dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. Tese defendida no XXVI Congresso de Procuradores do Estado, Caldas Novas – GO, 2000, p.06.

47- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Op. cit., p.39.



Exageros à parte, pensamos ser este elastecimento da norma extremamente prejudicial ao contribuinte, pois causa uma insegurança jurídica, principalmente quanto à constituição da sociedade, já que mesmo em tipos societários como a sociedade limitada, em que o sócio tem seu patrimônio resguardado, só respondendo até a integralização do capital social, seria possível atacar o patrimônio do sócio gerente em virtude do inadimplemento de tributo.

As autoras acima citadas alegam que não se trata, no caso em tela, de culpa genérica pelo não recolhimento de impostos, mas de culpa pela insuficiência do patrimônio para o adimplemento da obrigação tributária, que gera presunção *juris tantum* de má administração dos recursos.<sup>48</sup>

Caberia ao terceiro, nestes casos, comprovar que a insuficiência patrimonial não proveio de má administração, mas de causas estranhas à gestão societária como a implantação de planos econômicos, inadimplência dos clientes da pessoa jurídica contribuinte, calamidades públicas, etc.

Embora válido o argumento acima apresentado, baseia-se num conceito de violação de lei que privilegia a insuficiência patrimonial da sociedade em razão da administração.

Admite-se, sob este ponto de vista, que age com infração à lei o terceiro que, desfalcando o patrimônio da sociedade, em razão de sua má administração, deixa de adimplir as obrigações tributárias da empresa, ou encerra as atividades da mesma irregularmente, deixando em aberto a dívida social.<sup>49</sup>

Em nossa opinião, a simples má administração, mesmo que venha a causar uma diminuição no patrimônio da empresa, não pode ser interpretada como contrariedade à lei. Elemento essencial para a configuração da responsabilidade do administrador pela obrigação tributária é o *dolo*.

Sacha Calmon<sup>50</sup> observa que deve ser verificado o aspecto subjetivo do ato praticado, afirmando que há espaço para a simples culpa, o dolo específico, ou o estado de necessidade.

O autor ressalta que as situações em que o gestor age com culpa estão inseridas no disposto pelo art.134, em que o agente é responsável pelos atos em que intervier ou pelas omissões de que for responsável.

O estado de necessidade pode ser exemplificado pela utilização do numerário que seria destinado ao pagamento do imposto para “cobrir” a folha de salários. Nessa hipótese, entretanto, podem os sócios vir a responder nos moldes do art. 134, enquanto o art. 135 teria por pressuposto para a responsabilização, o que o autor entende por dolo específico.

Nesse diapasão, para que seja reconhecida a responsabilidade do sócio na infração de que trata o art. 135, deve restar comprovado o dolo em desviar o os valores reservados para o pagamento do tributo para atividades outras, seja ou não em proveito da empresa.

É devido a este caráter doloso, inclusive, que não se aplica na hipótese o art.1016 do Código Civil.<sup>51</sup> De fato, o administrador deverá responder perante a sociedade e terceiros prejudicados por atos decorrentes de culpa, e esta responsabilidade será solidária.

48- MÉLO, Luciana Grassano, VASCONCELOS, Luciana Roffê. Op. cit., p.09.

49- IBIDEM.

50- COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.628.

51- Art.16. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.

Todavia, o art.135, III, cerne deste trabalho, consoante diversas vezes destacado, diz respeito a atos praticados com excesso de poderes e com infração de lei ou do ato constitutivo, que requerem a intenção do agente em se abster de pagar o tributo. No máximo, poder-se-ia tentar conjugar o art.1016 do Código Civil com o art.134 do Código Tributário, já que o autor supramencionado entende figurarem neste último artigo as hipóteses em que o administrador age com culpa.

Ademais, o ato em questão prejudica o Fisco, credor da obrigação tributária e não terceiros, ou a própria sociedade, já que esta muitas vezes é beneficiada pelo inadimplemento. Destarte, a responsabilidade tributária do administrador distingue-se da responsabilidade deste perante terceiros ou perante a própria sociedade.

José Otávio de Vianna Vaz<sup>52</sup> nos apresenta outro argumento, igualmente forte, que consolida a tese de que o simples inadimplemento de tributo não pode ser considerado infração de lei.

Diz respeito este argumento ao fato de se referir o Código a atos *praticados* com infração de lei.

Advindo a obrigação tributária da realização do fato gerador, que é ato lícito previsto em lei, o crédito proveniente do descumprimento da obrigação tributária é tão somente a multa por inadimplemento, pois o artigo menciona apenas atos praticados, diferentemente do art.134, em que o legislador consignou expressamente sua intenção de responder o terceiro pelo crédito tributário oriundo de omissão.

Partindo dessa premissa, e considerando que o legislador empregou coerentemente as expressões do texto legislativo, conclui o autor que o não recolhimento de tributo não consiste em figura típica do art.135, posto que configura omissão, que não é hipótese prevista em lei, não atendendo, assim, ao princípio da legalidade estrita.<sup>53</sup>

O professor Kiyoshi Harada<sup>54</sup> compartilha deste entendimento, exemplificando caso de infração de lei da forma que segue:

Nos expressos termos do *caput* do art.135, somente obrigações tributárias **resultantes de atos praticados com infração de lei**, como, por exemplo, contrabando ou descaminho, acarretam a responsabilização pessoal do sócio ou administrador. O atraso no pagamento de crédito fiscal regularmente constituído não configura infração do art.135,III, do CTN, pois esse crédito não resulta de infração legal, contratual ou estatutária, nem de ato praticado com excesso de poderes.

Luiz Emygdio apresenta outras hipóteses em que o administrador pode ser responsabilizado em lugar da pessoa jurídica, destacando que os atos indicados são reconhecidos pela jurisprudência como praticados com excesso de poderes ou infração de lei, estatuto ou contrato social. São esses atos: não recolhimento de contribuição previdenciária descontada de empregados da sociedade, dissolução irregular, e não recolhimento de ICMS recebido de consumidor final e tendo ocorrido extinção da empresa.

52- VAZ, José Otávio de Vianna. Op. cit., p.136.

53- VAZ, José Otávio de Vianna. Op. e loc. cit..

54- HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p.446. (grifos no original)

Quanto ao não recolhimento de contribuição previdenciária já descontada dos empregados, o Superior Tribunal de Justiça, em decisões recentes, tem julgado tal atitude crime de apropriação indébita, aplicando à questão o art. 168 - A, que dispõe especificamente sobre o crime de apropriação indébita previdenciária. A título de ilustração junta-se a seguinte ementa:

**BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.** RESPnº501.460-RS(2003/0024436-1). PENAL. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DESCONTADAS DE EMPREGADOS. ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL. CRIME OMISSIVO PRÓPRIO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO. ENTENDIMENTO PACIFICADO NA 3ª SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ.

1. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do ERESP nº 331.982/CE, pacificou entendimento de que o crime de apropriação indébita previdenciária caracteriza-se com a simples conduta de deixar de recolher as contribuições descontadas dos empregados, sendo desnecessário o **animus rem sibi habendi** para a sua configuração.

2. Trata-se, pois, de crime omissivo próprio ou puro, que se aperfeiçoa independentemente do fato de o agente (empregador) vir a se beneficiar com os valores arrecadados de seus empregados e não repassados à Previdência Social.

3. A exigência do dolo específico tornaria praticamente impossível atingir o objetivo do legislador ao editar a norma contida no art. 168-A do Código Penal, que é o de proteger o patrimônio público e os segurados da Previdência Social.

4. A análise da tese de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa obriga, necessariamente, o reexame de provas, vedado em sede de recurso especial, a teor do disposto na Súmula nº 7 desta Corte.

5. Recurso especial parcialmente conhecido, mas desprovido. Brasília, 23 de março de 2004.

Não se tem em conta, neste caso, a intenção do agente, vez que a este respeito não dispõe o artigo. Basta, apenas, para a configuração do delito a prática do ato, não constituindo elemento do tipo a intenção o agente. Será cominada a sanção penal cabível ao agente, e, paralelamente, cobrado o imposto devido da sociedade ou do administrador indiferentemente.

Neste diapasão, estando penalmente tipificada a infração sobre que se discute, escapa seu estudo da esfera tributária, não cabendo no presente trabalho divagações outras acerca do tema.

Assim, entendemos que configura infração de lei apenas aquele ato praticado pelo administrador com dolo de lesar o Fisco, seja ou não em benefício da pessoa jurídica, não se enquadrando nesta interpretação o mero inadimplemento, embora reconheçamos que seja violação de dever jurídico. Nesta esteira, também a má administração que cause a insolvência não pode ser considerada infração de lei.

De qualquer sorte, existe jurisprudência em ambos os sentidos, ou seja, tanto acatando quanto rejeitando a tese fiscal de violação da lei por mero inadimplemento do tributo, inclinando-se os tribunais a adotarem o posicionamento aqui esposado.<sup>55</sup>

## 6. APESOAALIDADE NA RESPONSABILIZAÇÃO DO ADMINISTRADOR

A expressão “pessoalmente responsáveis” empregada no *caput* do art.135 dá ensejo às mais diversas interpretações por parte da doutrina.

Nesta variedade de teorias, encontramos os que vislumbram na responsabilidade pessoal do administrador a total exclusão da sociedade da relação jurídica tributária.<sup>56</sup> Outros indicam que a empresa responde subsidiariamente pelo crédito tributário, posto que praticou o fato gerador.<sup>57</sup> Existem ainda os que defendem que deva ser solidária a responsabilidade sob exame, com base no benefício econômico que auferem sócio e empresa com a lesão ao Fisco.<sup>58</sup>

Analisaremos adiante essas posições, apresentando nosso entendimento à medida que expomos as respectivas teorias. Estudaremos também com relação à pessoalidade, a questão da responsabilidade por substituição ou por transferência pela obrigação tributária, na situação em tela.

Parte da doutrina aponta que a responsabilidade tributária exclui do pólo passivo a pessoa jurídica, por considerar que se trata, no art.135, III, de responsabilidade por substituição.

Assim não entendemos, uma vez que a obrigação tributária se origina da realização do fato gerador pela pessoa jurídica, atingindo-se o administrador apenas posteriormente, *ex vi legis*, por meio de um critério de imputação legal.<sup>59</sup>

Gilberto Etchaluz Vilela<sup>60</sup> adota o mesmo posicionamento, afirmando que falhou o legislador, pois ao aplicar a palavra “pessoalmente”, parece ter a intenção de imputar ao agente, culpado pelos atos ilícitos, a responsabilidade exclusiva pelo cometimento desses atos.

Considerar-se-ia, pois, nesta hipótese, que a empresa é tão vítima destes atos ilícitos quanto o Fisco. Entretanto, adotar essa visão, como continua afirmando o autor, seria demasiadamente prejudicial ao Erário, como adiante será demonstrado; além do fato que, na grande maioria dos casos, a empresa se locupleta com o tributo inadimplido.

Existem autores que afirmam que o responsável é devedor por crédito próprio<sup>61</sup>, já que o ato que deu origem à relação jurídica tributária foi praticado com excesso de poderes ou em infração de lei, contrato social ou estatuto. Todavia, mesmo nesses casos, o titular da relação jurídica tributária será a pessoa jurídica, vez que o administrador agiu em nome desta, quando da realização do fato gerador.

O fato gerador surge da prática pela sociedade, do ato previsto na lei como formador da obrigação tributária, não importando, neste momento, a natureza deste ato. Não surge a obrigação pura e simplesmente da prática do ato contra lei, estatuto ou contrato social, ou

55- Neste sentido vide PAULSEN, Leandro. Op. cit. p.1004 a 1007.

56- Neste sentido: MORAES, Bernardo Ribeiro de. Op. cit., p. 522, BALEEIRO, Aliomar. Op.cit., p.,447, entre outros.

57- Por todos vide MACHADO. Hugo de Brito. Op. cit., p.142.

58- Cf. VILELLA, Gilberto Etchaluz. A Responsabilidade Tributária. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.118.

59- DENARI, Zelmo. Solidariedade e Sucessão Tributária. São Paulo: Saraiva, 1977, p.52.

emanado de excesso de poderes.

Ao contrário do que entendem alguns, os atos ilícitos praticados por terceiros, mais propriamente pelo administrador, no caso em análise, não eximem o contribuinte da responsabilidade, a menos que exista expressa disposição de lei neste sentido.<sup>62</sup> Hugo de Brito Machado assim resume esta tese:

Com efeito, a responsabilidade do contribuinte decorre de sua condição de sujeito passivo direto da relação obrigacional tributária. Independe de disposição legal que expressamente a estabeleça. Assim, em se tratando de responsabilidade inerente à própria condição de contribuinte, não é razoável admitir-se que desapareça sem que a lei o diga expressamente. (...) Pela mesma razão que se exige dispositivo legal expresso para a atribuição da responsabilidade a terceiro, também se há de exigir dispositivo legal expresso para excluir a responsabilidade do contribuinte.

Trata-se, pois de responsabilidade por transferência, já que a obrigação constitui-se com um sujeito passivo (contribuinte, que tem relação direta com o fato gerador), e, por motivo posterior passa a ser de responsabilidade de um terceiro (responsável, que mantém algum vínculo com este fato ou com o contribuinte).

A pessoa jurídica é quem realiza o fato gerador, sendo ela o contribuinte. O terceiro se *coobriga* em virtude da relação particular que mantém com a sociedade, ou da prática de algum dos atos previstos no art.135, III.

A prática das hipóteses previstas no artigo referenciado não pode ser utilizada para excluir a responsabilidade da pessoa jurídica, para que tal ocorra, faz-se necessária disposição legal expressa nesse sentido, como já afirmado.<sup>63</sup>

Não há como prosperar, pois, na questão em tela, a tese da responsabilidade por substituição. Para aclarar este ponto que ainda não se encontra pacificado na doutrina, nem na jurisprudência, serão expostas a seguir as noções básicas sobre substituição e transferência, e a diferença entre estas.

## 7. RESPONSABILIDADE POR TRANSFERÊNCIA OU POR SUBSTITUIÇÃO

Existe grande divergência entre os autores quanto à classificação da responsabilidade dos gerentes, diretores ou representantes das pessoas jurídicas, pelos débitos fiscais contraídos em sua gestão, resultantes de atos praticados com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatuto.

Parte considerável da doutrina, como dito acima, enquadra a responsabilidade estabelecida no art.135, III, como responsabilidade por substituição.<sup>64</sup>

Em oposição a estes doutrinadores, fração menor dos estudiosos entende tratar-se

60- VILELLA, Gilberto Etchaluz. Op. cit., p.117 e 118.

61- Neste sentido: NASCIMENTO, Carlos Valder do. Op. cit., p.101, BECKER. Alfredo Augusto. Op. cit., p.509.

62- Seguem este pensamento: MACHADO, Hugo de Brito. Op. cit., p.142; MÉLO, Luciana Grassano, VASCONCELOS, Luciana Roffê. Op. cit., p.14; MURTA, Antônio Carlos Diniz. Op. cit., p.88.

63- MÉLO, Luciana Grassano, VASCONCELOS, Luciana Roffê. Op. cit., p.11.

64- Dentre os partidários desta tese temos: VAZ, José Otávio de Vianna. Op. e loc. cit.119, BALEEIRO, Aliomar. Op. cit., p.447 e 445, NASCIMENTO, Carlos Valder do. Op. cit., p.102, etc.

a responsabilidade dos administradores por atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos de hipótese de responsabilidade por transferência.<sup>65</sup>

Por fim, uma terceira linha sequer distingue essas duas espécies de responsabilização, ora tomando-as por uma única, ora confundindo suas características. Sem mencionar aqueles que não se posicionam a respeito, ou que, em virtude de elaborar classificação própria, não emitem opinião de sobre o assunto.

Impende, agora, apresentarmos sucintamente as duas teorias, demonstrando as conseqüências que podem advir da errônea classificação da responsabilidade no artigo em tela.

Alfredo Augusto Becker ensina que existe substituto legal tributário, sempre que “o legislador escolher para sujeito passivo da relação jurídica tributária um outro qualquer indivíduo, em substituição daquele determinado indivíduo de cuja renda ou capital a hipótese de incidência é fato-signo presuntivo.”<sup>66</sup>

O substituto é, pois, pessoa legalmente designada para responder pela obrigação tributária em lugar do contribuinte. A obrigação já surge, *ex lege*, diretamente contra pessoa diversa do contribuinte, porém vinculada ao fato gerador.

Diversos fatores fundamentam a substituição, econômicos, jurídicos, sociais. O principal deles é a busca de uma simplificação na arrecadação. Seria muito mais onerosa, ou até impraticável, em determinados impostos, a cobrança direta ao contribuinte. Torna-se mais prático que a lei institua terceiro para recolher o tributo devido, ressarcindo-o, posteriormente, por mecanismo de preços.<sup>67</sup>

É exemplo desse tipo de relação, a responsabilidade do fabricante de veículos automotores pelos tributos devidos pelas concessionárias, instituída pelo Convênio 107/89.<sup>68</sup> Ou o distribuidor, que paga o ICMS pelos comerciantes diretos, embutindo o valor pago no custo da negociação.

Ressalva Alfredo Augusto Becker que esse direito de reembolso ou retenção na fonte a que faz jus o substituto é relação jurídica, porém não de natureza tributária, de modo que o que o substituído paga ao substituto não é tributo.<sup>69</sup>

Hugo de Brito Machado<sup>70</sup> explica que há transferência quando existe “legalmente o sujeito passivo direto (contribuinte) e mesmo assim o legislador, sem ignorá-lo, atribui também a outrem o dever de pagar o tributo, tendo em vista eventos posteriores ao surgimento da obrigação tributária.”

Consoante referido anteriormente, a responsabilidade do administrador não nasce no momento em que se forma a obrigação tributária, posto que quem pratica o fato gerador desta obrigação é a pessoa jurídica. Apenas posteriormente, por imputação legal, é que o terceiro passa a fazer parte dessa relação jurídica tributária, transferindo-se para ele a responsabilidade pelo adimplemento do tributo, sem a exclusão da sociedade do pólo passivo.<sup>71</sup>

65- Por esta teoria temos: MACHADO, Hugo de Brito. Op. cit., p.142, BECKER, Alfredo Augusto. Op. cit., p.505.

66- BECKER, Alfredo Augusto. Op. cit., p.503.

67- VAZ, José Otávio de Vianna. Op. cit., p. 99.

68- ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. Op. cit., p.511.

69- BECKER, Alfredo Augusto. Op. cit., p.508.

70- MACHADO, Hugo de Brito. Op. cit., p.125.

71- MÉLO, Luciana Grassano, VASCONCELOS, Luciana Roffê. Op. cit., p.13.

Fábio Leopoldo de Oliveira<sup>72</sup> destaca que:

Do exposto pode-se inferir que a distinção entre a transferência e a substituição se estabelece através do fator temporal. Na sujeição passiva por transferência, a responsabilidade do terceiro surge após a ocorrência do fato gerador e, portanto, depois de identificado o sujeito passivo direto (contribuinte) e da atribuição da responsabilidade a este. Na sujeição passiva por substituição, essa transferência ocorre concomitantemente com a ocorrência do fato gerador. A lei coloca, desde logo, como sujeito passivo, uma pessoa diversa do contribuinte. O terceiro neste caso, veste as roupagens do contribuinte.

No aspecto prático da questão, a diferença entre caracterizar a responsabilidade dos administradores como por substituição ou por transferência diz respeito à execução do tributo.

Classificar essa responsabilidade como por substituição traria à Fazenda imenso prejuízo em termos de arrecadação, pois a execução só poderia se voltar contra o administrador, que, em geral, dispõe de patrimônio insuficiente para adimplir os débitos tributários da sociedade, além de ter maior facilidade de ocultar seu patrimônio ou “passá-lo para o nome” de terceiros.

Luciana Roffé e Luciana Grassano acrescentam que esse problema se torna mais grave nas grandes sociedades empresariais, constituídas sob a forma de sociedade anônima, em que a sociedade conta com considerável arcabouço patrimonial, enquanto que o patrimônio dos sócios é desconhecido.<sup>73</sup>

Dos lineamentos teóricos propostos, se infere que não configura a responsabilidade prevista no art. 135, III, a substituição tributária, já que a responsabilidade surge em momento posterior, que seria, segundo lição de Bernardo Ribeiro de Moraes, o do inadimplemento da obrigação tributária pela pessoa jurídica.<sup>74</sup>

Tratando-se, então, de responsabilidade por transferência, a sociedade responderá também pela inadimplência do crédito, cumprindo-nos agora explicar de que forma isso se dá.

## 8. SOLIDARIEDADE OU SUBSIDIARIEDADE

Afastada a responsabilidade por substituição, que exclui a sociedade do pólo passivo da obrigação tributária, resta saber que tipo de responsabilidade assume a pessoa jurídica diante da cobrança de imposto; se sua responsabilidade é solidária ou subsidiária.

O art. 128 dispõe que, pode o legislador, ao instituir o tributo, atribuir a terceiro, vinculado ao fato gerador, a responsabilidade pelo recolhimento do tributo, excluindo dessa relação o contribuinte, ou atribuindo a este responsabilidade supletiva pelo cumprimento total ou parcial da obrigação.

Conforme exhaustivamente demonstrado, a responsabilidade supletiva do contribuinte é aplicável no artigo sob exame, restando-nos delinear as teses em que se dividem os doutrinadores.

72- OLIVEIRA, Fábio Leopoldo de. Responsabilidade Tributária. Op. cit., p.234.

73- MÉLO, Luciana Grassano, VASCONCELOS, Luciana Roffé. Op. cit., p. 14.

74- MORAES, Bernardo Ribeiro de. Op. cit., p.505.

Dentre os partidários da solidariedade, o mais ferrenho é Gilberto Etchaluz Vilela. Em verdade, concebe a solidariedade em praticamente todos os tipos de responsabilidade previstos no Código.

Observa este autor que ao regular a solidariedade no art.124 do CTN, o legislador reservou-a àqueles que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. Como o sócio tem interesse no lucro da empresa como esta mesma, cujo crédito aumenta com o ilícito, beneficiam-se economicamente ambos, com a lesão praticada contra o Estado, em claro interesse comum.<sup>75</sup>

Lobo Torres, por sua vez, afirma que na responsabilidade de que cuida o art. 135, “existe a solidariedade *ab initio*, e o responsável se coloca junto do contribuinte desde a ocorrência do fato gerador.” Não seria, pois de grande relevância que o sócio tenha ou não patrimônio para responder pela obrigação tributária, podendo Fazenda credora dirigir a execução tanto contra o contribuinte quanto contra o responsável.<sup>76</sup>

Zelmo Denari vê a responsabilidade do art.135 como responsabilidade sancionada, não comportando benefício de ordem, em face da conduta irregular do responsável.<sup>77</sup> Destaca ainda, que na hipótese do art.134, a responsabilidade do sócio é solidária, mas tem caráter *subsidiário*, isto é, o sócio somente responde pelas dívidas da sociedade se esta não efetivar o pagamento. Pelo que, antes deverão ser executados os bens da sociedade comercial. No caso do art.135, “a responsabilidade se pessoaliza, ou seja, é plena e, assim não comporta benefício de ordem.”<sup>78</sup>

Embora não o diga expressamente, por este raciocínio, entende-se que este autor filia-se à tese da solidariedade, já que o Fisco pode acionar tanto o administrador quanto a sociedade, independentemente do benefício de ordem.

Em sentido contrário, Luiz Emygdio<sup>79</sup> sustenta que devem ser executados prioritariamente os bens da empresa, na qualidade de contribuinte, para, apenas posteriormente, demonstrada a insuficiência desses bens, se atingir o patrimônio do sócio.

De forma semelhante se posicionam Luciana Roffê e Luciana Grassano ao afirmarem que, demonstrada a atuação ilegal do administrador “o credor público pode exigir seu crédito tanto da pessoa jurídica contribuinte, quanto dos terceiros responsáveis, sendo em relação a estes últimos, em via subsidiária.”<sup>80</sup> Filiamo-nos à primeira posição. Preenchidos todos os requisitos para a aplicação do artigo em tela (135, III) expostos ao longo do trabalho, razão não há para que se execute primeiramente os bens da empresa, podendo o Fisco dirigir a execução contra qualquer dos dois, contribuinte ou responsável. Tenha-se em conta principalmente, que um dos requisitos é o dolo de burlar o Fisco, sonegar, quando da prática do ato com excesso de poderes ou em infração de lei, ato constitutivo, o que deve ser reprimido.

Frise-se também que não se trata de presunção da solidariedade, contrariando o princípio de direito civil que prega que a solidariedade não se presume, é apenas uma questão de interpretação sistemática dos arts.134, 128 e 135. Ademais, como foi dito, pertence este

75- VILELLA, Gilberto Etchaluz. Op. cit., p.118.

76- TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p.228.

77- DENARI, Zelmo. Curso de Direito Tributário. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.135.

78- DENARI, Zelmo. Op. cit., 1993, p.234.

79- ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. Op. cit., p.511.

80- MÉLO, Luciana Grassano, VASCONCELOS, Luciana Roffê. Op. cit., p.13.



princípio ao direito privado, não se aplicando, pois ao Direito Tributário. Ressalte-se ainda, que essa responsabilidade solidária do contribuinte, conforme consignado na parte final do art.128, pode ser pela totalidade do crédito, ou apenas pelo saldo remanescente a que não adimpliu o responsável.

Muitos autores entendem que o art.135, III do Código Tributário traz a possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em sede tributária, porém assim não entendemos. A despersonalização, prevista no art.50 do Código Civil, tem requisitos próprios, que são o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, diversos dos aqui esposados, embora surtam o mesmo efeito prático, qual seja, atingir-se o patrimônio do sócio.<sup>81</sup>

Assim, tratando-se de responsabilidade solidária, tem a Fazenda, a faculdade de executar indiferentemente o contribuinte ou o responsável, porém, optando pela segunda hipótese, se o patrimônio do administrador se mostrar insuficiente, pode ainda exigir o remanescente da pessoa jurídica contribuinte.

## 9. CONCLUSÃO

Na exposição acima, buscou-se tratar de forma didática e direcionada a responsabilidade dos diretores, gerentes ou representantes pelas obrigações tributárias da pessoa jurídica, trazendo-se as discussões doutrinárias e os posicionamentos mais modernos a respeito deste tema tão controvertido.

Concluiu-se então, que para ser responsabilizado pelas obrigações tributárias da pessoa jurídica, nos termos do art.135, III do CTN, o terceiro deve ser administrador, dispor de poderes de gestão. Com efeito, a responsabilidade tributária tem origem no inadimplemento da obrigação tributária pelo sujeito passivo (contribuinte), o que confere à Fazenda Pública o direito de executar a prestação devida de terceira pessoa (responsável).

Para efeitos de aplicação do art. 135, III, ato praticado com excesso de poderes é aquele realizado pelo administrador, em nome da sociedade, que ultrapasse os limites dos poderes a ele instituídos para o exercício de suas funções. Qualquer ato que extrapole os poderes concedidos pela sociedade por meio do ato constitutivo a seu representante, configura contrariedade do estatuto ou contrato social.

Já a infração de lei, consiste apenas no ato praticado pelo administrador com o dolo de lesar o Fisco, seja ou não em benefício da pessoa jurídica, de sorte que o mero inadimplemento, embora caracterize violação de dever jurídico, não se enquadra nesta definição, o mesmo ocorrendo com a má administração que cause a insolvência.

A responsabilização, não existindo ressalva no artigo estudado quanto à sua eficácia, não se limita apenas ao crédito tributário, engloba ainda quaisquer penalidades e obrigações acessórias. Trata-se no dispositivo examinado, de responsabilidade por transferência, já que a obrigação constitui-se com um sujeito passivo (contribuinte, que tem relação direta com o fato gerador), e, por motivo posterior, o inadimplemento passa a ser de responsabilidade de um terceiro (responsável, que mantém algum vínculo com este fato ou com o contribuinte).

Os atos irregulares praticados pelo administrador não eximem o contribuinte da responsabilidade, a menos que exista expressa disposição de lei neste sentido, já que o primeiro agiu em nome da pessoa jurídica. Permanecendo o contribuinte como sujeito passivo da relação sua responsabilidade é solidária em relação ao sócio, cabendo à Fazenda, a escolha em executar contribuinte ou responsável.

81- Sobre a desconsideração da personalidade jurídica, ver artigo de nossa autoria publicado na Revista do TRT 6ª Região, n.º33, vol.16, Recife: 2005. A desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Trabalho. Ver também: PANTOJA, Tereza Cristina G. Anotações sobre as pessoas jurídicas. In TEPELINO, Gustavo (org.). A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; SILVA, Osmar Vieira da. Desconsideração da Personalidade Jurídica: Aspectos Processuais. Rio de Janeiro: Renovar; SILVA, Alexandre Couto. Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro. São Paulo: LTR, 1999.

## 10. Abstract:

*This paper deals with the possibility of administrators liability upon tax obligations of the legal entity because of acts practiced in excess of powers, violation of law or contract. It brings the diverse doctrinal positionings about the subject, as well as jurisprudence, focusing the practical side. It enumerates the requirements for the characterization of tax liability, detailing them and analyzing its several aspects, concluding for the appliance, in the hypothesis, of transferred responsibility, being able to answer, in solidary character, for the fiscal obligation, the legal entity, as well its administrator.*

**Keywords:** *Obligation tax. Legal entity. Liability. Administrator.*

## 11. REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 6 ed. SP: Saraiva, 1993.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.628.
- DENARI, Zelmo. **Solidariedade e Sucessão Tributária**. São Paulo: Saraiva, 1977.
- HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 11 ed., São Paulo: Atlas, 2003.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Responsabilidade Tributária dos Sócios Gerentes nas Sociedades Limitadas. **Repertório IOB de Jurisprudência**, 1ª quinzena de novembro de 2000, n.º21/2000, c.1, texto1/15319.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 22 ed. SP: Malheiros, 2003.
- MÉLO, Luciana Grassano; VASCONCELOS, Luciana Roffê. **A responsabilidade tributária dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado**. Tese defendida no XXVI Congresso de Procuradores do Estado, Caldas Novas – GO, 2000.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de Direito Tributário**. 3 ed., vol.2, Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MURTA, Antônio Carlos Diniz. **Responsabilidade Tributária dos Sócios**: Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do. Responsabilidade Tributária. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Obrigação Tributária**. São Paulo: Revista do Tribunais, 1988.
- OLIVEIRA, Fábio Leopoldo de. Responsabilidade Tributária. In: Ives Gandra da Silva Martins, coordenador. **Curso de Direito Tributário**. Belém: CEJUP, 1997.
- ORTIZ, Diego Gonzáles. **La figura del responsable tributario en el derecho español**. Valencia: Universitat de Valencia, 2003.
- PANTOJA, Tereza Cristina G. **Anotações sobre as pessoas jurídicas**. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 7 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. **Manual de Direito Financeiro & Direito Tributário**. 16 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SILVA, Alexandre Couto. **Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro**. São Paulo: LTR, 1999.
- SILVA, Osmar Vieira da. **Desconsideração da Personalidade Jurídica: Aspectos Processuais**. Rio de Janeiro: Renovar.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- VAZ, José Otávio de Vianna. **Responsabilidade Tributária dos Administradores de Sociedade no CTN**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- VILELLA, Gilberto Etchaluz. **A Responsabilidade Tributária**. PA: Liv. do Advogado, 2001.



# PROCESSO E DEMOCRACIA – A AÇÃO JURÍDICA COMO EXERCÍCIO DA CIDADANIA\*

Rosemiro Pereira Lea<sup>1</sup>

## Resumo:

Considerando que a *democracia* tem na modernidade a sua hermenêutica na processualidade jurídica (*teoria do processo*) como relação espaço-temporal de criação, modificação, extinção e aplicação do direito e **não** mais na dimensão retórica (*ÁGORA*: espaço jurissocial) de subjetividades moralmente comprometidas com o bem-estar coletivo por ações afirmativas de paternalização de metas privadas e públicas, desenvolve-se aqui a enunciação de uma conceitualidade compatível com os conteúdos já constitucionalizados no Brasil que garantem o **devido processo** como instituto construtivo e fiscalizatório da **Sociedade Democrática** e de auto-inclusão social pelo exercício da cidadania caracterizada pela *legitimação* irrestrita ao PROCESSO JURÍDICO. Para a compreensão da **democracia** por uma *teoria jurídico-processual*, que há de ficar no lugar da fala prescritiva do decisor onisciente ainda guiado por uma **jurisdição** mitificada, é que se impõem incursões na estrutura do discurso democrático ao longo dos séculos.

**Palavras-chave:** Teoria do processo. Devido processo. Sociedade democrática. Exercício da cidadania.

## SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. A Teoria da Ação – 3. Isonomia na Paidéia – 4. Processo Histórico e Processo Jurídico – 5. Estado de Exceção e Sistema Democrático – 6. O Contraditório, Legitimação e Cidadania – 7. O *Non-Liquet* como Lugar do Processo – 8. Devido Processo e o Matema Protagórico – 9. Conclusões – 10. *Resumen* – 11. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O estudo da cidadania como núcleo (conteúdo) da **democracia** requer a revisitação do percurso histórico da **ação social à ação jurídica**. Estaria nesse quadro de cogitações a possibilidade de exibir o perfil conceitual do que se possa entender por cidadania na contemporaneidade, uma vez que se vem repetindo ao longo dos séculos, por ensino de muitos, a convicção singela de que a **democracia**, como governo do povo, surgiu na Grécia de Péricles por volta do séc. V a.C., configurando-se num perene e exemplar modelo para o mundo ocidental.

Essa versão é recebida de modo entusiástico pelos continuadores desse **ethos** (modo de ser político), cujas interfaces, assumindo revestimentos mitológicos, são explicitadas no que possam aproveitar a reafirmação, já dogmática, de que a **democracia** é o melhor regime político para todos os povos da humanidade. Transforma-se, assim, a reflexão sobre a **democracia** numa máxima proverbial (*doxa*) que se fecha numa eloquência aforística, hoje midiática, e se traduz numa *phronesis* (bloco experimental de condutas) segundo as

\* O original foi objeto da palestra de encerramento do II Congresso de Direito Processual e Cidadania da USJT (Universidade São Judas Tadeu), SP, em 26.08.05.

1- Professor da graduação e pós-graduação da UFMG, PUC/MG e FUMEC. Advogado.

conveniências mais extravagantes (jurisprudência dos interesses) que os Estados, ainda velados por molduras republicanas e liberais, procuram adotar, conforme os cânones irrenunciáveis da cultura greco-ocidental.

Para desatar essa *doxa*, que se ergue a cada dia mais anunciadamente redentora por proclamações parenéticas e constitucionais, é preciso retomar os escritos de Hannah Arendt e de seu especial comentarista Cornelius Castoriadis, máxime no que dizem respeito a essa característica da **condição humana** que interessou tantos escritores: a **política** e o **direito**. É o que se pretende, ainda que nos apertados limites deste artigo, discorrer e comentar.

## 2. A TEORIA DA AÇÃO

Claro que, numa perquirição mais larga, não se poderia aqui contentar com o estudo da *ACTIO* romana na acepção de CELSO para enfrentar o tema da **cidadania-democracia**, porque a *ACTIO*, como instituto jurídico, significando **poder de agir**, conforme anota Ovídio Baptista da Silva<sup>2</sup>, é, a nosso entender, uma seqüela histórica juridicizada que, por uma subjetividade radical, se torna, para os romanos, um poder advindo de uma predestinação que não reproduz as origens gregas da **ação** como *praxis* instituinte de um **mundo humano** que se concebe numa multiplicidade de falantes (*lexis*) transcendente às individualidades (**corpo político-bios polytikos**).

Coube à Hannah Arendt<sup>3</sup> fazer uma distinção importante entre o labor, o trabalho e a ação, para situar essas três etapas que marcaram o ingresso do homem em seu próprio mundo. Como bem acentua Cláudio Stieltjes<sup>4</sup> em sua brilhante dissertação de mestrado – um primor de pesquisa científica com vistas à desconstrução do agir comunicativo habermaseano – a *vis activa* (conjunto de atividades de reprodução da vida humana) compreende o **labor** vinculado à reprodução metabólica; o **trabalho** como atividade reprodutiva (repetitiva) das rotinas de vida (formas materiais de vida pela *techné*) e a **ação** como atividade integrante do *bios polytikos*. A ação (*praxis*), significando estar em presença do outro (estar entre os outros – *inter homines esse*), concorre para a caracterização do *bios polytikos* com a agregação da retórica (*lexis*). Para resumir, pode-se dizer que a *praxis* coletiva, como CORPO SOCIAL (*demos*), transmutava-se na *Ágora* (espaço público) numa **comunidade** (*polys*) que se definia como **corpo político decisório** pelo critério da *lexis* (palavra persuasiva). De conseguinte, esse corpo político decisório, por eleger a palavra persuasiva como forma de exclusão da violência na fundação do **mundo humano**, assume o *status* de *polys* engendrada pelo *bios-polytikos* a que se refere Hannah Arendt.

## 3. ISONOMIA NA PAIDÉIA

É importante esclarecer, com base em textos especializados de Fustel de Coulanges<sup>5</sup>, Castoriadis<sup>6</sup> e Arendt, que a *Ágora* grega, como espaço público, cria uma dimensão sinérgica de pessoas autoconscientes (*paidéia*) de pertencerem a *polys*: o **ser político-coletivo** que se identifica pela discursividade decisória em critérios da fala persuasiva. Entretanto, a *isegoria* como princípio da persuasão adotado na *Ágora* é que indica a transformação do SOCIAL em

2- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio – Curso de Processo Civil, vol. I, 4ª edição, RT, 1998, p. 92.

3- ARENDT, Hannah - A Condição Humana, Forense Universitária, RJ, 1981.

4- STIELTJES, Cláudio – Jürgen Habermans – Desconstrução de uma Teoria, Editora Germinal, SP, 2001, ps. 16-23.

5- COULANGES, Fustel de – A Cidade Antiga, Editora Hemus, SP, 1975, ps. 263-266.

6- CASTORIADIS, Cornelius – Figuras do Pensável - As Encruzilhadas do Labirinto/2, Paz e Terra, RJ, 1987, ps. 268-313.

POLÍTICO, isto é: a mutação do *demos* constituído pela *praxis* coletiva em *polys*. Aqui se impõe ressaltar que a *lexis* em Aristóteles contemplava a produção do *bios polytikos* expresso numa fala inerente ao consenso por uma estrutura sêmica advinda de uma ordem geral e unívoca (*arké*) já pré-existente na lei da natureza (*physis*) que ao homem caberia descobrir e acatar. Por isso, na *polys*, todos eram iguais perante uma LEI NATURAL, referencial para todos, na produção da lei humana (*isonomia*), sendo que todos teriam igual liberdade (eram livres) para falar ou decidir na *ecclesia* (órgão deliberativo) da *polys*, mas não era permitido subestimar a LEI (a *physis*) compreendida como fundamento divinatório de uma ordem natural (ainda mítica) informativa das tradições instituintes da comunidade grega.

Na Grécia socrática, o *logos* (inteligência comunicante e espontânea) da fala ou o *nomos* (sentido humano) da lei escrita na *Ágora*, mesmo que exercitados por várias interpretações e questionamentos da lei da *physis* na produção das decisões, não perdem, antes dos sofistas, o comprometimento mitológico com a sacralidade invulnerável da *physis* em seus dogmas invariantes e acolhidos por todos como substrato da *polys*, conforme anotou Fustel de Coulanges, ainda que outra seja a assertiva de Castoriadis ao afirmar que, na Grécia democrática, a religião se separou das atividades políticas. Ora, o que Castoriadis não examinou em sua valiosa conferência foi o princípio da *isegoria*, como regente da fala persuasiva, enunciado pelos sofistas no ensino de Protágoras, porque esse princípio proclama pioneiramente, não uma dicotomia definitiva entre religião e política, mas o exercício da política (atividade na *polys*) por uma linguagem coexistente (paralela) às leis naturais pressupostas (*physis*). Essa ruptura com a ninfa *eco* na estruturação do *ego* humano e a dispensa de *Hermes* como tradutor da linguagem natural (fala dos deuses) para os homens marcam a fundação do *logos* protagórico. A transposição do **Mito** para o **Logos** cria a possibilidade interativa desgarrada de uma *arké* (coerência imanente à linguagem) advinda da *physis* e de uma justiça natural (*themis*) para produzir o *nomos*.

#### 4. PROCESSO HISTÓRICO E PROCESSO JURÍDICO

O *nomos*, na Grécia sofística, advindo do *logos*, e expresso na lei escrita deliberada pelos homens, inaugura, conforme Popper<sup>7</sup>, a capacidade argumentativa enquanto razão na discursividade (diálogo com a diferença), propugnando uma ordem social (*demos*) engendrada na multiplicidade de interpretações da *physis* caracterizadoras da *polys*. Esta como **ser político** regido por uma linguagem autônoma no sentido protagórico de **isonomia** perante o *nomos* (lei convencional) e não, a rigor, de um *bios polytikos* egresso do pragmatismo pela *praxis* e *lexis* e naturalmente adquirido no *inter homines esse* como querem Hannah Arendt e Castoriadis ao preconizarem a existência na Grécia de Péricles de uma sociedade autônoma (separada da religião) e não mais heterônoma (calcada nos mitos e leis dos homens).

Percebe-se que Castoriadis, no âmago de sua importante distinção entre sociedade autônoma e heterônoma, embora **não** perceba que tal só foi praticável na Grécia socrática em decorrência da *lexis* protagórica (uma vez que sua leitura de Protágoras é feita na “versão caricata e vulgarizada dos sofistas” divulgada por Platão), observou com extraordinária agudez que “*Só é possível a autonomia se a sociedade se reconhecer como autora de suas normas. Por conseguinte, a sociedade não pode escamotear esta questão: por que esta norma de preferência àquela, ou a tal outra? Em outros termos, ela não pode evitar o problema da justiça (respondendo por exemplo, que a justiça é a vontade de Deus, ou a vontade do czar*”

7- POPPER, Karl – Conjecturas e Refutações, Editora Cultura, Brasília, 1980, cap. V.

ou, mesmo, o reflexo das relações de produção). E tampouco pode furtar-se à questão dos limites para suas ações. Em uma democracia, o povo pode fazer toda e qualquer coisa – e precisa saber que não deve fazer toda e qualquer coisa. A democracia é o regime da autolimitação; portanto, é também o regime do risco histórico – outro modo de dizer que é o regime da liberdade, e um regime trágico. O que é ilustrado pelo destino da democracia ateniense: a queda de Atenas – sua derrota na guerra do Peloponeso – foi resultado da *hubris* dos atenienses. Mas a *hubris* não supõe apenas a liberdade; ela supõe também a ausência de normas fixas, a imprecisão fundamental das referências últimas de nossas ações. (O pecado cristão é, obviamente, um conceito associado à heteronomia). A transgressão da lei não é a *hubris*, é um delito definido e delimitado. A *hubris* surge quando a autolimitação é a única “norma”, quando se transgridem limites que não estavam definidos em parte alguma”<sup>8</sup>.

Em seguida, Castoriadis se pergunta: “A questão dos limites para a atividade auto-instituinte de uma coletividade se desdobra em duas etapas. Há um critério intrínseco da lei e para a lei? Pode-se garantir efetivamente que esse critério, seja qual for a sua definição, não será jamais transgredido?”<sup>9</sup> Essa interrogação, que é respondida categoricamente com um **não**, sofre, em Castoriadis, uma conotação axiológica (substantivista), porquanto nos afirma que “qualquer norma da norma tem que ser, também ela, uma criação histórica”, a despeito de efusivamente ressaltar que “não há modo algum de eliminar os riscos de uma *hubris* coletiva. Ninguém pode proteger a humanidade contra o desatino ou o suicídio”.

Portanto, a **democracia**, tanto em Arendt quanto em Castoriadis e por multidões de sociólogos, historiadores, antropólogos e cientistas sociais, é ainda concebida a partir da *polys* grega como “**processo histórico**” da *hubris* fatal condutora de um DEVIR imprevisível, sem inclusão de um *logos*, considerado na perspectiva protagórica, da *lexis* advinda do manejo da *língua* já destacada da filosofia da consciência pragmática (praxista). A compreensão de um “*bios polytikos*” oriundo da substantivação histórica da *praxis* pelo mito de uma linguagem (*lexis*) inerente ao entendimento (binômio da escatologia marxista e do fatalismo epistêmico da razão iluminista) é, sem dúvida, como sugere Castoriadis, o equívoco de Arendt acrescido de uma visão historicista de uma estabilização social pela experiência corretiva das catástrofes. É certo que Castoriadis, ao distinguir o **substantivismo democrático** de Arendt e o de Péricles em sua “Oração Fúnebre” ao qual apõe sua adesão, também incorre na retórica de um *ethos* emergente de vocacionais modos de vida orientados pelo amor, beleza e sabedoria como qualidades individuais mitificadas e instituintes da **política** caracterizadoras da **cidadania** grega. Bem de ver que o discurso democrático, tanto em Arendt quanto em Castoriadis, e em seus inúmeros seguidores da sociologia jurídica, assume significados agonísticos (trágicos), porque, em acatando uma *hubris* intrínseca, a ser socorrida pela trama do destino, e desdenhando uma constituição escrita (diploma fundamental), enfatiza um **processo histórico**.

O certo é que o caráter, ainda que fatalmente inescapável, da *hubris* na **democracia** grega é o lugar impostergável da **lacuna da lei** dos liberais onde é estranhamente erguida uma liberdade individual negativa de toda intervenção estatal e portadora de um saber universal governativo (Weber) da melhor política para as nações. É da *hubris* paradoxal que emerge a mão invisível e controladora de Adam Smith, com todo o magicismo da economia de mercado, e a vontade popular de um povo acéfalo dos republicanos, bem como das leis históricas e

8- CASTORIADIS, Cornelius. Ob. cit., ps. 303-304.

9- CASTORIADIS, Cornelius. Ob. cit., p. 304.

salvadoras do funcionalismo mecanicista de Marx. A *hubris* grega como armadilha inescapável de um vazio (*caos*) imanente à conduta e à fala impunha a todos redobradas cautelas no trato das decisões públicas e um regime de auto-limitação rigorosa (fundamentação) no encaminhamento do exercício da liberdade decisória. Por isso, na Grécia democrática, a **cidadania** se expressava numa fala que exigia **fundamentação** como autopriveção de uma liberdade ilimitada a fim de mitigar a *hubris* inseparável do agir humano (o risco histórico da imprevisão inevitável das ações). Poder-se-ia dizer que a liberdade plena sustentada pelos neo-liberais de hoje implica total descaso à *hubris* da democracia grega, de vez que se dispensam de uma fundamentação consistente ao sustentarem, por uma *hubris* invertida, o sentido natural e autoregulatório do livre mercado. Na Grécia, aqueles que desconsiderassem o perigo da *hubris* em suas falas persuasivas na *polys*, se vitoriosos em suas propostas na *ecclesiá*, respondiam pelo fracasso das ações que daí adviesse perante um júri de cidadãos que atuavam como juízes designados por sorteio, conforme anota Castoriadis.

Essa *hubris*, como lugar do *caos* e do vazio inerente ao *nomos*, é a lacuna da lei hoje invadida, em várias legislações, inclusive na nossa, pelo despotismo estatal de uma judicância judicial e administrativa em nome da realização mítica de uma justiça social célere. A usurpação da *hubris* pelo julgador talentoso, inato e supostamente esclarecido (tirano iluminado), estabelece, na aplicação das leis na contemporaneidade, um *ethos* por uma jurisprudência de interesses escorada numa tópica heróica, fundando assim, no dizer de Agamben<sup>10</sup>, uma *zona de anomia* onde se aloja o **Estado de Exceção** salvífico pela intervenção prestante e redentora (violência sublime) de um decisor onipotente (juiz corajoso).

O sistema jurídico democrático, a exemplo do modelo constitucional-democrático brasileiro, ainda é manejado pela hermenêutica do *status necessitas* em que o judiciário e o executivo criam, por suas decisões, escopos metajurídicos a pretexto das lacunas da lei supostamente impeditivas de realização de uma justiça social rápida, valendo-se da dogmática analítica (compulsoriedade das decisões) pela proibição do *non-liquet*, enquanto que, na *polys* grega, o discurso democrático se impregnava de uma *hubris* de grande risco (o real jurídico anormativo) inacessível ao preenchimento pela fala persuasiva. Atualmente essa **lacuna** dita fatal nada mais é do que o *topos* estratégico do estado de exceção (jurisprudência e legislações protetivas) como forma judicial e executiva de suspender (sitiar) a vigência do ordenamento jurídico quanto a direitos fundamentais (vida, dignidade, liberdade) já líquidos, certos e exigíveis por normas autoexecutivas. Essa caricata harmonia entre poderes independentes (judiciário e executivo) se faz num ponto em que se suspende a lei, preservando a sua vigência como bem acentua Agamben: “*Longe de responder a uma lacuna normativa, o estado de exceção apresenta-se como a abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal. A lacuna não é interna à lei, mas diz respeito à sua relação com a realidade, a possibilidade mesma de sua aplicação. É como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchido pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde essa aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor*”<sup>11</sup>.

10- AGAMBEN, Giorgio – Estado de Exceção, Boitempo Editorial, SP, 2004, p. 78.

11- AGAMBEN, Giorgio – Ob. cit., p. 48.

## 5. ESTADO DE EXCEÇÃO E SISTEMA DEMOCRÁTICO

A suspensão do cumprimento do texto constitucional por uma cumplicidade hermenêutica do judiciário e executivo é que instala o **estado de exceção** permanente e obstativo da operacionalidade do **sistema democrático** em que o operador jurídico, a pretexto de uma *hubris* intransponível, pondo-se muito além das ditaduras comissária e soberana, elabora uma jurisprudência e um elenco de medidas decisórias ocultadoras da norma jurídica, o que reproduz fielmente a tentativa schmittiana, em sua *Politische Theologie*, de inocular o estado de exceção (lacuna da lei) na ordem jurídica pela estratégia da separação entre norma e decisão (*norm und dezision*) apontada no livro *Gesetz und Urteil* sem retirá-las do arcabouço jurídico como institutos eqüipotentes. Surge assim o que Lévi-Strauss denominou **significante excedente** que corresponde, consoante anota Agamben<sup>12</sup>, “o estado de exceção em que a norma está em vigor sem ser aplicada”, assumindo a decisão força de lei (*Force de loi*) que intitulou uma conferência de Derrida na Cardozo School of Law (NY) – *Force de loi: le fondement mystique de l’autorité* (Força de lei: o fundamento místico da autoridade). A sentença como força de lei é conceito carneluttiano largamente adotado (sentença constitutiva) por ensinamento de juristas que estranhamente se dizem seguidores da democracia na atualidade.

O **estado de exceção** obtido por **decisões** excludentes da aplicabilidade da lei delinea-se numa zona de anomia onde há “força de lei sem lei” e onde o “direito busca se atribuir sua própria anomia”. Tem-se uma decisão jurídica proferida no espaço excetivo (anômico) criado pela lei (proibição legal do *non liquet*). Incluem-se aqui as **decisões** (sentenças) encaminhadoras das **tutelas de urgência** que emprestam agilidade judicial por pressupostos solipsistas (*fumus boni juris* e *periculum in mora*) e justificativas ocupantes de um espaço anômico fora das normas auto-aplicáveis dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, cujo reconhecimento *ex-ante* e imediato não é, por estratégia, acolhido. Acrescente-se que esse *fumus boni juris* aspirável apenas pela sensibilidade olfática e privilegiada do julgador inatamente eficiente é aferido pelos critérios herméticos de plausibilidade, verossimilhança, inequivocidade e transcendência, qualificadores do estado de exceção de Schmitt que, “diferente da anarquia e do caos”<sup>13</sup>, legitima-se por uma decisão fora, mas a partir do sistema legal por uma interpretação sistemático-jurisdicional extraída de uma suposta completude dos textos legais encontrada por um juiz-hércules, de Savigny a Bobbio e deste a Dworkin.

Esse lugar (poder) do decidir anormativo é que aponta, a esmo, ilicitudes e estas como *condictio sine qua non* das condenações e sanções sentenciárias que se notabilizam pela punição implacável (justiceira), encobrindo direitos fundamentais líquidos e certos que, se exercíveis a seu tempo e de modo ininterrupto (ao longo de uma fiscalidade processual difusa e irrestrita), teriam efeito preventivo das infracionalidades e da miséria social. Entretanto, ainda se explora a zona de anomia da lei, sempre aberta ao decisor talentoso, para um julgar pelas normas de realização do direito que diferem das normas vigorantes, tornando-se o **direito processual** mero instrumento autocrático de uma **jurisdição** de escopos meta-jurídicos (concretizadora de valores sociais e éticos retirados oniscientemente de um real anômico). Diga-se o mesmo do fazer *iustitium* (realizar justiça) que herda o sentido romano de **férias jurídicas** decretadas por uma jurisdição salvadora (atividade dos juizes) que atua uma ordem,

12- AGAMBEN, Giorgio – Ob. cit., p. 59.

13- AGAMBEN, Giorgio – Ob. cit., p. 54.



dita *superius*, suspensiva da legalidade legislada que continua total ou parcialmente vigente (registre-se que o Judiciário não sofreu paralisação na ditadura militar brasileira de 1964, sendo, ao contrário, fortalecido pelos adeptos do estado de exceção [hermeneutas realistas]).

Segundo Agamben<sup>14</sup>, o filósofo Walter Benjamin, contrapondo-se a Schmitt, colocou a zona de anomia (estado de exceção), embora inscrita para ambos no código da ação humana (*hubris grega no bios-polytikos?*), como uma violência fora da lei (um real fora da existência jurídica) que o próprio soberano deveria evitar, porque seria esta o lugar reservado ao extermínio do próprio direito (medialidade sem fins imediatos) quando alcançada a justiça social plena. Ver-se-á que é essa **zona de anomia** da linguagem jurídica é que, no direito democrático pós-moderno, há de ser incessantemente ocupada pelo DEVIDO PROCESSO (não o de João Sem Terra) como medialidade fiscalizatória ofertada a todos na implementação ou reconstrução dos conteúdos da constitucionalidade, recusando-se à espera benjaminiana de uma justiça última e plenária por uma Jurisdição benfazeja (de escopos metajurídicos ou por ações afirmativas).

## 6. O CONTRADITÓRIO, LEGITIMAÇÃO E CIDADANIA

O que se teria no direito democrático constitucionalizado é a despersonalização de uma justiça de um **Judiciário** mítico (vassalo de *THEMIS*) e a instituição de um *Logos* argumentativo-discursivo pelo **direito ao contraditório** na formação das opiniões e vontades construtivas, reconstrutivas e aplicativas da lei jurídica. Claro que esse direito ao contraditório não pode ser exercido a céu aberto por relações intersubjetivas tão do agrado dos sociologistas nostálgicos – adeptos ainda do espaço magnético (telepático) da *Ágora* grega como recipiendária do *bios-polytikos* ou da escatologia messiânica (historicista) dos marxianos, que pensam as transformações sociais por um andar botânico (funcionalista) da história ou por uma libido providencial (militância-aceleração ativista) das relações humanas. Na contemporaneidade dos estudos da teoria da **democracia**, a legitimidade e a aplicação do direito são entendidos como irrestrito direito-de-ação coextenso ao procedimento (*legitimatío* ao processo) como direito fundamental de aquisição e atuação de **cidadania**.

Por isso é que a busca de uma identidade política e jurídica de um povo a partir de uma compreensão de um sujeito constitucional (em correlatos hegeliano e laciano ou mesmo da criação *ex-nihilo* de Preuss), como quer Rosenfeld, a ser elaborado por constituintes numa “tentativa de preencher” a zona anômica do estado de exceção parece equivaler, em Rosenfeld<sup>15</sup>, “*esse vazio, esse hiato, mediante o alcance do outro para forjar uma identidade comum enraizada em um texto constitucional compartilhado. Mas como nem a linguagem do “eu” nem a do “outro” é adequada para expressar sua visão em comum, o discurso constitucional emerge inevitavelmente adentra a cena a soar como uma língua estrangeira, alienando desse modo todos os que devem aprender como usá-la. Mais especificamente, o constitucionalismo moderno requer o governo limitado, a aceitação da rule of law, ou seja do Estado de Direito, e proteção dos direitos fundamentais*”.

Percebe-se que Rosenfeld, ao falar que o constitucionalismo moderno requer a aceitação da “proteção dos direitos fundamentais”, envereda-se pelo paradigma do Estado de Direito do liberalismo que concebe proteção de direitos fundamentais como uma outorga de direitos vindos de uma assembléia de especialistas (constituintes originários) a um povo-

14- AGAMBEN, Giorgio – Ob. cit., p. 87.

15- ROSENFELD, Michel – A Identidade do Sujeito Constitucional, Mandamentos Editora, BH, 2003, p. 36.

consumidor desses direitos, trabalhando uma **cidadania** já constitucionalmente posta como uma situação de direito pronta e acabada em que os destinatários normativos seriam cidadãos “*desde o início, livres e iguais, respondendo com suas opções e com elas aprendendo*” conforme enfatiza Menelick de Carvalho Netto ao concluir a sua apresentação da obra de Rosenfeld. Ora, nesse marco se apregoa uma comunidade de princípios por uma hermenêutica extra-sistêmica e não uma principiologia discursivo-constitucionalizada (**devido processo legal**) para o exercício processual-procedimentalizado caracterizador de uma **cidadania** como *legitimatío* de auto-incluídência no sistema de direitos fundamentais criados no âmbito do **devido processo legislativo**, este sim: a ser praticado desde o início da construção constituinte dos direitos, não por normas *interna-corporis* infiscalizáveis, mas pelo **devido processo** a ser adotado e aberto a todos (difusa e concentradamente) desde o início da produção da constitucionalidade.

A concepção político-constructiva ou reconstrutiva do ideal-real de um sujeito constitucional arrancado, como fonte hermenêutica, de um imaginário coletivo de índole sociologista por um movimento histórico-pendular do mito à utopia desserve a compreensão do **direito democrático**. Este não pode ser, na contemporaneidade, trabalhado por uma suposta dialética entre a instância pré-revolucionária e pós-revolucionária pelo *medium* lingüístico de um texto constitucional dado ao povo já considerado portador (ente cidadanizado) de uma escuta esotérica (ideológica) de uma Constituição oracular à invenção ou reinvenção de uma possível identidade. Também a *affectio societatis* rousseaniana não mais abona, porque mítica, um pacto ocorrido hipoteticamente no curso da história humana, uma vez que atualmente não é concebível uma sociedade política erguida à míngua de uma processualidade procedimentalizada<sup>16</sup>. O procedimentalismo habermaseano<sup>17</sup>, defensor de um direito que já estabelece identidade entre os autores da lei e seus destinatários por uma doação (produção) de normas asseguradoras de direitos fundamentais, adquiridos na história catastrófica da humanidade e postos por uma vontade corretiva no texto constitucional, repete o assistencialismo de uma assembléia de especialistas ou república de eruditos infiscalizáveis na formação de sua vontade constituinte ou de suas decisões soberanas.

De conseguinte, a contextualização de uma identidade constitucional de um povo no espaço-tempo extra-processual, com dispensa do DEVIDO PROCESSO, mostra, como visto nos nossos dias, o automassacre coletivo pela aprendizagem político-jurídica a partir da faticidade fracassada (lógica do historicismo) como que um genocídio estrutural pedagógico à fundação de uma eticidade significativa de uma ordem de condutas ideais aos moldes de Hegel. Numa teoria pós-moderna do Estado, a constituição democrática fica no lugar do Estado, tornando-se este um espaço crítico-discursivo pelo **devido processo**<sup>18</sup> institucionalmente constitucionalizado, desaparecendo a figura hegeliana do Chefe de Estado (guardião da unidade social) ou do Presidente de uma República de um povo acéfalo não legitimado ao devido processo por cada qual dos seus integrantes. Daí, o *bios-polytikos* na democracia contemporânea é obtido na estrutura da linguagem discursiva processualizada e **não** pelo estar (*inter-pares*) corporalmente ou entre os outros (*inter homines esse*) com iguais propósitos guiados por uma fala erística e inerente a um entendimento escatológico (multidão reunida, encontro festivo).

16- LEAL, Rosemíro Pereira – Teoria Processual da Decisão Jurídica, Editora Landy, SP, 2002, ps. 159-199.

17- HABERMAS, Jürgen – Between facts and norms, Trad. Willian Rehg, Cambridge, MITT, 1996, ps. 232, 234 e 235.

18- LEAL, Rosemíro Pereira – Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada, Editora Del Rey, BH, 2005, ps. 87-95.

## 7. O *NON-LIQUET* COMO LUGAR DO PROCESSO

Na acepção pós-moderna de **democracia** (a que não busca identidade entre seus praticantes por uma pretensão de ordem social (justiça) inspirada numa hermenêutica historicista ou em razões prescritivas e fundadoras graduais de uma esperada e natural idéia de unidade comunitária), o que se reconhece, na estrutura do discurso constitucional, é uma falibilidade constante (*non-liquet*) como lacuna normativa e lugar de atuação processual por uma fiscalidade irrestrita (construtiva e reconstrutiva) do sistema implantado ao exercício de direitos processualmente fundamentados de vida, liberdade, dignidade, a serem operados e fruídos em simétrica paridade por um pensar processualizado e agir isonômicos em contraditório na hipótese de sua transgressão (controles amplos, incessantes e irrestritos de constitucionalidade, sobre o *non-liquet* como *hubris* dessacralizada). Portanto, a cidadania não é um buscar laborioso de integração (identidade) a partir de um **sujeito constitucional coletivo** a ser contextualizado (realizado) por uma *living constitution* exercível no tempo histórico (dialética das multidões) e numa casualidade edípica (cega) fatalmente desconhecadora dos direitos líquidos e certos já processualmente decididos no plano constituinte-originário.

A **cidadania democrática** pós-moderna exige compreensão pelo exercício de uma *legitimatío* fiscalizatória do sistema jurídico-político extensiva a todos indistintamente. Também, nessa acepção **democrática**, não é dado a ninguém exercer funções por adivinhação (onisciência, clarividência, onipotência), boas-intenções ou autodidatismo prodigioso. A fala há de ser persuasiva (*Iexis*), não pela tópica-retórica de um pensamento axiologizado (saberes públicos e privados) calcados na experiência de uma **vida sem mundo discursivo**, mas pelo entendimento argumentativo à operacionalidade processualizada da escritura constitucional.

O sujeito da falta conjecturado de Hegel a Lacan, como significante saltado da linguagem, expressa-se por uma teoria escritural da constitucionalidade democrática processualizada e não mais pelos enigmas dos sistemas sociais a serem diagnosticados por mentes clínicas. O equívoco de Rosenfeld reside em imaginar o uso da metáfora e metonímia (leis do inconsciente) como alavancas hermenêuticas de achamento de sentido do que já está assegurado na fundamentalidade de direitos não transigíveis, inadiáveis e obteníveis, em caso de não implementação, pelo **devido processo constitucional** cujo espaço-tempo de atuação não é o hegeliano. O “eu” e “outro” da cidadania não diferem na acepção processual da **democracia**, porque tanto um quanto o outro estão equiparados por uma **legitimação** pré-decidida processualmente na base constituinte de direitos à sua própria inclusão no sistema jurídico (dispensa da parábola hegeliana do senhor e do servo para realizar reconhecimento)<sup>19</sup>.

Como se vê, o **hiato** insuperável do sujeito constitucional de Rosenfeld preenchido por um imaginário coletivo (multiplicidade de pessoas diferentes entre si), simbolizado pela inteligência-guia de hermeneutas das Supremas Cortes, assume um **poder judicante** por decisões schmittianas em lacunas dentro da lei por decisores fora da lei em fundamentos ideológicos do sistema a ser preservado e do qual se dizem guardiães ou depositários. Essa **liberdade negativa** de estar fora e dentro da lei (decisores liberalizantes e comunitaristas) não é encampada por Agamben que aponta esse **hiato** como espaço de emboscamento do direito legislado em que se exerce uma autoridade suspensiva do sistema legal, sem extinguí-lo, ou neste se adote um princípio do discurso que, por uma linguagem retoricamente persuasiva de

19- HONNETH, Axel – A Luta por Reconhecimento, Editora 34, SP, 2003.

uma assembléia de protetores históricos e magnânimos, assegure, por uma vontade de potência (veto e sanção) aos moldes nietzschianos (estado de exceção), sem procedimentalidade processualizada, como se lê também no agir comunicativo habermasiano, direitos humanos e soberania popular despojados de qualquer esclarecimento argumentativo dos fundamentos de sua outorga constitucional e de operacionalidade imediata.

Esse direito doado, por supremas vontades, ao povo icônico, insuscetível de uma fiscalidade intercorrente, ampla, irrestrita e incessante de sua legitimidade, eficácia e exigibilidade, não se oferece, portanto, ao contraditório popular, por uma **legitimação** jurídica a qualquer do povo, no espaço-tempo processual, o que acarreta a preservação da zona de anomia estrutural ou de eunomia por interpretações solipsistas propiciadoras de uma dominação secularmente perpetrada (universalista-comunitarista) pela via de **decisões** estratégicas. Na teoria de constitucionalidade democrática processualizada, institui-se no eixo paradigmático do sistema jurídico o **devido processo** como ocupante da *hubris* estrutural pela *lexis* jurídica a ser operacionalizado por legitimados isonômicos (cidadãos) à instauração de procedimentos que, regidos pelo princípio jurídico do contraditório<sup>20</sup>, possam realizar uma fiscalidade argumentativa ao cumprimento, produção, atuação, ratificação, aplicação ou retificação da normatividade em sua inteireza ordenamental.

Há de se entender o **contraditório** como a oportunidade de produção formalizada de sentido e assegurada a partir dos conteúdos de um ordenamento jurídico na preparação de um provimento (decisão) que possa afetar acertamento ou jurissatisfação de direitos processualmente alegados. O que requer atenção na **teoria processual da democracia** na contemporaneidade (que já está na pós-modernidade) é essa novidade do discurso jurídico problematizante de não aceitação de uma *politéia* como meio natural de o homem engendrar pela *praxis-lexis* de feições gregas uma autolimitação social por uma *isegoria* crédula numa *isonomia* perante uma LEI MÍTICA E UTÓPICA (*themis*), isto é: uma igualdade de todos os diferentes por idênticas crenças numa tradição ou ideais pressupostamente condutoras da vida e destino humano ou numa assembléia de especialistas, heróis ou guerreiros, por um saber irrecorrível (decretos-leis, falas erísticas, jurisprudência unânime por uma *phronesis* do bem-viver, súmulas prototípicas irreversíveis, medidas provisórias-definitivas, tutelas de urgência virtuais, vedação de integral fiscalidade do sistema).

## 8. DEVIDO PROCESSO E O MATEMA PROTAGÓRICO

Claro que a *paidéia* (*bios-polytikos*) grega já ensaiava, como escreve Castoriadis, uma **sociedade instituinte** de si mesmo e de sua história assentada no imaginário social em oposição à **sociedade instituída** (heterônoma), retirando-se, assim, a dogmática da filosofia política de que existe uma pré-ordem (*Themis*) repleta de sentido (ontologia unitária). Entretanto, tal se deu pela intervenção protagórica na diferenciação do **Mito** e **Logos** (fala argumentativa do *bios polytikos*), conforme anota Stieltjes por menção a Popper. Também, é certo que a Grécia de Péricles, em sua tentativa pioneira de criar a **democracia**, aponta o caráter deficitário da representação parlamentar, preferindo o exercício dos atos decisórios pela *polys* após oitiva da *ecclesia* (órgão consultivo e às vezes deliberativo-intercorrente), o que transformava o destinatário normativo (usuário do *nomos*) o juiz último de seus próprios atos, anunciando, assim, para os dias atuais, a necessidade de uma INSTITUIÇÃO fiscalizatória de todo o sistema (*ex-ante, in-fieri e a-posteriori*) pelo que hoje se denomina **Devido Processo**

20- FAZZALARI, Elio – Istituzioni di Diritto Processuale, 6ª edição, CEDAM, Padova, 1993.

**Constitucional** em toda a sua expansividade normativa. Saliente-se, por igual relevância, a idéia de *tempo-público* na Grécia paideica que, concebido não cronologicamente, implanta uma reflexão argüente do tempo histórico-cultural, como a assinalar uma conceitualidade procedimentalizada não expressa em mera “manifestação” ou “aparição no espaço público” – o que se chamaria atualmente, em novos contornos teóricos, **tempo processual** estruturado em **contraditório** (oportunidade do pensar e argumentar o direito) no prazo procedimental.

De outra face, os delineamentos da *paidéia*, apesar de nos sinalizarem um controle praxista de constitucionalidade incessante pelo *demós* politizado, mostram que a coletividade grega excluía as mulheres, estrangeiros, menores e escravos, servindo-se da tragédia, em contraponto à teatralidade trivial do populacho, como cenário de advertência do insuperável paradoxo entre as intenções e as ações humanas e que a **ordem** encontrada pelos homens derivava de catástrofes fatais e intermináveis e, por isso, “desprovida de sentido” (*apeiron* eterno). Essa concepção jamais nos remeteria a uma teoria da constitucionalidade democrática processualizada aos moldes atuais<sup>21</sup> em face da rota agônístico-divinatória, intrínseca à democracia grega.

O que não se pode relegar ao esquecimento é a teoria da relacionalidade discursiva de PROTÁGORAS que, desterrado da Grécia, com suas obras queimadas e destituído das honrarias que lhe concedeu Péricles, ante o silêncio cruel de Aristóteles e Platão, não vem merecendo estudos demorados quanto aos fragmentos que ainda restaram de seu acervo e que muito concorreriam para lhe resgatar os valiosos ensinamentos negados pela Grécia Socrática e deformados pelo “*Protágoras*” de Platão. A versão de que a preleção protagórica se resumiria na assertiva de que “o homem é a medida de todas as coisas” não tem o menor apoio filosófico, diga-o também quanto a ser um sofista qualquer (e sofista de modo bem censurável para a época – aquele que distorce levemente as verdades platônicas e a lógica aristotélica por mero jogo de palavras).

Ora, é com Protágoras que foi possível a insignes pensadores construir novos conceitos de razão, rompendo com uma modernidade (ontologia unitária) ainda insistente no discurso de muitos, de Platão a Kant e deste a Hegel e Marx. Para os estudos da instituição do **devido processo constitucional**, o matema de Protágoras<sup>22</sup> (FHM: Frase-Homem-Mensura) instala, de modo pioneiro, novos critérios discursivos (argumentativos) na formação da opinião e da vontade que são cruciais para a compreensão da **democracia** no paradigma constitucionalizado da atualidade, como se tem na Constituição Brasileira de 1988 (art. 1º). O direito fundamental ao **devido processo** (art. 5º - LIV) e o dever de fundamentação das decisões administrativas e judiciais, a serem preparadas no âmbito dos direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, c/c o art. 93, IX e X da CB/88), trazem uma reflexão indescartável sobre uma nova hermenêutica de produção, atuação e aplicação do direito que não pode mais se entregar aos cânones de uma interpretação exegetica ou sistemática aos moldes realistas (jurisdicionais do decisor) em nome de *Themis* ou de um *Logos* mitificado, o que Habermas cognomina de pretensões de validade decisória a partir da filosofia da consciência solipsista do julgador. Ou seja, a partir de um lugar extra-sistêmico em que poderia decidir livremente ou ter faculdades ou poderes subjetivos por uma determinação intra-sistêmica, numa fiel reprodução do que se descreveu como **estado de exceção** significando, não a *hubris* grega, mas a zona de anomia schmittiana embutida na lei e exclusiva do **soberano**

21- LEAL, Rosemíro Pereira – Teoria Geral do Processo, 5ª edição, Editora Síntese/IOB, Porto Alegre, 2004.

22- DUESO, José Solana – Protágoras de Abdera – Dissoi Logoi, AKAL – Clássica, Madrid, 1996, ps. 37-46.

que sabe o que é bom ou ruim para o Estado e seu povo, mesmo além do bem e do mal.

O importante em Protágoras é o desabono dessa consciência prodigiosa que se orienta pelo princípio da não-contradição (uma *episteme* cuja *alethéia* lhe é ínsita), como imperativo categórico e irrenunciável das ações humanas. A sua transgressão, por ser impossível ao homem platônico e aristotélico, já que ninguém poderia negá-lo sem, ao mesmo tempo, afirmá-lo, tornou-se o marco apodíctico que proíbe um *logos* relativizador de uma coerência pressuposta do pensar humano, porque as idéias tinham originariamente suas fôrmas no plano da *Physis*, restando ao homem o esforço intelectual de sua imperfeita reprodução pela consciência. Qualquer equívoco seria uma queda na *hubris* inexoravelmente catastrófica para a *polys*. Protágoras, criando o matema FHM, vai afirmar que a **linguagem** (*Frase*) é que é a medida (*mensura*) do Homem. É o lugar do *logos* construtor do conceito de HOMEM que não é um ser pronto *a priori* (cidadania pré-fabricada) como projeção de idéias autônomas em si mesmas (cada qual com um sentido monádico, incorruptível, indevassável, absoluto), porque, para Protágoras, *tudo o que é pode ser dito por dois enunciados contrapostos* (princípio da contraposição ou princípio antilógico), por exemplo: um justo-injusto; um belo-feio, um bom-mal. Portanto, os contrários são diferentes e não sempre idênticos em virtude da impossibilidade da contradição (princípio da não-contradição), porque só a linguagem monádica é que diria que uma coisa é peremptoriamente bela e feia ou bela ou feia de modo uno e indivisível (insuscetível ao **contraditório**).

O conceito de **processo** em Fazzalari como espécie de procedimento em contraditório entre as partes na preparação do provimento jurisdicional é que abriu ensejo ao argumento (antilogia) contra uma lógica autocrática da linguagem monádica (princípio da não-contradição) portadora de um saber primeiro e último indiscutível, como quer Dinamarco<sup>23</sup>, por uma jurisdição salvífica e autosuficiente em seus propósitos de realização de escopos meta-jurídicos.

## 9. CONCLUSÕES

A concepção de **democracia** sem o *medium* lingüístico do **processo**, a pretexto de celeridade e justiça rápida, reafirma o discurso luhmanniano de que o importante não é resolver os conflitos estruturais nas comunidades políticas, mas, numa reprodução microssistêmica, reduzir o grau de hostilidade às decisões judiciais. No Brasil e em vários países ainda se sustenta a tese ingênua de que, extinta a morosidade da Justiça na resposta às demandas jurídicas, o Judiciário recuperaria seu prestígio junto ao povo, ainda que os direitos fundamentais desse povo já assegurados constitucionalmente possam ser postergados *ad-infinitum* em seu reconhecimento judicial.

Em suma, **processo e democracia** estabelecem uma relacionalidade que torna possível uma LINGUAGEM processualizada (sentido *neo-institucionalista*)<sup>24</sup> supletiva das significâncias na construção decisória da existência, incidência, supressão ou confirmação da normatividade democrática por um controle de constitucionalidade (fiscalidade plenária) incessante e aberto a qualquer do povo, sem quaisquer ônus (art. 5º, LXXXVII, da CB/88), como instituto de auto-inclusão do destinatário normativo no sistema de operacionalidade e fruição dos direitos fundamentais também processualmente criados. A aceitação de uma falibilidade sistêmica continuada e fiscalizada pelo **devido processo** de modo ininterrupto

23- DINAMARCO, Cândido R – A Instrumentalidade do Processo, 4ª edição, Malheiros, SP, 1994, ps. 63, 77, 89 e segs.

24- LEAL, Rosemíro Pereira – Teoria Processual da Decisão Jurídica, Ob. cit., ps. 159-199.

rompe com o saudosismo liberalizante ou socialista (Miguel Reale) de heranças ideológicas<sup>25</sup> que caminham no tempo rumo a uma suposta democracia social por um taumaturgo processo histórico de premiação àqueles que, privilegiadamente longevos, pensam assistir o esplendor escatológico da chegada final da paz perpétua, pouco importando se, nesse ínterim, os mortos<sup>26</sup> pelo direito adiável dos jurisdicionalistas, estiveram, em algum tempo, vivos como SERES humanos.

### **10. Resumen:**

*PROCESO Y DEMOCRACIA – LA ACIÓN JURÍDICA COMO EJERCICIO DE LA CIDADANIA. Al considerarse que en la modernidad la democracia tiene su hermenéutica en la procesualidad jurídica (teoría del proceso) como relación espacio-temporal de la creación, modificación, extinción, e aplicación del derecho e no mas en la dimensión retórica (ÁGORA: espacio jurisdiccional) de subjetividades moralmente comprometidas con el bien-estar colectivo por acciones afirmativas de la paternización de metas privadas y publicas, desarrollase aqui la enunciación de un concepto compatible con los contenidos ya constitucionalizados en el Brazil, que garantiza el debido proceso como instituto constructivo e fiscalizador de la Sociedad Democratica y de la auto-inclusion social por el ejercicio de la cidadania caracterizada por la legitimación sin restricción al PROCESO JURÍDICO. Para la comprensión de una teoría jurídico-procesal que haya de quedarse en el sitio de la falta prescriptiva del decisor onisciente aun conducido por una jurisdicción mitificada, es que se imponem incursiones en la estructura del discurso democrático a lo largo de los siglos .*

**Palabras-llave:** Teoría del proceso. Debido proceso. Sociedad democratica. Ejercicio de la cidadania.

### **11. REFERÊNCIAS:**

- AGAMBEN, Giorgio – *Estado de Exceção*, Boitempo Editorial, SP, 2004.
- ARENDDT, Hannah - *A Condição Humana*, Forense Universitária, RJ, 1981.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio – *Curso de Processo Civil*, vol. I, 4ª edição, RT, 1998.
- CASTORIADIS, Cornelius – *Figuras do Pensável - As Encruzilhadas do Labirinto/2*, Paz e Terra, RJ, 1987.
- COULANGES, Fustel de – *A Cidade Antiga*, Editora Hemus, SP, 1975.
- DINAMARCO, Cândido R – *A Instrumentalidade do Processo*, 4ª edição, Malheiros, SP, 1994.
- DUESO, José Solana – *Protágoras de Abdera – Dissoi Logoi*, AKAL – Clássica, Madrid, 1996.
- FAZZALARI, Elio – *Istituzioni di Diritto Processuale*, 6ª edição, CEDAM, Padova, 1993.
- HABERMAS, Jürgen – *Between facts and norms*, Trad. Willian Rehg, Cambridge, MITT, 1996.

25- REALE, Miguel – O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias, 3ª edição, Saraiva, SP, 2005, p. 41- fine.

26- LEAL, Rosemiro Pereira – Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada, Ob. cit., ps. 111-119.

- HONNETH, Axel – *A Luta por Reconhecimento*, Editora 34, SP, 2003.
- LEAL, Rosemiro Pereira – *Teoria Processual da Decisão Jurídica*, Editora Landy, SP, 2002.
- LEAL, Rosemiro Pereira – *Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada*, Editora Del Rey, BH, 2005.
- LEAL, Rosemiro Pereira – *Teoria Geral do Processo*, 5ª edição, Editora Síntese/IOB, Porto Alegre, 2004.
- POPPER, Karl – *Conjecturas e Refutações*, Editora Cultura, Brasília, 1980.
- REALE, Miguel – *O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias*, 3ª edição, Saraiva, SP, 2005.
- ROSENFELD, Michel – *A Identidade do Sujeito Constitucional*, Mandamentos Editora, BH, 2003.
- STIELTJES, Cláudio – *Jürgen Habermans – Desconstrução de uma Teoria*, Editora Germinal, SP, 2001.





# A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Amaury da Silva Kuklinski<sup>1</sup>

## Resumo:

Este resumido trabalho tem por objetivo despertar a atenção dos profissionais do Direito sobre a não uniformidade de procedimentos para aplicação do instituto da *desconsideração da personalidade jurídica*, tanto na falência como nos diversos microsistemas legais que também o adotam, para os efeitos de afastar a *limitação* de responsabilidade pessoal dos sócios e dos administradores. Por força da vigência do CC/2002, como regra geral, por certo, o art. 50, complementado pelo art. 1.024, serão tomados como diretriz para disciplinar a aplicação do instituto da *desconsideração da personalidade jurídica* na falência (art. 82 da Lei 11.101/2005), na execução fiscal (art. 135 do CTN), na execução trabalhista (art. 8º da CLT) e nas relações de consumo (art. 28 do CDC).

**Palavras-chave:** Desconsideração. Personalidade Jurídica. Responsabilidade Civil de Sócios. Solidariedade civil. Falência.

## SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. A Dinâmica Societária – 3. Justiça comum e especializadas independentes – 4. O código civil e o conceito de solidariedade empresarial – 5. A solidariedade no processo falimentar – 6. Pontos controversos da solidariedade empresarial – 7. Conclusão – 8. *Abstract* – 9. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Embora divergentes os teóricos atuais sobre a natureza da personalidade jurídica, considera-se de forma majoritária que é uma ficção legal (criada pela lei), com direitos e obrigações, para melhor distinguir a personalidade da empresa da de seus sócios (pessoas jurídicas ou físicas, aliás), evitando-se confundir, principalmente, o patrimônio de um e outro, salvo casos previstos nas exceções legais (posição ortodoxa).

É da doutrina e legislação lusitana e brasileira a limitação da responsabilidade (vide sociedade de responsabilidade limitada na legislação nacional e a responsabilidade limitada na firma individual lusitana), como forma de distinguir e proteger o patrimônio particular do sócio daquela quantia ou quantidade de bens que arrisca em atividade produtiva, em parceria ou não (sociedade) com outros.

Observe-se que a nossa legislação prevê também a forma individual, onde a responsabilidade é ilimitada, o que era costume há meros 80 anos atrás (a adoção da forma) e atualmente está em desuso, enquanto a legislação portuguesa prevê a responsabilidade limitada mesmo na firma individual de participação mercantilista, que equivale ao empresário devidamente registrado no órgão competente.

1- Juiz de Direito da Vara de Falências de Campo Grande, MS. Graduado pela UFRGS. Pós-graduado em Filosofia e Antropologia Jurídica, pela UNIDERP. Professor de Direito Comercial na Universidade Católica Dom Bosco.





## 2. A DINÂMICA SOCIETÁRIA

Sendo a regra da atividade empresarial a limitação da responsabilidade (pela Sociedade de Responsabilidade Limitada ou pela Sociedade Anônima), deve-se reconhecer que a atividade empresarial pode prosperar (aumentar o seu capital), pode estagnar (manter o seu capital ou equiparar receita e despesa), ou ainda, pode diminuir o capital social (atividade deficitária).

A má administração (no sentido da ignorância empresarial) ou a retração do mercado, assim como outros fatores, internos ou externos, **integralizado o capital social de forma correta**, assim como à administração realizada dentro das regras da legislação pátria **não atribuem nenhuma responsabilidade, como regra geral, ao sócio, no âmbito do Direito Comercial** (Civil, *lato sensu*).

## 3. JUSTIÇA COMUM E ESPECIALIZADAS INDEPENDENTES

A justiça, todavia, não é una, e há muito a Justiça do Trabalho aplica a dita **teoria menor**, que de forma simplificada entende o descumprimento da lei (com as obrigações trabalhistas) suficiente para a desconsideração da personalidade jurídica mediante **mera decisão interlocutória nos autos**, comprovada a insuficiência patrimonial da sociedade empresária, com base nos mais variados argumentos, legais e doutrinários.

Mesmo o Tribunal Superior do Trabalho, em nome da efetividade da justiça do trabalhador, adota tal posição, sem regra própria (na CLT), com base no princípio geral da **Disregard of Legal Entity**, no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor e no art. 135 do Código Tributário Nacional, sob o fundamento de que o art. 8º, § único da CLT permite, **verbis**:

**“Art. 8º, § único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”** (neste sentido TST ROAR 545348 – SBDI 2 Rel. Ministro Ronaldo Lopes Leal).

A Justiça Federal Comum, encarregada (entre outras) da aplicação das normas tributárias, em interpretação dos arts. 135, 137, 185 e normas afins, conclui pela responsabilidade dos sócios, administradores, agentes e outros, nos casos de atos praticados com: **a) excesso de poderes; e b) infração da lei, do contrato social ou estatuto, e dos mandatários**.

Tais fatos sempre dependem da insuficiência patrimonial da sociedade empresarial, da prova em casos complexos, não podendo, via de regra, seguir o mesmo procedimento dado pela Justiça Federal Especializada (do trabalho), seguindo-se procedimento que, pelas suas características, tem cognição plena (**substituição processual e oportunidade de embargos**), permitindo a defesa dos responsabilizados de forma substitutiva, da forma mais ampla possível, inclusive com a prova negativa das imputações e a exoneração da responsabilidade, comprovada a licitude dos atos praticados.

Em suma, necessária à prova da fraude, ou do excesso cometido em detrimento do credor, ou ainda a presunção legal, nos casos apontados pela legislação.

Anote-se que, nos casos da Fazenda Pública, acima referidos, são obedecidos os princípios que atendem ao bem estar da maioria, concedendo-se ao Estado a sua condição mais privilegiada de litigante (tem a ver com a arrecadação), e a decisão é *inter partes*, assim como perante a Justiça do Trabalho, atingindo apenas as partes do processo onde é declarada a desconsideração ou substituição legal.

#### 4. O CÓDIGO CIVIL E O CONCEITO DE SOLIDARIEDADE EMPRESARIAL

Vislumbro grande alteração com a adoção pelo Código Civil de 2002 do art. 50, *verbis*:

***“Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.***

A interpretação da Comissão de Estudos do Judiciário, sobre a positivação (criação de regra escrita) da “*disregard doctrine*”, entendeu mantidos os parâmetros dos micros sistemas legais (**tributário**), na construção jurídica sobre o tema (**trabalhista**), além da necessidade de irregularidade, que atingirá somente os envolvidos, interpretando-se restritivamente a matéria, consoante Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouveia, *in* Código Civil e Legislação Civil em vigor, 24ª edição, mantendo os entendimentos existentes nas áreas especificadas do direito, reconhecendo a possibilidade de uso, agora por norma legal, nas relações civis, estabelecidos os parâmetros apontados no artigo, que, diga-se de passagem, limitam o efeito aos sócios e administradores responsáveis (com relação ao seu patrimônio), e aos processos onde for **caracterizada** a irregularidade (provada), dando ensejo, até interpretação em contrário, à possibilidade de decisão interlocutória em processos civis envolvendo pessoas jurídicas (geralmente sociedades empresárias) sempre que ocorrer abuso da personalidade jurídica pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, conceitos que por si só geram as maiores dificuldades (e podem depender de declaratória incidental), independentemente da falta patrimonial da pessoa jurídica (não é requisito, *prima facie*).

Observe-se que o próprio art. 8º da CLT, citado como fundamento para a desconsideração da pessoa jurídica na Justiça do Trabalho, pode levar a aplicação do art. 50, que, embora permitindo a decisão interlocutória (é o que se extrai da interpretação do artigo), define a necessidade da prova ou caracterização do abuso da personalidade jurídica, em confronto com a aplicação da teoria menor empregada, que exige somente o débito trabalhista e a insuficiência patrimonial.

Suscetível, portanto, de alterar toda a jurisprudência trabalhista sobre o tema, em vista da regra específica de direito material a ser aplicado, art. 50 do Código Civil, que é legislação comum, complementando a CLT, e não é incompatível com os princípios do direito do trabalho, preconizados no art. 8º da CLT.

Aliás, embora aplicado o art. 28 do CDC como justificativa na Justiça Trabalhista para a desconsideração mediante decisão nos próprios autos, sem contraditório, não é visível

a relação trabalhista do empregado como compatível com a do consumidor na hipótese, nem como pode ser evocado o § 5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, quando contradiz o “*caput*”, que exige fundamentos jurídicos para a desconsideração da personalidade jurídica (razões legais), ou nos casos de falência, por “*má administração*”, restando ainda objetar e esclarecer o sentido em que foi empregado o termo *má administração*.

## 5. A SOLIDARIEDADE NO PROCESSO FALIMENTAR

No procedimento falimentar a questão é ainda mais tormentosa, pois trata da execução coletiva universal, com todas as classes de credores habilitados (desde créditos superiores aos trabalhistas até os dos sócios por adiantamentos à sociedade, classe menos privilegiada).

Com efeito, na vigência do Dec. Lei 7.661/45, a jurisprudência reconhecia a desconsideração da personalidade jurídica na falência como meio de responsabilizar o patrimônio particular dos sócios por toda a classe de dívidas, inclusive as de natureza privilegiadas, como as trabalhistas, além das extra-concursais, ainda mais privilegiadas.

A decisão tomada em relação ao processo falimentar, sob a égide do decreto lei, atingia o patrimônio dos sócios com relação a todos os credores (universalidade dos credores), inclusive os habilitados posteriormente, *com eficácia erga omnis*, posição que a nova Lei n.º 11.101/05 não adotou.

Isto porque a legislação recém aprovada, apesar de manter de modo geral o entendimento dos tribunais relativo à matéria da responsabilidade dos sócios e administradores, induz, por seu artigo 82, parágrafo segundo, à existência de uma quantificação do prejuízo, mantida a responsabilidade limitada como regra geral, além de trazer as maiores garantias processuais possíveis, como previsão de ação ordinária de responsabilização, solução que se afigura mais justa, e que merece ser aplicada, mesmo em se tratando de falência sobre a égide da Lei anterior.

*Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.*

*§ 2º. O juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade de bens particulares dos réus, em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgamento da ação de responsabilização.*

Ora, a opção pela desconsideração da personalidade jurídica é excepcional de modo geral e especialmente na área de falência, onde é necessária a prova da fraude, somente se justificando após procedimento ordinário de cognição plena (ou equivalente), com a produção das provas necessárias, a participação do Ministério Público, credores e administrador, além dos sócios (*principalmente*), com a conclusão inarredável da fraude cometida em prejuízo dos credores (sonegação ou desvio de bens, caixa dois ou outras modalidades quaisquer de fraudes).

A teoria que embasa juridicamente a possibilidade é denominada de *Maior*, exigindo a prova da fraude e seu reconhecimento jurídico cercado de todas as garantias processuais.

Observe-se que a existência da falência, de competência da Justiça Estadual, obsta o prosseguimento das execuções pelas restantes vias judiciais pelos princípios insculpidos no art. 109, I da Constituição Federal e no art. 23 do Decreto-lei 7.661/45, *verbis*:

***“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:***

***I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente do trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;***

***“Art. 23. Ao juízo da falência devem concorrer todos os credores do devedor comum, comerciais e civis, alegando e provando os seus direitos.”***

Assim, mesmo nas causas em que a União, Estado ou Município, bem como o credor trabalhista, forem interessados, prevalece o juízo *falimentar* pela sua característica *universal* de centralizar os pagamentos (no mínimo).

A falência obsta, até pela não existência de comprovação da insuficiência patrimonial da empresa (massa falida), a desconsideração da personalidade jurídica, mesmo nos ramos da justiça que não se submetem ao juízo falimentar (para constituição do crédito, mas se submetem para o pagamento), restando aguardar o encerramento do processo falimentar, quando esgotados os pagamentos, antes do exame num dos micro-sistemas apontados, da viabilidade da desconsideração da personalidade jurídica.

## 6. PONTOS CONTROVERSOS DA SOLIDARIEDADE EMPRESARIAL

A desconsideração da personalidade jurídica na falência e em que grau atinge os créditos deve ser precedida do grau máximo de garantias da ampla defesa, o que já era entendimento dos Tribunais, restando incabível a decisão incidental ou a decisão interlocutória (dentro de outros autos) para o seu reconhecimento.

Restam, no entanto, muitas questões a esclarecer.

Considera-se que a intervenção no patrimônio da pessoa física pode ser medido?

Deverá ser quantificado?

Obedecerá à totalidade dos créditos, mesmo que a fraude comprovada seja de valor insignificante?

Atingirá bens anteriormente adquiridos?

Existem argumentos e até decisões judiciais no sentido de que o patrimônio anterior não seria atingido pela desconsideração da personalidade jurídica porque não foi resultante de aquisição fraudulenta.

Tal posição não tem qualquer foro de legalidade porque o patrimônio particular na sua totalidade pode ter sido mantido pelo desvio no patrimônio da pessoa jurídica, e de



qualquer forma o prejuízo dos credores pela irregularidade de administração ou fraude ou desvio de bens deverá ser reparado pelo responsável, pouco interessando se o patrimônio era anterior ou posterior à existência da pessoa jurídica em questão, mas sim que prejuízo houve da responsabilidade de alguém (sócio ou administrador).

Sem a pretensão de ter chegado, ao menos, no limite da questão, pois aspectos existem que ensejarão discussões e decisões conflitantes por muitos anos, é absolutamente claro que o micro-sistema da Justiça do Trabalho não tem qualquer relação com o micro-sistema da Lei Falimentar anterior ou atual, existindo divergências mesmo em relação à matéria falimentar, como o julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 12.872 - SP, cujo trecho relevante cito:

*“Primeiro, deve-se observar que a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Este entendimento exsurge da própria lógica conceitual inerente à formulação da Doctrine of Disregard of Legal Entity (rel. Ministra Nancy Andrigui)”.*

Atuando na área de falências, sempre entendi necessário o procedimento ordinário para a desconsideração da personalidade jurídica, em vista do princípio dominante da *limitação* da responsabilidade e da regra constitucional da ampla defesa, divergindo assim do acórdão acima profligado.

Pelo disciplinado na Lei 11.101/2005, é indubitosa a responsabilidade dos sócios e administradores, induzindo a crença, pela leitura da nova regra, de que, além das maiores garantias processuais possíveis (processo ordinário próprio pela Vara de Falências ou similar), existe a necessidade de uma quantificação do prejuízo, mantida a responsabilidade limitada como regra geral, pelo fomento e proteção que estabelece a atividade mercantil, remetendo a lei à regra de responsabilidade dos tipos societários.

## 7. CONCLUSÃO

A responsabilidade dos sócios, por todas as circunstâncias elencadas, de modo geral, aumenta em cada oportunidade de inovação legislativa, em consonância com o entendimento moderno de que a sociedade empresária (a atividade econômica organizada, etc.) deve ser preservada, ainda que à custa do sócio ou administrador, conforme se verifica na nova legislação de falência, Lei nº 11.101/2005, que permite a venda da sociedade empresária em funcionamento, inclusive com o quadro de empregados, sem a responsabilidade dos novos proprietários pelas dívidas tributárias e trabalhistas (em caso de venda na falência), por débitos anteriores, assim como de outras gradações menores (respondendo apenas o valor apurado na venda por estes débitos).

Existe uma preocupação com a preservação da empresa equilibrada com a maior responsabilidade dos sócios e acionistas nas situações definidas em lei.

Por outro lado, preocupa, sobremaneira, a cumulação dos sistemas de responsabilidade para o sócio ou administrador, pois é facilmente identificável a hipótese onde a desconsideração da personalidade jurídica será negada perante a Justiça Estadual (em caso de falência), e encerrada esta, os remanescentes créditos trabalhistas voltem mediante

certidão à execução junto à Justiça especializada (do trabalho), com a desconsideração da personalidade deferida mediante comprovação da dívida, inexistência de patrimônio da ex-massa falida (falência encerrada) e existência de patrimônio dos sócios.

Da mesma forma, perante as Justiças Especializadas, competentes para cobrança de créditos da Fazenda Pública (qualquer delas), poderá ser cobrado o saldo dos créditos tributários mediante requerimento de desconsideração da personalidade jurídica, com requisitos intermediários (entre a primeira hipótese, negativa; e, a segunda, positiva).

A diversidade de micro-sistemas induz à insegurança jurídica, sem relevar que tomada e esgotada a medida jurídica (falência), que o Estado prevê para os casos de insolvência (ficta ou não), a aplicação de outra medida, por outra via, parece inadequada. Uma redundância do próprio sistema jurídico, com parte do sistema não aceitando a decisão da outra parte do sistema.

Fica-se com a impressão de um sistema legal que pretere ou não respeita o próprio sistema integrante do Judiciário, ou seja, uma parte do sistema judiciário faz o que outra julgou oportuno não fazer, em parte pelo acúmulo de regras diversas para a mesma situação jurídica.

A situação, desta forma, se apresenta caótica, e é louvável a preocupação do legislador, no âmbito da lei de falências, de disciplinar, nos arts. 81 e 82, o rito a ser empregado para maior garantia, subsistindo ainda, processo a processo, a hipótese do art. 50 do novo Código Civil, ou seja, a aplicação do art. 50 do Código Civil de 2002, positivamente da *Disregard of Legal of Entity* na legislação pátria, que pode levar a unificação das exigências legais para a desconsideração da personalidade jurídica, com hipóteses mais condizentes com a teoria da limitação da responsabilidade, sob pena de, protegendo a eficácia de parte das decisões, desrespeitar-se as restantes, que também integram o nosso sistema legal.

#### 8. Abstract:

.....

**Key words:** *Disregard of legal entity. Disregard Doctrine. etc*

#### 9. REFERÊNCIAS:

ALVIM, Arruda. ALVIM, Thereza. ALVIM, Eduardo Arruda. MARINS, James. **Código do Consumidor Comentado**. 2ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 1995.

BESSONE, Darcy. **Instituições de Direito Falimentar**. Ed. Saraiva, São Paulo: 1995.

CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza. **Direito Processual Societário**. Forense, Rio de Janeiro: 1986.

HELENA DINIZ, Maria. **Novo Código Civil Comentado**. Coordenação de Ricardo Fiúza. 4ª ed. Saraiva, São Paulo: 2005.

LIMA MARQUES, Cláudia. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código Civil Anotado**. 2ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2003.

PAES DE ALMEIDA, Amador. **Curso de Falência e Concor data**. 14ª ed. Saraiva, São Paulo: 1996.

PANTOJA, Tereza Cristina G. **Anotações sobre as pessoas jurídicas**. In TEPEDINO, Gustavo (org.). **A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. 15ª ed. Saraiva: São Paulo, 1993.

RIZZATO NUNES, Luiz Antonio. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Saraiva: São Paulo, 2000.

SILVA, Alexandre Couto. **Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro**. São Paulo: LTR, 1999.

SILVA, Osmar Vieira da. **Desconsideração da Personalidade Jurídica: Aspectos Processuais**. Rio de Janeiro: Renovar.

TZIRULNIK, Luiz. **Direito Falimentar**. 3ª ed. NIK, Luiz. Direito Falimentar. 3ª ed. Revista dos Tribunais: SP, 1994.





# A RECUPERAÇÃO DA EMPRESA NA NOVA LEI DE FALÊNCIA E SEUS IMPACTOS MACROECONÔMICOS

Marcelo Wendel Silva<sup>1</sup>

## Resumo:

Este trabalho tem o intuito de apresentar os possíveis impactos do instituto da recuperação da empresa, previsto na nova Lei de Falência, sobre a macroeconomia, dando enfoque principal às relações de emprego e aos *spreads* bancários. É estudo interdisciplinar envolvendo direito falimentar, direito constitucional, direito econômico, direito financeiro e economia, abordando a nova Lei de Falência de forma teórica e prática.

**Palavras-chave:** Falência. Recuperação da empresa. Taxa de desemprego. *Spread* bancário.

## SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Evolução histórica do instituto da falência – 2.1. A evolução mundial – 2.2. A evolução no direito brasileiro – 3. A função social da empresa – 3.1. Plano: exteriorização legal do planejamento e a função social da empresa – 4. A recuperação da empresa na legislação falimentar brasileira – 4.1. A Concordata prevista no Decreto 7.661/45 – 4.2. A recuperação da empresa na Lei nº 11.101/05 – 4.3. A recuperação judicial – 4.3.1. Meios de recuperação judicial – 4.3.2. O plano de recuperação judicial – 4.3.3. Do procedimento – 4.3.4. O plano de recuperação judicial para Microempresa e Empresa de Pequeno Porte – 4.3.5. A convalidação da recuperação judicial em falência – 4.4. Recuperação extrajudicial – 5. A recuperação da empresa e seus impactos na macroeconomia – 5.1. A recuperação da empresa e sua influência no mercado de trabalho – 5.2. A recuperação da empresa e suas influências no *spread* bancário – 5.2.2. A recuperação da empresa na Lei de Falência e sua influência no *spread* bancário – 6. Considerações finais – 7. *Abstract* – 8. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O procedimento falimentar brasileiro, por mais de meio século, foi disciplinado pelo Decreto-Lei 7.661/45. Por muito tempo foi esperada a sua renovação. Em 09 de fevereiro de 2005, foi sancionada a nova Lei de Falência (nº 11.101/05), criando o instituto da Recuperação da Empresa.

O intuito do presente trabalho é relacionar a possibilidade da recuperação da empresa com a macroeconomia, analisando seus possíveis impactos, principalmente na relação de emprego e no *spread* bancário, contrapondo a teoria legal à realidade prática.

Para fins didáticos, será feita, inicialmente, a contextualização histórica do instituto da Falência juntamente com as possibilidades de recuperação do devedor, partindo da etimologia da palavra “falência”, passando por suas diversas fases históricas, até chegar aos dias atuais.

Num segundo momento, será feita a análise da empresa e sua função social à luz das

1- Empresário, aluno do 10º período do Curso de Direito da Universidade de Uberaba, trabalho de conclusão de curso de graduação orientado pela Professora Andréa Queiroz Fabri.

normas constitucionais. Em seguida, serão descritas as formas de recuperação da empresa previstas na nova legislação falimentar, comparando-as com a legislação anterior e abordando, principalmente, seus pontos mais importantes.

Por fim, discorreremos sobre aspectos macroeconômicos, notadamente em relação ao emprego e *spread* bancário.

## 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA FALÊNCIA

### 2.1 A evolução mundial

A palavra “falência” vem do latim *fallere* (faltar). Utilizava-se como sinônimo de falência a expressão “quebra”, pois a banca dos revendedores era quebrada pelos credores. Outro sinônimo utilizado para falência era a palavra “bancarrota”, derivada da expressão italiana “*Banco Rotio*” (banco quebrado), pois na Idade Média costumava-se quebrar o banco em que negociava o comerciante em praça pública<sup>2</sup> 3.

Falência é o procedimento legal que enseja o constrangimento do devedor empresário, de forma sistematizada e ordenada, que, não podendo pagar a todos os seus credores, submete seu patrimônio a um processo judicial de execução concursal. Tal execução visa dar um tratamento paritário aos credores, evitando injustiças.

Nem sempre foi assim. Inicialmente, as formas coercitivas recaíam sobre o próprio devedor ou sua família. Somente com a evolução da sociedade e do próprio direito, é que chegamos ao estágio atual.

No Direito Romano antigo, as obrigações do devedor eram responsabilizadas de forma pessoal, atingindo sua liberdade, podendo chegar até ao ponto de tirar-lhe a vida. “O primitivo direito romano refletia, porém, a barbárie do princípio de que o corpo do devedor respondia pelas suas dívidas.”(Requião, 1998, p-7).

A execução pessoal consistia em o credor deter a posse sobre a pessoa do devedor, sendo este aprisionado por um prazo de sessenta dias, servindo, nesse ínterim, de escravo para o credor. Não pagando a dívida nesse período, ou não surgindo ninguém que saldasse essa dívida, poderia o devedor ser morto ou vendido como escravo.

Esse sistema perdurou até 428 a.C., sendo substituído pela promulgação da *Lex Poetelia Papira*, que introduziu no Direito Romano a execução patrimonial. Posteriormente, foi substituída pela *bonorum venditio* (instituída pelo pretor Rutilio Rufo), a qual previa que o desapossamento dos bens do devedor era feito por determinação do pretor, nomeando um curador para administração dos mesmos. Depois a *Lex Julia Bonorum* (737 a.C.) criou a *cessio bonorum*, que facultava ao devedor a cessão de seus bens ao credor, que podia vendê-los separadamente. Nascia, nesse momento, a semente da falência<sup>4</sup>.

Na Idade Média, o Direito falimentar passou a ser organizado e sistematizado pelos italianos. Até hoje, as várias sistematizações vem da evolução do Direito Romano.

Nessa fase, fica de lado a iniciativa dos proprietários credores, transferindo tais

2- (Na Idade Média, os comerciantes tinham como ponto de venda as praças públicas, onde utilizavam os bancos das praças como se fossem balcões de exposição de mercadorias).

3- (Requião, Rubens. Curso de Direito Falimentar. v. 1. nº 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p-4).

4- (Requião, obra citada, p. 8-10)

iniciativas para a tutela estatal. Com isso, os credores passam a ficar condicionados à disciplina judiciária.

Mesmo nesse período, a execução ainda mantinha sérias conseqüências para a pessoa do devedor. Ainda não acabara a responsabilidade sobre a pessoa do devedor. Se o devedor agisse sem fraude, poderiam ser impostas a ele penas de infâmia cominadas com outras penas vexatórias. Como exemplo das penas previstas nessa fase, podemos citar aquela em que o devedor era obrigado a se despir e correr pelas ruas anunciando a sua desgraça. Na França, nessa mesma época, o comerciante falido usava um pequeno gorro verde e poderia ser apedrejado pela população. Na Itália, se o devedor agisse fraudulentamente, sua sanção seria mais grave, podendo, inclusive, o comissário da falência apoderar-se da pessoa do devedor, de seus bens e até mesmo submetê-lo ao pelourinho caso ele (devedor), dolosamente, subtraísse bens de valor superior a vinte libras. A falência era considerada um delito. “A prisão do devedor insolúvel, com a aplicação de penas vexatórias e degradantes, era uma constante do direito da época” (Requião, 1998, p 10-11).

A falência, nessa época, tinha como pressupostos para a sua decretação três ocasiões: a) quando o devedor ocultasse sem deixar bens para saldar suas dívidas; b) a requerimento do devedor; c) a pedido do credor. São pressupostos exigidos até nos dias de hoje<sup>5</sup>. É oportuno frisar que a falência nessa época abrangia todos os tipos de devedores, comerciantes ou não.

Considerado o grande desenvolvimento para o Direito falimentar, em 1807 surgiu na França o Código Napoleônico, também chamado de “code de commerce”, que restringia a falência ao devedor comerciante e continuava considerando o devedor faltoso como um criminoso.

Em 1832, terminado o período Napoleônico, surgiu uma disposição legal diminuindo a severidade aplicada ao devedor faltoso. Em 1865, surge a primeira forma de concordata. Em 1889, é criada lei que regula a liquidação comercial, preservando o nome e a honra do devedor.

Entre os séculos XVII e XIX, existia no mundo, de um lado, o sistema Franco-italiano, com leis conferindo à falência um caráter exclusivamente comercial, e de outro lado, o sistema Anglo-saxônico, que não diferenciava o alcance da falência, atingindo qualquer devedor.

Já nos tempos modernos, o instituto falimentar passou a se preocupar com a boa ou má fé por parte do falido, criando instrumentos para remediar o estado de desequilíbrio nas contas do devedor, sendo aperfeiçoado o instrumento da concordata, surgido tempos atrás.

Abre-se, na evolução histórica falimentar, o predomínio do intuito econômico, procurando corrigir a falibilidade da repressão à fraude, por meio do aperfeiçoamento de normas legais.

## 2.2 A evolução no direito brasileiro

No Brasil, a evolução da legislação falimentar não foi diferente da ocorrida no resto

5- Lei 11.101 de 09/02/1995, artigo 94, inciso III, f. “será decretada a falência do devedor que: ausenta-se sem deixar representante habilitado com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento”. Artigo 97, IV – “pode requerer a falência do devedor qualquer credor”. Artigo 105 – “o devedor em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial deverá requerer ao juízo sua falência expondo as razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial”.

do mundo. Na época do Brasil colônia, aplicavam-se as leis de Portugal. Quando os portugueses chegaram ao Brasil, eram aplicadas as Ordenações Afonsinas.

Em 1521, “as Ordenações Afonsinas, revistas por ordem do Rei D. Manuel, foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas” (Requião, 1998, p-15). A referida Ordenação previa que, ocorrendo falência, o devedor seria preso até pagar o que devia aos credores, mas, poderia ceder seus bens ao credor, evitando assim sua prisão. Em 1603, surgem as Ordenações Filipinas, em substituição às Manuelinas.

Em 13 de novembro de 1756 entra em vigor o “Alvará”, promulgado pelo Marquês de Pombal. O Alvará foi considerado o marco decisivo no direito falimentar brasileiro, pois introduzia um processo de falência, nítida e acentuadamente mercantil, em juízo comercial<sup>6</sup>.

Proclamada a Independência do Brasil, passou-se a observar o Código Comercial Francês, por lei de 1850 (Lei da Boa Razão). Com isso, deu-se larga preferência à aplicação do Código Comercial Napoleônico de 1807, decorrendo “...profunda influência do Direito Francês na evolução de nosso Direito” (Requião, 1998, p-21).

O Período Republicano foi um período de intensa elaboração legislativa, notadamente no âmbito falimentar. Em 1890 foi elaborado o Decreto nº 917, que instituía como meio preventivo da falência a moratória, a cessão de bens e o acordo preventivo. Nesse momento, começam a surgir fraudes.

Em 1908 é criada a Lei nº 2.024, que visava a verificação e a classificação do crédito, sendo uma expressão da verdade, deixando de lado a fraude, o conluio e a má fé. Essa lei não atingiu o esperado, devido à existência de um judiciário pouco enérgico. Conforme entendimento de Rubens Requião, “se a Lei nº 2.024 não deu esses resultados, a culpa é dos nossos juízes, e não da lei” ( Requião, 1998, p-24).

A Lei 5.746 de 1929 introduziu algumas características, como a diminuição do número de síndicos de três para um, e instituiu porcentagem sobre os créditos para a concessão da concordata. Essa lei permaneceu em vigor até 1945, quando passou a vigorar o Decreto-Lei nº 7.661.

O Decreto-Lei 7.661 trouxe inúmeras inovações para época, por exemplo: a) começou a abolir as assembleias dos credores, diminuindo a influência destes, reforçando os poderes dos magistrados; b) a concordata (preventiva e suspensiva) deixou de ser um contrato, para ser um benefício concedido pelo estado, por meio do juiz, ao devedor infeliz e honesto.

O Decreto-Lei 7.661/45 foi editado no período do “Estado Novo” e foi resultado da “Nova Ordem Mundial Capitalista” decorrente do pós-guerra. A segunda guerra mundial, eclodida em 1939, que pôs em confronto o Nazi-Facismo contra os chamados “aliados”, liderados pelos Estados Unidos, Inglaterra, França e União Soviética, só teve o seu fim em maio de 1945. A partir daí, passou a prevalecer a idéia de uma nova economia mundial, livre do autoritarismo ditatorial dos países derrotados (Machado, 2005, p-21).

A legislação falimentar de 1945 é fruto das influências desse pós-guerra, que obrigou aos países “aliados”, como o Brasil, rever o seu regime político, saindo de um sistema ditatorial

6- (Requião, 1998, p-16-17)

para ingressar em um regime democrático. Na economia, visava-se a normas buscando os caminhos que estavam por vir.

O decreto deu relevo aos institutos da falência e da concordata, esta última como um favor legal ao comerciante. Na falência, todos os credores se sujeitam aos seus efeitos (juízo universal<sup>7</sup>). Na concordata, apenas os credores quirografários a ela se submetem.

A *falência* e a *concordata*, na vigência do Decreto-Lei 7.661, ainda que, timidamente, possibilitasse a recuperação da empresa, com a globalização e com as mudanças na economia mundial, e a longa vigência do Decreto-Lei 7.661/45, esses institutos tornaram-se ineficazes para esse fim. Surgiu então a necessidade de uma reforma substancial da lei de falência, tendo como objetivo fundamental pensar na função social da empresa, proporcionando a recuperação daquelas que fossem “viáveis”.

Buscar a função social da empresa por meio da recuperação de empresas “viáveis” é diminuir o índice de desemprego, é evitar a diminuição da arrecadação tributária e da geração de bens econômicos e sociais.

### 3. A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

O direito de propriedade, de acordo com a legislação civil, consiste na faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha (CC, art. 1.228). Consiste no direito de utilizar a coisa de acordo com sua vontade, com a exclusão de terceiros; de colher os frutos da coisa e de explorá-la economicamente, e no direito de vender ou doar a coisa (*jus utendi, fruendi et abutendi*). Em termos de direito constitucional, o direito de propriedade é mais amplo, abrangendo qualquer direito de conteúdo patrimonial, econômico, tudo que possa ser convertido em dinheiro, alcançando créditos e direitos pessoais.

O direito de propriedade, dentro de uma evolução histórica, é visto cada vez menos como um direito subjetivo de caráter absoluto, para se transformar em uma função social do proprietário.

Podemos entender por “função social” a racionalização das atividades econômicas para atingir os fins estabelecidos pela ordem econômica.

Nos países desenvolvidos, os fins a serem atingidos estão relacionados ao crescimento econômico. Já nos países subdesenvolvidos, esses fins relacionam-se com o desenvolvimento.

Uma forma de realizar as políticas econômicas, que busca a “justiça social” e a realização do bem comum, é por meio dos agentes econômicos públicos e privados, que, com suas prerrogativas inerentes à propriedade, devem contribuir para atingir os fins da ordem econômica.

O direito de propriedade deve constituir um meio de realizar uma política econômica, enquanto o direito à propriedade deve ser um fim a ser atingido. Nesse sentido:

---

7- Isso significa que todas as ações referentes aos bens, interesses e negócios da massa falida serão processadas e julgadas pelo juízo perante o qual tramita o processo de execução concursal por falência. É a chamada aptidão atrativa do juízo falimentar, ao qual conferiu a lei a competência para conhecer e julgar todas as medidas judiciais de conteúdo patrimonial referentes ao falido ou à massa falida.

... os bens que constituem o suporte do direito “de” propriedade podem ser considerados sob dois aspectos. Primeiro, como “meios” ou instrumentos de realização da política econômica, quando refletimos sobre a maneira pela qual o planejamento incide sobre os diversos fatores ou bens de produção. É o que vem acontecendo usualmente no Brasil, permitindo-nos identificar uma relação jurídica estabelecida entre o Estado, enquanto “agente normativo” ou condutor das medidas de política econômica e os agentes econômicos privados cujas “atividades” de dinamização dos bens de produção devem subordinar-se aos ditames da ordem econômica financeira e social. Sob o segundo aspecto, focalizamos um direito “à propriedade”, que se concretiza quando as medidas de política econômica tivesse como “fim” proporcionar uma melhor distribuição das riquezas. Isto seria viável mediante o emprego de mecanismos tributários nos lucros ou resultados das empresas e outras formas de redemocratização do acesso à propriedade (Vaz, 1993, p-199).

O grande momento da função social da propriedade surge quando o legislador deixa de impor somente a limitação dimensional à propriedade, em que o proprietário sofre as consequências da redução quantitativa de seu patrimônio, passando a impor também uma utilização dessa propriedade em sintonia com o princípio da função social. O proprietário deixa de ser um mero sujeito ativo da intervenção do estado, passando a ser, também, um colaborador deste nas realizações dos fins da ordem econômica e financeira.

Analisando fisicamente a Constituição Federal vigente, podemos constatar que em várias situações a função social foi colocada lado a lado com a propriedade, como podemos perceber nos incisos XXII e XXIII do artigo 5º<sup>8</sup>, nos incisos II e III do artigo 170<sup>9</sup>, no § 2º do artigo 182 e no *caput* dos artigos 184 e 186<sup>10</sup>.

A doutrina divide as propriedades em *estáticas* e *dinâmicas*. A propriedade estática tem essa denominação em virtude de proporcionar ao seu titular, independentemente de qualquer atuação econômica desenvolvida, os benefícios inerentes à sua própria natureza, como o aluguel, a moradia, rendimentos e outras. Exemplos: uma propriedade rural, um terreno urbano, uma casa residencial, uma poupança etc.

A propriedade dinâmica, que é a que nos interessa para o presente estudo, tem como núcleo por excelência a sociedade empresária. Seu aspecto dinâmico caracteriza-se na idéia de ação de atividade econômica organizada.

A Constituição Federal vigente traz, em seu artigo 5º, inciso XXII, a garantia do direito de propriedade, e no inciso seguinte prevê a função social dessa propriedade. No título VII, “Da Ordem Econômica e Financeira”, Capítulo I, “Dos Princípios Gerais da Atividade

8- Artigo 5º, XXI CF/1988 – “é garantido o direito de propriedade;” inciso XXII – “a propriedade atenderá a função social”.

9- Artigo 170 CF/1988 – “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:”; inciso II – “propriedade privada”; inciso III – “função social da propriedade”.

10- Artigo 182, § 2º CF/1988 – “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressa no plano diretor.” Artigo 184 CF/1988 – “compete à união desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusulas de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão e cuja utilização será definida em lei”. Artigo 186 CF/1988 – “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigências estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:”.

Econômica”, traz como um dos princípios, no artigo 170, inciso II, a propriedade privada, e, no inciso III, a função social da propriedade.

O *caput* do artigo 170, da CF/1988, trata dos fundamentos da ordem econômica. Podemos tomar tais fundamentos como direitos que podem ser exigidos em um determinado momento, por qualquer membro da sociedade. A impossibilidade do acesso a tais direitos, no estado de desenvolvimento desigual do país, resulta, essencialmente, da má distribuição de renda e da ausência de difusão da propriedade.

Podemos perceber que, diante dos princípios constitucionais previstos desse artigo 170, juntamente com os fundamentos da ordem econômica e a proteção da propriedade privada previstos no *caput* do mesmo artigo, há íntima relação entre a empresa (propriedade dinâmica) e os princípios referentes aos direitos econômicos e sociais, condicionando a empresa às finalidades sociais.

Conforme citação da Professora Izabel Vaz,

Fabio Konder Comparato, já identificava, sob a égide da constituição revogada, a utilização, pelo Estado, de instrumentos de natureza privada típica, como a empresa capitalista para desempenhar suas novas funções sociais. Por outro lado, prossegue, a técnica do direito premial veio substituir os comandos legais permissivos ou proibitivos e os particulares passaram a ser responsabilizados pelo cumprimento de funções sociais, criando-se, pois, entre órgãos do poder público e sujeitos administrados, a nova categoria dos agentes privados, investidos de funções sociais. Saliencia o conceituado autor o relevo conferido a essas funções sociais nas constituições, impondo-se, em consequência, a responsabilidade de toda pessoa física ou jurídica, não apenas em matéria de segurança nacional, à maneira das exigências do regime militar, mas também no campo econômico e social. Neste campo, organizado em função dos objetivos máximos do desenvolvimento nacional e da justiça social, conforme termos do artigo 160 da constituição de 1969, qualquer agente social ou econômico, seja ele funcionário público ou sujeito de direito privado, tem o dever constitucional de respeitar a liberdade de iniciativa e de obrar em prol da valorização do trabalho, da harmonia e solidariedade entre as categorias sociais e de produção e da expansão das oportunidades de emprego produtivo. (Vaz, 1.993, p 332).

Denota-se que o pensamento de função social, nos moldes como previstos na Constituição Federal atual, já era pensado sob a égide da constituição anterior, não sendo o tema uma novidade.

Os fundamentos da ordem econômica como a “livre iniciativa” e a “valorização do trabalho humano” devem ser vistos como paradigma para as reflexões sobre como tornar acessível, ao maior número possível de pessoas, os valores supremos mencionados no preâmbulo e os bens materiais essenciais à vida digna.

A Carta Magna de 1988, harmoniza as idéias capitalistas e sociais ao aliar o título VII aos princípios fundamentais da mesma, previstos nos artigos 1º, 2º, 3º e 4º.

Os princípios contidos no artigo 170 não são tidos como estanques. São eles

norteadores uns dos outros. Logo, podemos entender que o princípio da função social da propriedade é norteador tanto da propriedade privada, como já explanado, como também da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades sociais e regionais, e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

### 3.1 Plano: exteriorização legal do planejamento e a função social da empresa

Será por meio do plano econômico que o Estado documentará os objetivos a serem perseguidos durante um determinado tempo. É lógico que esse plano estará embasado nos princípios fundamentais previstos na Constituição.

É por meio do plano que se exterioriza o planejamento, objeto pelo qual o estado intervém no domínio econômico, delimitando o exercício do direito de propriedade e da livre iniciativa. O plano deve ser encarado como um instrumento em prol do desenvolvimento em busca principalmente dos objetivos elencados no artigo 3º da Carta Magna de 1988.

O artigo 174 da Constituição menciona que o planejamento é determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Deve ele (o plano) ser indicativo para o setor privado para se conformar com o fundamento constitucional da livre iniciativa e com o paradigma democrático. Malgrado o plano ser indicativo para o setor privado, não quer dizer que tal setor possa distanciar-se da sua responsabilidade social. Se considerarmos que o plano está seguramente fundamentado na Constituição vigente, logo ele busca o desenvolvimento embasado nos princípios contidos no Título VII da Constituição, aliados aos princípios contidos nos artigos 1º, 2º, 3º e 4º, também da Constituição. O setor privado, conforme ditames da Constituição, também está sob a égide do princípio da função social, adstrito aos mesmos princípios norteadores do plano. Depreende-se então que o plano, constitucionalmente estruturado e fundamentado, é, “teoricamente”, indicativo para o setor privado, mas na prática será norteador desse setor.

Há, em uma visão geral, um ciclo produtivo e de desenvolvimento social e econômico, que tem como norma fundamental a Constituição Federal. Nesse ciclo, o qual podemos chamar de “teia”<sup>11</sup>, todos os participantes estão vinculados entre si na busca de um “fim” comum previsto na Constituição. A ruptura dessa “teia” ou desse ciclo prejudica a busca do “fim”, pois todos são interdependentes, atores de um Estado Democrático, que tem por fim o desenvolvimento econômico e social, norteados pela Norma Maior.

Diante dessas análises, não podemos considerar a empresa como apenas um “objeto” de direito, que não desempenha junto à comunidade a função social. Devemos considerá-la, sim, como uma participante desse ciclo que chamamos de “teia”, onde, além de credora, ela é também devedora.

É devedora de nível de vida em relação àqueles que vivem dela: trabalhadores, administradores, financiadores. É devedora também de segurança econômica, logo, de estabilidade de emprego, da promoção coletiva e individual dos homens. Ela deve criar o bem-estar, inovar e difundir os benefícios de sua criatividade. Ela é a grande devedora da substância financeira que alimenta pela fiscalidade e pela parafiscalidade o funcionamento dos serviços públicos, a

11- Teia: sucessão de eventos no espaço ou no tempo; série, seqüência.



redistribuição das rendas em nome da solidariedade e da segurança sociais (Vaz, 1993, p- 489).

#### 4. A RECUPERAÇÃO DA EMPRESA NA LEGISLAÇÃO FALIMENTAR BRASILEIRA

A falência ou os procedimentos concursais em geral não podem contemplar-se somente sob a ótica privatista da necessidade de facilitar aos credores um meio processual para satisfazer seus créditos. Não só nos dias atuais, mas também na vigência da lei anterior, o legislador se preocupou com formas de preservar direitos gerais, tais como os da manutenção de um certo nível ou volume de atividade em setores chave da economia, ou os da defesa do trabalho ou do emprego.

Na vigência do Decreto-Lei 7.661/45 essa proteção se dava por meio da concordata, que poderia ser a preventiva ou suspensiva. Na vigência da nova Lei de Falência (11.101/2005), essa proteção é buscada por meio dos institutos da Recuperação Judicial, da Recuperação Extrajudicial e do Plano de Recuperação Judicial para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

##### 4.1 A Concordata prevista no Decreto 7.661 de 1945

A concordata foi instituída pelo Decreto 7.661/1.945 numa época em que a indústria e o comércio começavam a tomar corpo no país. A concordata surgiu da necessidade verificada, à época, de proteger os interesses estabelecidos nas relações credor – devedor quanto a possíveis situações de insolvência, impontualidade ou inadimplemento por parte do devedor.

A concordata era um favor legal consistente na remissão parcial ou dilação do vencimento das obrigações devidas pela sociedade empresária. Somente o empresário (pessoa física ou jurídica) que exercesse atividade econômica definida como mercantil pelo direito tinha acesso a ela.

O objetivo da concordata era resguardar a sociedade empresária devedora das conseqüências da falência. Ela evitava a instauração do concurso falimentar. Nesse caso, era uma concordata *preventiva* que suspendia a instauração do concurso falimentar, ensejando a concordata *suspensiva*.

O intuito principal da concordata era servir de amparo aos empresários competentes e honestos, mas muitas vezes foi utilizada como meio de enriquecimento da concordatária, com inegável prejuízo para seus credores e para a economia em geral.

A concordata preventiva era considerada como um favor legal porque independia da concordância dos credores. É oportuno salientar que a concordata só abrangia os credores quirografários. Os credores com preferência, ou seja, os empregados e equiparados, o fisco, os credores não sujeitos ao rateio e os titulares de privilégio geral, não eram atingidos pela concordata e podiam executar seus créditos normalmente. Mesmo dentro dos credores quirografários, somente os existentes à data da impetração encontravam-se sujeitos aos efeitos da concordata. Os credores com direitos constituídos após o pedido da concordata, mesmo se fossem quirografários, tinham inalterado o seu objeto de direito creditício, podendo, então, executá-lo normalmente.

A sociedade empresária, para ter acesso à concordata, deveria atender a certos requisitos da lei. Os requisitos eram gerais, que diziam respeito tanto à concordata preventiva, quanto à concordata suspensiva, e os específicos, que diziam respeito a apenas uma delas.

Os requisitos gerais que a sociedade empresária deveria atender para ter acesso à concordata preventiva ou suspensiva eram: a) regularidade no exercício do comércio, ou seja, a sociedade empresária, para ter direito à concordata, deveria ter seus atos constitutivos registrados no registro de empresa (junta comercial) e os livros devidamente autenticados (Dec. 7.661/1945, art. 140, I); b) não deveria ter título vencido há mais de 30 dias ou ter a sua falência requerida nesse prazo (Dec. 7.661/1.945, art. 140, II); c) não ter impetrado concordata nos últimos cinco anos (Dec. 7.661/1945, art. 140, IV, primeira parte); d) estar quite com fisco (CTN, art. 191) e a seguridade social (Lei 8.212/91, art. 92, § 2º e).

Na concordata preventiva, a sociedade empresária deveria oferecer, na petição inicial, sua proposta de pagamento aos credores, proposta essa não sujeita à concordância dos credores, por ser um favor legal que independe da vontade dos credores. A proposta apresentada deveria atender aos dividendos mínimos exigidos pela lei, correspondentes aos prazos variados para o cumprimento das obrigações. Os dividendos eram de 50% para pagamento à vista, 60% para pagamento em 6 meses, 75% em 12 meses, 90% em 18 meses ou 100% para pagamento em 24 meses, sendo que, nas duas últimas situações, 2/5 do valor do dividendo deveriam ser pagos no primeiro ano, contado da data da impetração. Logo, o favor legal que era alcançado pela concordatária era a redução no valor da dívida, chamada de concordata remissória; a prorrogação do prazo para pagamento, chamada concordata dilatória; ou a combinação dos dois benefícios, chamada de mista.

Para gozar dos benefícios da concordata preventiva, a sociedade empresária, além de atender aos requisitos gerais, deveria preencher os requisitos específicos da modalidade. São eles: a) ter os atos constitutivos registrados na junta há mais de dois anos da data da impetração; b) possuir ativo superior à metade do passivo; c) não ter título protestado por falta de pagamento.

Conforme tratado por Fabio Ulhoa,

O atendimento aos requisitos para obtenção da concordata preventiva não tem sido rigorosamente exigidos pelos juízes. Eles deveriam, por lei, decretar a falência da sociedade empresária impetrante que não os atende, mas a preocupação com a manutenção da empresa tem justificado a tolerância do judiciário (Ulhoa, 2002, p-367).

Diante de situações, como a tratada acima por Fabio Ulhoa, o credor se via numa situação paradoxal. Tinha fundamento de sobra para embargar o pleito da devedora, demonstrando a inexistência do direito à concordata, mas não o fazia porque o acolhimento dos embargos importaria necessariamente a falência da concordatária, hipótese que não lhe interessava.

Já a concordata suspensiva tem por pressuposto a decretação da falência da sociedade empresária. O intuito da concordata suspensiva era, como o próprio nome diz, suspender o processo de falência. Era condição de acesso a esse tipo de concordata a inexistência de processo penal falimentar instaurado contra os representantes legais da

sociedade empresária devedora.

O prazo para impetração do pedido da concordata suspensiva compreendia os cinco dias seguintes ao do vencimento do prazo para entrega, em cartório, do relatório do síndico, quando se tratava de falência pelo rito ordinário, e as 48 horas seguintes ao encerramento do inquérito judicial, quando o rito fosse o sumário.

Os dividendos mínimos previstos pela lei no caso da concordata suspensiva eram: a) pagamento mínimo de 35% à vista; b) 50%, se for a prazo, o qual não poderia exceder de dois anos, devendo ser pagos pelo menos 2/5 no 1º ano.

O prazo para o cumprimento da concordata tinha início na data em que passasse em julgado a sentença, devendo a concordatária, dentro dos 30 dias seguintes a essa data e sob pena de reabertura da falência: a) pagar os encargos e dívidas da massa e os créditos com privilégio geral; b) exibir as provas de quitação referidas no inciso I do artigo 174 do Dec. 7.661/1945<sup>12</sup>; c) pagar a porcentagem devida aos credores quirografários, se a concordata for à vista.

A concordata, bem ou mal, proporcionou diversas recuperações, sendo considerada uma genuína moratória quirografária, que possibilitava a suspensão de pagamentos de créditos dessa natureza específica.

Denota-se, diante das linhas acima escritas, que a concordata, nos moldes previstos no Decreto 7.661, tinha como objetivo principal buscar garantias para os credores na recuperação das dívidas da empresa. Um regime ao qual poucas empresas conseguem sobreviver e que tem como desfecho mais freqüente a decretação da falência.

A nova legislação falimentar (Lei nº 11.101/05) não trata da concordata, mas abre à sociedade empresária a opção de recuperação em duas modalidades distintas: a recuperação extrajudicial e a recuperação judicial. Na recuperação extrajudicial, é proposto um modelo em que não seja compulsória a participação de todos os credores, no qual apenas os mais relevantes são chamados a negociar seus créditos, de forma a permitir a reestruturação da empresa sem comprometimento das características, prazos e valores dos créditos pertencentes aos demais credores. Já na recuperação judicial, é proposto um processo mais formal e realizado sob o controle do judiciário. Os credores devem formar maioria em torno de um plano de recuperação. Se o plano não for aprovado ou não atingir suas metas de recuperação, aí, sim, caberá ao juiz decretar a falência da sociedade empresária.

## 4.2 A recuperação da empresa na Lei nº 11.101/05

Antes de entrarmos no assunto pertinente à recuperação judicial da empresa, é oportuno identificarmos os diferentes tipos de crises pela qual uma empresa pode passar. São elas: a crise econômica, a crise financeira e a crise patrimonial.

A crise econômica advém de uma retração considerável nos negócios desenvolvidos pela sociedade empresarial. Um exemplo seria o caso de uma certa classe de consumidores deixar de consumir um produto, que é o principal de uma determinada empresa, levando-a a

---

12- Artigo 174, I, dec. 7.661/1.945 “Se o devedor não tiver exibido, até então, prova do pagamento dos impostos relativos à profissão, federais, estaduais e municipais, e das contribuições devidas ao Instituto ou Caixa de Aposentadoria e Pensões do ramo de indústria ou comércio a que pertencer, fará os autos conclusos ao juiz para que este, com observância do § 1º do art. 162, decrete a falência”.

ter uma queda significativa em seu faturamento.

A crise financeira está mais ligada à liquidez da empresa, ou seja, ao fato de a sociedade empresária não ter caixa para honrar seus compromissos.

Por fim, a crise patrimonial reflete a insuficiência de bens no ativo para atender a satisfação do passivo. A sociedade empresária tem menos bens que o total de suas dívidas. A crise patrimonial é a insolvência.

Um diagnóstico preciso do alcance da crise é importante para a definição das medidas a serem tomadas para a recuperação da empresa em crise. É importante, ainda, lembrar que podemos ter sociedades empresárias que apresentem mais de um tipo de crise, chegando até a apresentar as três modalidades.

A impossibilidade de recuperar uma empresa em crise nem sempre é um mal. Haverá casos em que a empresa impossibilitada de ser recuperada, ou seja, de recuperação inviável, não merece ser recuperada. Somente às empresas viáveis deve-se oportunizar a possibilidade de recuperação.

Se as estruturas do livre mercado estão funcionando normalmente, as empresas em crise tendem a recuperar-se por iniciativa de empreendedores e investidores que identificam nelas, mesmo estando em um estado crítico, uma alternativa de investimento atraente. Mas nem sempre a estrutura do livre mercado funciona. Nesse momento é que entra a atividade estatal, visando zelar pelos interesses que estão em torno da empresa “viável”.

Fabio Ulhoa, (Curso de Direito Comercial Volume 3, pp 217-220), traz um exemplo de como a estrutura do livre mercado pode não funcionar. Cita o renomado autor, como exemplo, o “valor idiossincrático da empresa”. Por valor idiossincrático da empresa, podemos entender como o valor dado à empresa exclusivamente pelo controlador da sociedade empresária que a explora, valorizando a empresa de forma pessoal e particular, envolvendo, às vezes, até o valor sentimental. O controlador resiste à realidade da sociedade empresária que controla. Esse valor é diferente do valor econômico e do valor de negociação.

O valor que nos interessa é o valor de negociação ou o valor econômico, não o valor idiossincrático. Há situações em que existem empreendedores e investidores dispostos a investir na sociedade empresária, mas, diante do valor idiossincrático, os investidores acabam por desistir. Esse é um dos motivos em que o *mercado* leva a recuperação da empresa ao insucesso.

A depender da situação em que se encontra a sociedade empresária, fazendo, para isso, uma análise profunda de seus pontos críticos e identificando o tipo, ou os tipos de crises que estão presentes, será possível identificar o melhor caminho a ser seguido para buscar a recuperação da empresa, evitando assim a sua falência.

### 4.3 A recuperação judicial

A recuperação judicial, prevista na Lei nº 11.101/05, visa sanear a crise econômica, financeira e patrimonial, preservando a atividade econômica e os postos de trabalho, bem como atendendo aos interesses dos credores, fazendo com que a empresa recuperada cumpra a sua função social.

A legitimação ativa para requerer a recuperação judicial é daquele que é legitimado

para o processo de falência, logo somente quem está exposto ao risco de ter a sua falência decretada pode pleitear o benefício da recuperação judicial. Então são legitimados para o pedido de recuperação judicial: as sociedades empresárias e os empresários individuais.

A Lei nº 11.101/05 exclui da possibilidade de sua aplicação: as empresas públicas e sociedades de economia mista; as instituições financeiras públicas ou privadas; as cooperativas de crédito ou consórcios; as entidades de previdência complementar; as sociedades operadoras de plano de assistência à saúde; as sociedades seguradoras; as sociedades de capitalização. Exclui, também, quaisquer outras entidades similares ou equiparadas ao rol acima.

Malgrado a sociedade empresária exerça atividade econômica exposta aos riscos de ser requerida sua falência, deve ela obedecer a mais quatro requisitos: a) ela não pode estar falida, logo não é possível a recuperação judicial para a sociedade empresária que já teve a sua quebra decretada. Somente à sociedade empresária em estado pré-falencial é permitido o benefício da recuperação judicial; b) para a sociedade empresária ter legitimidade para requerer o pedido de recuperação judicial, deve ela ter no mínimo 2 anos de exploração da atividade econômica; c) a sociedade empresária que pleiteia uma recuperação judicial não pode ter obtido, há menos de 5 anos, a concessão de recuperação judicial; d) por último, o sócio controlador e nenhum dos administradores podem ter sido condenados pela prática de crime falimentar.

Os custos da recuperação de uma empresa em crise são pagos por toda a sociedade, em forma principalmente do aumento dos juros provenientes do *spread* bancário<sup>13</sup>. Com isso, o custo do dinheiro aumenta, e, conseqüentemente, todos os empresários fornecedores de bens ou serviços que dependam de financiamentos bancários acabarão por repassar o aumento a seus preços. Para que esse custo de recuperar uma empresa em crise não se torne ainda mais alto, somente empresas “viáveis” devem ser objetos de recuperação, seja ela judicial ou extrajudicial.

Cabe ao judiciário realizar o exame de viabilidade da empresa em crise. Para isso, deverá analisar fatores como a **Importância social da empresa, a mão-de-obra e tecnologia usada, o volume do ativo e do passivo, o tempo da empresa e o seu porte econômico.**

No que diz respeito aos créditos sujeitos à recuperação judicial, a Lei nº 11.101/05 trouxe uma das mais significativas mudanças, comparada com a Lei Falimentar anterior. Diferentemente do que ocorria na concordata, que se restringia apenas aos créditos quirografários, a nova lei abrange, a princípio, todos os credores anteriores ao ajuizamento da ação.

Já os credores com créditos originados após o pedido de recuperação judicial, por terem contribuído para o reerguimento da sociedade empresária em crise, embora possam ter seus créditos novados ou alterados pelo plano de recuperação, em caso de falência, terão seus créditos considerados extraconcursais, reclassificados para cima. Foi muito bem o legislador, ao dar tratamento diferenciado ao fornecedor que ajuda na recuperação da empresa. O que seria da empresa em recuperação se isso não fosse previsto? Ninguém arriscaria em uma empresa em crise, sem ter garantias privilegiadas.

Com os credores que tiveram seus créditos constituídos após o pedido de

13- Spread bancário é a diferença entre a taxa à qual os bancos captam recursos e a taxa cobrada em empréstimos a instituições não financeiras.

recuperação judicial, estão excluídos, também, dos efeitos da recuperação judicial, os fiduciários, os arrendadores mercantis ou os negociantes de imóvel, como os vendedores ou os titulares de reserva de domínio, se houver cláusula de irretroatividade ou irrevogabilidade no contrato. Da mesma forma, está excluído do plano da recuperação judicial o banco credor por adiantamento aos exportadores (ACC)<sup>14</sup>.

#### 4.3.1 Meios de recuperação judicial

Diferentemente do previsto na legislação anterior, que tinha como meio de recuperação da empresa, uma forma básica e engessada, prevendo remissão do débito, dilação do prazo, ou ainda uma junção dos dois modelos, o artigo 50 da Lei nº 11.101/05 traz um rol exemplificativo de meios de recuperação da atividade econômica. Nele podemos encontrar formas já utilizadas normalmente para superação de crise na empresa.

O legislador, sabendo que as dificuldades que atingem uma empresa são de diferentes ordens e complexidades, procurou criar um diploma legal com diversas possibilidades de recuperação, e, sabendo que não conseguiria exauri-las, criou-as de forma exemplificativa. Os meios a serem usados na recuperação judicial poderão abranger uma combinação de dois ou mais meios previstos na lei. Para isso, caberá ao empresário individual ou à sociedade empresária analisar os meios mais indicados que se mostram eficazes no reerguimento da atividade econômica.

A lista exemplificativa compreende: a) dilação de prazo ou revisão das condições de pagamento; b) operação societária, como: cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios<sup>15</sup>; c) alteração do controle societário; d) reestruturação da administração; e) concessão de direitos societários extrapatrimoniais aos credores f) reestruturação do capital; g) transferência ou arrendamento do estabelecimento; h) renegociação das obrigações ou do passivo trabalhista; i) dação em pagamento ou novação; j) constituição de sociedade credora; l) realização parcial do ativo; m) equalização de encargos financeiros; n) usufruto de empresa; o) administração compartilhada; p) emissão de valores mobiliários; q) adjudicação de bens.

#### 4.3.2 O plano de recuperação judicial

O plano de recuperação da empresa é a peça mais importante do processo de recuperação judicial. O devedor deverá apresentar o plano em juízo no prazo improrrogável de 60 dias, a contar da publicação que deferir o processamento da recuperação judicial. Se o devedor não observar esse prazo, o juiz poderá convolar a recuperação judicial em falência.

A realização dos objetivos visados pela recuperação da empresa depende exclusivamente do plano. Um plano consistente terá maiores chances de fazer com que a empresa se reestruture e supere a crise em que se encontra. Ao contrário, um plano inconsistente terá aspectos apenas formais, não atingindo o fim visado pelo legislado, levando à desmoralização do instituto.

O plano deve conter, pormenorizada e fundamentadamente, o meio ou os meios pelos quais o devedor deverá superar as dificuldades que enfrenta. Deve demonstrar a

14- No adiantamento a contrato de câmbio para exportação, o exportador, após contratar a venda de seu produto ao exterior, procura agente financeiro e fecha o contrato de câmbio, obtendo em moeda nacional o valor que receberia após a entrega do produto.

15- Se dessas operações o valor ultrapassar 20% do mercado ou R\$ 400 milhões de faturamento no ano anterior, o ato deve ser levado ao CADE (art. 54, § 3º -LDC)

viabilidade econômica, devendo ainda conter laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

Quatro pontos importantes devem ser observados no plano. O primeiro diz respeito aos empregados com direitos vencidos na data da apresentação do pedido de recuperação judicial. Esses direitos devem ser pagos no prazo máximo de um ano, devendo ser quitados os saldos salariais atrasados em 30 dias. O plano de recuperação pode alterar ou novar os créditos trabalhistas ou por acidente de trabalho. Porém, deverá ser aprovado pela maioria dos empregados credores, devendo, nesse caso, ser submetido a todos. Deverão ainda ser observados os prazos acima citados e, em especial, os salários em atraso até três meses. O plano deve prever o pagamento em 30 dias de cinco salários mínimos por trabalhador. O segundo ponto importante é o que prevê o parcelamento do crédito fiscal na forma autorizada pelo CTN. Realmente, o CTN prevê essa possibilidade em seu artigo 155-A e parágrafos, porém diz o artigo que uma lei específica a ser editada disporá sobre o parcelamento. Enquanto essa norma não for editada, o passivo fiscal não terá nenhuma mudança para a recuperação judicial. O terceiro ponto importante trata da alienação de bens onerados. Se o plano prevê tal alienação, a supressão ou a substituição da garantia real depende da expressa aprovação do credor que a titulariza. O quarto e último ponto importante traz que, nos créditos em moeda estrangeira, sua conversão para moeda nacional depende de expressa concordância do titular do crédito.

### 4.3.3 Do procedimento

Para dar início ao pedido de recuperação judicial, o empresário individual ou a sociedade empresária em crise deve apresentar o seu requerimento do benefício. O pedido se inicia com a petição inicial de recuperação judicial, que deverá ser instruída com as exigências previstas no artigo 51 da Lei nº 11.101/05.

Estando em termos a documentação exigida no artigo 51, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial. É oportuno lembrar que a mera distribuição do pedido de recuperação judicial produz o efeito de sustar a tramitação dos pedidos de falência aforados contra a devedora requerente. Verifica-se a suspensão destes se a petição inicial de recuperação estiver instruída na forma da lei.

O despacho de processamento da recuperação judicial terá os seguintes efeitos e conteúdos: a) nomeação do administrador judicial<sup>16</sup>; b) dispensa do requerente da exibição de certidões negativas para o exercício de suas atividades econômicas, exceto no caso de contrato com o poder público ou outorga de benefício ou incentivos fiscais e creditícios; c) suspensão de todas as ações de execuções contra o devedor, com atenção às exceções da lei; d) determinação à devedora de apresentação de contas demonstrativas mensais; e) intimação do Ministério Público e comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal, Estadual e Municipal em que a requerente estiver estabelecida.

Deferido o processamento, a decisão será publicada por edital na imprensa oficial, contendo o resumo do pedido, a relação dos credores, o despacho de processamento e a advertência acerca da fluência de prazos processuais do interesse dos credores.

16- O administrador judicial surgiu em substituição ao comissário, na extinta concordata, e ao síndico, na falência. Cabe ao administrador judicial auxiliar o juiz na administração da falência e representar a comunhão dos interesses dos credores.

Depois do despacho que manda processar a recuperação judicial, o devedor não pode desistir do benefício sem autorização dos credores reunidos em assembléia.

Após a publicação da relação dos credores, qualquer deles poderá manifestar ao juiz sua objeção ao plano de recuperação judicial no prazo de 30 dias. Apresentada alguma objeção, o juiz deve convocar a assembléia de credores para discutir e votar o plano de recuperação judicial da devedora, eventuais planos alternativos, bem como as objeções aduzidas.

Não cabe ao juiz apreciar o conteúdo das objeções, nem mesmo decidi-las, pois a competência, nesse caso, é da assembléia de credores. O prazo para a realização da assembléia é de, no máximo 150 dias, contados do deferimento do processamento da recuperação judicial.

Após a juntada aos autos da ata da assembléia de credores aprovando o plano de recuperação judicial, o devedor deve apresentar as certidões negativas de débitos tributários. Esse é o momento em que o juiz deve decidir se concede ou nega o benefício, caso o plano não seja aprovado pelo *quorum* qualificado, mas tenha tido a adesão mínima exigida pela lei. Se o plano for aprovado pelo *quorum* qualificado previsto no artigo 45 da Lei nº 11.101/05,<sup>17</sup> o juiz concederá a recuperação judicial. Se nenhum plano for aprovado, a rejeição é transmitida ao juiz para que ele decrete a falência do requerente do benefício. Há, no entanto, uma situação intermediária em que é dada ao juiz a discricionariedade diante da análise do plano, que tenha sido aprovado com substancial apoio entre os credores, mas sem alcançar o *quorum* qualificado de deliberação. Nesse caso, o juiz pode conceder a recuperação judicial, mas, para tanto, o plano deve ter recebido cumulativamente na assembléia: a) voto favorável de mais da metade dos créditos presentes, independentemente das classes de seus titulares; b) aprovação pela maioria das classes; c) aprovação de mais de 1/3 dos votos no âmbito da instância classista que o rejeitara.

O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos. As novações, alterações e renegociações realizadas por meio do plano de recuperação judicial são condicionais. Elas valem se o plano for implementado com sucesso. Caso se verifique a convalidação da recuperação judicial em falência, os credores retornam, com todos seus direitos, ao *status quo ante*.

Concedida a recuperação judicial, encerra-se a fase de deliberações e tem início a fase de execução. A decisão concessiva da recuperação judicial é título executivo judicial.

Questão importante e inovadora trazida pela nova lei diz respeito à sucessão na hipótese de alienação de estabelecimento empresarial em que se explorava a empresa em crise, feita mediante hasta judicial. Essa alienação não acarreta a sucessão. Isso quer dizer que o arrematante não pode ser cobrado pelas dívidas do alienante requerente da recuperação judicial.

A recuperação judicial pode encerrar de duas maneiras diversas. A primeira, com o cumprimento do plano de recuperação judicial no prazo de até dois anos. A segunda, com o

17- Art. 45. Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no Art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta. § 1º Em cada uma das classes referidas nos incisos II e III do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes. § 2º na classe prevista no inciso I do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito. § 3º O credor não terá direito a voto e não será considerado para o fim de verificação do quorum de deliberação se o plano de recuperação judicial não alterar o valor ou as condições originais de pagamento de seu crédito.



pedido de desistência da devedora beneficiada, que poderá ser apresentado a qualquer tempo e sempre estará sujeito à aprovação pela assembléia de credores.

No tocante à administração da sociedade empresária beneficiada, a lei prevê que, se o administrador está se comportando lícita e utilmente, não há razões para removê-lo da administração. Caso contrário, o juiz pode determinar o seu afastamento. A lei, em seu artigo 64, prevê as hipóteses em que cabe afastamento. Nesse caso, o juiz convoca a assembléia-geral de credores para deliberar sobre o nome do gestor judicial.

Enquanto a assembléia-geral não deliberar sobre a escolha do gestor judicial, o administrador judicial exercerá as funções de gestor. O administrador judicial pode ser pessoa física ou jurídica<sup>18</sup>.

Outra inovação importante trazida pela nova lei, proporcionando um ambiente positivo para possibilitar a recuperação da empresa, é a reclassificação dos créditos. Por ela, os créditos constituídos após a impetração do benefício da recuperação judicial são reclassificados como privilégio geral, se forem quirografários, e como extraconcursal, no caso dos demais créditos.

Os créditos não negociais são excluídos da reclassificação porque seus titulares não podem ser considerados colaboradores da recuperação. Os créditos não negociais são: os créditos fiscais e para fiscais, multas administrativas, indenização por acidente de trabalho ou por qualquer outra razão, etc. O legislador optou por beneficiar todo aquele que contribuiu na recuperação do empresário individual e da sociedade empresária. Tal atitude favorecerá bastante a continuidade da empresa, antes marginalizada e sem crédito na legislação anterior, com o instituto da concordata.

#### 4.3.4 O plano de recuperação judicial para Microempresa e Empresa de Pequeno Porte

O plano de recuperação judicial para microempresa e empresa de pequeno porte é mais simplificado e se assemelha ao instituto da concordata prevista na legislação anterior.

Devido à diminuta complexidade das microempresas e empresas de pequeno porte, a lei define que a recuperação se operará, via de regra, pelo parcelamento das dívidas quirografárias existentes na data da distribuição do pedido.

As obrigações sujeitas ao plano especial poderão ser pagas em até 36 parcelas mensais, vencendo a primeira em 180 dias da data da distribuição do pedido de recuperação judicial. Somente os credores quirografários estão sujeitos ao plano. As dívidas trabalhistas e fiscais da microempresa e empresa de pequeno porte não se submetem aos efeitos da recuperação e devem ser honrados segundo o disposto na legislação tributária específica.

O procedimento previsto para a recuperação judicial da microempresa e da empresa de pequeno porte é bastante simplificado. A assembléia-geral de credores não será convocada para deliberar sobre o plano especial, cabendo sua aprovação ou rejeição exclusivamente ao juiz. Porém, se mais da metade dos credores sujeitos ao procedimento especial se manifestar contrária ao pedido de recuperação, a consequência será a improcedência do pedido e a decretação da falência.

<sup>18</sup>- O administrador judicial deverá ser profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada, sendo que, na última hipótese, deverá ser declarado por termo o nome do responsável pela condução do processo de recuperação judicial.

O pedido de recuperação judicial com base no plano especial para microempresa e empresa de pequeno porte somente poderá ser intentado pelo devedor que exerça regularmente suas atividades há mais de dois anos e que, dentre outros requisitos cumulativamente estabelecidos pelo legislador, não tenha, há menos de oito anos, obtido a concessão de recuperação judicial nessa modalidade especial.

Por fim, uma importante exigência trazida para essa modalidade especial de recuperação judicial é não permitir que o devedor aumente suas despesas ou contrate empregados, exceto mediante deferimento do juiz, ouvidos os credores e o administrador.

#### 4.3.5 A convalidação da recuperação judicial em falência

Ressalvada a hipótese de desistência, não há terceira alternativa para quem requer o benefício da recuperação judicial: ou cumpre o plano apresentado e deferido, ou terá sua falência decretada. Há um entendimento de que o devedor, ao solicitar a recuperação judicial, está admitindo sua crise econômica, financeira ou patrimonial. Ele está assumindo sua condição pré-falencial, logo, não obtendo a recuperação judicial ou não a cumprindo, deve-se instaurar a execução concursal em atenção aos direitos dos credores.

A convalidação da recuperação judicial em falência se dará nos seguintes casos: a) por deliberação da assembléia-geral de credores; b) pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação no prazo; c) pela rejeição do plano de recuperação pela assembléia de credores; d) por descumprimento do plano de recuperação.

Dois são os principais efeitos da convalidação da recuperação judicial em falência. O primeiro é o retorno ao *status quo ante* dos credores anteriores à impetração do benefício, que tiveram seus direitos alterados no plano de recuperação judicial. O segundo efeito é a reclassificação dos credores posteriores à distribuição do pedido.

#### 4.4 Recuperação extrajudicial

A recuperação extrajudicial é um instituto novo no direito concursal brasileiro. Surgiu com a edição da nova Lei de Falência (11.101/2005)

Podemos encontrar similar forma de recuperação nos Estados Unidos, na França e na Inglaterra.

Nos Estados Unidos, o *prepackaged plan*, previsto na lei que rege o sistema de falência (Título 11), é datado de 1978. Nela o devedor negocia junto a seus credores, anteriormente ao ato de solicitação na corte de falência, do próprio pedido de falência. Também é oportunizado ao devedor negociar o plano, mesmo depois de protocolado o pedido de falência. O plano de recuperação idealizado pelas Leis Americanas tem por finalidade evitar os efeitos nefastos que sempre acompanham o processo de falência nos EUA. Esse instituto tem mais de duas décadas e é bem sucedido<sup>19</sup>.

Na França, o sistema legal de insolvência, é regido pelas Leis nº 85-98, de janeiro de 1985, e nº 84-184, de março de 1984, que tratam de acordos voluntários de reorganização e se

19- With a prepackaged reorganization plan, this uncertainty could be minimized significantly. With the filing of the insolvency procedure, the debtor can already present a more or less perfected reorganization plan. This creates confidence for the employees, existing and future creditors and parties to the contracts. Prof. Isaak Meier (in – [www.unige.ch/droit/insolvency-symposium2004](http://www.unige.ch/droit/insolvency-symposium2004)) Tradução livre – Com o plano de reorganização, a incerteza poderá ser minimizada significativamente. Com o arquivamento do procedimento de insolvência, o devedor já pode apresentar um plano de reorganização mais ou menos aperfeiçoado. Isso cria confiança para os empregados, credores futuros e atuais e para partes de contratos.

baseiam em duas estruturas básicas: o processo de insolvência e os processos de reorganização voluntária.

Na Inglaterra e País de Gales, é o Ato de Insolvência datado de 1986. Nele há uma ampla utilização de estruturas extrajudiciais, que fazem da legislação inglesa uma referência quando se analisam os aspectos informais de reestruturação de empresas. Duas figuras de reestruturação estão presentes na Lei inglesa: a reestruturação informal e a reestruturação com envolvimento judicial.

No Direito brasileiro, a recuperação extrajudicial realmente é uma grande novidade, pois a legislação anterior, de mais de meio século, tinha como um dos atos de falência qualquer atividade ou iniciativa do devedor no sentido de reunir seus credores para uma negociação da dívida. O que antes era tido como uma forma de requerer a falência do devedor, agora é expressamente permitido, mas, ao contrário de só visar à proteção do credor, visa, antes de tudo, à manutenção da empresa. A recuperação extrajudicial está prevista entre os artigos 161 e 167 da Lei nº 11.101/05.

É possível acontecer que o devedor consiga reunir todos os credores e promover uma renegociação, ou seja, fazer acordos visando à recuperação da empresa. Nesse caso, o devedor não tem que cumprir nenhum dos requisitos previstos na lei, afinal, tem a concordância de todos credores. A homologação do acordo, nesse caso específico, não é necessária, nem conveniente, pois gerará despesas desnecessárias.

Em se tratando do empresário ou sociedade empresária que pretende ou necessita homologar a recuperação extrajudicial, deve preencher os requisitos exigidos na lei, que são: a) atender às mesmas condições estabelecidas pela lei para o acesso à recuperação judicial, ou seja, exercer atividade de empresa regularmente há pelo menos dois anos; b) não ser falido, ou, se foi, terem sido declaradas extintas suas obrigações por sentença transitada em julgado; c) não ter sido condenado ou não ter como administrador ou controlador pessoa condenada por crime falimentar; d) não ter nenhum pedido de recuperação judicial; e) não lhe ter sido concedida, há menos de dois anos, recuperação judicial ou extrajudicial.

Não obstante a exigência do requisito acima, de caráter subjetivo, a lei também exige alguns de caráter objetivo, que dizem respeito ao conteúdo do plano: a) não pode ser previsto o pagamento antecipado de nenhuma dívida; b) todos os credores sujeitos ao plano devem receber tratamento paritário, vedado o favorecimento de alguns ou o desfavorecimento de parte deles; c) só abrange os créditos constituídos até a data do pedido de homologação; d) só pode contemplar a alienação de bem gravado ou a supressão ou substituição de garantia real, se com a medida concordar expressamente o credor garantido; e) não pode estabelecer o afastamento da variação cambial nos créditos em moeda estrangeira sem contar com a concordância expressa do credor.

Após o acordo entre devedor e credor, o credor que aderiu ao plano não pode desistir do acordo ou desvincular-se, salvo com a concordância do devedor.

Não são todos os credores atingidos pela recuperação extrajudicial. Alguns credores foram preservados. Nessa situação estão os credores trabalhistas; os créditos tributários; o proprietário fiduciário; o arrendador mercantil; o vendedor ou promitente vendedor de imóvel por contrato irrevogável e vendedor titular de reserva de domínio; e, por fim, também a instituição financeira credora por adiantamento ao exportador (ACC).

A nova lei prevê duas formas de homologação da recuperação extrajudicial: a facultativa e a obrigatória.

A homologação facultativa, prevista no artigo 162, ocorre em casos em que o devedor consegue a adesão da totalidade dos credores atingidos pela medida prevista no plano. A finalidade da homologação, tendo em vista que nesse caso não é obrigatória, é revestir o ato de maior solenidade, ou possibilitar a alienação por hasta judicial, de filiais ou unidades produtivas isoladas, quando prevista a medida.

A homologação obrigatória está disciplinada no artigo 163. Ela é obrigatória nas hipóteses em que o devedor conseguiu obter a adesão de parte significativa dos seus credores ao plano de recuperação, ou seja, somente a minoria resiste a suportar as consequências da recuperação extrajudicial. Com a homologação judicial, os efeitos do plano são estendidos aos minoritários, nele referidos, não sendo necessária sua adesão voluntária.

As espécies de créditos admitidos na recuperação extrajudicial são: a) crédito com garantia real; b) crédito com privilégio especial; c) crédito com privilégio geral; d) crédito quirografário; e) crédito subordinado. A adesão ao plano de recuperação extrajudicial, para autorizar a homologação obrigatória, deve representar pelo menos três quintos de todo o crédito de cada espécie acima citada, abrangida pelo plano. Só entram no cálculo do percentual de adesão mínima de três quintos os créditos alcançados pelo plano.

Para o pedido de homologação facultativa, a lei estabeleceu instruções simples, consistentes na justificativa e no plano. Já para a instrução do pedido de homologação obrigatória, a lei exigiu uma complexidade maior, pois há um maior alcance de seus efeitos. Além da justificativa e do plano com a assinatura da maioria aderente, o devedor deve apresentar em juízo: a) exposição de sua situação patrimonial; b) demonstrações contábeis relativa ao último exercício; c) demonstrações contábeis referentes ao período desde o fim do último exercício e a data do plano; d) documento comprobatório da outorga do poder para novar ou transigir para os subscritores do plano em nome dos credores; e) relação nominal de todos os credores com endereço, classificação e valor atualizado do crédito, além da origem, vencimento e remissão ao seu registro contábil.

Os pedidos de homologação facultativa e obrigatória serão processados da mesma forma. O juiz recebe a petição inicial, devidamente instruída, determina a publicação de edital convocando os credores a apresentarem eventuais impugnações. No prazo de 30 dias seguintes à publicação do edital, o devedor deve provar que comunicou, por carta, a todos os credores sujeitos ao plano, domiciliados no Brasil, informando-lhes a distribuição do pedido de homologação da recuperação extrajudicial, as condições do plano e o prazo para impugnação.

A impugnação só pode suscitar as seguintes matérias: a) o não preenchimento do percentual mínimo de 60% (3/5) de cada espécie de crédito envolvido; b) prática de ato de falência previsto no artigo 94, III; c) prática de ato que terá sua ineficácia subjetivamente suspensa, com base no artigo 130 da LF, se vier a ser decretada a quebra do requerente; d) desatendimento ao requisito subjetivo ou objetivo para homologação; e) descumprimento de qualquer outra exigência legal.

Após o prazo para a manifestação do devedor sobre as impugnações, o juiz as apreciará, se houver, e decidirá, no prazo de 5 dias, acerca do plano de recuperação extrajudicial. O juiz poderá deferir a petição inicial e homologar o plano ou acolher a impugnação e indeferir

a homologação. Em qualquer caso, cabe apelação da sentença.

Podemos entender que a homologação da recuperação extrajudicial, na modalidade facultativa, é uma verdadeira solução de mercado. Já a recuperação judicial cuja homologação é obrigatória não deixa de ser uma solução de mercado, mas depende do poder do Estado para suprir a vontade da minoria de credores não dispostos a se submeter aos efeitos do plano. Não parece justo impossibilitar o reerguimento da empresa devedora em detrimento da recusa de adesão ao plano por parte de uma minoria de credores.

## 5. A RECUPERAÇÃO DA EMPRESA E SEUS IMPACTOS NA MACROECONOMIA

Podemos entender por macroeconomia o estudo dos agregados econômicos, de seus comportamentos e das relações que guardam entre si. Nas palavras de Fabio Nusdeo, “a macroeconomia enfoca diretamente os denominados grandes agregados, grandezas que abarcam um conjunto dessas atividades, funcionalmente consideradas dentro do todo econômico” (Nusdeo, 2000, p-90). “A macroeconomia não está interessada na árvore, mas sim diretamente na floresta” (Nusdeo, 2000, p-280). Os agregados que têm recebido mais atenção dos estudiosos são: o nível de emprego, o desempenho econômico e a taxa de crescimento dos preços.

O empresário individual e a sociedade empresária, se considerados isoladamente, pode-se dizer que estão relacionados à microeconomia, que se preocupa com a análise do comportamento de unidades econômicas, como o consumidor, o produtor, a empresa. E, como eles interagem em mercados de produtos identificados, mas sob a ótica da recuperação da empresa e sob a possibilidade da decretação de sua quebra, os impactos de seu reerguimento ou de sua quebra influenciarão diretamente na macroeconomia, pois afetarão o nível de emprego, a taxa de crescimento do preço e, por fim, o próprio crescimento econômico.

Uma legislação falimentar com vista à recuperação do empresário individual ou da sociedade empresária, teoricamente, deve proporcionar mudanças significativas nos agregados econômicos que formam a macroeconomia.

### 5.1 A recuperação da empresa e sua influência no mercado de trabalho

Historicamente, a relação trabalhista sofreu grandes mutações. Ora essas mutações influenciavam a criação de novos costumes, ora estimulavam a criação de normas. E, em determinadas situações, a própria norma impôs essas mutações.

A relação de emprego teve início com o sistema feudal. De lá para cá, ela passou por várias modificações. Em alguns momentos, os trabalhadores não tinham nenhuma proteção, em outros, as proteções passaram a ser excessivas. Ora a demanda de mão-de-obra era maior, ora menor, e assim a relação trabalhista foi evoluindo.

No sistema feudal, as pessoas viviam nos feudos sob a proteção do senhor feudal e trocavam seu trabalho por essa proteção.

Os fortes protegiam os fracos, mas o faziam a um alto preço. Em troca de pagamento em moeda, alimentos, trabalho ou fidelidade militar, os senhores garantiam o feudo – um direito hereditário ao uso da terra – a seus vassalos. Na base estava o servo, que cultivava a terra. A grande maioria da população cuidava do cultivo da terra, visando à alimentação e ao vestuário, ou criava ovelhas, para

obter a lâ e o vestuário (Hunt, 1989, pp 29-30).

A produção, nessa época, era de subsistência. Os feudos eram auto-suficientes. Com o declínio do sistema feudal, surge o comércio na sua forma mais primitiva. A produção para a simples subsistência não mais satisfazia e era necessária a utilização de máquinas para que fosse possível o aumento da produção, gerando assim um excedente maior para ser comercializado. O trabalhador sai do campo e migra para as cidades, mas, com o excesso de mão-de-obra urbana, o trabalho passa a ser mal remunerado e as condições de trabalho cada vez mais precárias.

Com o passar do tempo, leis protecionistas começam a surgir com o intuito de melhorar a qualidade de vida e de trabalho. O Estado começa a intervir cada vez mais, proporcionando uma maior tutela ao trabalhador.

Outro momento influenciador nas relações de trabalho foi o crescimento tecnológico. Com ele, veio uma grande crise de desemprego. As máquinas começaram a substituir a mão-de-obra humana, gerando maior produtividade e qualidade na produção. O mercado, nesse momento, presenciou um sem-número de mão-de-obra não especializada, fruto de um crescimento tecnológico sem o devido crescimento cultural.

Passada essa fase, talvez ainda não superada, principalmente por países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, estamos agora diante da globalização. Hoje, nos deparamos com nações economicamente dependentes umas das outras. Agregados econômicos dependem uns dos outros. Não há como separar, por exemplo, desenvolvimento econômico, emprego e taxa de crescimento do preço do produto.

Quando o assunto é falência, a quebra do empresário individual ou da sociedade empresária afeta todos os agregados econômicos existentes nesse ciclo, sendo impossível tratar com indiferença essa situação que, a princípio, seria um caso isolado, objeto de estudo da microeconomia.

Sob a vigência da do Decreto 7.661, colocado em vigor há mais de meio século<sup>20</sup>, a mentalidade da época era bastante diversa da hoje existente. Naquela época, visava-se tão-somente à proteção do credor. Caso houvesse a quebra do devedor, isso não influenciaria tão profundamente como influencia nos dias atuais

No tocante à falência das empresas, vários fatores devem ser analisados. Tem-se hodiernamente uma concorrência externa e interna que faz com que a competição por melhores preços fique cada vez mais acirrada. A legislação trabalhista, que outrora era protecionista e beneficiava o empregado, urge por uma flexibilização. O protecionismo que antes garantia privilégios ao trabalhador, hoje tem sentido inverso devido ao seu enrijecimento. Ao invés de garantir o posto de trabalho, provoca um aumento no número de trabalhadores informais além da taxa cada vez mais elevada do número de desempregados. Esse é o entendimento da Professora Andrea Queiroz Fabri, quando faz menção a respeito da necessidade de normas de proteção ao trabalho:

A importância destas normas, portanto, reveste-se de caráter histórico, tornando-as obsoletas e até prejudiciais em determinados momentos.

20- Decreto 7.661 de 21 de junho de 1945.

Vive-se numa época globalizada, na qual a tecnologia ultrapassa as fronteiras estatais na figura das transnacionais, espelho do poder econômico privado. É impossível sobreviver economicamente com os meios produtivos de poucos anos atrás. Da mesma maneira, o trabalho deve sofrer uma evolução sob pena de prejudicar o que dele precisa (Fabri, 2001, p 75).

A nova legislação falimentar (Lei 11.101), sob o enfoque principal de recuperar a empresa em crise, considera o empreendimento não como um mero conglomerado isolado, mas como uma peça de uma engrenagem que não pode parar.

Com a tramitação do projeto da nova Lei de Falência, que durou mais de dez anos, ele sofreu tremendas críticas, agora estendidas à lei. Tais críticas alegam que a atual lei veio em desfavor do trabalhador.

Não podemos compartilhar com essas críticas, uma vez que a nova legislação falimentar visa, antes de tudo, à manutenção dos postos de trabalho, tão importantes nos dias atuais. O que ocorreu, é importante salientar, foi uma mudança social, uma evolução necessária na qual tardou o legislador a adaptar as normas. Mudanças que nos EUA, França, e Inglaterra ocorriam há mais de vinte anos, só agora se tornam nossa realidade.

Consciente de que todos estão envolvidos nessa engrenagem, que cada um deve arcar com uma parcela, na tentativa de recuperar a empresa em crise, o legislador não excluiu dessa responsabilidade a parte tocante ao trabalhador, um dos credores mais interessados na recuperação da empresa.

Na recuperação extrajudicial, o credor trabalhista não foi atingido. Já na recuperação judicial, ele participa, podendo suportar o ônus dessa recuperação, porém com alguns privilégios e sem que seus direitos sejam suprimidos.

Para os créditos trabalhistas e os credores de acidente de trabalho, a lei estabeleceu que o plano de recuperação não poderá prever prazo superior a um ano para o pagamento desses créditos. O plano não poderá, ainda, prever prazo superior a trinta dias para o pagamento, até o limite de cinco salários mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial, vencidos nos três meses anteriores ao pedido de recuperação.

Há severas críticas contra essa flexibilização, como a de Guilherme Guimarães Feliciano, membro da Comissão Legislativa da ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho):

...pela nova Lei de Falência, a empresa sob recuperação judicial – que substituirá a concordata – poderá quitar os créditos de natureza trabalhista, aí incluídos salários e direitos de rescisão, no generoso prazo de até um ano. Isso é inadmissível se considerarmos tratar-se, em larga medida, de créditos de estrita natureza alimentar. (Machado, 2005, p 250).

Não podemos nos furtar de que o plano não prevê redução de salário e outros valores, mas tão-somente um parcelamento, algo que já ocorre em grande escala na própria justiça do trabalho.

Outro ponto causador de polêmica dentro da recuperação judicial é o artigo 50,

inciso VIII, que prevê como meio de recuperação judicial a redução salarial, a compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva. Essa é uma das formas para a recuperação da empresa previstas na Lei nº 11.101/05. Não obstante previsão legal em lei ordinária, tal mandamento encontra amparo no artigo 7º, inciso VI, da Constituição Federal <sup>21</sup>.

Malgrado as críticas contra a inclusão dos créditos trabalhistas na recuperação judicial, podemos entender que é extremamente importante e necessária tal participação na possibilidade de recuperação de empresas “viáveis”. É oportuno esclarecer que os trabalhadores e as suas respectivas entidades sindicais, legítimas representantes dos associados titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho, são partes obrigatórias na assembléia-geral de credores que deliberará a sorte da empresa, mediante a aprovação do plano, sabendo, então, sopesar suas cotas de sacrifício no processo de reestruturação da empresa.

A decisão acerca do plano de recuperação judicial não é tomada “ao apagar das luzes”, com base simplesmente na manifestação do devedor, como outrora ocorria com a concordata. Primeiramente, a assembléia-geral de credores, depois o Ministério Público e em seguida o Juiz farão análises acerca da recuperação de empresa e utilizarão o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade para concluir se o caso concreto exige o sacrifício de cada uma para reerguer a empresa, ou o sacrifício da empresa em benefício de empregados e credores.

Sem margem de dúvida, a recuperação judicial, por mais tardiamente que tenha sido inserida no ordenamento jurídico pátrio e com imperfeições, que, com a prática, a jurisprudência e o legislador poderão ser corrigidas, é um grande avanço para a sociedade e a economia de forma geral. Ela proporcionará significativas alterações, principalmente quando aplicada a empresas viáveis de se recuperar. Constitui uma forma de pensar em longo prazo, distanciando de pensamentos imediatistas e paliativos que resolvem um problema e criam outros para um futuro próximo.

## 5.2 A recuperação da empresa e suas influências no *spread* bancário

Fabio Nusdeo (Curso de Economia, pp 282-283) propõe um modelo simplificado de uma economia em que haja dois setores: a empresa e a família. Os membros da família trabalham para empresa. Os serviços são utilizados pela empresa para produzir bens e serviços para essa mesma família. Há, nesse caso, um fluxo real, em que bens saem da família e se dirigem à empresa sob forma de trabalho, e há um contrafluxo de bens saindo da empresa (alimentos roupas, serviços, etc.) em direção à família.

Podemos extrair também um fluxo monetário representado pela remuneração paga pela empresa à família, que novamente retorna à empresa sob a forma de pagamento pela aquisição de bens e serviços.

Saindo desse esquema simples, altamente perfeito, a renda não gasta pela família, ou o lucro não reempregado na empresa, passam a ser entesourados, saindo desse fluxo. Esse entesouramento será captado por um sistema financeiro que pagará pela utilização desse capital, dando origem ao pagamento a título de juros.

21- Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (omissis)  
VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;



As instituições financeiras não trabalham com bens, mas apenas com moedas ou ativos financeiros. Quando captam recursos no mercado, é pago, a esse recurso, um preço por sua utilização. Quando esses mesmos recursos são emprestados a instituições não financeiras, é cobrada também uma nova taxa pela sua utilização. À diferença entre a taxa a qual as instituições financeiras pagam pela captação dos recursos e a taxa cobrada pelo seu empréstimo às instituições não financeiras, dá-se o nome de *spread* bancário.

A taxa que chega ao tomador, composta pelo preço pago ao empréstimo tomado, depende de uma série de variáveis macroeconômicas e estruturais, dentre as quais podemos destacar: o custo de captação, os custos administrativos, a margem de lucro dos bancos e a inadimplência bancária.

O custo de captação é diretamente influenciado pela taxa SELIC<sup>22</sup>. Esse custo reflete a remuneração que o banco tem de oferecer ao poupador para que este lhe confie seus recursos. Quanto maior for a SELIC, maior terá de ser a remuneração que os bancos devem oferecer aos seus clientes.

Os custos administrativos são os gastos regulares despendidos pelos bancos com instalações, móveis, equipamentos, mão-de-obra, material, etc.

Os bancos, como qualquer outro setor empresarial, vivem de lucros, mas, ao contrário dos outros setores, que têm apresentado resultados pouco alentadores nos últimos anos, têm batido recordes de produtividade. Essa margem de lucro é bastante significativa na composição do *spread* bancário.

Por fim, a taxa de inadimplência bancária é outro forte encarecedor do crédito, fato de maior relevância para o presente estudo.

Assim, quanto maior o número de empresas em boa situação ou em fase de recuperação, menores serão os prejuízos sofridos pelas instituições financeiras, o que, como consequência, conduz a uma diminuição do *spread*.

### 5.2.1 As influências do *spread* bancário no mercado

O crédito no Brasil é pouco desenvolvido. Tanto o acesso ao crédito é restrito quanto as taxas de juros praticadas são exorbitantes. Nesse diapasão, quanto maior for o *spread* bancário, maior será a taxa final de juros. Se excessiva e exorbitante, ela provoca diretamente uma retração na aquisição de crédito, pois o aumento da taxa de juros influenciará diretamente no aumento do preço final de produtos e serviços, tornando, assim, menos competitivo o tomador do empréstimo.

Não obstante a diminuição dos empréstimos concedidos, a alta dos juros influenciada pelo *spread* bancário irá gerar um prejuízo ao consumidor final, pois será ele quem irá arcar com esse aumento. O tomador do empréstimo passará, em forma de despesas, os custos do dinheiro tomado para o preço final do produto ou do serviço.

Outro ponto significativo em que a alta taxa de juros e o alto *spread* bancário pode afetar diz respeito à concentração. A concentração pode-se dar por meio de fusões, incorporações, consórcio, franquia, *joint-ventures* e *holdings*. Como consequência, poderemos ter o surgimento de monopólios, oligopólios ou cartéis.

22- Taxa básica de juros determinada pelo Banco Central.

Hodiernamente, as pequenas e microempresas são as que têm maiores necessidades de captação de recursos. Já as grandes empresas quase sempre não dependem desses recursos, e, quando dependem, têm acesso mais facilitado com custos menores. As empresas dependentes desses recursos, em se tratando de taxas de juros altas, terão enorme desvantagem competitiva, se comparadas com as grandes empresas. Logo, esse processo de captação de recursos em instituições financeiras, a custos quase sempre altos, facilitará processos de concentração, e até mesmo a extinção de pequenas e médias empresas, propiciando um ambiente bastante favorável ao surgimento de monopólios, oligopólios e cartéis.

### 5.2.2 A recuperação da empresa na Lei de Falência e sua influência no *spread* bancário

Dois parâmetros relacionados à insolvência são influenciadores do *spread* bancário: o sistema de garantias e a morosidade da prestação jurisdicional.

Conforme Nota Técnica do Banco Central do Brasil:

Para cada categoria de tomador, os *spreads* também divergem substancialmente, de acordo com a modalidade do contrato. No caso de pessoa física, os *spreads* médios para aquisição de veículo alcançava 23,5% ao ano em dezembro de 2002, enquanto o *spread* do cheque especial chegava a 142,2% no mesmo mês. Circunstância semelhante ocorre nos empréstimos à pessoa jurídica, onde as operações de vender<sup>23</sup> registrava um custo além da taxa de captação bancária de 7,1% frente a 55,6% para a modalidade de conta garantida<sup>24</sup> (Nota Técnica nº 35, maio, 2003).

Quanto maior for a garantia dada à instituição financeira, menor será o *spread* bancário. Um bom exemplo é o Adiantamento sobre Contrato de Câmbio (ACC). É um título de boa qualidade a receber no exterior. Em se tratando de falência, ele não é atingido, logo, sobre ele recai um baixo *spread*.

Com a recuperação da empresa, o principal objetivo a ser atingido é dar maiores garantias ao mercado, garantindo, sobretudo, que antes de uma empresa ter sua falência decretada, ela passará por um processo de recuperação, através do qual serão criadas condições para que ela se restabeleça, evitando assim a sua quebra.

Não obstante essa tentativa de garantia, por meio de possibilitar o reerguimento da empresa em crise, a Lei de Falência traz, ainda, de forma objetiva, regras que proporcionam a determinados credores garantias reais de condições de recebimento.

Dentre as principais regras que proporcionam essas garantias aos credores, criando assim um ambiente propício à retomada do desenvolvimento econômico, podemos citar algumas que diretamente poderão influenciar a queda do *spread* bancário.

A recuperação atinge, em regra, todos os credores existentes ao tempo da impetração do pedido do benefício. Os credores cujos créditos se constituírem depois de o devedor ter ingressado em juízo com o pedido de recuperação judicial estão absolutamente excluídos dos

23- A operação de vender é uma cessão de crédito que permite a uma empresa vender seu produto a prazo e receber o pagamento à vista. A empresa vendedora transfere seu crédito ao banco e recebe o pagamento à vista.

24- A conta garantida é um “cheque especial” para empresas, ou seja, é um crédito associado à conta-corrente de pessoa jurídica, com um determinado limite pré-disponibilizado pelo banco.

efeitos deste. Esses credores não poderão ter seus créditos alterados ou novados pelo plano de recuperação judicial. Por eles terem contribuído com a tentativa de reerguimento da empresa em crise, seus créditos serão reclassificados para cima em caso de convalidação do plano de recuperação em falência. É o que se depreende do artigo 67 da Lei nº 11.101/05:

Art. 67. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta lei.

Essa determinação da lei visa dar maior garantia aos credores, pois, se assim não fosse, o devedor não conseguiria mais acesso nenhum a crédito comercial ou bancário, inviabilizando-se o objetivo da recuperação.

O § 3º do artigo 49 da Lei 11.101, expressamente, exclui do plano de recuperação judicial determinadas categorias de credores:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

(*omissis*)

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujo respectivo contrato contenha cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observadas a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

A exclusão de créditos com garantias reais, em geral em poder de instituições financeiras, visa dar maior certeza na recuperação do crédito, o que resultaria em juros menores, por reduzir os *spreads*. Esse é o entendimento da doutrina:

O *spread* da taxa de juros está vinculado à taxa de risco e também à inadimplência na medida em que o sistema dá proteção legal e jurídica fornecendo os meios para que o direito à propriedade privada esteja suficientemente garantido, com o respeito no cumprimento dos contratos, estará fornecendo meios para o crescimento do capital, fundamental para a economia do País. (Machado, 2005, p 88).

Outra forma objetiva encontrada pelo legislador, visando dar uma maior garantia ao mercado financeiro, diz respeito ao contrato de câmbio.

O contrato de câmbio é um dos principais instrumentos de financiamento da produção para exportação de produtos nacionais, encontrando disciplina no art. 75, § 3º da Lei nº 4.728/

65 (Lei do Mercado de Capitais). No Adiantamento a Contrato de Câmbio para Exportação, ou ACC, o exportador, após contratar a venda de seu produto ao exterior, procura o agente financeiro e fecha o contrato de câmbio, obtendo, em moeda nacional, o valor que receberia após a entrega do produto. Entregue o produto no exterior, o importador paga diretamente ao banco, liquidando-se a operação. Caso o exportador não entregue o produto e sua falência seja decretada, o banco pode pedir a restituição da importância adiantada.

Na nova Lei de Falência há uma expressa exclusão desse credor dos efeitos da recuperação judicial, prevista no artigo 49, § 4º<sup>25</sup>. Nesse artigo, o legislador faz remissão ao artigo 86, inciso II<sup>26</sup> da Lei de Falência, que, por sua, vez remete à Lei 4.728/65, artigo 75, §§ 3º e 4º<sup>27</sup>. Além de esse crédito ser excluído do plano de recuperação da empresa, em se tratando de falência, ele será considerado com um crédito extraconcursal.

Se a lei não lhe assegurasse um crédito extraconcursal, (via pedido de restituição), os juros cobrados dos exportadores nesse tipo de operação financeira teriam de ser maiores para absorverem o risco associado a essa eventualidade. Como titulariza crédito extraconcursal, a instituição financeira que procedeu o adiantamento em favor do exportador, será paga antes dos credores, minimizando-se desta forma o risco de não recebimento (Coelho, 2005, p. 246).

Não obstante as situações previstas na recuperação da empresa darem maiores garantias, visando a um ambiente mais propício à redução do *spread*, a nova Lei de Falência, em seu artigo 83, elevou os créditos com garantias reais à preferência sobre os créditos fiscais.

Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

- I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitado a 150 (cento e cinqüenta) salários-mínimos por credor, e os credores de acidente de trabalho;
- II – créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;
- III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias.

O legislador, ao dar privilégio aos créditos com garantias reais, teve, como intenção última, de criar condições para baratear os juros bancários, acentuando o desenvolvimento econômico do país, em atendimento, portanto, ao interesse público. Como a maioria dos credores com garantias reais são os bancos, aposta-se que a mudança na ordem de classificação aumentará o volume de recuperação dos créditos abertos a empresários ou sociedades empresárias e, conseqüentemente, levará à prática de *spreads* menores.

Um parâmetro não menos importante que o sistema de garantias é o que mede a eficiência do sistema judiciário. Uma maior ou menor eficiência do judiciário pode influenciar

25- § 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei.

26- Art. 86. proceder-se-á à restituição em dinheiro: ... II – da importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei 4728, de 14 de julho de 1965, desde que eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente; ...

27- Lei 4728/65. artigo 75: § 3º no caso de falência ou concordata, o credor poderá pedir a restituição das importâncias adiantadas, a que se refere o parágrafo anterior. § 4º As importâncias adiantadas na forma do § 2º deste artigo serão destinadas, na hipótese de falência, liquidação extrajudicial ou intervenção em instituição financeira, ao pagamento das linhas de crédito comercial que lhes deram origem, nos termos e condições estabelecidas pelo Banco Central do Brasil.

diretamente na elevação ou diminuição do *spread* bancário.

Para fim de análise da eficiência do judiciário, podemos comparar os parâmetros utilizados pela OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento) em uma avaliação de experiência internacional, citada pelo estudo: “A reforma da Lei de Falência”, Volume 1, desenvolvido pelo Instituto de Estudos para o Desenvolvimento Industrial (IEDI), no ano de 2003. Os parâmetros utilizados são: tempo do processo, custo do processo, preservação de garantia dos credores, índice de desfecho eficiente, índice de avaliação do processo de insolvência e índice de poderes do judiciário. Essa avaliação está representada no quando abaixo:

Variáveis/Países	Estados Unidos	Alemanha	França	Argentina	México	Brasil
Tempo do Processo (anos)	3	1,2	2,4	2,8	2	10
Custo do Processo *	4	8	18	18	18	8
Preservação de Garantias dos Credores (0 a 1)	1,00	1,00	0,67	0,67	0,33	0,33
Índice de desfecho eficiente (0 ou 1)**	1	0	0	0	1	0
Índice de avaliação do processo de insolvência (0 a 100) ***	88	61	43	43	61	24
Índice de poderes do judiciário ****	0	33	100	33	67	33

\* (% do valor total dos ativos da empresa).

\*\* O índice de desfecho eficiente avalia o sucesso do regime de insolvência na obtenção do desfecho mais eficiente do ponto de vista econômico. A nota 1 significa que o desfecho do processo de insolvência resulta na reabilitação da empresa ou na falência da empresa com a venda de seus ativos produtivos em operação. A nota 0 significa que nenhum destes dois desfechos foi alcançado.

\*\*\* O índice de avaliação do processo de insolvência é calculado como a média simples do custo do processo (reescalonado de 0 a 100, onde pontuações maiores indicam custo menor), tempo do processo (reescalonado de 0 a 100, onde pontuações maiores indicam menos tempo), a preservação de garantia dos credores e o índice de desfecho eficiente.

\*\*\*\* O índice de poderes do Judiciário é uma média de três indicadores acerca dos poderes do Judiciário: possibilidade do juiz nomear e substituir o administrador do processo de insolvência; disponibilidade dos relatórios elaborados pelo administrador do processo de insolvência somente ao juiz ou também aos credores e prerrogativa de o juiz aprovar o plano de recuperação judicial. Valores maiores indicam maior envolvimento do Judiciário no processo de insolvência, o que é associado a maior tempo de duração do processo e maiores custos, bem como a menor probabilidade de ser alcançado desfecho eficiente.

Não obstante o estudo citado tenha ocorrido antes da aprovação da nova Lei de Falência, os dados quanto à estrutura judiciária se mostram relevantes e ainda atuais. A morosidade judicial, ao dificultar o recebimento de valores contratados, retrai a atividade de crédito e provoca o aumento dos custos desse crédito, provocando, em consequência, o aumento dos custos financeiros por meio de dois canais. O primeiro, a insegurança jurídica, aumenta as despesas administrativas das instituições financeiras, inflando, em especial, as áreas de avaliação de risco de créditos e as áreas jurídicas. O segundo reduz a certeza de pagamento, mesmo numa situação de contratação de garantias, pressionando o prêmio de risco embutido no *spread*.

O custo do processo é outro influenciador significativo. Quanto maior o custo, maior o *spread* e maior o desestímulo à alternativa de “apelação” ao judiciário, aumentando assim o número de créditos colocados no mercado e não recebidos. Como já mencionado, o quadro acima apresentado refere-se à vigência do Decreto-Lei 7.661/45. Com as mudanças implementadas pela nova Lei de Falência, tais indicadores podem mudar, tendo em vista que as alterações feitas vão de encontro a tais deficiências. A recuperação da empresa, por se tratar de um procedimento pré-falencial, tem como objetivo principal diminuir o número de casos a serem atingidos pelo processo de insolvência, evitando assim a dependência da morosidade judicial afeta ao processo de insolvência.

Fazendo uma decomposição do *spread* bancário, podemos perceber que este não é composto somente do risco oriundo da inadimplência. A inadimplência empresária é apenas um dos fatores que afetam o *spread*, e está diretamente ligada à legislação falimentar. Diante disso, não podemos ter a ilusão de que a simples mudança na legislação proporcionará uma queda significativa na taxa de juros. Assim pensa Fabio Ulhoa Coelho, em manifestação proferida em audiência pública em que participou na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, para discussão acerca dos objetivos da reforma da Lei de Falência:

“Não devemos alimentar esperanças vãs. Tenho como clientes diversos bancos e, por isto, acho que entendo como raciocinam os banqueiros. A reforma da Lei de Falência deve contribuir para a redução dos riscos associados à inadimplência e insolvência, mas ninguém se iluda que, logo no dia seguinte, os *spreads* estarão reduzidos. Os banqueiros, primeiro, irão dizer que não estão reduzindo os juros porque ainda não se manifestaram os efeitos das inovações. E é fato: os *spreads* baseiam-se não só em projeções (futuro) como em estatísticas (passado). Somente após algum tempo, a contribuição da nova Lei de Falência irá se traduzir em dados estatísticos que influem na composição dos juros. Mas mesmo depois de a reforma frutificar, haverá banqueiros mantendo seus juros altos alegando um outro pretexto qualquer. A reforma deve ser feita, mas não vamos depositar nela falsas ilusões” (Coelho, 2005, p 219).

Uma das partes que compõem o *spread* bancário diz respeito à margem de lucro dos bancos. Parece possível que o risco alegado pelos bancos seja superestimado e usado para acobertar uma margem de lucro exagerada. Malgrado a opinião acima transcrita do renomado Fabio Ulhoa Coelho, deve ser observado se a queda na taxa de risco de insolvência irá gerar uma queda no *spread* ou, ao contrário, irá gerar um aumento na margem de lucro dos bancos, desviando o foco principal da reforma da Lei de Falência.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A falência, forma de execução que visa dar tratamento paritário aos credores, teve início há séculos como forma de compelir o devedor a pagar seus credores, recaída tal coerção, a princípio, sobre o próprio devedor ou sobre sua família. Nos dias atuais, tal coerção recai sobre o patrimônio do devedor.

No Brasil, a evolução não foi diferente, mas, ao contrário de vários países do mundo, o instituto da recuperação da empresa tardou a ser implantado. Por mais de meio século vigorou o Decreto-Lei 7.661/45, que previa a concordata preventiva e suspensiva, institutos que não mais preenchiam suas finalidades. Com a reforma da Lei de Falência pela Lei nº11.101/05, o legislador garimpou o que há de melhor no mundo em termos de recuperação de empresa e trouxe-o para o nosso ordenamento. É importante frisar que o instituto da recuperação de empresa já era previsto há mais de 20 anos na maioria dos países desenvolvidos.

A recuperação da empresa visa antes de tudo manter empresas viáveis na busca da sua função social, diminuindo assim o índice de desemprego, evitando a diminuição da arrecadação tributária e diminuindo também o custo dos bens econômicos e sociais. A sociedade empresária e a empresa individual, na busca de suas funções sociais, devem sintonizar com os ditames constitucionais, principalmente com os princípios e fundamentos da Ordem Econômica.

A nova Lei de Falência “teoricamente” está em sintonia com a finalidade social da empresa e com os ditames da Ordem Econômica, notadamente com a previsão, em seu bojo, da possibilidade de recuperação da empresa. Não obstante as críticas sobre os planos de recuperação, principalmente as que partem da classe dos trabalhadores, entendemos que as mudanças eram necessárias e demoraram a ocorrer. O fim a ser atingido por essas mudanças é facilmente notado. Resta saber em quanto tempo e sob quais custos eles serão implementados.

Faltou ao legislador maior arrojo nas inovações. Principalmente no tocante aos créditos tributários que, em se tratando do plano de recuperação, eles não são atingidos. Como pode o Estado, principal interessado na recuperação da empresa, querer fomentar tal recuperação, se ele não colabora com essa reestruturação? É oportuno lembrar que, dentre os maiores credores de empresas em dificuldades, consta o credor tributário, ou seja, o próprio Estado. Como ocorre em toda pesquisa, o início do trabalho nos apontava a um resultado final referente à confirmação de uma hipótese já pensada. Todas as informações colhidas nas bibliografias pesquisadas nos levam ao encontro dos caminhos perseguidos pelo legislador, por meio da recuperação de empresas viáveis, evitando a falência delas, mesmo que sob o sacrifício de empregados, credores e do próprio devedor, atingindo os fins buscados, quais sejam: diminuição da taxa de desemprego, manutenção da arrecadação tributária, estabilidade do ciclo econômico e queda dos *spreads* bancários.

No entanto, não podemos distanciar-nos da realidade. Todas as análises aqui apresentadas, por se tratar de uma lei nova, estão no campo teórico, baseadas em previsões econômico-financeiras. Não podemos esquecer que há um influenciador importante ainda não abordado: a cultura do mercado, um grande obstáculo a ser enfrentado.

Não podemos crer em mudanças imediatas. Tais mudanças devem iniciar na cultura de cada envolvido no ciclo econômico. Fomos conduzidos, durante séculos, a uma cultura que visava, antes de tudo, proteger o credor. Modificar o pensamento de toda a sociedade, principalmente de banqueiros, empregados e credores, propondo a cada um sacrificar uma parte para, ao final, atingir um benefício, não será fácil. Todos estão acostumados com resultados imediatos e a proposta trazida pela nova Lei de Falência depende de vários fatores que serão conseguidos a longo prazo.

Ao iniciar este trabalho, o instituto da recuperação era visto como o “salvador” do sistema empresarial. Um instituto que prevê grandes oportunidades para atingir as finalidades constitucionais previstas. Agora, ao contrário, enxergamos com um certo ceticismo, fazendo uma análise mais sintonizada com a realidade, prevendo que não será tão simples como parece. Não obstante esse ceticismo, não podemos nos distanciar do foco pretendido. Devemos, sim, encarar essas mudanças trazidas pela Lei nº11.101/05 como uma tacada inicial

necessária, cientes de que somente a prática e o tempo irão corrigir não só as falhas por ela trazidas, mas também a cultura impregnada durante séculos.

## 7. ABSTRACT:

*This piece of work aims to present the possible impacts of the new Brazilian institute concerning recovery of the company, in the Bankruptcy Law, on macroeconomics and it emphasize labour relation and bank spreads. Due to this there is a study among Bankruptcy Law, Constitutional Law, Economic Law, Financial Law and Economics, approaching theory and practice of de new Bankruptcy Law.*

**Key words:** Bankruptcy. Recovery of the company. Unemployment tax. Bank spread.

## 8. REFERÊNCIAS

- CALDEIRA, Jorge. **Mauá: Empresário do Império**. SP: Companhia das Letras, 1995
- CARVALHO, Antonio Gledson. **Lei de Falência, Acesso ao Crédito Empresarial e Taxas de Juros no Brasil**. texto preparado para FEBRABAN, maio/2003.
- COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à Nova Lei de Falência e de Recuperação de Empresa: (Lei n. 11.101, de 9-2-2005)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, v.3**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- COSTA, Ana Carla Abrão. **Sistemas Legais de Insolvência, Incentivos e Mercado de Crédito: uma abordagem institucional**. Maio/2004
- FARJAT, Gerard. **Pour un Droit Économique**. Paris: Presses Universitaires de France, 2004. 209 p
- FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. **Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas. Comentários Sistemáticos**. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 683, 19mai. 2005. Disponível em: [www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6632](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6632). Acesso em 29 jul. 2005.
- GREMAUD, Amaury Patrick. **Manual de economia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. Hunt, E. K. **História do Pensamento econômico** / E. K. Hunt; tradução José Ricardo Brandão Azevedo. 7º Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1989.
- Instituto de Estudo para o Desenvolvimento Industrial. **A Reforma da Lei de Falência: Conceitos Comparações Internacionais e Propostas para o Brasil**. setembro/2003.
- MACHADO, Rubens Approbato (coord.). **Comentários à nova Leis de Falências e Recuperações de Empresa**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- Nusdeo, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. v. 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- REVISTA JURÍDICA UNIJUS. Uberaba: UNIUBE, v. 4, n. 1, ago. 2001. 202 p.
- SALOMÉ, Alexandre Gonçalves de Sousa. **A recuperação e a falência de empresas consoante normas da Lei nº 11.101/2005. Visão sistemática**. Jus Navigandi, Teresina, a. n. 658, 26 abr. 2005. disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6634>. Acesso em: 29 jul. 2005.
- SZKLAROWSKY, Leon Frejad. **A Recuperação de empresa na nova Lei de Falência**. Jus Navigand, Teresina, a. 7, n. 103, 14 out. 2003. disponível em : <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4425>. acesso em: 29 jul. 2005.
- THOMÉ, Georgina Maria. **Falência e sua evolução: da quebra à reorganização da empresa**. Jus Navigand, Terezina, a. 4, n. 41, mai. 2000. disponível em: [jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=760](http://jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=760). acesso em : 29 jul. 2005.
- VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.





# A QUESTÃO DO LIVRE ARBÍTRIO DA PESSOA JURÍDICA: DA CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL AMBIENTAL

Arthur Mendes Lobo<sup>1</sup>  
Cláudio Julio Fontoura<sup>2</sup>

## Resumo:

Este artigo trata da criminalização de pessoas jurídicas por danos ao meio ambiente. Defende a posição, entretanto, que a Lei em vigor não representa uma situação ideal, uma vez que os diretores – que causam a infração – podem fugir à incidência da norma, enquanto indivíduos. Alerta-se para a dificuldade de se penetrar na vida empresarial, identificando-se a origem dos atos de vontade que ocasionam os delitos praticados no âmbito das pessoas jurídicas, acarreta a tendência, revelada pela jurisprudência dominante, de se atenuarem as exigências com relação aos crimes societários, quanto ao cumprimento dos requisitos legais da denúncia ou queixa. A acusação, sob pena de inépcia, deve observar requisitos substanciais (indícios de autoria e materialidade do crime) e formais (descrição circunstanciada dos fatos). A acusação genérica é incompatível com os princípios constitucionais da pessoalidade da pena, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e com os postulados básicos do Direito Penal. Constatam-se equívocos na jurisprudência predominante em face desses princípios e revela-se nova corrente jurisprudencial que não admite os excessos da acusação genérica. Conclui-se que a resposta à criminalidade econômica contemporânea não deve passar pelo desprezo das garantias constitucionais

**Palavras-chave:** Direito penal. Culpabilidade. Pessoa jurídica. Crime ambiental. Imputação. Responsabilidade objetiva. Inexigibilidade.

## SUMÁRIO:

1. Introdução – 1.1. Base constitucional e legal do tema – 1.2. Adeptos à responsabilização penal das pessoas jurídicas – 1.3. Opiniões contrárias à imputação penal da sociedade personificada – 2. Da culpabilidade da pessoa jurídica no Direito Penal – 2.1. O livre arbítrio como elemento formador do juízo de reprovação – 2.2. Da vontade dos sócios ou dirigentes como norteadora da vontade da pessoa jurídica – 2.2.1. O problema de punir o sócio inocente – 3. A violação ao Princípio da Fragmentariedade e o contraponto à Teoria do Direito Penal Mínimo – 4. *Nullum crimen sine actione* – 5. O problema da ocultação de criminosos sob as vestes da pessoa jurídica – 6. Conclusão – 7. *Abstract* – 8. Rerefências.

## 1. INTRODUÇÃO

### 1.1 Base constitucional e legal do tema

A tutela jurídica do meio ambiente ganhou *status* constitucional com a promulgação

1- Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Gama Filho-RJ. Mestrando na Linha de Pesquisa Ordem Econômica – Empresa e os Direitos Difusos pela UNAERP, Universidade de Ribeirão Preto. Ex-Professor Substituto da PUC-Minas e da FADOM – Faculdades Integradas do Oeste de Minas. Advogado.

2- Professor de Tópicos Especiais V da UNIUBE – Universidade de Uberaba; de Direito Constitucional, Direito Tributário e Direito Penal da UNIPAC – Universidade Presidente Antônio Carlos; de Direito Tributário e Processo Penal da UEMG – Universidade do Estado de Minas Gerais. Mestrando na linha de pesquisa Tutela Penal dos Direitos Coletivos pela UNAERP, Universidade de Ribeirão Preto. Advogado.

da Constituição da República de 1988. Os preceitos que emanam da Magna Carta interferem no comportamento dos indivíduos e do Estado, de modo a garantir a higidez do ambiente como bem jurídico indispensável à qualidade de vida.

Sem dúvida, o comando constitucional atribui responsabilidades também às pessoas jurídicas. Senão, vejamos:

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

§3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Muito se discute se a pessoa jurídica pode ser responsabilizada criminalmente por delitos contra o meio ambiente. A princípio, o clamor público e a relevância do tema levariam o intérprete a desejar uma punição severa e uma sanção econômica à empresa poluidora, tanto para obter maiores recursos financeiros, reparando efetivamente o dano causado com o dinheiro arrecadado com penas pecuniárias, quanto para que a penalização da empresa venha a prevenir a reincidência da conduta e, concomitantemente, sirva de exemplo para que outras pessoas jurídicas não incorram na mesma infração. Em outras palavras, há no seio social um estigma popular de que “quanto mais se penalizar o poluidor, melhor será o Direito”.

Com o detalhamento da matéria pela Lei de Crimes Ambientais, Lei 9.605/98, a responsabilidade criminal dos entes coletivos ganhou eco e até mesmo repercussão jurisprudencial.

## 1.2 Adeptos à responsabilização penal da pessoa jurídica.

Os que defendem a responsabilidade penal do ente coletivo alegam fundamento na Teoria dos Órgãos, de Gierke. Argumentam que, no ordenamento jurídico brasileiro, o tema possui previsão constitucional, no artigo 225, § 3º da CF/88, bem como que as punições deverão ser compatíveis com a natureza do ente coletivo. Equivale dizer, diante da impossibilidade de prisão da pessoa jurídica, ela seria punida com sanções patrimoniais e ou com algumas limitações da atividade empresarial, tais como a suspensão da produção, cassação do alvará de funcionamento e até mesmo a extinção de seu ato constitutivo.

Para essa corrente, a pessoa jurídica teria capacidade de ação, tendo vontade própria, distinta da manifestada pelos seus membros.

SÍLVIA CAPPELLI também afirma ser possível imputar responsabilidade penal à pessoa jurídica, ressaltando que o tema ganhou a atenção de grandes juristas em todo o mundo.

“[...] a neocriminalidade ou criminalidade não convencional está a exigir do legislador enfrentamento no que concerne a prática de fatos ofensivos excepcionais, quais sejam, os capazes de causar lesões disseminadas em massa, frente à reconhecida insuficiência das regras existentes para obstá-las.

Legislação e doutrina européias vêm contemplando a responsabilidade penal da

pessoa jurídica, especialmente nos países filiados ao sistema da *common law*, resultando em um movimento doutrinário no plano nacional tendente à introdução de tal responsabilidade em casos excepcionais, relativos aos delitos contra o meio ambiente, mercado de consumo e ordem financeira e tributária. [...] Entre os que afirmam ter o texto constitucional contemplado a responsabilização penal da pessoa jurídica ou admitem-na para a criminalidade não convencional, filiam-se: João Marcello de Araújo Júnior, Gerson Pereira dos Santos, Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas, Toshio Mukai, Paulo Affonso Leme Machado, Paulo José da Costa Jr., Celso Ribeiro Bastos, Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, Júlio Fabrini Mirabete e Ada Pelegrini Grinover”<sup>3</sup>.

Em recente julgado, publicado em 19.12.2005, o Superior Tribunal de Justiça, por sua Quinta Turma, adotando a primeira corrente, decidiu pelo cabimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Senão, vejamos:

“ [...] A Lei **ambiental**, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das **peessoas jurídicas** por danos ao meio-ambiente.

III. A responsabilização **penal** da **pessoa jurídica** pela prática de delitos **ambientais** advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial.

IV. A imputação **penal** às **peessoas jurídicas** encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância **penal**, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades.

V. Se a **pessoa jurídica** tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização **penal**.

VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a **responsabilidade** social, e a culpabilidade da **pessoa jurídica**, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito.

VII. A **pessoa jurídica** só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma **pessoa** física, que atua em nome e em benefício do ente moral.

VIII. “De qualquer modo, a **pessoa jurídica** deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado.”.

IX. A Lei **Ambiental** previu para as **peessoas jurídicas** penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da **pessoa jurídica**, todas adaptadas à sua natureza **jurídica**.

X. Não há ofensa ao princípio constitucional de que “nenhuma pena passará da **pessoa** do condenado...”, pois é incontroversa a existência de duas **peessoas** distintas: uma física - que de qualquer forma contribui para a prática do delito - e uma **jurídica**, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva.

XI. Há legitimidade da **pessoa jurídica** para figurar no pólo passivo da relação processual-**penal**.

XII. Hipótese em que **pessoa jurídica** de direito privado foi denunciada isoladamente por **crime ambiental** porque, em decorrência de lançamento de elementos residuais nos mananciais dos Rios do Carmo e Mossoró, foram constatadas, em extensão

3- CAPPELLI, Sílvia. Pessoa Jurídica em Matéria Ambiental: uma necessária reflexão sobre o disposto no art. 225, § 3º, da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.agirazul.com.br/artigos/silvia.htm>>. Acesso em 15/04/2006.

aproximada de 5 quilômetros, a salinização de suas águas, bem como a degradação das respectivas faunas e floras aquáticas e silvestres.

XIII. A **pessoa jurídica** só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma **pessoa física**, que atua em nome e em benefício do ente moral.

XIV. A atuação do colegiado em nome e proveito da **pessoa jurídica** é a própria vontade da empresa<sup>74</sup>.

Em artigo publicado no endereço eletrônico do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o Desembargador CARPENA AMORIM conclui sobre o tema em comentário:

“Assim, observamos a introdução da Lei 9.605/98 no ordenamento jurídico vigente brasileiro, como marco fundamental para acabar, de vez, com qualquer discussão sobre a existência ou não da responsabilidade criminal da pessoa jurídica. É, portanto, cabível a responsabilidade da empresa no plano jurídico-penal, não obstante, alguns autores persistentes não admitirem, ainda, o seu reconhecimento”<sup>5</sup>.

Corroborando esse entendimento JURANDIR SEBASTIÃO, segundo o qual:

“Ao criar a possibilidade de punição penal da personalidade jurídica, o objetivo da lei é evitar que empresas privadas de qualquer porte (pequena, média ou grande, nacionais ou internacionais), escudada na abstração jurídica ou no anonimato, e, na defesa de seus direitos e interesses patrimoniais particulares, provoquem danos ambientais, e o Poder Público fique inerte ou inoperante na punição, diante da dificuldade ou impossibilidade de identificação da pessoa humana mentora, organizadora e ou executora da ação danosa. O intento é dar guarida ao princípio da Teoria da Adequação Social, ou de Relevância Social, o que significa exaltação do dever de cautela geral, ambiental, afastando a cômoda ou conveniente omissão dos dirigentes”<sup>6</sup>.

Na mesma trilha, encontra-se o magistério de PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR e GIORGIO GREGORI<sup>7</sup>.

“A sobrevivência do princípio ‘*societas delinquere non potest*’ constantemente é colocado em crise perante as leis penais especiais, que não só evidenciam a carência da sanção penal, insuficiente para contrabalançar as vantagens que as empresas auferem com o agir criminoso, como ainda a insuficiência do preceito, do qual não se apercebe o aparato organizado que causa em realidade o prejuízo aos bens tutelados. Esse fenômeno, de que se vem tomando consciência, determina tentativas várias de libertar o direito penal societário do caráter personalista da responsabilidade penal, para que se dê vida a uma forma anômala de responsabilidade penal das empresas, de natureza direta ou indireta”.

Em que pese a esse respeitável e inovador entendimento, não há como acolhê-lo sem destruir e reconstruir a estrutura jurídica do crime, bem como reavaliar a própria finalidade do direito penal.

4- REsp 610114 / RN. Relator Ministro GILSON DIPP. DJU 19.12.2005.

5- AMORIM, Capanema. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Disponível em: <[http://www.tj.rj.gov.br/adm\\_geral/editoriais/responsabilidade\\_penal\\_da\\_pessoa\\_juridica.htm](http://www.tj.rj.gov.br/adm_geral/editoriais/responsabilidade_penal_da_pessoa_juridica.htm)>. Acesso em 14.04.2006.

6- SEBASTIÃO, Jurandir. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica na Área Ambiental. Trabalho Conclusivo do 4º Módulo da Disciplina Direito Penal Ambiental, do curso de pós-graduação em Direito Ambiental da UNAERP, Universidade de Ribeirão Preto-SP, maio de 2005.

7- Em Direito Penal Ecológico, CETESB, São Paulo, 1981, p. 80.

### 1.3 Opiniões contrárias à imputação penal da sociedade personificada

Já a corrente contrária à responsabilização penal da pessoa jurídica invoca a Teoria da Ficção, de Savigny. Argumenta-se que a pessoa jurídica é um ser abstrato, sem existência física ou intelectual. Alega-se, ainda, que o preceito secundário a ela aplicável representa *bis in idem*, pois a pena de multa e a pena de restrição de direitos se igualariam à responsabilidade civil, quando não, se equivaleriam às sanções aplicadas pelo poder de polícia administrativa. Em suma, a pessoa jurídica seria punida repetidas vezes pelo mesmo fato, o que é inadmissível pelo ordenamento jurídico.

Lembra CÉZAR ROBERTO BITENCOURT:

“No Brasil, a obscura previsão do art. 225, § 3º, da Constituição Federal, relativamente ao meio ambiente, tem levado alguns penalistas a sustentarem, equivocadamente, que a Carta Magna consagrou a responsabilidade penal da pessoa jurídica. No entanto, a responsabilidade penal ainda se encontra limitada à responsabilidade subjetiva e individual. Nesse sentido manifesta-se René Ariel Dotti, afirmando que, ‘no sistema jurídico positivo brasileiro, a responsabilidade penal é atribuída, exclusivamente, às pessoas físicas. Os crimes ou delitos e as contravenções não podem ser praticados pelas pessoas jurídicas, posto que a imputabilidade (ação ou omissão), pedra angular da Teoria Geral do Crime, é produto essencialmente do homem’”<sup>8</sup>.

Na lição de Juari C. Silva:

“Como quer que opinem os doutos, o fato é que não é possível encarcerar uma pessoa jurídica (o que representa a sanção penal típica), porém tão-só atingi-la em seu patrimônio ou no desempenho de suas atividades, enquanto se a considerar em sua essência. [...] nesse caso, a sanção aplicável não se distingue daquela puramente civil, com a dissolução judicial a requerimento dos sócios, ou daquela de cunho administrativo, com a suspensão das atividades com fulcro no poder de polícia insito na Administração Pública.”<sup>9</sup>

Mas antes de discutir sobre o preceito secundário do crime, isto é, sobre a penalização em si da pessoa jurídica, é imperioso refletir sobre existência ou não da culpabilidade, para se saber, com fulcro na teoria finalista, se ela tem capacidade para ser sujeito ativo do delito.

## 2. DA CULPABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA NO DIREITO PENAL

Por culpabilidade, segundo a teoria finalista, entende-se o juízo de reprovação, sem o qual não haverá crime, embora possa se estar diante de um fato típico e ilícito.

É de indagar: A pessoa jurídica, enquanto sujeito de direito, teria livre arbítrio? Teria ela capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento? Enfim, tem a pessoa jurídica aptidão para ser sujeito ativo de direito penal?

Sobre o tema, assevera IENNACO DE MORAES:

“Para que a pessoa jurídica possa ser responsabilizada penalmente, deve ser possível

8- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral. Vol I. 8ªed. Saraiva. São Paulo, 2003. p. 167.

9- SILVA, Juari. Elementos de Direito Penal Tributário. São Paulo. Saraiva.1998, p. 108.

atribuir-lhe a prática de um fato previsto na lei como crime, não amparado por uma causa de justificação e reprovável de acordo com o modelo de culpabilidade que se lhe pretender aplicável.

[...] a culpabilidade tem por critério um juízo de aferição da reprovabilidade da conduta humana, considerando-se, em face das características biopsicológicas, a possibilidade de compreensão do ilícito e de autodeterminação do comportamento na conformidade da compreensão, bem como investigando-se se o sujeito, nas circunstâncias, poderia agir de outro modo (em conformidade com o direito).<sup>10</sup>

Ensina MIGUEL REALE JR:

“[...]culpabilidade é a reprovação por ter o agente agido antijuridicamente, optando, assim, por um desvalor quando podia abster-se de fazê-lo, já que lhe era facultado motivar-se pelo valor imposto pela norma e pelo valor da norma como dever<sup>11</sup>”.

O presente artigo, sem ter a pretensão de esgotar o tema, traz também a visão de alguns doutrinadores alemães sobre o assunto, fazendo uma breve reflexão dessas idéias frente ao ordenamento brasileiro.

Leciona o clássico ERNEST BELING<sup>12</sup> que a culpabilidade “[é] uma relação do autor com o fato.” Não se admite um singelo nexos causal material, cego, infenso à análise motivacional do agente. No conceito analítico de crime, fazer o juízo de reprovação social da culpabilidade implica uma capacidade do agente de entender a valoração epistêmica de certo e errado, e ainda poder se posicionar em relação a essa axiologia.

Os estudos de HEINRICH LAMMASCH apontam “a atribuição de uma orientação psicológica em relação ao conceito de culpabilidade<sup>13</sup>”.

A questão ganha realce quando se investiga a imputabilidade da pessoa jurídica alicerçada às raízes desta marcação.

Para REINHARD FRANK,

“a culpabilidade é a reprovação do fato em concreto, com referência a um comportamento que se caracteriza pela imputabilidade do autor, pela relação psíquica deste com o fato – em forma de dolo ou culpa – na normalidade das circunstâncias concorrentes<sup>14</sup>”

KADEÈKA e WAHLBERG assim se expressam:

“O indivíduo em essência livre e com responsabilidade moral se baseia nesta liberdade, que é totalmente distinta daquela liberdade no momento de adotar uma decisão concreta<sup>15</sup>”.

10- IENACO DE MORAES, Rodrigo. Considerações sobre a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas. RT. 813/450-452.

11- REALE JÚNIOR, Miguel. Teoria do Delito. 2ªed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2000. p.151.

12- Beling, Ernst. Die Lehre vom Verbrechen (1906) S. 180, no original “der psychischen Beziehung des Täters zur Tat”

13- Lammasch, Heinrich. Grundriss des Strafrechts, 4. ed, 1911. No original: “ist der psychologischen Richtung im Schuldbegriff zuzurechnen”.

14- Frank, Reinhard. Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907. No original: “Schuld „Vorwerfbarkeit“ der Tat, und zwar bezogen auf ein Verhalten, das durch die Zurechnungsfähigkeit des Täters, seine psychische Beziehung zur Tat in Gestalt von Vorsatz oder Fahrlässigkeit und die Normalität der begleitenden Umstände bestimmt ist.

15- Nowakowski: Freiheit, Schuld, Vergeltung, FS Rittler,1957. No original: “Ob der Mensch wesentlich frei ist und seine sittliche Verantwortung auf dieser Freiheit beruht, ist eine ganz andere Frage als die, ob er diese Freiheit einer bestimmten Entscheidung gegenüber besass”

De acordo com WELZEL,

“é impossível conhecer de que forma a pessoa evita o delito e utiliza efetivamente seu autocontrole com a finalidade de atuar segundo o Direito; Este é ainda o mistério do livre arbítrio”<sup>16</sup>.

Mas o fato de não compreender totalmente tal fenômeno não nos impele a repudiá-lo como não científico. Exatamente pela dificuldade de verificar a essência da culpabilidade, é que se deve insistir mais ainda com o questionar científico. Além disso, subtrair tal esfera das indagações do direito penal corresponde a alienar do homem sua própria unicidade. Neste sentido, aponta ARTHUR KAUFMANN: “O princípio da culpabilidade é um pilar do universo moral, uma *lex naturalis*, e goza, portanto, de absoluta vigência”.

## 2.1 O livre arbítrio como elemento formador do juízo de reprovação

A pergunta se a pessoa é capaz de se autodeterminar deve ser respondida “pelo exercício da liberdade moral, que não consiste em negar a determinação causal, mas a uma ‘determinação superior’ em adicionar um fator determinante próprio: fator este que não procede da estrutura causal do mundo, senão de sua estrutura lógica”<sup>17</sup>.

A Corte Suprema Alemã, por seu pleno, proclamou: “A razão íntima da reprovação da culpabilidade reside no fato de que a pessoa está dotada de uma faculdade de autodeterminação ética livre e responsável, sendo, portanto, capaz, assim que haja alcançado a madurez moral, de optar pelo Direito e contra o que seja injusto, de orientar seu comportamento de acordo com as normas do dever ser jurídico e de evitar o que é proibido pelo Direito”. (BGHSt 2, 194, 200)<sup>18</sup>.

Ao que parece, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça adotou a teoria realista da pessoa jurídica, afirmando que ela tem, sim, vontade própria, que não se confundiria com a dos seus dirigentes, apesar de o exercício de seus direitos estar atrelado aos órgãos de deliberação e representação. Está-se criando, portanto, um sistema próprio de imputação do evento criminoso, a encarar a conduta da pessoa jurídica sob o prisma da realidade técnica ou realidade jurídica (organicismo), não sob os enfoques físicos e intelectual exclusivos da pessoa humana.

Entretanto, vale lembrar a lição de MUÑOZ CONDE, para quem “a capacidade de ação, de culpabilidade e de pena exige a presença de uma vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual, que não existe na pessoa jurídica, mero ente fictício ao qual o

---

16- Welzel, Hans: Persönlichkeit und Schuld, ZStW 60, 1941. No original: Wie man die Straftat vermeidet, wie der Einsatz der „Ich-Steuerung“ mit dem Ziel rechtmässigen Handelns tatsächlich stattfindet, ist nach Welzel nicht erkennbar und bleibt das ‘Geheimnis’ der Willensfreiheit.

17- Kaufmann, Arthur, Am Angegebenen Ort. Das Schuldprinzip ist ein Grundsatz der sittlichen Welt, eine *lex naturalis* und hat daher absolute Geltungskraft”(33). Die Frage, ‘ob der Mensch zur freien Selbstbestimmung befähigt ist’, beantwortet er durch den Satz: ‘Der Akt sittlicher Freiheit besteht nicht in einem Nein zur kausalen Determination, vielmehr in deren Überdetermination, das heisst, im Hinzufügen einer eigenen Determinante besonderer Art, einer Determinante, die nicht aus dem Kausalgefüge der Welt stammt, sondern aus ihrem inengefüge’

18- Der Bundesgerichtshof: ‘Der innere Grund des Schuldvorwurfs liegt darin, dass der Mensch auf freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung angelegt und deshalb befähigt ist, sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden, sein Verhalten nach den Normen des rechtlichen Sollens einzurichten und das rechtlich Verbotene zu vermeiden, sobald er die sittliche Reife erlangt hat’ (BGHSt 2, 194, 200).

Direito atribui capacidade para outros fins distintos dos penais”<sup>19</sup>.

Mesmo pela teoria da realidade, seria difícil, senão impossível, afirmar que a pessoa jurídica podia entender o caráter ilícito da atividade ou omissão, ou mesmo provar que a empresa, ainda que ciente da ilicitude, podia agir de modo diferente e se autodeterminar segundo esse entendimento.

## 2.2 Da vontade dos sócios ou dirigentes como norteadora da vontade da pessoa jurídica

Considerando, ainda, que a denúncia não pode ser inepta, devendo expor de modo objetivo e inequívoco o comportamento individualizado de cada acusado de participar do delito, pergunta-se: como poderá ser apta uma denúncia em face de um ente que, embora tenha personalidade jurídico-fictícia, é desprovido de personalidade física e mental?

É frágil a argumentação de que a culpabilidade e o livre arbítrio seriam medidos segundo o comportamento dos gerentes, administradores – ou outro nome que se queria dar ao tomador de decisão – ou ainda pela atitude dos funcionários da pessoa jurídica.

Tal conclusão desvirtuaria o sistema penal, pois, como bem ensina JUARY C. SILVA:

“[...] Poder-se-ia, em tese, imputar a responsabilidade criminal aos órgãos diretivos da pessoa jurídica, porém com isso estar-se-ia punindo terceiros, sob a égide de uma responsabilidade objetiva, sem atenção ao elemento da culpa, que informa inexoravelmente o conceito de crime [...]”<sup>20</sup>

Ainda, segundo JUARY C. SILVA:

“Entendemos, salvo melhor juízo dos doutos, que essas disposições casuísticas são ociosas, ou até mesmo nocivas, no que toca à responsabilidade penal no âmbito das pessoas jurídicas, para acaso atingir empregados e administradores (lato sensu). [...] em se cuidando de crime ou contravenção penal, a responsabilidade só pode ser pessoal ao agente, ainda que gerente, administrador etc, sob pena de se instituir responsabilidade objetiva”<sup>21</sup>.

Nesse diapasão, não se pode atribuir a responsabilidade penal ambiental aos administradores, sócios ou empregados, se não for demonstrada a sua participação nos atos delituosos.

Isto porque o simples fato de o indivíduo ser sócio de uma pessoa jurídica, sem ocupar função de gerência das atividades, não é suficiente para que lhe possa ser imputada a culpabilidade, mormente se não tomou decisão sequer na qualidade de cotista minoritário.

Em outras palavras, para que o cotista minoritário possa ser responsabilizado criminalmente, seria necessária a prova do nexo de causalidade entre seu comportamento típico e o resultado criminoso. Do contrário, não será legítima a acusação ministerial, nem a sentença condenatória.

No mesmo sentido, posicionou o Supremo Tribunal Federal:

“A circunstância objetiva de alguém meramente ostentar a condição de sócio de

19- MUÑOZ CONDE e GARCIA ARÁN, Derecho Penal. p. 236. Apud: BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral. Vol I. 8ªed. Saraiva. São Paulo, 2003. p. 167.

20- SILVA, Juary C. Op. Cit. 108.

21- SILVA, Juary C. Op. Cit, p. 111.



uma empresa não se revela suficiente para autorizar qualquer presunção de culpa e, menos ainda, para justificar, como efeito derivado dessa particular qualificação formal, a decretação de uma condenação penal”<sup>22</sup>.

Portanto, incumbe ao Ministério Público apontar e provar de maneira individualizada o grau de participação das pessoas denunciadas pela prática do crime ambiental, demonstrando ao julgador a culpa ou dolo, bem como a culpabilidade do agente, eis que imprescindível para a garantia do *due process of law*. Se houver distorção desses postulados, a percepção penal ficará deficiente, em face dos elementos abstratos contidos no preceito primário de incriminação, pois “o ordenamento jurídico brasileiro repudia as acusações genéricas e repele as sentenças indeterminadas”<sup>23</sup>.

Mas então pergunta-se: se houver prova de que o sócio, administrador, gerente, ou funcionário participaram ativamente do delito, com dolo ou culpa, a responsabilidade penal deveria se estender à pessoa jurídica?

Se admitirmos que sim, a pena ultrapassaria a pessoa do acusado, o que é vedado pelo art. 5º, inciso XLV, da CF/88. Bastaria imaginar, v. g., que o sócio minoritário que não participou da decisão criminosa terá seu patrimônio atingido pela pena de multa, podendo até mesmo assistir perplexo à extinção da atividade empresarial. Perderá, ainda nessa hipótese, outros direitos assegurados também pela Magna Carta, tais como a livre iniciativa e o contraditório, pois quem está legitimado para se defender na ação penal é o sócio majoritário, denunciado por ter tomado a decisão.

### 2.2.1 O problema de punir o sócio inocente

Com efeito, punir o sócio minoritário seja através da redução de seus lucros, debêntures, seja através da extinção de suas cotas, sem lhe dar o direito de se defender, constitui ofensa ao contraditório, à ampla defesa e finalmente ao acesso à Justiça.

“Admitir a aplicação da pena à pessoa jurídica por ato que se sabe praticado por um (ou algum) de seus membros (mas não por outros), além de admitir a transcendência da pena, é admitir que o sócio inocente, às vezes sem poder de gerência, seja penalizado pela atuação delituosa de outrem. Não se pode negar que, ao aplicar-se uma sanção patrimonial à pessoa jurídica, pode o sócio inocente ser prejudicado em seu patrimônio por fato ilícito para o qual não concorreu”<sup>24</sup>.

Destarte, entender que é possível a privação de bens jurídicos mediante a sentença penal condenatória da pessoa jurídica sem ouvir o sócio minoritário, nessa hipótese, seria o mesmo que condená-lo a pagar por algo que não cometeu. Isso sem falar que tal decisão atingiria até mesmo os empregados da empresa, prejudicando, reflexamente, a função social dela.

Parece, portanto, absurdo condenar a pessoa representada, leia-se sócio minoritário, por ato praticado pela vontade exclusiva do representante, leia-se sócio administrador.

Imagine-se, por exemplo, um contrato de mandato em que a procuração é outorgada

22- Hábeas Corpus nº: 74.641, Rel. Min. Francisco Rezek, j. em 13-12-1996, DJU 02.05.1997. p. 16559.

23- Conforme Juary C. Silva. Op. Cit. P. 114.

24- IENNACO DE MORAES, Rodrigo. Considerações sobre a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas. RT. 813/464.

com poderes genéricos e lícitos. Sendo praticado um crime pelo mandatário, seria possível também denunciar o mandante? Poderia o Juiz condenar a ambos, por ato praticado exclusivamente pela vontade do mandatário?

Parece que a resposta negativa se impõe.

Na lição de LUIZ REGIS PRADO,

“embora as pessoas jurídicas possam realizar contratos, não parece convincente que possam de per si realizar uma ação ou omissão típica. É necessário, pois, distinguir entre sujeito da ação e sujeito da imputação, que não são coincidentes no caso de pessoas jurídicas, visto que estas só podem atuar através de seus órgãos e representantes, isto é, de pessoas físicas (sujeito da ação). Então os efeitos jurídicos imputados à pessoa coletiva são aqueles decorrentes da conduta de seu representante, sendo sua atividade unicamente uma atividade juridicamente imputada. É dizer: não se trata de uma autoria da própria pessoa jurídica. [...] Insistir na não rara fusão – organicista – entre pessoa jurídica e pessoa física, sob alegação de que, por exemplo, têm a mesma ou similar vontade, é navegar a plenas velas no mar da fantasia”<sup>25</sup>.

Nesse sentido, RODRIGUES MOURULLO ensina:

“[...] não é a pessoa jurídica que conclui por si mesma contratos, mas sim fica vinculada pelos contratos que celebram em seu nome as pessoas individuais que atuam como seus órgãos. Mas o fenômeno da representação não tem cabimento em relação aos sujeitos ativos do delito. Para que alguém pratique delito é necessário que tenha realizado pessoalmente a ação penalmente cominada”<sup>26</sup>.

Para REINHART MAURACH,

“a vontade da pessoa jurídica não pode tampouco, por mais que seja considerada ‘real’, ser equiparada à vontade da ação do homem particular. A ausência de capacidade jurídico-penal de conduta da pessoa coletiva deriva tanto de sua natureza quanto da essência da conduta”<sup>27</sup>.

Bem esclarece IENNACO DE MORAES:

“[...] na investigação da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, em favor de uma interpretação subjetiva da imputação, não se poderia responsabilizar a pessoa jurídica pela atuação (descumprimento de dever jurídico) de outro sujeito (sócios). Se fosse assim, estaríamos consagrando, para viabilizar o afã punitivo, caso de responsabilidade objetiva. Nem se argumente, por ora, com desrespeito aos princípios da intranscendência e da individualização da pena. Se admitirmos que a ordem jurídica pode responsabilizar a pessoa jurídica pelo descumprimento do dever jurídico perpetrado pelos sócios que a integram, estaríamos não apenas edificando um novo sistema de imputação, mas um sistema que agasalha a responsabilidade penal pelo ato de outrem, o que, a nosso sentir, representaria retrocesso rumo à responsabilidade objetiva”<sup>28</sup>.

25- PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Vol. I. 3ªed.Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002. p. 220.

26- RODRIGUES MOURULLO, Gonzalo. Derecho Penal. Parte Geral. P.227-231. Apud: PRADO, Luiz Regis. Op. Cit. P. 219.

27- MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. p. 180.

28- IENNACO DE MORAES, Rodrigo. Considerações sobre a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas. RT. 813/459.

E arremata o preclaro jurista:

“Prestigiamos, portanto, a noção de responsabilidade individual. Somente poderemos concluir pela viabilidade da responsabilização criminal da pessoa jurídica se estabelecermos em contrapartida, a possibilidade de descumprimento do dever por sua própria atuação, a representar a condição normativa de imposição da consequência punitiva”.<sup>29</sup>

Vêm-se, pois, os graves efeitos jurídicos da admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, pois, além possibilitar uma decisão injusta, poderia ferir todo o processo penal pelo vício de nulidade absoluta, eis que é nulo o processo sem o contraditório e a ampla defesa, não podendo o patrimônio da sociedade, que em última análise contém patrimônio de terceiros, ser violado pelo Estado, desprezando-se o devido processo legal, com todos os seus postulados.

Se não houver vínculo do sócio minoritário com o evento delituoso, e ficar provado que ele não exercia função gerencial, não haverá, ainda que se admita o cabimento, condenação legítima da pessoa jurídica de que ele participa, do contrário seus bens, cotas e direitos, serão violados sem a observância das garantias constitucionais.

### **3. A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE E O CONTRAPONTO À TEORIA DO DIREITO PENAL MÍNIMO**

Ademais, observando-se o princípio da fragmentariedade e a tendência da atualidade de um direito penal mínimo, impõe concluir que responsabilização civil e/ou administrativa são suficientes e adequadas para as pessoas jurídicas em detrimento da responsabilidade penal.

Para ilustrar o raciocínio, cita-se o magistral julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, *in verbis*:

“A tendência generalizada da política criminal moderna é reduzir ao máximo a área de incidência do Direito Penal. [...] O Estado só deve intervir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico”<sup>30</sup>.

Por que o Estado haveria de se ocupar com a responsabilidade penal da pessoa jurídica poluidora? Basta ver que ela pode ser perfeitamente punida pela via administrativa, sendo compelida a suspender ou paralisar suas atividades ou também a pagar multas, que podem chegar ao valor de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais). Considere-se, ainda, que o Estado poderia fazer tudo isso, sem precisar de ordem judicial, invocando o princípio da autotutela do Direito Administrativo. Ademais, frise-se que, na esfera civil, o Estado pode exigir da empresa poluidora a total reparação do dano ambiental ou indenização pelos prejuízos apurados, nos termos da Lei 9.605/98 combinada com a Lei 6.938/81.

Nota-se que a responsabilização da pessoa jurídica já é suficientemente amparada por outros ramos do Direito, devendo ser reservado ao Direito Penal o tratamento do ser humano enquanto delinqüente, mesmo porque o caráter educacional da sanção penal, que visa, em última análise, à reinserção do indivíduo na sociedade, recuperando-o ao convívio

29- IENNACO DE MORAES, Rodrigo. Op. Cit. p. 459.

30- TRF. 1ª Região, 4ª Turma. AC 93.01.12840-3 MG – Rel. Mário César Ribeiro. – j. 08.04.1997, DJU 05.06.1997 – Bol. IBCCrim 57/201.

harmônico com a cultura e os bons costumes, jamais alcançaria a empresa, o que configuraria verdadeira vingança, pagando-se o mal, com duas ou três vezes o mal. Haveria, portanto, a nosso sentir, um retrocesso no Direito Penal.

#### 4. *NULLUM CRIMEN SINE ACTIONE*

ZAFFARONI e PIERANGELI, ao comentarem a Lei 9.605/98, assim concluíram:

“O legislador chegou ao absurdo de atribuir à pessoa jurídica até mesmo uma personalidade, quando a doutrina francamente majoritária lhe nega capacidade de delinquir, por faltar-lhe a vontade em sentido psicológico, só encontrável no ser humano e jamais numa mera criação do direito”.

Uma séria tentativa de burlar o *nullum crimen sine conducta* é o chamado ‘direito penal de autor’, que considera a conduta como um simples sintoma de uma personalidade inimiga, ou hostil ao direito. É uma das mais perigosas manifestações do direito penal autoritário, que repugna aos nossos mais elementares princípios constitucionais<sup>31</sup>.

Na mesma linha de raciocínio, esclarece LUIZ REGIS PRADO:

“De primeiro, ressalta à evidência que a pessoa coletiva não tem consciência e vontade – em sentido psicológico – semelhante à pessoa física, e, com isso, capacidade de autodeterminação, faculdades que necessariamente não de ser tomadas por empréstimo aos homens. Isso vale dizer: só o ser humano, enquanto pessoa-indivíduo, pode ser qualificado como autor ou partícipe de um delito. Daí a máxima *nullum crimem sine actione* e o seu indispensável coeficiente de humanidade. O aspecto de conduta humana ‘indica que só constituem formas de atuar em sentido jurídico-penal as manifestações da atividade do homem individual e não os atos de pessoas jurídicas”.

Nota-se, portanto, que as pessoas jurídicas, devido à abstração de sua existência e por serem uma verdadeira ficção jurídica, carecem de vontade. Daí a inexistência de livre arbítrio indispensável à caracterização da culpabilidade, eis que elas não estão providas de capacidade para se autodeterminar perante uma dada atividade, não possuem potencial consciência da ilicitude e delas nem se pode exigir conduta diversa.

Como seria possível exigir que uma pessoa jurídica tivesse uma conduta diferente da prevista no tipo penal, se dela não se extrai ação ou vontade própria?

Pelo princípio da personalidade da pena, segundo o qual nenhuma sanção passará da pessoa do condenado, não pode o preceito secundário atingir pessoa diversa da que executou a ação prevista no tipo, com capacidade para determiná-la segundo a consciência e racionalidade humana, sopesando as conseqüências do injusto no mundo concreto. Assim, condenar a pessoa jurídica seria, em última análise, condenar todos os membros de uma corporação, agentes ou não da conduta criminosa imputada pela denúncia. Até mesmo os trabalhadores da empresa sofreriam, *mutatis mutandis*, uma coerção estatal, pois perderiam o emprego em caso de interdição da atividade.

Segundo SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA, não há como responsabilizar penalmente

31- ZAFFARONI, Eugenio Raul; e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. 3ªed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2001. p. 411.

a pessoa jurídica sem o concurso necessário de agentes.

“É impensável haver responsabilidade coletiva sem a co-autoria da pessoa individual, em face da relevância daquela conduta para o reconhecimento do crime da pessoa coletiva e deste co-autor para a execução do crime”.<sup>32</sup>

Ao se admitir, portanto, o concurso de agentes, a pessoa humana executora da ação, por exemplo, o gerente da empresa, seria o co-autor imediato, enquanto que a pessoa jurídica seria co-autora mediata. Porém, quais seriam os atos de execução dessa última? Seria possível extrair do ente coletivo uma vontade de agir ou omitir-se que não fosse, na realidade, o desejo de um indivíduo pensante?

## 5. O PROBLEMA DA OCULTAÇÃO DE CRIMINOSOS SOB AS VESTES DA PESSOA JURÍDICA

Com efeito, a responsabilização penal tão-somente da pessoa jurídica acarretaria a ocultação do verdadeiro criminoso.

“Quadram aqui as judiciosas observações no sentido de que a manutenção do princípio da irresponsabilidade criminal da pessoa jurídica preconiza, mais ou menos expressamente, a punição daquele que se oculta atrás do ente coletivo, isto é, pretende que se puna o “parasita social” e não a “carapaça” que o recobre. Não se deve esquecer, para efeitos de eficácia, que nas grandes e pequenas sociedades mercantis sempre há um número limitado de pessoas, perfeitamente identificáveis que decidem tudo à margem dos sócios, e é sobre elas que deve recair a sanção penal como meio idôneo e eficaz de prevenção da delinquência”<sup>33</sup>.

Vê-se que, a prevalecer a tese da responsabilidade do ente coletivo, sem se estabelecer o concurso necessário de agentes, uma pessoa física se esconderia facilmente atrás da pessoa jurídica para, por exemplo, desmatar clandestinamente centenas de hectares de floresta nativa, sem que, contudo, o sócio respondesse pelo delito ambiental.

Concordamos, pois, com IENNACO DE MORAES, quando diz:

“[...] mesmo no plano político, seja inoportuna a responsabilidade da pessoa jurídica no âmbito criminal. A pessoa jurídica muitas vezes é constituída com o objetivo fraudulento, servindo de instrumento para que seus sócios se locupletem e se escondam sob o manto da responsabilidade patrimonial distinta”.<sup>34</sup>

Eis, destarte, o grave risco de atribuir vontade própria à pessoa jurídica, dissociada da vontade dos sócios, como no supramencionado precedente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Equivale dizer que, na aludida hipótese, a vontade da pessoa física se esconderia na manifestada “pseudo-vontade” da pessoa jurídica.

## 6. CONCLUSÃO

De todo o exposto, não vislumbramos argumentos jurídico-penais que pudessem

32- SCECAIRA, Sérgio Salomão. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. 2ªed. Editora Método. São Paulo, 2003. p. 195.  
33- PRADO, Luiz Regis. Op. Cit. p. 225.

34- IENNACO DE MORAES, Rodrigo. Op. Cit. p. 463.

corroborar responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Em que pese ao quilate de vários doutrinadores e julgadores, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, que defendem a aludida tese, *permissa venia*, cremos que ela não passa de abstração e rigorismo formal, eivado de equívocos e inconstitucionalidades.

Punir a sociedade empresarial significa, em síntese, (i) punir uma massa patrimonial que contém ou provê bens jurídicos de terceiros, configurados, v. g., pelas cotas ou ações de sócios majoritários e minoritários, ou, ainda, pelos empregos dos funcionários, os quais correm o risco de serem demitidos pela aplicação da pena de interdição da atividade; (ii) atingir liberdades e direitos de terceiros, sem lhes dar o contraditório e o sagrado direito de defesa; (iii) Limitar a pena ao mero caráter retributivo. É punir por punir, já que a punição não terá uma finalidade concreta<sup>35</sup>.

Punir criminalmente a pessoa jurídica é, por via oblíqua, punir o sócio inocente, o empregado e até mesmo o receptor final ou intermediário da mercadoria ou do serviço, sem que lhes seja permitido intervir no processo penal, quer para defender o seu patrimônio ou bem jurídico que será alvo da pena, quer para provar a inexistência da materialidade ou da autoria.

Não existe vontade inerente à pessoa jurídica sem que esta se confunda ou revele a própria vontade individual ou majoritária dos sócios ou dos dirigentes da empresa, o que afastaria a caracterização da culpabilidade, tendo em vista a inimputabilidade, inexigibilidade de conduta, quem dirá de outra conduta, bem como a inconsciência da ilicitude pelo ente coletivo.

Ainda que se argumente que a responsabilização penal da pessoa jurídica pudesse facilitar a identificação e punição dos delinquentes que não raras vezes agem escondidos sob o manto da personalidade societária, é necessário lembrar que compete ao poder público criar instrumentos administrativos para que tais simulações ou dissimulações não aconteçam. Dessa forma, estar-se-ia resguardando o real escopo do direito penal como *ultima ratio* e respeitando o princípio da Fragmentariedade, bem como a tendência de Direito Penal minimalista. A intervenção estatal na pessoa jurídica deve se ater a outros ramos do Direito, como o Administrativo e o Civil, para preservar ou recuperar o meio ambiente, através da imposição de uma obrigação de dar, fazer ou não fazer, independentemente de culpa.

Não se pode punir qualquer um (ou mesmo uma sociedade empresária) pelo fato de não se conseguir, por ineficiência do sistema de registro comercial, punir o verdadeiro culpado. O direito penal como ramo que contém disposições genéricas acabaria por punir muitos inocentes, pelo mau hábito de alguns estelionatários.

Entretanto, muito embora o legislador pretendesse punir a pessoa jurídica para evitar que o indivíduo humano saísse impune pela prática do delito ambiental, é possível que “a emenda saia pior que o soneto”, pois, com a responsabilização societária, poder-se-ia punir apenas uma empresa quebrada e sem patrimônio suficiente para reparar o dano, enquanto que os dissimuladores (sócios, gerentes, funcionários) ficariam imunes da persecução penal.

Enfim, não se pode olvidar que “um direito penal democrático não deve prevenir

35- O fim único da pena é a restauração da ordem jurídica, que, por diferentes aspectos, é também uma recomposição moral e, derradeiramente, uma reintegração social do condenado, [...] após uma conversão interior. Conforme DIP, Ricardo. Direito Penal. Linguagem e Crise. Editora Milenium. 2001. p. 89.

com o medo, mas, sim, colocar a pena a serviço do sentimento jurídico do povo<sup>36</sup>. Por isso, não podemos lembrar-nos somente das garantias formais, olvidando-nos das materiais.

### 7. *Abstract.*

This paper presents considerations on environment criminal law penalization of legal entities. It understands, however, this Law does not represent an ideal situation since the directors – who cause the infraction – as individuals can escape from liability. It alerts against the precarious effectiveness of penal repression of crimes environment in Brazil. the Law n. 9,605, of 12/02/1998, that brought the penal formula of the environment protection, innovating in the preview of the penal responsibility of the legal person. The difficulty to identify the origin of the willing acts that generates the offences in the scope of legal persons, results in a trend revealed by the jurisprudence of reducing the requirements in relation to the partnership crimes, considering the legal requirements of the accusation or complaint. The accusation, under the punishment of inability, should observe substantial requirements (authorship clues and crime materiality) and formal requirements (facts' circumstantial description). The generic accusation is incompatible with the constitutional principles of the punishment characteristics, of the due process of law, of the contradictory and of plain defence and with the Penal Law's basic postulates. Mistakes in the jurisprudence in face of these principles are noticed and a new line of jurisprudence that does not admit the excesses of the generic accusation is revealed. It can be concluded that the answer to the contemporary economical criminality should not be despised by the constitutional guarantees.

**Key-words:** Criminal law. Culpability. Legal entity. Environmental crimes. Imputation. Legal liability. Objective responsibility. Unliability.

### 8. *Referências:*

- AMORIM, Capanema. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Disponível em: <[http://www.tj.rj.gov.br/adm\\_geral/editoriais/responsabilidade\\_penal\\_da\\_pessoa\\_juridica.htm](http://www.tj.rj.gov.br/adm_geral/editoriais/responsabilidade_penal_da_pessoa_juridica.htm)>. Acesso em 14.04.2006.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral. Vol I. 8ªed. Saraiva. São Paulo, 2003.
- CAPPELLI, Silvia. Pessoa Jurídica em Matéria Ambiental: uma necessária reflexão sobre o disposto no art. 225, § 3º, da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.agirazul.com.br/artigos/silvia.htm>>. Acesso em 15/04/2006.
- DIPP, Gilson. REsp 610114/RN. DJU 19.12.2005.
- Em Direito Penal Ecológico, CETESB, São Paulo, 1981, p. 80.
- IENNACO DE MORAES, Rodrigo. Considerações sobre a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas. RT. 813/450-452.
- MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal.
- MUÑOZ CONDE e GARCIAARÁN, Derecho Penal. p. 236. Apud: BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral. Vol. I. 8ªed. Saraiva. São Paulo, 2003.
- PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Vol. I. 3ªed.Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002.

36- PUIG, Santiago Mir. Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho, Barcelona, Boch, 1976, p. 31. Apud: SCECAIRA, Sérgio Salomão. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. 2ªed. Editora Método. São Paulo, 2003. p. 156.

PUIG, Santiago Mir. *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona, Boch, 1976, p. 31. Apud: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2ªed. Editora Método. São Paulo, 2003.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do Delito*. 2ªed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2000.

REZEK, Francisco. *Hábeas Corpus* nº: 74.641, j. em 13-12-1996, DJU 02.05.1997. p. 16559.

RIBEIRO, Mário César. TRF. 1ª Região, 4ª Turma. AC 93.01.12840-3 MG–j. 08.04.1997, DJU 05.06.1997 – Bol. IBCCrim 57/201.

RODRIGUES MOURULLO, Gonzalo. *Derecho Penal. Parte Geral*. P.227-231.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2ªed. Editora Método. São Paulo, 2003.

SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica na Área Ambiental*. Trabalho Conclusivo do 4º Módulo da Disciplina Direito Penal Ambiental, do curso de pós-graduação em Direito Ambiental da UNAERP, Universidade de Ribeirão Preto-SP, maio de 2005.

SILVA, Juary. *Elementos de Direito Penal Tributário*. São Paulo. Saraiva. 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 3ªed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2001.



# NORMAS PARA APRESENTAÇÃO E ENVIO DE TRABALHOS

---

Texto em três vias com o(s) nome(s) e dados do(s) autor(es). Os artigos devem ser digitados com espaço simples entre linhas e gravado no Word for Windows versão 6.0 ou superior, e ter no máximo 30 páginas. O texto deve ser digitado em papel tamanho A4, com margens: superior e esquerda, 3 cm; direita e inferior, 2 cm. Tipo de letra: Times New Roman, tamanho 12. Citações diretas superiores a 3 linhas, em tamanho 11, com recuo na margem esquerda. Notas de rodapé, em tamanho 10.

As resenhas devem ter no máximo cinco páginas com o mesmo padrão de digitação dos artigos. Devem apresentar a referência completa da obra analisada, no início do trabalho.

## ESTRUTURADOS ARTIGOS:

**Título:** Claro e objetivo, na mesma língua do texto. Nome(s) do(s) autor(es), com titulação e vínculo institucional em notas de rodapé.

**Resumo:** No caso de artigo, o autor deve apresentar resumo em português, indicando até cinco palavras-chave. Se possível o resumo e as palavras-chave devem ser apresentados também em outra língua.

**Conteúdo do artigo:** Introdução, desenvolvimento e conclusões, livres. Entretanto, em caso de divergência com a doutrina, com a jurisprudência ou com a legislação vigente, deve o autor, ao menos, fundamentar seu ponto de vista e sugerir a forma de seus aperfeiçoamentos.

**Ilustrações** (figuras, desenhos e gráficos): Se necessárias, devem ser apresentadas em preto e branco, confeccionadas eletronicamente, indicando o programa utilizado para a sua produção; as tabelas devem ser elaboradas no próprio Word, for Widows. Devem ser indicadas e referenciadas de acordo com a NBR 6023/2002 e NBR 10520/2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

**Notas de rodapé:** Devem estar de acordo com a NBR 10520/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Apresentam-se ao pé da página com caracter e espaço de entrelinhas menores do que os usados no texto. Cada nota deve iniciar em uma linha com o respectivo número de remissão em algarismo arábico, em numeração única e seqüencial para todo o texto. As notas explicativas devem ser reduzidas ao máximo. Servirão para considerações suplementares importantes ou para remeter o leitor a outras partes da obra e, também, para indicar informações obtidas por meio de canais informais ou documentos em fase de elaboração, ou, ainda, para identificar o



autor, o vínculo profissional, endereços e auxílio recebido. As notas de referência servirão para indicar as fontes consultadas e indicadas nas citações. Tanto as notas explicativas como as de referência, além de aclarar melhor o texto, servirão, também, para facilitar o aprofundamento da pesquisa pelo leitor.

**Citações bibliográficas ou referências:** Devem ser apresentadas de acordo com a NBR 10520/2002 e NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

### **APRECIÇÃO PELO CONSELHO EDITORIAL**

Os trabalhos serão avaliados pelo Conselho Editorial quanto ao mérito, relevância e oportunidade de publicação, considerando o perfil e a linha editorial da Revista, preservando-se o anonimato dos pareceristas. Os originais, quando não aprovados para publicação, não serão devolvidos. Os textos aprovados, mas que não se enquadrarem nos padrões de publicação da revista, serão encaminhados aos autores para as devidas adaptações no prazo máximo de um mês.

**DIREITOS AUTORAIS:** Como se trata de revista de divulgação cultural acadêmica, destinada, predominantemente, ao intercâmbio bibliográfico entre Universidades (sem objetivo de lucro e/ou de comercialização, e com disponibilidade pela Internet – [www.uniube.br/publicações](http://www.uniube.br/publicações)), os autores/colaboradores não fazem jus à remuneração por direitos autorais. Podem eles, livremente, republicar o trabalho, com ou sem modificação. A reprodução da revista, no todo ou em parte, por outros interessados também é livre, desde que citem a fonte. Eventual disponibilidade da revista aos acadêmicos da UNIUBE ou a outros interessados (a preço subsidiado e com objetivo de reembolso parcial dos custos) não modifica a presente condição.

**CORTESIA E RETRIBUIÇÃO:** Cada autor fará jus a dez (10) exemplares da edição, como cortesia e retribuição à colaboração. Em caso de produção coletiva, a quantidade acima será dividida entre os autores.

**ENCAMINHAMENTO:** Os trabalhos devem ser precedidos de carta de encaminhamento assinada por todos os autores, afirmando estar de acordo com as condições acima e solicitando publicação na Revista UNIJUS, indicando:

Título do trabalho

Nome(s) do(s) autor(es) e identificação

Qualificação profissional

Instituição a que está vinculado

Endereço completo para contato (Fax, E-Mail, Telefone).

